REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender el decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento" (Siete Partidas: Partida 1ª, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXI — SEGUNDO SEMESTRE — NUMERO 2453

SANTAFE DE BOGOTA, D. C., COLOMBIA - AÑO 1991

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

EDITORIAL "PAZ Y LIBERTAD" FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1991

SALA PLENA

Doctor Pablo J. Cáceres Corrales, Presidente

Doctor Pedro A. Escobar Trujillo, Vicepresidente

Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

SALA CIVIL

Doctor Carlos E. Jaramillo Schloss, Presidente

Doctor Carlos Julio Moya Colmenares, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento

Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Pedro Lafont Pianetta

Héctor Marín Naranjo

Alberto Ospina Botero

Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Pedro A. Escobar Trujillo, Presidente

Doctora Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Pablo Julio Cáceres Corrales

Pedro Augusto Escobar Trujillo

Fabio Morón Díaz

Simón Rodríguez Rodríguez

Jaime Sanín Greiffestein

Rafael Méndez Arango

SALA LABORAL

Doctor Hugo Suescún Pujols, Presidente
Doctora Consuelo Garbiras Fernández, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Baquero Herrera
Manuel Enrique Daza Alvarez
Ernesto Jiménez Díaz
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctor Didimo Páez Velandia, Presidente
Doctor Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Velásquez
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

Doctor Rafael Rodríguez Melo, Sala Civil
Doctor Miguel Antonio Roa Casteiblanco, 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: Dr. RAFAEL RODRIGUEZ MELO

RELATOR SALA CONSTITUCIONAL: Dr. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO

RELATOR SALA LABORAL: Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ

RELATOR SALA PENAL: Dra. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ

Tomo CCXI - Santafé de Bogotá D. C. - Colombia - 2º Semestre 1991 - Nº 2450

SALA DE CASACION PENAL

CASACION. Requisitos. CONEXIDAD

En los delitos conexos la demanda de casación que se presente debe dirigirse exclusivamente respecto de las infracciones susceptibles del recurso extraordinario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dos de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 41 (junio 26 de 1991).

Vistos:

Por auto de fecha 8 de abril último, el Magistrado sustanciador declaró *admisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *José Urías Duque* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 12 de febrero del presente año, por el delito de homicidio agravado, e *inadmisible* respecto del porte ilegal de armas de uso de defensa personal, previsto y sancionado en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

Contra el referido auto, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha interpuesto recurso de reposición para que sea admitida la impugnación respecto de las dos infracciones, cuyas consideraciones se insertarán posteriormente.

Al recurso se le dio el trámite previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, la Sala entra a decidir lo pertinente.

Criterio de la Delegada:

"El Código de Procedimiento Penal vigente, en su artículo 218, establece:

> "*PROCEDENCIA*. Habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años".

Interpretando la anterior disposición, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte que de ella se desprende inequívocamente que el recurso extraordinario sólo procede frente a aquellos ilícitos que tengan fijada una sanción privativa de la libertad cuyo monto sea igual o superior a cinco años, ya devenga ella del texto simple del artículo que hace la incriminación, ora de las circunstancias específicas que aumenten o disminuyan la punibilidad, en consideración a su máximo y a su mínimo, respectivamente. Precisó la Sala lo siguiente, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda el día siete de junio de mil novecientos ochenta y nueve:

> "3. En el caso que se analiza, de los tres hechos punibles imputados al procesado recurrente, sólo el de falsedad en documento público colma el requisito de procedibilidad antecitado, pues la pena máxima privativa de la libertad que consagra es de diez años; los otros delitos contemplan prisión por un máximo de tres años (art. 146 del C. P.) y arresto por un máximo de dos (art. 137 del C. P.), de donde resulta que la norma procesal de que se habla, no permite el recurso de casación para los dos últimos delitos, pues el *quántum* penológico para que éste proceda, es el de la norma tipo en abstracto armonizada con las que consagran variaciones que no dependen del criterio valorativo del juzgador (tentativa, grado de participación) sino que configura situaciones de forzosa observancia, siempre y cuando el máximo de pena privativa de la libertad imponible, aún así, no devenga inferior al de la exigencia en comentario, para cada uno de los delitos por los cuales se procede, contra una determinada persona, *lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito, para ser atacados en casación*" (Lo subrayado fuera de texto).

Acogiendo esta interpretación, el Magistrado ponente declaró en este caso la admisibilidad del recurso de casación en relación con el delito de *homicidio agravado*, no así respecto del de *porte ilegal de armas de defensa personal*.

No comparte esta Delegada el anterior criterio. Estima, por el contrario, que en aquellos casos en los cuales la sentencia recurrida

se refiera a delitos cometidos en concurso y con tal relación de interdependencia que las decisiones que se tomen respecto de uno pueden o deben incidir en la resolución de los demás, el recurso debe admitirse en relación con todos ellos, así los demás o algunos de los conexos, no habilitaran por sí solos la impugnación extraordinaria. Las razones de esta opinión, son las siguientes.

1. La sentencia es un acto procesal *unitario*, en el cual si bien se pueden resolver varias relaciones jurídico-procesales, cada una de ellas es independiente. Así, en cuanto el fallo resuelve la situación individual de cada encausado, éste no puede ser separado —en función de los límites punitivos correspondientes a los varios ilícitos— y por tanto se constituye en pieza única que no permite su ruptura para los efectos de la impugnación extraordinaria.

En efecto, por relación jurídico-procesal se entiende la vinculación que se establece entre unas determinadas normas de derecho que señalan un específico procedimiento y la realización por parte de un sujeto de un hecho determinante a su vez de una relación con otra norma de derecho (sustantiva). Así, para los efectos del derecho penal, la relación jurídico-procesal estaría dada en la medida en que, cometido uno o varios delitos, se impone su examen frente a la norma sustancial que los contempla con los trámites establecidos en el ordenamiento procesal que determina, como uno de sus presupuestos, el de la unidad de la actuación que dispone cobijar con un mismo procedimiento y una misma sentencia a todas aquellas situaciones que se encausen bajo la misma cuerda, sin que sea posible escindir respecto de cada sujeto, las varias violaciones de la ley sustancial.

Esta visión de la relación jurídico-procesal determina en consecuencia, que para cada sujeto infractor se presente una correspondencia diversa, en virtud del principio de la responsabilidad individual. Aun cuando distintos incriminados pueden ser juzgados bajo un mismo proceso, las declaraciones y actuaciones para cada uno de ellos resultan autónomas e independientes en tanto que todos ellos pueden por separado hacer uso de los derechos y cumplir las obligaciones que les impone el procedimiento, debiéndose resolver su situación de la misma manera como se tramitó la actuación procesal, con una sentencia particularizada para cada uno de ellos.

Es fácil ver, entonces, que el fallo constituye una unidad respecto de cada uno de los procesados, pero diversas entidades en relación con los varios sujetos sometidos a juicio. Por ello, de recurrirse contra uno de los sectores de la sentencia (el relativo a un procesado), se deben presentar en él los requisitos señalados en el ordenamiento procesal para que se pueda tramitar la impugnación, la que englobará *toda* la decisión referente al recurrente.

2. El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal convierte en legislación positiva lo que antes era un principio general de derecho procesal, en tanto que establece la finalidad del procedimiento que es la "efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que en él intervienen". Para que en el proceso penal pueda desarrollarse adecuadamente esta norma rectora, preciso resulta que en sede de casación se admita la impugnabilidad de la sentencia como

acto unitario, referida a todos los hechos punibles que se hayan juzgado bajo una misma relación jurídico-procesal, ya que las disposiciones relativas a los concursos, a la regulación de las penas y demás eventualidades que se discuten en el proceso, *constituyen parte de este derecho material* que debe ser declarado en la sentencia y por ello, no puede entenderse referido solamente a una porción de los hechos que le dieron base a ésta, sino que necesariamente ha de ser considerado en su integridad. Individualizar el fallo respecto de cada hecho punible, esto es, romper su unidad, no es más que contrariar el principio rector mencionado en tanto que se divide sin razón alguna el derecho material aplicable.

3. Igualmente el artículo 14 del mismo estatuto citado establece el principio de la unidad, según el cual salvo los casos de conexidad, se hará un solo proceso por cada hecho punible. Esto significa que, siendo varios los delitos materia de la actuación, y estando ellos en relación de conexidad, débese conformar un solo proceso para su juzgamiento integral, de donde resulta lesivo a dicha norma rectora la separación a último momento, para los exclusivos fines de la casación, de los diversos juzgamientos —que son uno solo— en razón de los hechos punibles involucrados.

4. De otra parte, específicas situaciones de hecho imponen la consideración del recurso extraordinario de casación en los términos a que se hace referencia, puesto que de no ser ello así, fácilmente se colocaría la propia Corte en imposibilidad de dictar sentencia ante la prosperidad de uno de los cargos enfilados contra el fallo. Piénsese en la situación en que, dictada una sentencia por los delitos de homicidio y lesiones personales —o como en este caso, homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal—, el requisito punitivo solamente lo reúna el primero de los mencionados delitos. Presentado el libelo, por vía de ejemplo con fundamento en la causal primera con argumentos dirigidos a atacar el pronunciamiento que se hizo en relación con el homicidio y encontrado que tiene razón el impugnante, debe la Corte entrar a dictar la sentencia de reemplazo, como lo dispone la ley procesal.

Pero, como la Corporación había declarado la admisibilidad del recurso solamente por el ilícito contra la vida, esto es, había manifestado su incompetencia para revisar lo pertinente respecto del delito de lesiones personales, queda privada de la posibilidad de tomar decisiones que a él se refieran. Así las cosas, demostrada la necesaria absolución por el homicidio, la Corte no podría más que hacer dicha declaración dejando en el vacío las determinaciones en torno al delito de lesiones personales para la cual, por otra parte, no podría definirse su sanción ante la no individualización de ella en la sentencia recurrida.

5. En providencia de fecha 24 de junio de 1980, con ponencia del doctor Alvaro Luna Gómez, había dicho la Corte:

> "Tercero: El *quántum* de la sanción se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar y señalada en los artículos que estructuran las circunstancias

> específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar o disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. *Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito, que de resultar para uno solo de cinco o más años, hará la sentencia susceptible del recurso extraordinario de casación*" (resalta la Delegada).

De lo arriba subrayado, se puede concluir que la Sala, en la ocasión citada, consideró la admisibilidad del recurso extraordinario de casación bajo los parámetros que ha planteado la Delegada, esto es, que en relación con el concurso de delitos, si uno de ellos —atendido el factor punitivo— permite la impugnación, ésta ha de admitirse para el conjunto integral de la sentencia, no en forma exclusiva en relación con aquél que cumple el requisito.

Finalmente, la Delegada se permite advertir que los hechos que dieron origen a este juzgamiento se encuentran por tal modo en relación de conexidad, que la imputación por el delito de *porte ilegal de armas de defensa personal* surge, precisamente, del instrumento con el cual se perpetró el ilícito de *homicidio agravado* que también cobijó la sentencia, como claramente se deduce no solamente de los hechos debatidos en el juicio, sino también de las diversas consideraciones que se encuentran plasmadas en los autos. Su unidad inescindible para los efectos de la casación, pues, surgen claros para la Agencia Fiscal. Las decisiones que se tomen respecto de uno de los ilícitos, bien pueden repercutir en la suerte procesal del otro, razón por la cual reiteramos nuestra comedida petición de que se *reponga* el auto impugnado y en su lugar se declare *admisible* el recurso extraordinario por los dos hechos que motivaron la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

El recurso de casación, entendido como la oportunidad que tienen las partes, para que la sentencia que los ajecta, pueda ser sometida por la Corte a un riguroso juicio frente a la ley, ha estado reservado para los delitos revestidos de mayor entidad o gravedad.

Dicha gravedad ha sido considerada por el legislador desde dos puntos de vista bien diversos: El primero respecto de la jerarquía del juzgador, razón por la cual, le ha atribuido la competencia para decidir los procesos de mayor entidad provenientes de los Juzgados Superiores, del Circuito (en la jurisdicción ordinaria); Comandos de Brigada, Base Aérea o Comandos de Policía (en la jurisdicción castrense); Juzgados Superiores de Aduanas y Juzgados de Orden Público (en las jurisdicciones especiales), en primera instancia y a los Tribunales Superiores, en segunda, requisito este que contempla el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal para la procedibilidad del recurso. Y en segundo término, la ha reservado para los delitos considerados de mayor entidad, es decir, aquellos cuya pena privativa de la libertad máxima posible, en cada caso particular, tenidas en cuenta las circunstancias específicas de agravación y atenuación concurrentes, sin que cuente para ello, el concurso de delitos, sea o exceda de cinco (5) años.

Siendo el criterio de la pena el que ha creado dificultad para determinar la procedibilidad del recurso extraordinario de casación, de acuerdo con el pensamiento de la Delegada ya visto, debe la Sala, una vez más, determinar cómo se entiende ese máximo de pena a que se refiere el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

No existe duda alguna en cuanto a que no se trata de la sanción efectivamente impuesta en la sentencia recurrida, esto es, de la individualización judicial de la pena, pues ello comportaría que en la mayoría de los casos, no obstante la gravedad del delito juzgado, al imponerse como pena privativa de la libertad, menos de cinco (5) años, se privara a las partes de recurrir en casación el fallo de segundo grado. Es, entonces, la máxima pena que eventualmente pueda imponerse respecto de cada delito que se haya investigado y por el cual dictó resolución de acusación, con prescindencia del concurso (art. 26 del C. P.), o sea, el límite hasta el que se puede llegar frente a cada delito en forma independiente, de acuerdo con su gravedad, o lo que es lo mismo, la individualización legal de la pena, entendiendo por ella, la que hace el legislador al expedir la norma, desde luego, después de haberse realizado los cálculos sobre su incremento máximo en razón de las agravantes específicas concurrentes y disminuida en su mínimo con relación a las circunstancias de atenuación punitiva, igualmente específicas y concurrentes.

Esto lo ha sostenido reiteradamente esta Sala por cuanto el recurso de casación, al tenor del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, sólo procede "contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años", *término este de pena en el cual no es dable computar el fenómeno de los concursos, ya que la pluralidad de infracciones no es circunstancia que pertenezca a cada delito en particular, como sí lo son las que se señalan en el estatuto punitivo como de agravación o atenuación, específicas.*

Esta es la razón para que la Sala ratifique una vez más la decisión de fecha 7 de junio de 1989 con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda ha insertado la Delegada en su escrito de reposición que, por lo demás modifica en su integridad el criterio expuesto por la Sala en providencia de fecha 24 de junio de 1980 que transcribe el recurrente, pues esta contiene el pensamiento que en su momento sostuvo la Corte, el que ha sido rechazado reiteradamente por esta Sala.

Tal criterio, es decir, el expuesto ahora por esta Sala, de modo alguno contaría los presupuestos del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, así como tampoco quebranta el mandato del artículo 14 ibídem *sobre la unidad procesal.*

Veámos: Es cierto que por cada hecho punible, salvo los casos de conexidad y de las excepciones constitucionales o legales, debe adelantarse un solo proceso penal, sin importar el número de autores o partícipes y que, el mismo debe culminar con una sola sentencia. Igualmente, que al investigarse en un mismo proceso varias infracciones a la ley penal, conoce de todas ellas el Juez de mayor jerarquía,

es decir, al que corresponda el delito de más entidad, así los otros estén asignadas a funcionarios diferentes. Igualmente se predica del procedimiento, es decir, que si uno de los delitos a que se contrae la investigación tiene un rito especial, los demás se rigen por el mismo. Igualmente procede en caso de acumulación jurídica de causas.

Ocurre que el legislador tiene prevista la ruptura de la conexidad como lo es, entre otros, en el caso de la reapertura de la investigación por uno o varios delitos, distintos del o de los que permiten una resolución de acusación, o cuando dicha decisión (la reapertura), se contrae a uno o varios procesados que han sido investigados conjuntamente como autores del hecho a todos atribuido.

En suma, el proceso debe concluir con una sola sentencia, absolutoria o condenatoria, con relación a los procesados y las infracciones a que se refiere la resolución de acusación, desde luego, y como bien lo destaca la Delegada, en la que se resuelven las varias relaciones jurídico-procesales y la situación individual de todos los encausados.

Pero frente al recurso extraordinario de casación, la situación debe resolverse en cada caso, de conformidad con las decisiones adoptadas y en particular respecto de cada sujeto procesal.

Por eso, se pueden presentar diversas situaciones entre las cuales se tienen:

a) El fallo es absolutorio y se contrae a un solo delito que tiene prevista como sanción máxima privativa de la libertad atendidas las circunstancias de agravación y atenuación específicas y concurrentes, cinco (5) o más años.

No puede ser recurrido por el procesado y su defensor, pues su interés concuerda con el declarado en la sentencia.

La parte civil, si se ha constituido, puede recurrir el fallo en casación en busca de una sentencia condenatoria contra el procesado, pues sólo con una decisión de este género podrá ver garantizados los perjuicios ocasionados con la infracción, dentro del proceso penal.

Y respecto del Ministerio Público, podrá igualmente recurrir la sentencia.

b) El fallo es condenatorio y se contrae a un solo delito que admite el recurso extraordinario de casación.

Puede ser recurrido por el procesado y su defensor, en busca de una sentencia absolutoria o la modificación parcial del mismo.

El Ministerio Público podrá interponer el recurso extraordinario, pero en tratándose de indemnización de perjuicios, en las mismas condiciones que se le exige a la parte civil. Esta, sólo podrá recurrir un fallo condenatorio en la medida que la declaración sobre indemnización de perjuicios, resulte insuficiente, pero en el evento de que la cuantía insatisfecha, alcance o sobrepase el mínimo exigible en las normas del Código de Procedimiento Civil para la procedibilidad del recurso extraordinario. No podrá hacerlo, respecto de la pena privativa de la libertad o penas accesorias, pero sí respecto a la indemnización de perjuicios, y en la forma ya indicada.

c) Fallo condenatorio contra un solo procesado por un delito que tiene pena privativa de la libertad en su máximo de cinco (5) años y otro cuyo máximo no alcanza el requisito cuantitativo de la pena.

El recurso extraordinario de casación lo será exclusivamente *contra la sentencia respecto de la infracción que satisface en su integridad los requisitos previstos en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, es decir, como lo viene sosteniendo la Sala en sus más recientes pronunciamientos.*

En el caso del delito de homicidio culposo y lesiones personales del mismo género. Si bien es cierto que con un solo hecho el procesado infringe las dos disposiciones y que solamente una de ellas, reúne los requisitos previstos por el legislador para la admisibilidad del recurso extraordinario (homicidio) no por ello la Corte tiene que atender acusaciones contra el fallo de segunda instancia relacionadas con el punible no sujeto a casación (lesiones) pues ello contraría la esencia del recurso extraordinario.

Ocurre sin embargo, que la Delegada considera viable el recurso respecto de este último punible, en atención a su conexidad y, advierte, que en el evento de prosperar la demanda, por homicidio, el fallo sustitutivo se vería incompleto pues nada podría la Corte enmendar respecto del de lesiones personales y que al declarar la absolución por homicidio frente a la declaración de inadmisibilidad del recurso por lesiones personales, la sentencia sustitutiva se vería incompleta y, además, no se podría definir la sanción que le correspondiera por el punible rechazado en casación.

Tal afirmación resulta improcedente. Lo que la Sala ha querido dejar en claro es que los fallos de segunda instancia proferidos por los Tribunales Superiores, sólo son susceptibles del recurso extraordinario de casación, por los delitos cuya sanción de la libertad en su máximo, sea o exceda de cinco (5) años y que la demanda que se presente, debe dirigirse exclusivamente respecto de esas precisas infracciones.

No puede la Corte so pretexto de la conexidad existente, admitir demandas en las que solamente se ataque la sentencia recurrida respecto de las infracciones, por conexas que sean, que no admiten la impugnación extraordinaria, pues si el delito que le da competencia a la Corte en sede de casación no es objeto de reparo por el recurrente, cualquier pronunciamiento con relación al otro, convertiría a esta Corporación en Tribunal de tercera instancia, lo cual resulta inadmisible.

Y si las partes limitan su actuación (demanda), en cuanto a los delitos susceptibles de la impugnación, a demostrar vicios del fallo recurrido, y éstos llamados a prosperar, desde luego que la Corte al declarar fundada la acusación, procede a sustituir la sentencia recurrida y a hacer las declaraciones que considere ajustadas a derecho, es decir, que al dictar fallo sustitutivo, puede y debe enmendar todos los yerros que se presenten y plasmar la decisión correspondiente no solamente respecto del delito que le da la competencia como lo sería el homicidio, sino también el de lesiones personales, pues dada la

conexidad que existe entre las dos infracciones sería inconsecuente proferir un fallo absolutorio y dejar vigente, aunque parcial, una condena por un delito originado en un mismo hecho.

Quiere decir lo anterior que, al declararse la inadmisibilidad del recurso de casación por un hecho punible cuya pena máxima impone no alcanza las exigencias del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, las determinaciones que se hayan tomado en el fallo recurrido respecto de él, quedan en suspenso en espera de la decisión que deba tomarse con relación a las acusaciones presentadas en la demanda, es decir, que ese extremo de la sentencia no causa ejecutoria ni hace tránsito a cosa juzgada, hasta tanto no se decida el recurso extraordinario. Si la demanda no prospera, la sentencia recurrida resulta inmodificable; pero si la acusación impone a la Corte la sustitución del fallo, ésta no solamente toma las determinaciones pertinentes respecto de delito o delitos por los cuales se inadmitió el recurso, sino de aquél o aquellos que fueron inadmitidos, lo cual, evita el fraccionamiento del fallo como lo considera la Delegada, ya que la no aceptación de la impugnación por los delitos que no la admiten, en modo alguno genera rompimiento de la sentencia o quebranto al principio de unidad procesal. La ejecutoria parcial que se predica del fallo recurrido es aparente, ya que solamente quedan en suspenso las determinaciones adoptadas que no pueden ser objeto de la impugnación extraordinaria.

Pero en el caso concreto, homicidio agravado y porte ilegal de armas de defensa personal, la situación puede dar lugar a diferentes variantes, así:

Dichas infracciones, por más conexidad que exista entre ellas (con el arma se causa el homicidio) podrían admitir pronunciamientos distintos, cuando la decisión de un delito no sea condicionante a la del otro. Bien puede ser un procesado condenado por homicidio y absuelto por el porte ilegal de armas de defensa personal o viceversa, es decir, condenado por el segundo punible y absuelto por el homicidio. Tal decisión no se opone y de llegar a producirse, en nada afectaría el derecho de defensa ni el debido proceso.

Por ello, una vez dictada sentencia de segunda instancia, bien sea absolutoria o condenatoria por un delito que no tenga prevista sanción privativa de la libertad de cinco (5) años o más, pero si contenga pronunciamientos por otra infracción susceptible de ser impugnados por esta última circunstancia no puede ser recurrido el primer delito por vía extraordinaria. Pero en la hipótesis de recurrirse el que lo admite, podría por ejemplo en el evento de la causal tercera de casación, verse afectada la totalidad del fallo, pues al declararse por la Corte la procedibilidad de la censura presentada en la demanda o de manera oficiosa, también se señalará el momento procesal afectado por el vicio de nulidad y se dispondrá su enmienda por el competente.

e) En causas acumuladas se dicta sentencia por un delito que admite el recurso extraordinario de casación y por otro que no reúne los requisitos.

En esta hipótesis la solución es más sencilla porque no hay, en principio, subordinación y dependencia entre los delitos de las causas

acumuladas, debiéndose arbitrar el caso en la forma señalada para el evento anterior, guardadas las particularidades para el evento en que la invalidez afecte la actuación conjunta o solamente a una de las causas, para efectos de los ajustes de punibilidad.

Lo anteriormente expuesto, es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

1º *No reponer* el auto de fecha 8 de abril del presente año, por medio del cual se *declaró inadmisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Urias Duque contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 12 de febrero de 1991, respecto del porte ilegal de armas de uso de defensa personal.

Córrase traslado al recurrente por el término legal a fin de que presente la correspondiente demanda de casación por medio de abogado titulado y con relación al delito de homicidio agravado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

APODERADO. IMPEDIMENTO

No hay lugar a recusación ni tampoco constituye impedimento, la situación que emerge del cambio de defensor o apoderado de uno de los sujetos procesales, a menos que lo formule la parte contraria o el Ministerio Público

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., tres de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 039 (junio 20 de 1991).

Vistos:

De plano entra esta Sala de la Corte a resolver la no aceptación del impedimento manifestado por los doctores *José Rafael Angarita Serpa, Carlos Alejandro Chacón Moreno, José Rafael Labrador Buitrago, Mery Montoya de Forero, Néstor Perozzo García y Fabio A. Peñaranda Ortega,* Magistrados del honorable Tribunal Superior de Cúcuta quienes alegaron como motivo de inhabilidad la causal prevenida en el numeral 5º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, que no fuera aceptada por la Sala Penal de Conjueces.

Antecedentes:

En diciembre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990), el Juzgado Veintiuno (21) de Instrucción Criminal radicado en Ocaña, inició investigación, por los delitos de homicidio y lesiones personales, contra *Carlos Leonardo Bayona Quintero,* quien oído en indagatoria ameritó la medida asegurativa de detención precautelar. Efectuadas varias diligencias, se cerró la investigación, calificándose por el despacho judicial antecitado con resolución acusatoria, proveído calendado a abril ocho (8) del año en curso. Notificado el doctor *Julio César Rodríguez Vanegas,* defensor del inculpado, interpuso recurso de apelación. Al tiempo de sustentarlo, el profesional allegó un memorial en el que designa como defensor suplente a su colega, doctor *Miguel Quintero Quintero,* quien en abril veintidós (22) siguiente tomó posesión de tal cargo ante el Juzgado Séptimo (7º) de Instrucción Criminal de Cúcuta, comisionado para el efecto. Concedida la alzada, arriba el expediente a la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Cúcuta, correspondiendo al Magistrado doctor *Fabio A. Peñaranda*

Ortega. Con ponencia de éste, por auto calendado en abril veintinueve (29) postrero, el doctor *Peñaranda* y la totalidad de los restantes miembros de dicha Sala, "...se declaran impedidos conjuntamente..." para conocer del presente asunto, "...por enemistad grave, para con el defensor suplente doctor Miguel Quintero Quintero...", aduciendo que con relación a determinado proceso, dicho profesional los denunció penalmente, con imputaciones difamatorias y lesivas de su honestidad y pulcritud, "...originándose desde ese instante un repudio y rechazo total...", motivo de animadversión que han expresado en otros procesos. En mayo veintitrés (23) del año en curso, la Sala Penal de Conjueces integrada para atender el caso, no aceptó las razones aducidas por los Magistrados titulares, porque aparte de posesionarse, el doctor *Quintero* no ha cumplido actuación ninguna en el proceso y, además, siguiendo enseñanzas jurisprudenciales de la Corte, el solo cambio de apoderado de una de las partes, no genera ni autoriza el impedimento del Juez o Magistrado para conocer de un determinado asunto por la razón invocada y de aceptarse según las circunstancias antedichas, sería tanto como entronizar un absurdo precedente.

La Corte:

I. Por desgracia, es harto conocida en el Distrito Judicial de Cúcuta la situación que se presenta en la Sala Penal del Tribunal Superior cuando se designa al abogado Miguel Quintero Quintero como parte en algunos asuntos penales. Es un problema agudísimo que tiene en jaque a parte de la administración de justicia en ese departamento y que exige de la Corte un pronunciamiento severo e inflexible. Los Magistrados de la Sala Penal se declaran sistemáticamente impedidos por enemistad manifiesta en todos y cada uno de los asuntos en donde interviene como sujeto procesal el doctor Miguel Quintero Quintero, quien en actitud francamente inmoral y abiertamente desprestigiada asume los poderes cuando por una u otra razón los procesos llegan a conocimiento de la Corporación.

II. Como al rompe se advierte, en la situación fáctica planteada no es de recibo la separación ni individual ni conjunta de los señores Magistrados presuntamente inhabilitados, como correctamente lo entendió la Sala de Conjueces, al inadmitir la causal de impedimento alegada. *Frente al* ius positum *no hay lugar a recusación ni tampoco constituye impedimento, la situación que emerge del cambio de defensor o apoderado de uno de los sujetos procesales a menos que lo formule la parte contraria o el Ministerio Público como mandatoriamente lo prevé el artículo 113 de nuestro ordenamiento procesal. Es claro el espíritu de la norma y racionales sus proyecciones al impedir el advenimiento de actuaciones o prácticas que derroten los fines de la justicia.*

Es de notar que nítida y categórica ha sido la jurisprudencia de la Corte al fijar el exacto sentido y pleno entendimiento de la norma acotada con el rechazo de conductas que como la actual solamente persiguen bastardear los fines del proceso. Y así ha sostenido invariablemente:

"Tal *y conforme lo recuerda la Sala Dual al desechar el impedimento propuesto, persistente ha sido el entendimiento de la Corte*

respecto del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, tanto al advertir que con él procura la ley el evitar que a través de la designación de un nuevo mandatario judicial se logre el irregular desplazamiento del funcionario que viene conociendo del proceso, sea para impedir su pronunciamiento, ora para escoger a otro juzgador por los mecanismos de la recusación, bien para procurar fórmulas de entrabamiento o dilatación de los procedimientos, como al sostener que a ese mecanismo tortuoso se podría prestar lo mismo la recusación que intentara quien origina la causal o la provoca, como el funcionario, de serle admitido su impedimento, pues siendo éste de manifestación oficiosa su omisión conllevaría las sanciones del artículo 117 Ibidem *haciendo inocua la prevención legislativa al ocasionar forzosamente el desplazamiento del fallador por la imposición de su propia declaración".*

En vigencia del Decreto 409 de 1971, ya había tenido la Corte oportunidad de fijar este criterio, cuando en decisión de 7 de diciembre de 1979 sobre el particular expresó:

> "Que no puede este específico motivo invocarse como impedimento, pues por mandato de la ley opera exclusivamente como recusación. Y la demostración de este aserto resulta fácil. En efecto, si lo que la ley precave es que no se cumpla el propósito buscado por quien origina esta situación, o sea, provocar innecesaria y artificiosamente la separación del Juez o Magistrado, mal pueden éstos contribuir a este logro presentado excusación. De otro lado, cuando la ley hace la reserva de poderse invocar como recusación y a instancia de un determinado sujeto procesal ("no habrá lugar a recusación...a menos que la formule la parte contraria"), no es dable extender el fenómeno al campo del impedimento porque así se desvirtúa la prohibición y los fines perseguidos por el legislador. Por eso la ley fija motivos de recusación que pueden alegarse como tales o como impedimentos, siempre y cuando no se señale una restricción o salvedad. Porque si el legislador ha querido que sólo la 'parte contraria' pueda obtener la remoción del Juez o Magistrado, por el motivo que se analiza, éstos, de obrar en oposición a este dictado, abusivamente invaden esta atribución y se anticipan a la determinación que pueda tomar esa 'parte contraria', o imponiendo su voluntad por encima de quien ha sido reconocido por la ley, de manera especial, para accionar en este sentido".

Citando esta doctrina con auto de diciembre 2 de 1986 añadió además la Corte mediante ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz, y refiriendo aún al artículo 86-2 que en la codificación procesal para ese momento vigente consagraba norma pareja a la que ahora se remite:

> "Con esta prohibición la ley ha querido que si el motivo de recusación nace con el cambio de apoderado, la remoción del Juez o Magistrado pueda intentarse exclusivamente por iniciativa de la parte contraria (entendiendo por ésta a todas las demás que intervienen en el proceso, y que son ajenas al cambio de apoderado), siéndole por tanto e igualmente pro-

hibido al funcionario realizar lo propio, pues esta concesión desfiguraría y haría nugatorio el profiláctico objetivo que el legislador se propone con este mandato: Impedir que la parte interesada salga airosa en lo que busca con el relevo de apoderado, esto es, la separación del funcionario.

"Es más: Si se tolerara el impedimento en este evento, quien generó el cambio de apoderado, en la práctica se vería excusado de recusar, pues simplemente le bastaría esperar la forzosa declaración de impedimento, la cual no podría tener fundamento legal distinto a la causal de recusación. Con esta posición cómoda y nada riesgosa, la misma ley estaría premiando a quien, por el contrario, debería gravar de alguna manera por esa clara traición a la lealtad y buena fe procesales".

El tránsito de normas que impuso la vigencia del Decreto 050 de 1987, lejos de mortificar la anterior comprensión del instituto, lo ratificó como queda expuesto en el actual artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, sin que de allí variara la jurisprudencia de esta Sala, como ha tenido ocasión de reiterarlo en reciente ocasión en que resalta más bien la autorización ahora otorgada al Ministerio Público para que recuse en condiciones análogas a aquellas en que interviene la "parte contraria" (C. S. de J., Sala de Casación Penal, auto de febrero 6 de 1991, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Y no sobra añadir aún a lo expuesto, que conteniendo la solución legal del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal una armonización cabal de intereses, en ella vela por la conservación de la competencia en el Juez que hasta entonces no ha merecido fundado reproche y permite la posibilidad de que con él prosiga el curso de la actuación a pesar del cambio de apoderado; reconoce la voluntad de la parte (principalmente al procesado), que desea o necesita dejar su representación en las manos profesionales más confiables; facilita a todo abogado el ejercicio de su profesión dentro de los principios de libertad e independencia que la caracterizan, y deja a salvo los intereses de la justicia, de la comunidad y de las partes, cuando eventos extremos puedan romper el equilibrio del proceso, quebrantar la imparcialidad del Juez, o desconocer el principio de lealtad, surgiendo entonces para la parte afectada con un traumático cambio de apoderado la posibilidad, como en todo caso para el Ministerio Público la obligación de hacer operantes los mecanismos de la recusación (Cfr. Auto, marzo 13 de 1990, Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda).

III. *En el caso* sub exámine, *es palmar que la sustitución de poder obedece a una estrategia predeterminada y corrupta por parte del defensor principal, doctor Julio César Rodríguez Vanegas para lograr —mediante la dicha actividad— que los señores Magistrados que integran la Sala Penal se declaren impedidos para conocer de este proceso. No se pueden sacrificar los principios puros de la justicia. Esta no puede ponerse en entredicho por apreciaciones forzadas o por circunstancias personalísimas de quienes no entienden el ejercicio de la abogacía como una noble actividad de pedir justicia y sí como un arte para encubrir pasiones impuras o intereses envilecidos. Sabiamente la ley precave que los propósitos oscuros que animan a los litigantes al*

provocar la separación de los Magistrados de manera artificiosa y delusoria carecen de toda efectividad. En este terreno vedado, la hostilidad de los abogados, su mala je o los procedimientos incorrectos nada pueden contra la recta aplicación de la ley. Sería una regla muy perniciosa la de consagrar el hábito del impedimento ante prácticas como la ejercida por los letrados en este expediente. Sea dicho así con claridad y suficiencia.

IV. *Escrito lo anterior, no hay motivos seriamente hablando para aceptar los planteamientos de inhibición expuestos por los Magistrados de la Sala Penal del honorable Tribunal Superior de Cúcuta. Fue correcta la interpretación dada por la Sala Penal de Decisión de Conjueces al artículo 113 del Código de Procedimiento Penal y exactas sus conclusiones. De consuno procederá la Corte.*

V. Grave, de toda gravedad, es la afirmación que consta en los folios de que el doctor Miguel Quintero Quintero ha explotado por la prensa radial y escrita sus antagonismos con los Magistrados que integran la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta para derivar de esa descalificada y descalificable conducta, provechos de todo orden y lucrarse profesionalmente. La verdad, cual dicho queda, es ésta y no otra. En cumplimiento de sus deberes funcionarios, ordenará la Corte que se expidan las copias de rigor a efectos de que se investigue disciplinariamente al aludido, por presunta violación al ordinal 1º del artículo 52 del Decreto 196 de 1971. En igual sentido deberá investigarse la conducta nada clara y sí comprometedora del abogado Rodríguez Vanegas quién con pleno conocimiento de la inhabilidad, sustituyó, para ante el Tribunal, el poder conferido al doctor Quintero, según ha tenido ocasión de señalar la Sala.

VI. *Queda aparte, como cuestión distinta, una enérgica y muy seria llamada de atención a la Sala Penal del Tribunal para que juzgue mejor y con mayor celo, el problema de los impedimentos. Todo gesto necesita interpretación. Casi siempre son limitados y por ende equívocos máxime cuando se conocen algunos antecedentes que preludian una dirección exacta y preordenada de la voluntad hacia la consecución de concretos fines. A despecho de las apariencias, la finalidad del impedimento sea que se tome por su anverso o por su reverso tenía su razón de ser: El alejamiento de los juzgadores del actual proceso. Cualquiera percibe la realidad del designio y el propósito de la celada. Más con pretensiones de suficiencia —pero es que la apariencia de equilibrio no lo hace todo— se limitaron los señores Magistrados a declararse impedidos, sin entrar a escudriñar, cuál era su obligación, el sentido y alcances del artículo 113, la real naturaleza del obstáculo, el aspecto teleológico del mismo, la existencia de antecedentes jurisprudenciales o doctrinarios que examinaran el asunto del escollo o aún, la gestación de otras ideas que los liberaran de la presión. Buena parte del azoramiento — por no decir todo— quedó sepultado en el espacio histórico de la inhabilidad planteada, sin paliar en lo más mínimo las consecuencias deplorables de tal actitud. El conocimiento de la jurisprudencia de la Corte sobre estas materias —labor nada difícil por estar al alcance de cualquiera— hubiera evitado todo este desgaste inútil y la utilización de los vejámenes que aquí han tomado cuerpo y forma. Nunca serán bastantes las reflexiones para decir a los juristas que componen actualmente la Sala*

Penal que no es conveniente parapetrarse con exceso tras interpretaciones laxas, cual en el caso presente sucede, a fin de no incurrir en los mismos o parecidos errores. A fin de cuentas esto redunda en perjuicio suyo y de la justicia que administran.

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

Resuelve:

1º *Confirmar* la providencia de mayo veintitrés (23) del año en curso, a través de la cual la Sala Penal de Conjueces del honorable Tribunal Superior de Cúcuta, rechaza el impedimento manifestado por los Magistrados titulares de la misma, doctores José Rafael Angarita Serpa, Carlos Alejandro Chacón Moreno, José Rafael Labrador Buitrago, Mery Montoya de Forero, Néstor Perozzo García y Fabio A. Peñaranda Ortega, para intervenir en el proceso seguido contra Carlos Leonardo Bayona Quintero, por homicidio y lesiones personales.

2º Por la Secretaría de la Sala, expídanse para ante la jurisdicción respectiva, las copias indicadas en la parte considerativa de este auto, para las investigaciones pertinentes respecto de la conducta de los abogados doctores Miguel Quintero Quintero y Julio César Rodríguez Vanegas.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

REVISION. Hecho o prueba nueva

Los sucesos o probanzas deben demostrar con suficiente vigor la inocencia que se predica del procesado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 037 (junio 12 de 1991).

Vistos:

Mediante poder debidamente otorgado por el condenado *Cruz Enrique Hernández Fernández*, su representante legal doctor *Fabio Alberto Higuera*, interpone el recurso extraordinario de revisión respecto del proceso adelantado contra aquél en el Juzgado Treinta y Dos (32) Penal del Circuito de Bogotá, donde se profirió sentencia en noviembre dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), condenándolo a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de estafa, determinación confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, el día cuatro (4) de marzo del año siguiente.

Hechos:

Los redactó el sentenciador de segunda instancia así:

"A principios del año de mil novecientos ochenta y uno, el señor Cruz Enrique Hernández Fernández organizó una rifa clandestina en la que se ofrecían los siguientes premios: Un campero Daihatsu, modelo 1981, cero kilómetros, un pasaje para dos personas ida y regreso a Miami con US$ 1.000.00 dólares para gastos, premios que se sortearían el día quince de marzo de mil novecientos ochenta y dos, con el premio mayor de la Lotería de Bolívar, y el primer seco de la misma. El precio de la boleta era de dos mil pesos, una de las cuales fue adquirida por la señora Stella Penagos de Basto. El sorteo oficial reglamentario premió el número 6809, con lo cual la tenedora de la boleta, la denunciante, pretendió que se le pagara su premio, el automotor ofrecido por Cruz Enrique Hernández. Este respondió 'que no tenía ni el carro ni la plata porque él pensaba aplazar la rifa', siendo denunciado penalmente por tales acontecimientos".

La demanda:

Con fundamento en la causal tercera del artículo 231 del estatuto procesal penal, el procurador judicial de Hernández Fernández, impetra la revisión del proceso, por cuanto después de la condena sufrida por aquél, "...se han obtenido *pruebas* que él por su ignorancia, y su o sus asesores por confianza, se abstuvieron de presentar al Juzgado, máxime que habiendo *Hernández a fin de cuenta pagado el premio* para poder salir de la cárcel... fue informado que la acción judicial concluiría, por ello se dejaron traer (sic) tanto la autorización o permiso para realizar la rifa, como la de su suspensión o aplazamiento para que ya no fuera el 15 de marzo de 1982... sino el 24 de mayo siguiente..."

Luego de afirmar que "...la rifa no era ilegal ni clandestina... pues para su realización Hernández obtuvo la correspondiente *autorización* o *permiso* otorgado por la Alcaldía Municipal de Calamar (Bolívar)...", señala el demandante como pruebas nuevas que los falladores no tuvieron oportunidad de conocer, el télex remitido de Cartagena a Bogotá, mediante el cual informa sobre la suspensión de la rifa; de igual manera, la autorización para realizarla, así como el permiso para su aplazamiento; además, uno de los veinte (20) talonarios (con veinticinco —25— boletas), pertenecientes al sorteo en referencia. De tales probanzas aportó el revisionista copia fotostática autenticada, así como de los fallos de instancia.

Período probatorio:

Durante este lapso se escuchó en ampliación de indagatoria al condenado aludido y se recibieron las versiones de varios subalternos de la "Federación Nacional de Algodoneros", quienes fueron contestes en confirmar el envío del mensaje telegráfico informando el aplazamiento de la rifa. Así mismo, se practicaron inspecciones judiciales en las oficinas del Municipio de Calamar (Bolívar), encontrándose fotocopias auténticas del permiso otorgado para el sorteo y de la solicitud de concesión de su aplazamiento.

El apoderado de Hernández Fernández, presentó su alegato pidiendo la revisión del proceso por considerar que con las pruebas nuevas que aportara, se demuestra la legalidad de la rifa y cómo fue oportuno el aviso de prórroga, lo que de suyo —advera el profesional— descarta la estructuración del punible de estafa endilgado a su cliente.

La Corte:

1º Antes de entrar a estudiar el asunto materia del recurso, *la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:*

a) *La causal invocada es la tercera, que se refiere al surgimiento de hechos o pruebas nuevas, no conocidas durante el proceso, y por lo mismo no debatidas, "que establezcan la inocencia del condenado o condenados".*

Esto significa que tales sucesos o probanzas deben demostrar con suficiente vigor la inocencia que predica el recurrente, sobre la base de que la verdad formal declarada en la sentencia no coincide con lo realmente ocurrido.

b) La sentencia dictada por el Tribunal Superior sustenta la configuración del delito de estafa así:

"5.1. *Valoración de conducta:* El Juez del conocimiento ubicó la conducta del procesado, en el auto de enjuiciamiento (fl. 123) dentro del inciso segundo del artículo 356 del Código Penal que reza: 'En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho ilícito para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar determinado resultado...' Tal valoración no es la correcta, visto que el acusado no utilizó ningún medio fraudulento para obtener un resultado a su favor en la Lotería de Bolívar, por ejemplo que el número cayera en las boletas no vendidas por el organizador de la rifa, sino que simplemente no entregó el premio que ofrecía que resultó premiado con el resultado oficial de la Lotería de Bolívar".

"5.2. *Valoración correcta:* En este caso parece que existe plena demostración de los elementos que estructuran el tipo legal de la estafa, así: a) La maniobra engañosa: Representada en la rifa fingida que pública y genéricamente se ofreció a un número indeterminado de personas; b) La inducción en error: Determinada (sic) tal fenómeno sicológico de falsa apreciación pues se creyó en la realidad de la oferta contenida en la rifa, con todas las apariencias de seriedad con que la organizó el autor; c) El provecho ilícito: De la misma manera el acusado con la mencionada rifa clandestina obtuvo un provecho ilícito, con detrimento patrimonial del tercero, estructurándose en esta forma la figura típica de la estafa, descrita en el artículo 356 del C., (sic) inciso primero. Se aclarará la sentencia en este punto. Naturalmente que el comportamiento es contrario al ordenamiento jurídico y objetivamente realizado con conocimientos y apetencia por parte de su autor. Deberá formularse reproche de antijuricidad y culpabilidad, pues se actuó dolosamente".

Es claro que la estafa imputada la configura el no haber entregado el premio a la ganadora, y no la falta de autorización para hacer la rifa; tampoco el no haber podido probar que envió un télex de Cartagena a Bogotá comunicando la suspensión del sorteo, porque eso es una excusa cuya valoración debe hacerse a la luz de la reglamentación existente para esa actividad y atendiendo a todas las circunstancias acreditadas por la investigación.

c) *Los hechos plenamente probados y cuya consideración tuvo importancia para proferir la decisión son los siguientes: Los premios ofrecidos nunca fueron adquiridos por el organizador de la rifa; el dinero recibido por las boletas vendidas lo gastó el condenado en la campaña política que adelantó como candidato a la Asamblea Departamental de Bolívar; vendió boletas del sorteo en Bogotá sin tener autorización para hacerlo, entre ellas la ganadora;* la señora María Stella Penagos de Basto *se ganó el premio mayor, un campero marca Daihatsu F20V, y cuando lo reclamó no se lo entregaron con el argumento de que la rifa había sido aplazada, pero posteriormente su*

abogado hizo un arreglo con Cruz Enrique Hernández, *quien le entregó tres cheques que fueron impagados por cuenta cancelada. Finalmente recibió la suma de doscientos noventa mil pesos ($ 290.000.00).*

2º El demandante aporta pruebas orientadas a demostrar tres hechos: Que para la realización de la rifa Hernández Fernández obtuvo permiso de la Alcaldía Municipal de Calamar (Bolívar); que para la suspensión del sorteo recibió autorización; y, que mediante un télex remitido a Bogotá informó sobre el aplazamiento.

El primer hecho, el relacionado con el permiso de la Alcaldía, no es realmente nuevo, porque fue debatido durante el proceso y reconocido en la sentencia de primera instancia, en donde textualmente dijo la Juez 32 Penal del Circuito:

"Teniendo en cuenta las diversas pruebas allegadas dentro del plenario, varias de ellas relacionadas en el resultando primero de esta providencia, tal como se consideró en el auto vocatorio a juicio, se establece que el *corpus criminis* del delito investigado y causa de este proceso, se encuentra plenamente demostrado, como quiera que existió una conducta externa consistente en que el *sindicado valiéndose de boletería autorizada por la Alcaldía de Calamar Bolívar para efectuar una rifa* consistente en la entrega de premios como un campero marca Daihatsu modelo 1981, cero kilómetros y un viaje a la ciudad de Miami, por un valor unitario de dos mil pesos, vendió en esta ciudad varios de ellos, entre las personas adquirentes se encontraba la denunciante quien se hizo merecedora al premio mayor, y cuando quiso reclamarlo le fue negado en razón a que el vehículo no había sido comprado para entregarlo a su ganadora" (subrayado de la Sala).

El Tribunal Superior dice que de la autorización de la Alcaldía no existe constancia en el proceso, lo cual en ese momento era cierto, pero como ya se vio, la decisión condenatoria la concreta en el hecho de no haber entregado el premio a la ganadora, de manera que la demostración del permiso no altera el fundamento fáctico que fue tenido en cuenta. Es importante destacar, que el Alcalde de la época Alfonso Guillermo Franco Avilés, reconoce en su testimonio que otorgó el permiso sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues el Despacho a su cargo carecía de Código Nacional y Departamental de Policía y dentro del presupuesto no existía partida para la compra de libros. El tiempo transcurrido hace improcedente la expedición de copias para investigar la conducta del funcionario, pero es evidente y así lo ratifica su propia versión, que obró de manera contraria a derecho (Decreto 537 de 1974, arts. 6º y 7º).

También debe tenerse en cuenta que el apelativo de "rifa clandestina" que utiliza el *ad quem* es perfectamente válido para Bogotá, pues como lo constató la inspección judicial practicada en la oficina de Rifas Juegos y Espectáculos del Distrito Especial (fl. 120), Hernández no tenía autorización para vender boletas en esta ciudad, luego la operación era ilícita. La autorización de la Alcaldía es un sofisma de distracción.

El segundo hecho, la autorización para el aplazamiento de la rifa, fue conocido desde la indagatoria del procesado, y en la sentencia

recurrida no se puso en entredicho, simplemente se dijo en primera instancia, que "si hubiese sido verdad lo atinente al télex, porqué (sic) razón no trajo esta prueba?", pero en modo alguno se puede inferir que si la hubiera aportado era inocente.

El fallo de segunda instancia no le da ninguna trascendencia a que se haya enviado o no comunicado aplazando la rifa, pues de los hechos probados el sentenciador ve claro que mediante maniobras engañosas, esto es, haciendo creer que la oferta era seria, el imputado llevó a varias personas a comprar boletas, y luego de gastarse el dinero recaudado en la campaña política, no pudo cumplirle a la señora que se ganó el premio, el cual realmente nunca adquirió.

En nada puede variar la sentencia, el hecho de que cuatro horas antes de jugar la lotería, el incriminado haya enviado un télex a Bogotá anunciando el aplazamiento de la rifa, pues el problema real era que no tenía nada para entregarle a los ganadores, con cuyo dinero obtuvo un provecho ilícito, y para tratar de excusar el fraude acudió al mecanismo del aplazamiento, que ante las circunstancias probadas en autos, no tiene la trascendencia necesaria para remover el carácter de cosa juzgada que ampara a los hechos investigados.

En síntesis, las pruebas nuevas aportadas no cambian los hechos que sirvieron de base a la sentencia, sobre los cuales no hay objeción, pero con ellas se trata de acreditar la veracidad de la excusa presentada por el procesado para no cumplir con la entrega del vehículo, la cual resulta francamente inaceptable. La ilegal autorización para aplazar el sorteo no desdibuja la estafa cometida.

Como al momento de otorgar el permiso, también al autorizar el aplazamiento de la rifa sin el cumplimiento de ningún requisito, el Alcalde obró al margen de la ley, pero en este momento la acción penal posible ya está prescrita.

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 ordenar la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION. Hecho o prueba nueva (SALVAMENTO DE VOTO)

La causal tercera de revisión se instituyó con el fin de abrir el camino a un reexamen de la cuestión procesal, pero no quiere decir que los sucesos o probanzas nuevos deban necesariamente conducir a la certeza de la inocencia.

De conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, presento el texto de la ponencia sometida por el suscrito a consideración de la Sala y que no fuera admitida, como *salvamento de voto*.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 037.

Vistos:

Mediante poder debidamente otorgado por el condenado *Cruz Enrique Hernández Fernández*, su representante legal, doctor *Fabio Alberto Higuera*, interpone el recurso extraordinario de revisión respecto del proceso adelantado contra aquél en el Juzgado Treinta y Dos (32) Penal del Circuito de Bogotá, donde se profirió sentencia en noviembre dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), condenándolo a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de estafa, determinación confirmada por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, el día cuatro (4) de marzo del año siguiente.

Hechos:

En el mes de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981), el empleado de la "Federación Nacional de Algodoneros", Cruz Enrique Hernández Fernández, presentó su candidatura como Diputado a la

Asamblea Departamental de Bolívar. Con el fin de recaudar fondos para sostener la campaña política, decidió efectuar una rifa entre sus compañeros de labores en esa entidad, ofreciendo varios premios, figurando como el mayor, un vehículo campero marca "Daihatsu", cuyos resultados se atendrían a los que arrojara el sorteo de la "Lotería de Bolívar", el quince (15) de marzo de mil novecientos ochenta y dos (1982). Para el efecto, Hernández Fernández gestionó y obtuvo un permiso de la Alcaldía de Calamar (Bolívar), pagando los impuestos correspondientes.

Como quiera que para la fecha indicada no había vendido un número importante de boletas, logró el aplazamiento de la rifa a través de la mencionada Alcaldía. Horas antes de llevarse a cabo el sorteo de la "Lotería de Bolívar", se recibió en las dependencias de la "Federación Nacional de Algodoneros", en Bogotá, un telegrama en el que se informaba de la novedad, mensaje colocado en la cartelera de información y repartido en fotocopias a los interesados. No obstante, días después, María Stella Penagos de Basto, le reclamó a Hernández Fernández el pago del premio por poseer la boleta ganadora, argumentando no haberse enterado del referido aplazamiento. Para este momento, el vehículo en cuestión aún no había sido adquirido, lo que en un comienzo motivó el incumplimiento de Hernández. Tales acontecimientos sirvieron de base para el inicio y adelantamiento del presente proceso, durante el cual, el hoy sentenciado, llegó a un acuerdo con la denunciante, cancelándole en efectivo una suma de dinero que se consideró como equivalente al valor del automotor, finalizando el trámite con el aludido fallo condenatorio por el delito-tipo de estafa.

La demanda:

Con fundamento en la causal tercera del artículo 231 del estatuto procesal penal, el procurador judicial de Hernández Fernández, impetra la revisión del proceso, por cuanto después de la condena sufrida por aquél, "...se han obtenido *pruebas* que él por su ignorancia, y su o sus asesores por confianza, se abstuvieron de presentar al Juzgado, máxime que habiendo *Hernández a fin de cuenta pagado el premio* para poder salir de la cárcel...fue informado que la acción judicial concluiría, por ello se dejaron traer (sic) tanto la autorización o permiso para realizar la rifa, como la de su suspensión o aplazamiento para que ya no fuera el 15 de marzo de 1982...sino el 24 de mayo siguiente..."

Luego de afirmar que "...la rifa no era ilegal ni clandestina..., pues para su realización Hernández obtuvo la correspondiente *autorización* o *permiso* otorgado por la Alcaldía Municipal de Calamar (Bolívar)...", señala el demandante como pruebas nuevas que los falladores no tuvieron oportunidad de conocer, el télex remitido de Cartagena a Bogotá, mediante el cual informa sobre la suspensión de la rifa; de igual manera, la autorización para realizarla, así como el permiso para su aplazamiento; además, uno de los veinte (20) talonarios (con veinticinco —25— boletas), pertenecientes al sorteo en referencia. De tales probanzas aportó el revisionista copia folostática autenticada, así como de los fallos de instancia.

Período probatorio:

Durante este lapso, se escuchó en ampliación de indagatoria al condenado aludido y se recibieron las versiones de varios subalternos de la "Federación Nacional de Algodoneros", quienes fueron contestes al confirmar el envío del mensaje telegráfico informando el aplazamiento de la rifa. Así mismo, se practicaron inspecciones judiciales en las oficinas del Municipio de Calamar (Bolívar), encontrándose fotocopias auténticas del permiso otorgado para el sorteo y de la solicitud y concesión de su aplazamiento.

El apoderado de Hernández Fernández, presentó su alegato pidiendo la revisión del proceso por considerar que con las pruebas nuevas que aportara, se demuestra la legalidad de la rifa y cómo fue oportuno el aviso de su prórroga, lo que de suyo —adversa el profesional— descarta la estructuración del punible de estafa endilgado a su cliente.

La Corte:

I. Antes de entrar a estudiar el asunto materia del recurso, la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

La causal tercera de revisión se instituyó con el fin de abrir el camino a un reexamen de la cuestión procesal en el evento en que, con posterioridad a la sentencia condenatoria, surjan hechos o pruebas inéditas que "...establezcan la inocencia del condenado o condenados..."

Sin embargo, no quiere decir que para la prosperidad de la impugnación, tales sucesos o probanzas deban necesariamente conducir a la certeza de la inocencia. Ello significaría convertir la posterior revisión del proceso, en una simple formalidad, pues es claro que la Corte, al predicar la incontrovertibilidad de la dicha inocencia, usurparía las funciones del Juez de derecho quien, al reexaminar el acervo probatorio, únicamente se limitaría a avalar la decisión de esta Colegiatura.

Así las cosas, se transformaría el recurso extraordinario en una verdadera instancia, en la que se haría nugatoria la posibilidad de una segunda discusión, puesto que las probanzas que en ésta se practicaran no tendrían el poder de cambiar la situación de quien, en la práctica, fue absuelto por la Corte.

Tal no puede ser el propósito de la revisión. De consiguiente, la causal tercera ha de establecer una probabilidad y no una certeza. Es decir, las pruebas o hechos nuevos han de mostrar con el suficiente vigor, la verosimilitud de inocencia que le asiste al condenado, creadora de una duda de tal entidad que quiebre la convicción que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, reactivándose la controversia por otros caminos.

Por tanto, es al Juez designado para el reinicio de la investigación, a quien le corresponde establecer si la incertidumbre que llevó a la prosperidad de la opugnación especialísima, es insalvable o si en el subsiguiente debate se convierte en un conocimiento seguro y claro.

Incluso, también podría suceder que las pruebas que conformaron el sustento de la revisión, pierdan fortaleza frente a otras diferentes que las partes hagan valer en el ulterior escudriñamiento de la cuestión procesal.

Tales las posibilidades que se guardan para la contienda sumarial que inaugura la revisión, las cuales no pueden cumplirse en el estudio del recurso, limitando solamente a establecer si lo recién descubierto, es suficiente para restarle piso a la presunción de acierto y logicidad que conlleva la sentencia instancial.

Por tanto, en presencia de hechos o pruebas novísimas que basamenten por lo menos una duda mayúscula acerca de la culpabilidad del condenado o condenados, ha de prosperar el recurso.

II. La investigación adelantada en las instancias fue parca. A la dicción de la denunciante le fue opuesta la del sindicado. Ella, afirmando que no supo del mensaje telegráfico. El, asegurando que lo envió cuatro (4) horas antes de efectuarse el sorteo y que fue ella la primera persona enterada de su contenido. Aparte, se encuentran las declaraciones de dos empleados de la "Federación Nacional de Algodoneros": Josué Rodríguez, quien corrobora las palabras del inculpado y, Cecilia Díaz, quien admite el envío del telegrama pero advirtiendo que " ..los que habíamos comprado boletas aquí en Bogotá no sabíamos..."

Sin embargo, esta pobreza probatoria fue realzada con un vocatorio a juicio y el fallo condenatorio subsiguiente. En la primera instancia se determinó la tipicidad del hecho argumentándose que cuando la favorecida con el premio mayor "...quiso reclamarlo le fue negado en razón a que el vehículo no había sido comprado para entregarlo a su ganador..." A Josué Rodríguez se le descalifica porque "...en manera alguna deja entrever que a él le fuera comunicada tal decisión, pues parece herido en su moral cuando afirmó tajantemente 'la cuestión es que salió favorecida la señora Stella de Basto' según el sorteo 3156 de 15 de marzo, dando a entender cierto egoísmo hacia su compañera de trabajo .." Curioso análisis.

Ahora bien, aunque se acepta como posible la comunicación del aplazamiento, se le resta peso aduciéndose que "...el tiempo con que lo hizo no era el suficiente para que las personas residentes en esta ciudad se enteraran sobre el particular..." Luego se admite el dicho de la presunta ganadora para advertirse que "...para darle mayor credibilidad y seriedad a la rifa se valió de medios como el de utilizar el Fondo de Empleados de Federalgodón para la expedición de boletas, así como su propia empresa Ecos del Dique, vale decir, para que las gentes que adquirieran las mismas creyeran que se trataba de una rifa lícita y así no dudaran en comprar las mismas..."

Un último razonamiento consiste en que "...reunido el dinero, el sindicado dispuso de él para financiar su compaña política, mas no para adquirir el automotor que prometía entregar al ganador...", rechazando de paso su disculpa de no haber vendido la totalidad de la boletería. Culmina el Juez de instancia afirmando que "...Si hubiese sido verdad lo atinente al télex, por qué razón no trajo esta prueba? Nada más ni nada menos que trataba de argumentar su defensa,

cuando la realidad procesal es totalmente distinta y sus exculpaciones se tienen solamente como un medio natural de defensa, pues no tienen ningún respaldo jurídico dentro del proceso..."

De otra parte, como precario puede también calificarse el examen del Tribunal. De entrada —en el acápite de los "hechos"— califica la rifa de "clandestina" y recorta la versión de los testigos a quienes apenas les atribuye haberse dado cuenta de la rifa "...y arguyen que luego se enteraron que la ganadora del automotor había sido su compañera María Stella Penagos, pero que el acusado se negaba a pagar el premio..." El aporte testimonial sobre la existencia y recepción del telegrama, queda en el olvido. Más adelante, participa la Corporación del pensamiento de su inferior sobre la ilicitud de la rifa, cuando señala que del permiso expedido por la Alcaldía de Calamar para su realización, "...no existe constancia dentro del proceso..." Nada más.

III. Contrasta con esa estrechez procesal el recaudo probatorio cumplido en el trámite del recurso extraordinario que a la hora de ahora ocupa la atención de la Sala. Testimonios, documentos, inspecciones judiciales, etc., etcétera, todos a una, convergen para fortalecer las exculpaciones primigéneas de Hernández Fernández. Tres empleados de la "Federación Nacional de Algodoneros", corroboran la realidad del télex y su recepción antes de efectuarse el sorteo oficial de la "Lotería de Bolívar" en el que se basaba la rifa del aspirante a Diputado. Fernando Alcázar Devia Arias, jefe de personal de esa entidad, es el primero. El mismo, puso a disposición del funcionario instructor copia al carbón del aludido mensaje, datado en marzo quince (15) de mil novecientos ochenta y dos (1982). En este se lee: "...motivos insalvables última hora impídenos efectuar rifa procandidatura Cruz Hernández a la Asamblea de Bolívar. Esta queda aplazada para el 25 de mayo de 1982 con la Lotería de Bolívar..." Sobre la publicación del mensaje, asegura que lo vio "...en la cartelera de información que tiene la empresa para sus empleados...", señalando, además, cómo algunos socios del "Fondo de Empleados" "...aportaron una cuantía... en carácter de donación a auxilio al señor Cruz Hernández para que saliera de esa penosa situación...con el fin de que pudiera pagarse a la beneficiaria del premio..."

Por su parte, Jairo Cadena Rivera, luego de confirmar la existencia de un préstamo que doce (12) funcionarios de "Federalgodón" hicieron a Hernández para solventar la entrega del premio a la denunciante, advera que "...la rifa se aplazó y el aplazamiento lo comunicó Cruz Hernández con un mensaje...", además, que en su oficina tuvo oportunidad de ver una copia de dicho comunicado. A su turno, José Miguel Sandoval Dávila, director financiero de la antecitada federación, anota que el sentenciado "...nos manifestó por teléfono creo que me lo manifestó a mí y a través de un télex que dicha rifa no se podía llevar a cabo el día señalado y que quedaba aplazada para fecha posterior..." Renglones adelante es más explícito al indicar que "...él mandó un télex que se fijó en la cartelera de la federación antes de la rifa..." Alvaro Joaquín Pinzón Pérez, revisor fiscal de la entidad, ratifica lo atinente al aplazamiento e informa que Hernández les pagó el préstamo que con varios compañeros le hicieran para cubrir la presunta obligación.

De otro lado, contrariando lo atestado por la denunciante sobre la inexistencia de una cartelera de información (fl. 34), en inspección judicial practicada en las oficinas de "Federalgodón" en Bogotá, se corroboró su existencia, resaltándose la excepcional visibilidad de la misma pues "...se encuentra localizada concretamente en la parte superior de la pared donde está ubicado el reloj de control de entrada y salida de los empleados de esta entidad, donde es fácil observarla..." (fl. 155).

Respecto a la realidad del permiso dado por la Alcaldía de Calamar (Bolívar), para la realización de la rifa, así como de la solicitud y concesión de su aplazamiento a virtud de no haberse vendido un número importante de boletas, se practicaron inspecciones judiciales en diversas dependencias administrativas del municipio, además, de oírse en declaración a los por ese entonces Alcalde y Tesorero. Sobre lo primero, pese al desorden en los archivos —según constancias del Juez comisionado—, se hallaron copias de los documentos concernientes al permiso para el sorteo y su prórroga, en la secretaría del despacho del Alcalde, Alfonso Guillermo Franco Avilés, quien ejerciera tal cargo para la época en que sucedió el hecho materia del proceso, afirma contundentemente que la rifa de Cruz Hernández se atemperó a los trámites legales pertinentes para su aprobación. También que su aplazamiento fue autorizado oportunamente. A su vez, el extesorero, Norberto Cantillo Rodríguez, confirma lo declarado por Franco.

IV. Las pruebas presentadas por el letrado recurrente, en verdad que son inéditas y poseen la fortaleza suficiente para restarle vigor a la certeza que permitió la edificación de los fallos condenatorios. Ya recordó la Sala cómo en las instancias se partió de los supuestos de "ilegalidad", "clandestinidad" y tardía o, por lo menos, ineficiente comunicación del aplazamiento. Para ello, los juzgadores contaron casi que exclusivamente con la versión de la denunciante. No se admitió que la rifa hubiera recibido el respectivo permiso de la Alcaldía de Calamar, luego de ser cancelados los impuestos de rigor. Tampoco, que fuera correcto el arreglo de Hernández con el "Fondo de Empleados de Federalgodón". Mucho menos se creyó en la existencia del télex, no obstante que dos testigos dan cuenta de él. Pesó la flaqueza probatoria.

Sin embargo, lo dicho por el condenado a la postre resultó verídico. Para la muestra están la copia al carbón del referido mensaje, acompañada de facsímiles de las autorizaciones para llevar a cabo la rifa y de su ulterior postergamiento; las versiones suministradas por quienes otorgaron tales permisos; las declaraciones de empleados de la "Federación Nacional de Algodoneros", quienes corroboran el interés de Cruz Hernández en comunicar el aplazamiento, así como la eficacia del aviso escogido que permitió enterar a los interesados con la suficiente antelación sobre la prórroga para realizar el juego de azar. Más aún, la colocación del télex en la cartelera de las oficinas de aquella entidad en esta capital, cuya existencia confirmó el funcionario encargado de tal menester, no deja la menor duda sobre el aserto. Máxime, cuando se encuentra colocada sobre el reloj dispuesto

para marcar las tarjetas de control de entrada y salida de los empleados. Aparte de las fotocopias que se distribuyeron en las diferentes dependencias, éste procedimiento aseguraba que todos los interesados entraran en conocimiento de la situación, pues forzosamente a dicho lugar debían concurrir al momento de arribar o salir del trabajo.

Pierde, entonces, consistencia el afirmarse la realización de maniobras engañosas por parte de Cruz Hernández, para apropiarse de los dineros de sus compañeros de labores, como también la hipótesis de que quiso montar un tinglado de seriedad o respetabilidad a través del "Fondo de Empleados de Federalgodón". Era lo suficientemente honorable y conocido en el medio. Prueba de ello es que, sucedido el problema, sus propios compañeros le facilitaron el dinero necesario para pagar el premio que supuestamente se había ganado la denunciante. Hernández, cuando pudo hacerlo, devolvió en su totalidad el monto de lo prestado.

En tal orden de ideas, resulta evidente para la Corte que los cuestionados fallos se profirieron con apoyo en una deficiente investigación. De haberse contado con el acervo probatorio que hoy conoce la Sala, por los falladores, a buen seguro, se habría llegado a determinaciones opuestas a las que en su oportunidad profirieron. Tal la contundencia de lo presentado en el ámbito de este recurso extraordinario para ameritar la reapertura del debate probatorio.

V. Consecuentemente con lo anterior, esta Sala de la Corte considera que le asiste razón al impugnante, por lo cual habrá de ordenarse la revisión del proceso, y declarar sin valor lo actuado a partir del auto mediante el cual se clausuró el ciclo instructivo (octubre 31 de 1984), inclusive, remitiéndose el expediente al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, para que se acometa el levantamiento de la respectiva investigación.

Jorge Enrique Valencia Martínez.

1º DEMANDA DE CASACION. NULIDAD

Es correcta la demanda al aducir que con base en un error en la denominación jurídica de la infracción, porque se condena al acusado por la comisión de un delito cuando los hechos resultan constitutivos de una contravención, se deriva la ocurrencia de una nulidad por incompetencia

2º NARCOTRAFICO. Dosis personal

No será dosis personal la que "exceda" de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al "propio consumo", ni la que tenga por destinación su distribución o venta

3º NARCOTRAFICO. DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA

No resulta difícil inferir que los tipos penales previstos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, tienen como objeto la protección de la salud pública

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., ocho de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 021.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por la procesada *Citalli Adriana Corradine Torres* para impugnar la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia el 23 de octubre de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, decisión por medio de la cual se le impuso la pena principal de cuarenta y ocho meses de prisión y multa, como infractora al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Hechos y actuación procesal:

1. En la mañana de 13 de marzo de 1989 practicaron las autoridades de Policía del Aeropuerto Internacional Eldorado de esta capital una revisión de rutina sobre el equipaje de los pasajeros de la Empresa Eastern con destino Bogotá-Miami, hallando dentro de las maletas correspondientes a la ciudadana mexicana nacionalizada en Colombia Citalli Adriana Corradine Torres, debidamente camuflados, doscientos cinco gramos, setecientos miligramos (205,700 gms.) de sustancia reconocida en prueba de campo como cocaína, más 40,100 gramos (cuarenta gramos cien miligramos) de marihuana, fármacos que la entonces retenida admitió como suyos, pues en su condición de adicta a los estupefacientes los necesitaba para su personal consumo.

Iniciada investigación criminal en contra de la Corradine Torres, sus explicaciones procesales sólo ratificaron su confesión de tenencia del material incautado, con la adicional explicación en cuanto a que la cantidad obedecía a su prolongación de su estancia en el exterior, motivada por razones de salud.

Acreditada pericialmente la fármaco-dependencia de la acusada, concluyó el debate de primera instancia mediante sentencia condenatoria que imponiendo la pena mínima fijada en la respectiva disposición penal (art. 33, inciso primero de la Ley 30 de 1986), reconoció la conclusión del forense sobre la necesidad de someter a la condenada a un tratamiento especializado, sin haber llegado a adoptar medida alguna que favoreciera a la paciente. Por su parte, y con motivo de la revisión cumplida por vía de alzada, el Tribunal confirmó la imposición sancionatoria, pero facilitando el tratamiento especializado de desintoxicación, la complementó en el sentido de suspender la privación de libertad con fundamento en la disposición del artículo 56 del Código Penal.

La condenada recurrió del fallo anterior en casación, y en la misma oportunidad solicitó se le sometiera sin otra dilación al tratamiento de recuperación en él previsto, alternativa acogida por el Tribunal que como consecuencia ofició lo propio a la Dirección General de Prisiones.

La demanda:

Solicita la defensa, en representación de la acusada, proceda la Corte a casar el fallo de segunda instancia al haberse proferido dentro de un proceso viciado de nulidad, pues los funcionarios judiciales que adelantaron y culminaron la actuación lo hicieron desconociendo la competencia de las autoridades administrativas. El cargo se plantea, entonces, con base en la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, concluyendo en que la actuación debe quedar invalidada en su integridad.

Sostiene el actor que la conducta atribuida a su representada no pasó de constituir hecho contravencional y no un delito, pues la cantidad de estupefaciente que doña Citalli llevaba en su equipaje correspondía a su dosis personal, así que la disposición aplicable debió

ser la del artículo 51, y no la del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, correspondiendo de consiguiente el conocimiento del asunto a las autoridades administrativas, dentro del procedimiento señalado en el artículo 68 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, en concordancia con el artículo 2-D del Decreto 1582 de 1988, disposiciones vulneradas con el trámite cumplido, que implicaron la transgresión del artículo 305, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

Recordando luego que el hecho punible demanda tanto su tipicidad, como la antijuridicidad y culpabilidad de la conducta, al punto de que ausente uno de estos elementos, la infracción penal desaparece, se adentra en el análisis de los medios probatorios allegados al plenario, haciendo énfasis en la confesión de su representada, para reclamar su indivisibilidad y de ella inferir su aceptación judicial completa, y ocupándose enseguida de la cantidad de las sustancias decomisadas por las autoridades de policía, sostiene que pese a sobrepasar por peso la llamada dosis para uso personal, dadas las condiciones de adicción y necesidad de quien las portaba, debía persistir su calificación benigna, porque jamás se trató de inclinar el comportamiento al tráfico.

Adentrándose en el análisis de los tipos delictivo y contravencional, encuentra que en el caso del artículo 51 de la Ley 30 de 1986 introdujo el legislador un elemento subjetivo, consistente en la destinación "para su uso propio" por el portador, elemento que difiere de la descripción del artículo 33, inciso primero, donde el interés del normador se hace claro al reprimir el narcotráfico.

Afirma que en el artículo 33 del Estatuto el legislador "presupone, supone, sospecha" que el porte de la cantidad de droga, sobrepasando la de uso personal es narcotráfico, introduciendo así una fórmula de responsabilidad objetiva, apartándose con ello de la realidad, pues encuentra evidente que no todos esos casos configuran el tipo penal discutido, ya que la finalidad de utilización por parte del agente obliga a subsumir su conducta dentro de la descripción del artículo 51, sin consideración a la cantidad del fármaco.

Concordante con su posición interpreta lo que puede considerarse como dosis personal, extendiendo el concepto de tal permisión para la acusada a lo que denomina "dosis de aprovisionamiento", cual era la cantidad por ella requerida para su permanencia en los Estados Unidos, tomando como apoyo para esta noción la mención que de ella se hace en decisión de julio 26 de 1988 de esta Sala de Decisión, reforzando su planteamiento con cálculos sobre la dosificación, la frecuencia del consumo y la prolongación de la permanencia fuera del país.

De este planteamiento pasa enseguida al análisis de la antijuridicidad, resaltando la omisión que la Ley 30 de 1986 trae respecto del bien jurídico que tutela, y que suple el censor con referencia a los tratados internacionales, deduciendo de ellos el interés por la "salud pública o salubridad colectiva", proponiendo de allí que si se trata, entonces, de delitos de "peligro abstracto", ese esquema se opone al

contenido en la ley penal colombiana, porque referida ésta a un concepto de antijuridicidad "material", demanda la causación "material... real, de daño o peligro".

Dentro de ese razonamiento considera que los delitos de peligro abstracto son tan sólo imaginaciones o presunciones legislativas a las cuales no puede allanarse el Juez, y que el derecho penal se muestra ajeno a la admisión de esos parámetros, por lo que, infirmada en el proceso la "presunción", se impone sobre la simple especulación, la prueba. Por lo demás, y aún en el caso de admitir esa clase de infracciones, no estaría demostrado con información procesal seria que los adictos "extiendan inexorablemente el peligro 'abstracto' al daño colectivo".

Para concluir sostiene que infracciones de la índole de la atribuida a su representada "rompen el principio de la antijuridicidad material", porque basados en presunciones "niegan la materialidad, lesividad y ofensividad real que a título de daño o peligro concreto exige el artículo 4º del Código Penal".

Como final alternativa centra su esfuerzo en demostrar la ausencia de culpabilidad en el actuar de la implicada, porque, dice, siendo el propósito de Citalli Adriana Corradine el único de consumir la droga, carecía de "espíritu de traficante", y al ser condenada, se le dedujo una responsabilidad puramente objetiva, contra lo cual ya se han alertado algunos administradores de justicia según se lo permite aseverar el texto de algunas decisiones que parcialmente transcribe.

En síntesis, si la conducta atribuida a la acusada carecía de tipicidad, de antijuridicidad y culpabilidad, la competencia para el conocimiento de su comportamiento no radicaría en el Juez Penal del Circuito como ocurrió, sino en la administración.

Concepto de la Procuraduría:

Para el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, tiene razón el actor en el planteamiento sobre inexistencia de la antijuridicidad como elemento estructural del tipo, sugiriendo como consecuencia la casación del fallo recurrido, para que, demostrada como estima la contravención, se invalide totalmente el proceso trasladando la actuación al conocimiento de la autoridad administrativa.

Mostrando su amplia coincidencia con el planteamiento del casacionista, lo respalda con cuidadoso recuento histórico-legislativo en torno al concepto de adicción en el campo de los estupefacientes, y pasando por el reconocimiento de los hechos probados y valorados por el sentenciador, llega a idéntica conclusión con la sostenida por la defensa.

Bajo el entendido de no haber precisado la Ley 30 de 1986 cual es el bien jurídico que a través de ella el Estado pretende proteger, encuentra de rigor recurrir al contenido de los tratados internacionales a los cuales Colombia ha adherido a través de sus leyes internas, citando entre ellos las Convenciones de Viena y Nueva York, para reflexionar en que los tipos penales del Estatuto Nacional de Es-

tupefacientes son de los llamados de peligro abstracto, y por ello merecedores de los reparos de la doctrina nacional, e inclusive reproches de inconstitucionalidad, por el contraste que hacen frente al principio del bien jurídico y a la determinación del hecho punible (arts. 3º y 4º del C. P.).

Recordando, entonces, la diferencia que entre las infracciones de peligro abstracto y de peligro concreto surgen frente a la doctrina, termina por encontrar inconveniente la inclusión de aquellas en la preceptiva legal, para afirmar que en el caso de debate, y dada la condición de adicta a la cocaína de la procesada, aún sobrepasando en mucho la cantidad tenida como dosis para uso personal, el estupefaciente que llevaba consigo no podía ser tenido sino como destinado a su propio consumo, conclusión suficiente para derivar en la prosperidad del cargo propuesto porque tratándose de un hecho contravencional, carecían de competencia los funcionarios que profirieron la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

1. *Ante todo aclarará la Sala que la demanda aparece correctamente presentada dentro de la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, al aducirse en ella que con base en un error en la denominación jurídica de la infracción, se condenó a la acusada por la comisión de un delito cuando los hechos resultaban constitutivos de una contravención, presupuesto del cual deriva la ocurrencia de una nulidad por incompetencia.*

En verdad, pese haber sostenido antaño la Sala que cargos semejantes debían proponerse bajo el amparo de la causal 1ª dentro de la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de la disposición que rige el tipo, dicha postura doctrinaria ha resultado recogida conforme pasa a verse:

Ciertamente, mediante fallo de junio 16 de 1976, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, concluyó la Corte que,

> *"Si se ha llamado delito a lo que configura una contravención, se ha incurrido en una violación directa de la ley, acusable en el marco del apartado primero del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (hoy art. 226, modificado por el art. 15 del Decreto 1861 de 1989), mas no por error en la denominación jurídica del delito (causal cuarta de casación) como lo ha hecho en el presente caso el demandante... pues la denominación errónea de la infracción no puede considerarse como formalidad del juicio sino como un vicio de la materia juzgada, es decir, un dislate sustancial que no una omisión formal. Y menos cabe acudir a la falta de aplicación de la norma más favorable, pues, como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala, tal alegato no cabe sino cuando se trata de un cambio de legislación en que se suceden dos leyes, una de las cuales es más favorable al sindicado y, en vez de aplicarle ésta, se le ha dado aplicación a la menos favorable".*

La anterior doctrina, elaborada sobre una interpretación de la causal 5ª de nulidad del artículo 210 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, ha de entenderse recogida por decisiones posteriores que de manera repetida expresan la imposibilidad de definir ese error cuando de hecho se presenta, bajo la causal primera de casación, por violación directa, pues que de hallar la Corte prosperidad a la censura, afrontaría la imposibilidad de dictar la sentencia de sustitución, ya que al carecer de esa competencia que reconoce ajena, quedaría avocada a dejar impune la infracción (aquí hecho contravencional).

En tal sentido se expresó la Sala en decisión de septiembre 30 de 1981 con ponencia del Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria, y en la misma dirección se orientan pluralidad de fallos posteriores (cfr. v.gr.: Sentencia de octubre 27 de 1987, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz). Los apartes pertinentes de aquella sentencia precisan que la errada denominación jurídica de la infracción

> *"no puede proponerse dentro del marco de la causal primera, pues de llegar a prosperar la acusación habría que dictar el fallo de sustitución (art. 583, numeral 1º del C. de P. P.).*
>
> *"En esas condiciones, se proferiría sentencia en desacuerdo con el cargo formulado en el cuestionario y con el veredicto emitido por los vocales, lo cual entraña violación de lo dispuesto por el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal y constituye otra de las causales de casación (art. 580, numeral 2º ibídem).*
>
> *"La violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de la norma que debe regir el caso, supone que los hechos y conducta fueron correctamente valorados en el fallo, sólo que se yerra al hacer la adecuación típica de los mismos dentro del dispositivo legal que debe recogerlos.*
>
> *"Mental o abstractamente el fallador selecciona en forma acertada la norma, tanto que hacia su aplicación ordena toda la argumentación de la sentencia, pero al materializar ese pensamiento e indicar el precepto, señala el que no es.*
>
> *"Si esa equivocación en el escogimiento de la norma y su corrección con el señalamiento de la que es pertinente, implican un cambio del* nomen iuris *de la infracción no puede alegarse este motivo de casación sino el de nulidad, pues se rompería la relación procesal que debe existir entre el auto de cargos, o el cuestionario en su caso, y la sentencia".*

La acusación que se presenta en el caso de estudio reconoce la conducta imputada, se adecúa al hecho contravencional previsto en el artículo 51 del Estatuto de Estupefacientes, no dentro del hecho típico previsto en el artículo 33, infiriendo de allí la incompetencia de los funcionarios falladores, lo que obliga el pronunciamiento de fondo de la Sala sobre la nulidad que en tales términos el censor plantea.

2. Hecha la anterior advertencia, *expresará la Corte las razones que le distancian de los criterios que enuncia la defensa con preten-*

dido enervamiento de la adecuación del hecho a los tipos penales de la Ley 30 de 1986, como a las objeciones que con apoyo de la Delegada se orientan además a cuestionar la antijuridicidad de la conducta de la acusada, y aún al pretender por último la ausencia de culpabilidad.

a) *Cuando la Ley 30 de 1986 señala diferencias entre la conducta contravencional y los tipos penales que describe, lo hace en términos claros e inequívocos que cuidadosamente delimita en sus alcances, sin dejar cabida a deducciones caprichosas del intérprete, ni remitir siquiera, como ocurrió en ocasiones precedentes al criterio de peritos en la fijación de la "dosis personal".*

Es así como al referir a quien "lleva consigo" sustancia estupefaciente —conducta bajo la cual se deduce el cargo en la sentencia— distingue el artículo 51 la hipótesis contravencional, y el artículo 33 el delito, caracterizándose la primera —bajo la competencia de las autoridades de policía—, por lo exiguo de la "cantidad" que se fija en topes invariables y se condiciona al exclusivo y personal consumo de quien la detenta "para su propio uso o consumo"; en tanto que la conducta tipificada como delito parte justamente de un evento distinto del contravencional, pues el inciso primero del artículo 33 comienza por excluir o dejar a "salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal".

Especial cuidado tuvo además el legislador en fijar el concepto de aquella "dosis" del usuario procurando que su descripción no resultara objeto de hesitaciones, señalando en el artículo 2º (literal J) del Estatuto, y a manera de "principio general" que es "dosis para uso personal" "la cantidad de estupefacientes que una persona porta o conserva para su propio consumo", *restringiéndola para la* marihuana a veinte (20) gramos, *y para cocaína a* "un gramo".

El inciso tercero precisa que aún prescindiendo de la cantidad, jamás se tendrá como dosis personal la destinada a la distribución o venta de la sustancia, de donde surge como conclusión la presencia de tres factores determinantes en la integración del concepto, pues no será dosis personal *la que* "exceda" *de la cantidad que de modo expreso se señala,* tampoco *la constituirá aquella que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al* "propio consumo", *ni la que tenga por destinación su "distribución o venta".*

Enfrentando estos criterios dados con la situación de hecho que constituye el caso controvertido, tiénese que a pesar de demostrada la condición de adicta de la señora Corradine Torres, la cantidad tanto de marihuana como de cocaína hallada en su poder y cuidadosamente oculta, sobrepasaba con amplitud los topes máximos indicados por el legislador como tolerables al adicto, pues la sustancia vegetal doblaba los veinte (20) gramos de marihuana señalados como dosis de uso, mientras que la cocaína superaba más de doscientos veces ese límite normativo.

Inadmisible resulta entonces la sugerencia traída por la Delegada cuando razona que:

> *"La prevalencia de dicha condición ('simple consumidor'), frente a la aplicabilidad de las normas objetivas del*

Estatuto, es contrastada con absoluta precisión por el censor, al anotar que el artículo 2º, inciso 3º, literal J de la Ley 30 de 1986 señala que 'no es dosis para uso personal, el estupefaciente que la persona lleva consigo, cuando tenga como fin su distribución o venta, cualquiera que sea la cantidad' *(negrillas fuera de texto). De esta manera a* fortiori, *si la cantidad que se lleva consigo es superior al límite de la dosis mínima pero con el fin de consumo, predomina tal condición (exclusión de narcotráfico), por hacer prevalecer la cantidad de adicción del sujeto que porta la sustancia. De esta forma, la drogadicción es una 'conducta dotada de sentido' (antes que enfermedad), y por lo tanto no una simple conducta criminal (narcotráfico)..."*

Conforme puede verse, el error de ese enunciado es manifiesto en cuanto además de partir de una "prevalencia" de la adicción sobre el factor cuantitativo, omite una valoración sistemática de los artículos 33 y 51 del Estatuto frente al artículo 2º ibidem, *ya que el concepto de dosis personal no solamente consulta la condición de adicto o consumidor en el agente, sino que apenas le tolera la tenencia dentro del límite legal cuantitativo para el tratamiento contravencional, sin llegar a crearle privilegios cuando excede ese margen de peso señalado frente a quien carece de las pretensiones de usuario, razón suficiente para comprender que el artículo 33 establezca dentro del concepto de* delito *la atenuante "si la cantidad de droga* excede la dosis para uso personal sin pasar..." *de los nuevos extremos que allí fija, de modo de hacer exacta la precisión de la jurisprudencia cuando agrega que "donde termina la dosis personal (letra J del art. 2º) empieza a computarse lo relativo a esta diminuente" (Casación Penal de julio 26 de 1988).*

Por lo demás, la deducción que "a fortiori" *hace el Ministerio Público de la parte final del mencionado literal, que precisamente se orienta es a penar como delito la tenencia de cantidades menores de sustancia narcótica cuando no tienen por destinación el propio uso, no conduciría menos que al desconocimiento claro de las disposiciones en comento, ya que aquella insinuación interpretativa involucraría que el límite de cantidad señalado en la primera norma podría ser ajustado o variado arbitrariamente por el Juez; que en la conducta prevista en el artículo 33 no incurre el adicto, sin que interese la desmedida cantidad de fármaco que transporte, almacene o porte con tal de que la aduzca destinada a su consumo, y que el artículo 51 no se restringe a la "dosis personal" sino a la tenencia de cuanta cantidad de droga a voluntad quiera el adicto llevar consigo, tesis extrema por entero carente de arraigo legal.*

A sabiendas de tan notoria desproporción cuantitativa, sugirió entonces el actor que al consultar la probada dependencia de su representada y el contenido de sus excusas frente a las circunstancias de la captura, se tuvieran las sustancias detenidas como constitutivas de una "dosis de aprovisionamiento", o cantidad suficiente para atender las necesidades de la adicta durante su permanencia prolongada en los

Estados Unidos, insistiendo con ello en la presencia de un hecho de exclusiva connotación contravencional, alternativa que tampoco halla abrigo frente a la legislación que rige.

Si bien es cierto que el Estatuto Nacional de Estupefacientes no define de modo expreso lo que se ha de entender por "dosis de aprovisionamiento", no menos exacto resulta el advertir que tal concepto queda de hecho incluido dentro del mismo criterio de la dosis personal, pues al fijar para ésta los topes máximos que dentro de una hipótesis contravencional se permiten al usuario, se incluyen cantidades que se tornarían letales por su ingestión dentro de un solo acto de consumo.

Para sentar la conclusión que en este aspecto se ofrece, es pertinente recordar que dentro del anterior Estatuto de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974), había previsto el legislador que la dosis personal, entendida como aquella cantidad de droga "que ordinariamente una persona ingiere, por cualquier vía, de una sola vez" debía señalarse en cada caso particular mediante la intervención del médico forense, consultando al mismo tiempo la cantidad y calidad de la sustancia y su grado de pureza, como la tolerancia y el nivel de dependencia del adicto.

En vigencia de esa disposición (art. 39), tuvo ocasión de precisar la Corte que no podía existir una diferencia sustancial entre los conceptos de dosis personal y dosis de aprovisionamiento, pues además de que aquél se refería siempre a

> *"porciones mínimas, destinadas al uso propio, desechándose como extraña a esta figura el suministro a terceros aunque sea gratuito, y con mayor razón, su tráfico, esto es, su utilización económica. Ese consumo individualizado —agrega—, se enfatiza con la expresión legal de ingerir o inferir (introducir una cosa en otra) por una sola vez, la sustancia o droga pertinente.* Pero esto no equivale a que la reducida cantidad destinada a ese uso tenga que aplicarse unitariamente, de modo integrado o total. No. La ley considera que esa máxima porción es lo que de modo usual y por una ocasión puede satisfacer la necesidad del drogadicto. De ahí que se entienda por 'dosis personal' tanto el consumo total de esa cantidad como el consumo fraccionado de la misma cuando no se excede el volumen total que es propio a esta noción, buscándose conservar este sentido y evitar restricciones inadecuadas *(consumo de una vez de la máxima cantidad de droga considerada como dosis personal)* se insinúa como más apropiada la locución 'dosis de aprovisionamiento para uso personal' ...Pero no se quiere con esta última expresión ni ampliar la cantidad del consumo personal ni menos dilatarlo indefinidamente en el tiempo, dando margen a la posesión de mayores cantidades de drogas o sustancias, lo cual propicia su aplicación a otros fines distintos al consumo personal, actividades estas verdaderamente delictuosas y sometibles a severas penas" *(Casación Penal de mayo 6 de 1980, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez) —subrayó la Sala—.*

En desarrollo de ese pensamiento, la misma decisión recordó que al estudiar el Consejo de Estado el Decreto 701 de 1976, en cuanto en él se fijaron por entonces topes para la cantidad de fármaco que podía constituir la dosis personal aquella Corporación había expresado:

> *"si en realidad las dosis máximas consagradas en la norma acusada son criterio científico, con seguridad serán adoptadas por quienes se presumen personas idóneas para desempeñar el delicado encargo de determinar 'dosis personales' ... de manera que ...si los estudios llevados a cabo por las autoridades administrativas son serios y sus conclusiones científicas, debe el gobierno proponer al legislador la adopción de las 'dosis personales' 'máximas presuntivas'".*

Con la vigencia de la Ley 30 de 1986, actual Estatuto Nacional de Estupefacientes, fue ese, a no dudarlo, el criterio adoptado efectivamente por el legislador, pues no solamente en el artículo 2º, inciso segundo del literal J se indicó con generosidad la cantidad máxima que constituiría la dosis personal en el caso de la marihuana, la marihuana hachis, la cocaína y las sustancias a base de ese alcaloide y la metacualona, sino que en el decreto reglamentario se añadieron márgenes para la tenencia de otras drogas, con el inequívoco objeto de deslindar bajo el criterio cuantitativo, las contravenciones de los delitos, de donde venga interpretando correctamente la doctrina que,

> *"La cuantificación de esos estupefacientes para estimar la dosis para uso personal facilita la determinación del funcionario que debe conocer de la ilicitud, porque sólo basta una labor de pesaje de la sustancia para la asignación de la 'competencia...' y que si '...las cantidades estimadas como «dosis para uso personal» son altas y pueden estimular la farmacodependencia...' esa 'dosis para uso personal'* no es más que la llamada otrora 'dosis de aprovisionamiento' que hace referencia a cantidades de droga que no son destinadas al consumo de una sola vez, sino a la provisión para varios consumos, porque ninguna persona sería capaz de ingerir —por cualquier vía— esa cantidad de sustancia de que habla la disposición, so pena de resultados fatales para el organismo" *(Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes, Edgar Escobar López, Señal Editora, 1986, pág. 43).*

Sobrepasando con tal amplitud los límites cuantitativos autorizados para la dosis personal, es indudable, entonces, que la acusada, con todo y acreditarse consumidora de sustancias estupefacientes, actualizó la descripción típica del artículo 33, inciso segundo del Estatuto Nacional de Estupefacientes, marginándose completamente del evento contravencional que sugiere la demanda. Y si ello fue así, como en verdad resulta, correcta se concluye la adecuación que de su conducta hizo el fallo acusado, como acertada la competencia bajo la cual se surtió íntegro el proceso, motivos que tornan en un todo desestimable la censura.

b) *La segunda objeción que dentro del mismo cargo endereza el demandante al fallo del Tribunal se encamina a cuestionar la antijuridicidad del comportamiento deducido a su representada, pues ade-*

más de señalar que ni siquiera el Estatuto de Estupefacientes ubica el objeto jurídico que tutela con sus consagraciones punitivas, más remota resulta la presencia de una ofensa al interés particular, público o privado, dentro del comportamiento cumplido por la acusada, requisito cuya ausencia dice derivar en la misma falta de estructuración del hecho punible, pues dentro del ordenamiento penal colombiano no halla cabida la simple antijuridicidad formal, argumento este último que hace suyo el Ministerio Público para demandar la casación del fallo recurrido.

Si bien es cierto que la Ley 30 de 1986 no enuncia la específica tutela de un bien jurídico en concreto, no resulta difícil inferir que los tipos penales en él previstos tienen como objeto la protección de la salud pública, como así tradicionalmente lo ha entendido la legislación colombiana (Ley 95 de 1936) quedando dentro de las Actas de la Comisión redactora del actual Código Penal la expresa referencia a ese objeto de tutela. En tal sentido se lee en el Acta número 83 de la sesión correspondiente al 31 de octubre de 1973 por voz del comisionado doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, que "el título correspondiente a los delitos contra la Salud Pública debería estar integrado por dos capítulos: El que se analizará a continuación y el que se refiere al denominado tráfico de estupefacientes o drogas que causan dependencia", reconociendo que para entonces el Gobierno se hallaba elaborando un estatuto completo sobre ese último fenómeno, motivo que aplicó a los comisionados del exclusivo estudio de los artículos que hoy hacen parte del Capítulo Tercero del Título V, Libro Segundo del Código Penal.

Dentro de este mismo pensamiento, las alusiones que la Delegada hace a la Convención Única sobre Estupefacientes de Nueva York (1961), al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1971 y al Protocolo de Modificación de Buenos Aires (1972) aprobados por las Leyes 13 de 1974, 43 de 1980 y 66 de 1979, apenas ratifica dentro de la enunciación de los propósitos de tales ordenamientos su preocupación hacia la "salud física y moral de la humanidad", sin que la difusa presentación de los fines que alentaron la expedición de la Ley 30 de 1986 constituya una desviación de aquellos iniciales fines, pues ha de tomarse en cuenta que el Estatuto Nacional de Estupefacientes sólo dedica uno de sus capítulos a la descripción de los tipos penales y otro a las contravenciones, pero su esquema completo se aplica (luego de reconocer que si bien en principio se trata de sustancias útiles para fines médicos, su abuso genera irreparables consecuencias lesivas para la salud de la comunidad) en regular desde las actividades constitutivas de la prevención del uso y el tráfico, hasta el diseño de políticas y programas de rehabilitación del adicto, lo que lejos de contradecir la presentación de la salud pública como objeto central de la tutela, lo resalta dentro de un tratamiento integral.

En cuanto hace con la adecuación de las conductas previstas como delitos, el esfuerzo del legislador se centra en procurar la comprensión íntegra de la secuencia dentro de una actividad que no se realiza o agota en la insular materialización de la voluntad de los usuarios, pues para llegar al consumo de las sustancias se precisa la ejecución de toda una actividad antecedente y compleja, que obliga su omnicom-

prensión como fenómeno criminal, a la vez que explica la previsión casuista de las diferentes conductas que se inician no pocas ocasiones con la financiación de la actividad, el cultivo de las plantas y la consecución de los insumos, prosiguen con la elaboración, almacenamiento, transporte, comercialización y distribución de la sustancia para terminar en el consumo, recomenzando con la incentivación de nuevos usuarios que mantendrán la permanencia del mercado y asegurarán sus utilidades a los promotores.

Tan compleja actividad tenía que alumbrar formas sui géneris *de punibilidad como se reconoce, por ejemplo, en los trabajos de la propia comisión redactora, en cuyo seno se advirtió que no obstante el hecho de "llevar consigo" sustancia estupefaciente "utilizando cualquier medio de desplazamiento, puede configurar una de las formas de participación en el delito, por las dificultades de orden probatorio que ella implica y su carácter accesorio,* es preferible por razones de técnica jurídica y de conveniencia contemplarla expresamente como delito" *(Acta número 41, doctor Darío Velásquez Gaviria).*

Sin que discuta, entonces, sobre la nocividad de las sustancias decomisadas a la acusada en el momento de su aprehensión, ni en relación con el evidente peligro que implican para la salud de la comunidad las diversas actividades reprimidas dentro del tráfico de drogas, la censura que la defensa orienta con nuevo apoyo de la Procuraduría Delegada se encamina a sostener que en el caso traído a controversia ni se dio un daño efectivo, ni se afrontó un peligro concreto para el bien jurídico tutelado, de manera que si la adicta llevaba para así los fármacos, no podría imputársele ese proceder como delito, pues son ajenos a la legislación colombiana los llamados delitos de peligro abstracto, en cuanto desconocen el principio de la antijuridicidad material que consagra el artículo 4º del Código Penal.

Sin penetrar en la compleja controversia doctrinaria que suscita el tema de los delitos de peligro, dentro de la cual el censor se atiene al criterio de que la infracción que se persigue es de aquellas de simple peligro abstracto, en tanto otra importante corriente doctrinal la ubica dentro de los delitos de peligro concreto (cfr. "Aspectos Jurídicos Penales de la Droga" Jorge Enrique Valencia y Augusto Ibáñez, U. Externado de Colombia, 1991, pág. 12) y haciendo claridad en cuanto a que las citas jurisprudenciales acudidas por el demandante (marzo 15 y mayo 31 de 1988) aluden a la imposibilidad de reprimir penalmente conductas que carezcan de idoneidad suficiente para afectar los intereses jurídicamente tutelados, obliga precisar que no es éste el evento que se analiza, pues existiendo tutela penal actual y efectiva para el bien jurídico de la salud pública, resultaba evidente la posibilidad de colocarlo en riesgo mediante la ejecución de conductas que el legislador ha previsto dentro de ese alcance como punibles, presunción de peligro que no hace, por lo tanto, necesario, demostrarlo en cada caso, pero que tampoco se torna discutible en el presente, cuando se hace evidente que la detentación de las sustancias estaba permitiendo el propio deterioro de la salud de la adicta, e implicando la clara posibilidad de causarlo a terceros, si la considerable cantidad de fármacos que llevaba consigo sobrepasaba en tal

grado las necesidades actuales de la procesada Corradine, que permitía más bien interpretar la posibilidad de disponer la sustancia para finalidades distintas del exclusivo uso, lo que conduce nuevamente a la desestimación de la censura.

c) Por último y en cuanto respecta a los cuestionamientos que el censor dirige para desestimar el cargo frente a la culpabilidad dolosa que se ha deducido a su representada, no puede pasar desapercibida la contradicción que en principio esa alegación encierra, en la medida en que tanto la conducta contravencional como la punible exigen la presencia del dolo, pues ni una ni otra se hallan descritas y reprimidas en la modalidad dolosa. Al ser ello así, no se comprende cómo podría resultar posible la existencia de una intención consciente de transgredir la ley dentro de un evento contravencional, descartándola para la comisión del delito, si tanto una como otra conducta implican conciencia sobre la naturaleza de la sustancia y la prohibición de su tenencia no autorizada, hipótesis sólo diferenciables en este caso por la cantidad de la sustancia, pero contenidas dentro de un mismo estatuto.

La alegación, por lo demás, definitivamente quiebra cuando se somete a la consideración de las evidencias que el proceso entraña, pues si precisamente la acusada era una usuaria de los estupefacientes, no podía llamarse a error sobre la naturaleza de aquellos que consigo llevaba, como tampoco es equívoca siquiera la forma subrepticia como los había acomodado entre su equipaje, procurando esquivar los controles de las autoridades, cuya licencia tampoco se había procurado, lo que permite deducir también la forma no menos clandestina de su adquisición, actividad íntegra reveladora de total malicia.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia motivo del recurso extraordinario.

Notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

1º IMPEDIMENTO. APODERADO

No es posible que cuando un funcionario del orden judicial incomoda, exista el subterfugio de constreñirlo a no conocer de un proceso con el grosero expediente de acudir a un enemigo para apartarlo del conocimiento del asunto y del deber de juzgar

2º IMPEDIMENTO. CONJUEZ

Si se propone erróneamente una causal de impedimento y se deja en manos de conjueces la potestad de juzgar, se entrega la capacidad decisoria a quienes carecían de titularidad legítima

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 037 (junio 12 de 1991).

Vistos:

Se resuelve el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el señor Fiscal Segundo (2º) del Tribunal Superior de Cúcuta contra la sentencia de la citada Corporación, de once (11) de julio de mil novecientos noventa (1990) por la cual se absolvió a los procesados *Luis Alfonso Barrera Carvajal, Luis Edgar Moncada* y *Jairo Rey Serrano* de los delitos de homicidio por lo que habían sido enjuiciados.

Surtido el trámite de rigor, el señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal impetra a la Sala desestimar la impugnación extraordinaria con fundamento en los cargos aducidos en la demanda presentada, pero solicita que oficiosamente la Corte se ocupe de otra causal de nulidad que estima se halla presente.

Hechos:

La situación fáctica del proceso fue considerada en la providencia impugnada en la siguiente forma:

"...el sábado seis (6) de febrero de 1988 salieron de sus respectivas viviendas Publio César Rojas Márquez y José Luis Contreras Ramón en compañía de su amigo Oscar Jhony Duque Nausa. Al día

siguiente siete (7) de febrero de 1988, en la hacienda Las Delicias de el Municipio de El Zulia, fue hallado el cadáver de José Luis Contreras Ramón, el cual presentaba impactos de arma de fuego; dos días después el nueve (9) de febrero se practicó la diligencia del levantamiento del cadáver de Publio César Rojas Márquez, quien también mostraba heridas causadas con arma de fuego, pero el cadáver fue hallado en lugar diferente, en el kilómetro cuatro (4) que de Cúcuta conduce a Puerto Santander en un basurero".

Actuación procesal:

La Delegada efectuó síntesis de ella, así:

"En auto de quince de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal —Ambulante— de Cúcuta, inició la correspondiente investigación penal, al encontrar en la fase de indagación preliminar indicios graves de autoría de los homicidios en la persona de Oscar Jhony Duque Nausa a quien se le escuchó en diligencia de indagatoria y luego, pese a haber éste citado como autores de los delitos a algunos miembros del F 2, fue detenido preventivamente en auto del cuatro de junio de mil novecientos ochenta y ocho, decisión que fuera revocada por el Tribunal de Cúcuta el ocho de julio del mismo año. Fueron también vinculados a la investigación el Cabo Primero Luis Alfonso Barrera Carvajal, el agente Luis Edgar Moncada y el también agente Jairo Rey Serrano quienes prestaban sus servicios en la Policía Nacional, SIJIN. Contra los indagados se decretó su detención preventiva el día once de julio de mil novecientos ochenta y ocho.

"Como el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Cúcuta adelantaba inicialmente investigación separada por la muerte de José Luis Contreras Ramón, a tal actuación se vinculó procesalmente a Duque Nausa contra quien se decretó su conminación en auto de dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y ocho, decisión en la cual se ordenó también recibir injurada a los señores Barrera, Rey Serrano y Moncada. Apelada esta providencia, el Tribunal Superior de Cúcuta revocó la medida de aseguramiento y ordenó que se escuchara en indagatoria al agente Arismendi, para que respondiera por los cargos que contra él se habían formulado.

"Fue así vinculado el señor Reynaldo Arismendi Ardila a quien se resolvió su situación jurídica en el auto calificatorio del dos de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho con medida de conminación como 'favorecedor' del delito de homicidio, ilícito que motivó también su enjuiciamiento. En este mismo pronunciamiento se ordenó la cesación de procedimiento a favor de Oscar Jhony Duque Nausa y se dictó resolución acusatoria en contra de Luis Alfonso Barrera Carvajal, Jairo Rey Serrano y Luis Edgar Moncada, por el delito de homicidio en las personas de Publio César Rojas Márquez y José Luis Contreras Ramón.

"La resolución acusatoria fue confirmada por el Tribunal de Cúcuta el día diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

"Al determinar que el comportamiento desplegado por el agente Arismendi Ardila lo fue en el cumplimiento de funciones oficiales, el Juzgado Tercero Superior de Cúcuta ordenó expedir copias de lo pertinente para que el juzgamiento de dicho implicado fuera asumido por el Juzgado Setenta de Instrucción Penal Militar.

"Pese a haberse realizado el sorteo de jurados de conciencia para la realización de la audiencia pública, ésta se realizó sin la intervención de aquellos en virtud a que en el interín entraron en vigencia las modificaciones procesales contempladas en el Decreto 1861 de 1989. Terminada la vista pública, el Juzgado Tercero Superior dictó sentencia de primera instancia el día veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, en la cual condenó a los tres procesados a la pena principal de *diecinueve años y seis meses de prisión*, como responsables de los delitos de *homicidio* a que se contrajo la actuación.

"Apelado el fallo y ya el expediente ante el Tribunal para el trámite propio de la segunda instancia, los procesados otorgaron poder para que los representara el abogado Miguel Quintero Quintero quien tomó posesión del cargo en legal forma. Ante este hecho, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión se declararon impedidos para seguir conociendo del asunto por enemistad grave con el apoderado, manifestación a la cual agregaron que los demás miembros de la Sala Penal estaban igualmente impedidos para conocer el proceso en virtud de lo normado en el artículo 535, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal (sic).

"Se procedió de esta manera a sortear Conjueces para el conocimiento de la segunda instancia, quienes en auto de dos de marzo de mil novecientos noventa declararon fundado el impedimento y ordenaron que el proceso continuara su tramitación bajo la ponencia y conocimiento de ellos.

"Se profirió sentencia de segundo grado el día once de julio de mil novecientos noventa, en la cual se revocó la de primera instancia y se absolvió a los procesados de todo cargo. Salvó voto uno de los Conjueces.

"El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cúcuta interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, que fue admitido en auto del siete de septiembre próximo pasado".

La demanda:

El Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cúcuta formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, a través de las causales tercera y primera de que trata el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

El primero lo hace consistir en que se incurrió en la de nulidad que consagra el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal en su

numeral primero, pues en su sentir era la justicia castrense la llamada para conocer de los delitos investigados, y no la justicia ordinaria que se ocupó del juzgamiento.

Afirma el censor que para la fecha en que se llevó a cabo el doble crimen, los procesados Luis Alfonso Barrera Carvajal, Luis Edgar Moncada y Jairo Rey Serrano se encontraban vinculados a la Policía Nacional, adscritos a la SIJIN y dedicados a las labores de inteligencia investigativa, por lo que por razones obvias trabajaban las veinticuatro horas del día, sin interrupción ni términos específicos en el desarrollo de operativos como el que realizaba el grupo de inteligencia justiciable, que al desviarse de sus cauces normales ejecutó los crímenes que se le imputan, durante el servicio y no como sicarios particulares como se les juzgó y absolvió.

Agrega el impugnante que nada relacionado con aspectos individuales los movió a identificar a quienes extorsionaban a Alberto Martínez, para lo cual se valieron del informante Jhony Duque Nausa, amigo de las víctimas, quien las sustrajo de su residencia y entregó al cuerpo de inteligencia de la Policía para que los interrogara, pero sus integrantes procedieron a quitarles la vida.

En el segundo reparo que efectúa el recurrente, manifiesta que se incurrió en error de hecho en la apreciación del testimonio de Oscar Jhony Duque Nausa, pues se tergiversó su contenido fáctico, al igual que se hizo con otras pruebas; como también se presumieron algunas y se desconoció la presencia procesal de varias.

Para sustentar el cargo afirma que el fallador:

—Presupuso la existencia de un acta de allanamiento practicada en la residencia de Duque Nausa y la corroboración de la misma diligencia por parte de los procesados, del Mayor Sanabria y de la concubina de Duque Nausa, cuando ni éstos fueron explícitos sobre el particular, ni tal acta se allegó a la investigación.

—Criticó la falta de precisión del testigo Duque Nausa acerca del sitio en donde fueron vilmente asesinados José Luis Contreras Ramón y Publio César Rojas Márquez sin tener en cuenta que la forma como fue conducido el declarante cuando se desarrollaron los hechos, y la presión que sobre él se ejercía, no eran las más aptas para que éste grabase con lujo de detalles tales circunstancias.

—Apreció en forma errada el testimonio de María Eunice Cordero R., quien un mes antes de que Duque Nausa rindiera indagatoria, dio versión similar a la por él dada, por encontrarse también coaccionada por los agentes de policía.

—Ignoró el testimonio de Luz Marina Contreras de Hernández a pesar de haber sido allegada legalmente al proceso y contener datos importantes para la investigación.

—Sostuvo que por haber rendido Duque Nausa versiones antagónicas, su último dicho no es creíble, olvidándose que la primera versión la dio bajo efectos sicológicos intimidatorios y además que los aspectos relacionados en la segunda exposición, han sido confirmados por los dictámenes de Medicina Legal y por la misma actitud

asumida por los procesados que trataron de entorpecer la investigación, por lo que en consecuencia tal prueba presta mérito suficiente para otorgarle credibilidad.

—Criticó lo expuesto por el mismo testigo, en cuanto a la distancia en que se efectuaron los disparos, con relación a las víctimas cotejándolo con pruebas de carácter técnico, sin que sus argumentos se ajusten a la realidad.

Trata luego el casacionista de desvirtuar las "coartadas" que cada uno de los procesados presentaron en sus injuradas, las cuales, afirma, fueron deformadas y se les otorgó toda credibilidad, como también a las personas citadas por los mismos, para reafirmar sus exculpaciones, mientras se omitieron pruebas legalmente aducidas al proceso.

Por último, muestra su extrañeza por el hecho de que se hubiese ordenado la libertad inmediata de Luis Edgar Moncada a pesar de existir contra él orden de detención por cuenta de otro despacho judicial.

Cita como infringidos los artículos 324-7 del Código Penal, 253 y 254 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

En criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los ataques formulados contra la sentencia no están llamados a prosperar, por cuanto no se incurrió en la nulidad planteada por el recurrente en su primer reparo, y el segundo contiene un cúmulo de deficiencias técnicas que lo hacen fracasar.

Solicita el Colaborador Fiscal que la Corte se ocupe oficiosamente del estudio de la nulidad que en su concepto se presenta ante la ruptura de la unidad procesal, pues a pesar de que en las instancias se aceptó la realización, por parte de los procesados, de otros comportamientos censurables a la luz del derecho penal, que pueden ser subsumidos por las normas que tipifican los delitos de secuestro, constreñimiento ilegal o tortura, no se ocupó de ellos, la resolución de acusación.

Más adelante se expondrá en detalle las argumentaciones del señor Delegado sobre tal aspecto.

La Corte:

I. Se ocupará la Sala en primer término de la nulidad planteada por el señor Procurador Delegado:

Afirma el Colaborador Fiscal, que desde el inicio mismo de la investigación, el funcionario instructor contó con datos que permitían adelantar el proceso contra los miembros de la Policía Nacional por varias conductas adicionales a los homicidios que motivaron la resolución de acusación, y ellos son: La privación ilegal de Duque Nausa para interrogarlo, coaccionarlo y determinarlo a ir por sus amigos,

situación que en parte se repitió el mismo día de la muerte de Rojas Márquez y Contreras Ramón, lo cual, en su sentir, constituye un delito de secuestro; y las torturas realizadas por los agentes de policía de las que fue víctima José Luis Contreras, a fin de obtener su confesión por el delito que decían investigar, que no pueden quedar comprendidas dentro del homicidio, ya que no correspondían a ese propósito.

Sin embargo, pese a que en las instancias se aceptó la realización, por parte de los procesados, de cuando menos una de tales conductas (constreñimiento ilegal, o tortura) no recibió adecuada calificación, y por ello la resolución de acusación no abarcó los extremos de la relación fáctica investigativa, razón por la cual, se impone anular el procedimiento a partir del auto que ordenó el cierre de investigación.

Lo anterior por cuanto estima que existió rompimiento de la unidad procesal "que como garantía para los ciudadanos...procura el juzgamiento de las conductas delictivas conexas con una misma consecuencia punitiva a través de la acumulación jurídica de las penas bajo unos mismos parámetros de contradicción de las pruebas, otorgando la facilidad de la defensa, el ejercicio de múltiples derechos relacionados estrechamente con el proceso, y elimina además la posibilidad de que se profieran contra un mismo procesado fallos contradictorios que eventualmente acarrearían graves consecuencias para el acusado".

II. No comparte la Sala los planteamientos efectuados por el señor Procurador Delegado, por cuanto si bien es cierto que al consagrar la ley la unidad procesal —para los delitos conexos— se buscó con ello la economía procesal, la ausencia de decisiones contradictorias, la acumulación jurídica de las penas y la celeridad de la investigación, la misma ley procedimental penal vigente se ha encargado de señalar el linde dentro del cual se puede considerar que la ruptura de la unidad procesal pueda engendrar una nulidad, cual es, el que se haya afectado el derecho de defensa.

Así, si cierto es, que se desconoció la unidad procesal por parte de los funcionarios que intervinieron en el enjuiciamiento de los procesados, en el caso que es objeto de análisis, por cuanto se dejó de un lado comportamientos que a la luz del derecho penal debían ser investigados y fallados en forma conjunta con los delitos de los que se ocupó la resolución de acusación, no por ello puede afirmarse que se hayan afectado significativamente las bases mismas del proceso y que consecuentemente la investigación se halle viciada de nulidad.

Lo anterior, por cuanto tal irregularidad en nada afectó el derecho de defensa de los enjuiciados, frente a los delitos que les fueron atribuidos en la providencia calificatoria; ya que no se presentó anomalía alguna que hubiese influido en una decisión contraria a los intereses de ellos.

No es del caso entrar a efectuar largas elucubraciones para determinar tal situación pues el hecho de haberse cristalizado las aspiraciones, tanto de los procesados como de su defensor, por obtener un fallo absolutorio, habla de por sí, que lejos de entorpecerse y por ende conculcarse el derecho de defensa, éste se ejerció sin ningún

tropiezo, y con tanta eficacia que condujo a que en la segunda instancia triunfaran las tesis de la defensa y fueran absueltos los procesados de los cargos imputados en la providencia calificatoria.

La no afectación del derecho de defensa impide el considerar nula la actuación que se realiza contraviniendo la unidad procesal, en los casos de conexidad, y ella ha sido posición reiterada de la Corte.

Procedente resulta, entonces, que se ordene compulsar copias de lo pertinente, a fin de que se investiguen los comportamientos a los cuales se refiere el señor agente del Ministerio Público.

III. No obstante lo anterior, considera la Corte que este proceso se encuentra viciado de nulidad desde el auto donde la Sala Penal se declaró impedida, separándose del conocimiento de este asunto. Como pasa a demostrarse.

IV. *En nuestra sistemática la enunciación de las causales de impedimento, contenida en la preceptiva del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, es taxativa. Bien miradas las cosas no hay más motivos de inhibición que los allí especificados, con excepción, de la previsión señalada en el artículo 535,* ibidem, *que es causal de impedimento,* sui géneris. *Es veraz que los Jueces y Magistrados deben declararse incapacitados para conocer de procesos penales cuando concurre en ellos alguna causal de inhabilidad, anticipándose a ponerla en evidencia, conforme lo predica el artículo 105 del ordenamiento procesal. Su alejamiento de un asunto concreto por carecer de las condiciones subjetivas necesarias para obrar con imparcialidad e independencia —cual ocurre en el caso de la especie— responde a serios criterios de honestidad y pulcritud cuando no de decoro y delicadeza, debiendo, por tanto, ante la realidad del obstáculo, desatenderse definitivamente de ese proceso por considerarse comprometido su deber de neutralidad, pero también lo es, que tratándose del cambio de defensor de alguno de los sujetos procesales no habrá lugar a motivo ninguno de inhibición al no existir una verdadera razón para su apartamiento, sin otra verificación que la consentida por el artículo 113: Que lo formule la parte contraria o el Ministerio Público. Con postura correcta no quiere la ley que el juzgador se aparte del conocimiento del destino estatal que tiene atribuido sino todo lo contrario, que se preserve su independencia funcional, forzándolo a permanecer en el sitio que le corresponde como titular de la jurisdicción penal, en ejercicio de dicha actividad conforme a las reglas de la competencia y con potestad de decisión acerca de la existencia y validez de la relación procesal, sometida a su examen. El espíritu de la ley, además, es terminante: Quiere evitar la existencia de un medio indirecto que aleje al funcionario del normal cumplimiento de su potestad-deber de aplicar y ejecutar la actividad de la justicia. No es posible que cuando un funcionario del orden judicial incomode exista el subterfugio de constreñirlo a no conocer de un proceso con el grosero expediente de acudir a un enemigo para apartarlo del conocimiento del asunto y del deber de juzgar. Esa alegación —aduciendo pretextos mejor o peor amañados— es cuestión de oportunidad que merece franco repudio y abierto rechazo.*

V. Y bien:

a) Desconociendo el imperio y los alcances del supuesto prevenido en el artículo 113 del Código de Procedimiento Penal, los Magistrados de la Sala Especializada se declararon impedidos para conocer de este asunto. Al proponer —erróneamente— la causal de impedimento conocida y dejar en manos de Conjueces —una vez aceptada la inhabilidad— la potestad de juzgar, no solamente equivocaron el camino a seguir sino que entregaron, por el vicio indicado, su capacidad decisoria a quienes por no estar legalmente habilitados para ello carecían de titularidad legítima para realizar funciones propias del Poder Judicial;

b) Dichose está que aceptado el impedimento —contra expresa prohibición legal— la Sala de Conjueces que se conformó por sustitución de los integrantes de la Sala de Decisión, decidió —sobre la base de estar investidos de poder jurisdiccional— seguir conociendo de este caso, llevando a cabo las funciones asignadas por la ley. El proceso bajo su conducción terminó con sentencia absolutoria;

c) Con arreglo a su condición y a la naturaleza reemplazante de sus funciones, los Conjueces actúan en un caso judicial determinado cuando por impedimento o recusación —válidamente aceptados— adquieren la legitimación precisa y necesaria para conocer del objeto del proceso, ejerciendo de paso y por excepción, la función jurisdiccional que a otros les está atribuida normalmente;

d) Para la Corte y frente a la clara ilegitimidad del impedimento alegado no era posible a los Magistrados despojarse de la capacidad judicial que a ellos correspondía y atribuírsela a otro personal juridiscente. Más tampoco podían los Conjueces aceptar y reconocer la abstención propuesta por su notoria endeblez pero fundamentalmente por contrariar la letra y el espíritu del artículo citado, supra. La inhabilidad era inadmisible;

e) Claro resulta, entonces, entender que la Sala integrada por Conjueces era incompetente para conocer de la cuestión sometida a su estudio y vigilancia. El órgano así conformado no era el llamado a proveer en derecho ni a decidir de las actuaciones del proceso. De manera irregular fueron habilitados —según los mecanismos procesales conocidos— para ejercer facultades propias de la jurisdicción. Si admitimos que la competencia —como función peculiar de la soberanía estatal— no es cosa distinta a la aptitud o capacidad específica de actuación que le asiste a los Tribunales para ejercer en determinado asunto la función jurisdiccional del Estado, si entendemos que aquella es otorgada por la ley y no por el funcionario y si finalmente, aceptamos que los Magistrados se desprendieron de manera anormal del diligenciamiento del proceso para el cual eran competentes, fuerza es concluir que los Conjueces intervinieron indebidamente en este expediente quedando en entredicho la validez de sus actuaciones.

VI. *Era, pues, la Sala Penal el órgano competente colegiado para conocer de este expediente de principio a fin. Al desprenderse defectuosamente de su competencia y al no existir ejercicio válido de la jurisdicción penal por parte de la Sala de Conjueces quienes no podían tomar decisiones de competencia privativa de aquella, se afectó el*

régimen institucional, abriéndose paso al vicio de nulidad por incompetencia del Juez pergeñado en el ordinal 1º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. El proceso está viciado de nulidad desde el momento del planteo del impedimento, nulidad imposible de ser subsanada por las partes.

VII. *Con independencia de lo dicho detrás, advierte la Corte la presencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, con las secuelas predecibles: La existencia de la nulidad procesal.*

VIII. *Los pasos de la actividad judicial hacia su meta natural, son de obligatoria observancia. La visión de su funcionamiento no depende del capricho de las partes o de un interés subjetivo propio o ajeno del Juez sino de un esquema preestablecido de su estructura integral. El principio del debido proceso —ha dicho la Corte— apunta, a la reglamentación procesal que con base en las 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 el 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 injerencia 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 jurisdiccionales (Cfr., C. S. de J., Sala Penal, Casación, febrero 15 de 1990, Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas). No es dable, entonces, al Juez penal desatenderse de esas razones institucionales y ejercer el poder penal de realización sin sujeción ninguna a vínculos de contenido absoluto. Las normas de rito gobiernan imperativamente el itinerario procedimental en orden a satisfacer realidades de verdad y de justicia. Al impedir, restringir indebidamente o alterar, sin razón atendible, la actuación autorizada por la ley, contrariando la finalidad del proceso con afectación de los intereses de los sujetos esenciales, no cumple el objeto del proceso su destino regular ni los fines de la tutela penal. En el caso de la especie no cabe duda ninguna de que los Magistrados, con perspectiva unilateral, se apartaron del regular y legal trámite de la instancia al contrariar el entendimiento del artículo 113 del Código de Procedimiento Penal —formas no válidas en sí mismas— lo que comprometió las bases fundamentales del plenario con afectación de las garantías del juzgamiento. Ese vicio o desviación que registra la actuación sólo puede corregirse mediante el mecanismo de la nulidad. De consuno se obrará.*

Dos acotaciones finales:

a) Para la Corte es palmar que la presentación del poder obedece a una maniobra desleal y nada ética del abogado, doctor Miguel Quintero Quintero, para lograr mediante esta actividad prohibida que los Magistrados se declararan impedidos para conocer de este asunto. La

Corporación ordenará que se compulsen las copias de rigor, a efecto de que se investigue disciplinariamente la conducta del citado profesional;

b) Precisada se ve la Corte a llamar la atención de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta respecto al impedimento planteado. La Sala en otra oportunidad frente a iguales circunstancias e idénticos protagonistas, precisó:

"...VI. Queda aparte, como cuestión distinta, una enérgica y muy seria llamada de atención a la Sala Penal del Tribunal para que juzgue mejor y con mayor celo, el problema de los impedimentos. Todo gesto necesita interpretación. Casi siempre son limitados y por ende equívocos máxime cuando se conocen algunos antecedentes que preludian una dirección exacta y preordenada de la voluntad hacia la consecución de concretos fines. A despecho de las apariencias, la finalidad del impedimento sea que se tome por su anverso o por su reverso tenía su razón de ser: El alejamiento de los juzgadores del actual proceso. Cualquiera percibe la realidad del designio y el propósito de la celada. Más con pretensiones de suficiencia —pero es que la apariencia de equilibrio no lo hace todo— se limitaron los señores Magistrados a declararse impedidos, sin entrar a escudriñar, cual era su obligación, el sentido y alcances del artículo 113, la real naturaleza del obstáculo, el aspecto teleológico del mismo, la existencia de antecedentes jurisprudenciales o doctrinarios que examinaran el asunto del escollo o aún, la gestación de otras ideas que los liberaran de la presión. Buena parte del azoramiento —por no decir todo— quedó sepultado en el espacio histórico de la inhabilidad planteada, sin paliar en lo más mínimo las consecuencias deplorables de tal actitud. El conocimiento de la jurisprudencia de la Corte sobre estas materias —labor nada difícil por estar al alcance de cualquiera— hubiera evitado todo este desgaste inútil y la utilización de los vejámenes que aquí han tomado cuerpo y forma. Nunca serán bastantes las reflexiones para decir a los juristas que componen actualmente la Sala Penal que no es conveniente parapetarse con exceso tras interpretaciones laxas, cual en el caso presente sucede, a fin de no incurrir en los mismos o parecidos errores. A fin de cuentas esto redunda en perjuicio suyo y de la justicia que administran..." *(Auto, julio 3 de 1990, Magistrado ponente doctor Valencia Martínez).*

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

Resuelve:

1º *Casar* la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en julio once (11) de mil novecientos noventa (1990), mediante la cual se absolvió a los procesados Luis Alfonso Barrera Carvajal, Luis Edgar Moncada y Jairo Rey Serrano, de los cargos imputados por homicidio.

2º Como corolario de lo anterior, *decretar la nulidad* de la actuación cumplida en este asunto, a partir de la providencia calendada en enero dieciocho (18) de la misma anualidad, a través de la cual los Magistrados de la Sala Penal de la antecitada Corporación se declararon impedidos para conocer del presente proceso.

3º Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para que se proceda conforme lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

4º Previamente, por la Secretaría de esta Sala y para ante la autoridad competente, expídanse las copias referidas en las motivaciones de esta decisión, para las indagaciones allí señaladas.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONCURSO. Aparente

Existen supuestos en los que parece que concurren varios delitos, pero con una interpretación adecuada, la consecuencia resulta desacertada dado que uno de ellos excluye al otro o a los otros

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 045 (julio 9 de 1991).

Vistos:

Clausurado el ciclo averiguatorio y habiendo permanecido el expediente a disposición de las partes por el término legal para que presentaran sus alegatos a fondo, procede la Corte, en sede de única instancia, a calificar el mérito probatorio del sumario, al no observar causal de nulidad alguna que invalide lo actuado.

Hechos:

Mediante escrito que presentó personalmente en la Secretaría de la Sala Penal de esta Corporación, el señor *Adolfo León Rojas* invocando su calidad de Consejero Intendencial del Putumayo, denunció penalmente a la doctora *Cecilia María Perafán de Zambrano.* El cargo que se le hace gira en torno a la Resolución número 3392 de 6 de febrero de 1990, por la cual ella en su carácter de Intendente Nacional del Putumayo, sin el lleno de todos los requisitos legales, concedió licencia a la señora Teresita Ibarra de Gallón para la introducción, distribución y comercialización de licores destilados, vinos nacionales y extranjeros, aperitivos y similares dentro del Territorio de la Intendencia, en contrariedad manifiesta con las normas administrativas que establecían de manera perentoria el monopolio de algunas de esas actividades en favor de la entidad territorial.

Con fundamento en los anteriores hechos, consideró el denunciante que la doctora Perafán de Zambrano, de profesión abogada, infringió varias normas penales, así:

> "...incurrió en la figura descrita en el artículo 149 del Código Penal (prevaricato por acción) puesto que profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, entendida la expresión ley como todo el conjunto de normas reguladoras

del Monopolio de Licores Destilados en la Intendencia Nacional del Putumayo y a las cuales ella estaba obligada a cumplir y hacer respetar.

"Incurrió en la figura del artículo 152 del Código Penal (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), por cuanto el expedir el acto administrativo ilegal (Resolución 3392 de febrero 6 de 1990) atentó en forma arbitraria e injusta contra los intereses de la comunidad putumayense. Intereses que se comprometió a defender en el momento de tomar posesión de su cargo.

"Incurrió en la figura del artículo 162 del Código Penal (abuso de función pública) ya que conforme a la disposición legal del artículo 41 del Decreto intendencial 416 de 1989, Nuevo Código de Rentas, la expedición de licencias corresponde única y exclusivamente a la Secretaría de Hacienda *no* al Despacho Intendencial.

"Por último, incurrió en la figura del artículo 219 del Código Penal (falsedad ideológica en documento público) si consideramos que la doctora Perafán de Zambrano al expedir la Resolución 3392 (sic) faltó a la verdad, pues en la parte considerativa de la misma expone que '...la interesada ha allegado los requisitos exigidos para el efecto...' y ello no es verdad porque la señora Ibarra de Gallón presentó los documentos relacionados con los requisitos que aquí se enumeraron (al igual que en el Decreto 416 de 1989) como 2 y 5 pero no presentó los numerados como 1, 3, 4 y 6".

Y finalmente agrega:

"Considero, que además de haberse expedido un acto cuya ilegalidad es manifiesta, se atentó por parte de la funcionaria, contra el patrimonio de una comunidad. El Putumayo al igual que la totalidad de los llamados 'Territorios Nacionales' es una región que ha sobresalido por el abandono a que se ha visto sometida por el mismo Estado. Esta región carece de recursos propios, pues lo que recibe por regalías no se compagina con las necesidades que vive la comunidad, *la única* industria es precisamente la de licores y para sostenerla fue que hace más de dos años se dio comienzo al proceso que concluyó con el monopolio sobre los licores destilados. Monopolio que en poco tiempo ha revitalizado la factoría y ha demostrado sus ventajas y beneficios para la región".

Resultandos:

Previa la ratificación bajo juramento del contenido de la denuncia por parte de Adolfo León Rojas Paz, y de la demostración de la calidad de empleada oficial de la imputada durante el período de indagación preliminar que inicialmente se dispuso, por auto de 9 de agosto de mil

novecientos noventa (1990), el Magistrado sustanciador a quien le correspondió en reparto la queja inició la respectiva investigación penal.

Por prueba documental se estableció que la procesada Cecilia María Perafán de Zambrano, se posesionó el día 10 de enero de 1990 en el cargo de Intendente Nacional del Putumayo, para el cual había sido nombrada mediante Decreto número 02 de 2 de enero del mismo año.

Aproximadamente un mes después de iniciada en el ejercicio del cargo, expidió la Resolución número 3392 de 6 de febrero, mediante la cual resolvió:

> "Artículo primero: Otorgar a la señora Teresita Ibarra de Gallón, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 27.352.629 de Mocoa, Licencia para introducir, distribuir y comercializar licores destilados, vinos nacionales y extranjeros, aperitivos y similares dentro del territorio del Putumayo, con excepción de aguardiente y otros que produzca la Industria Licorera del Putumayo, en los términos a lo preceptuado por el acuerso (sic) intendencial número 001 de septiembre 30 de 1988, se establece como requisito esencial el pago de los impuestos de consumo que se le deberá garantizar con la constitución de una póliza de cumplimiento por valor de quinientos mil ($ 500.000.00) pesos moneda legal, a favor de la Intendencia Nacional del Putumayo".

El anterior acto administrativo, que aparece con las firmas de Cecilia Perafán de Zambrano y de Luis Francisco Santander, Secretario de Hacienda (encargado) consigna en sus considerandos que la interesada allegó "los requisitos exigidos para el efecto", y se notificó personalmente a la señora Teresita Ibarra de Gallón en la misma fecha de su expedición.

Posteriormente, en la fecha de 3 de marzo del mismo año, por Resolución 019, la misma funcionaria decidió "revocar en todas y cada una de sus partes la Resolución número 3392 de febrero 6 de 1990, por considerarla manifiestamente ilegal e inconveniente".

La presente decisión estuvo motivada por los siguientes considerandos:

> "1º Mediante Resolución número 3392 de fecha febrero 6 de 1990, este Despacho concedió a la señora Teresita Ibarra de Gallón, licencia para la introducción de licores destilados, vinos nacionales y extranjeros, aperitivos y similares.
>
> "2º Que el Decreto extraordinario 469 de 1986, en su artículo 20 estableció que la producción y venta de licores destilados constituye monopolio de las intendencias y comisarías como árbitro rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional.
>
> "3º Que en consecuencia el honorable Consejo Intendencial facultado por el artículo 6º del Decreto 467 de 1986, expidió el Acuerdo número 005 de enero 29 de 1988, por el cual se constituyó el monopolio de los licores destilados en

el Putumayo. Dicho acuerdo fue posteriormente adicionado por el Acuerdo número 001 de 30 de septiembre de 1988, en el cual facultó al Intendente para la celebración de convenios interadministrativos para el intercambio de licores destilados con otras regiones del país a excepción del aguardiente y otros que produzca la Industria de Licores del Putumayo, acogiéndose a la fórmula participación porcentual.

"4º Que mediante Decreto extraordinario intendencial 416 de noviembre 15 de 1989, nuevo Código de Rentas Intendencial, el cual se expidió con base en funciones delegadas por el honorable Concejo Intendencial, razón por la cual se coloca el mismo nivel jerárquico de los acuerdos, ratificó la producción, introducción y venta de licores destilados como monopolio de la Intendencia Nacional del Putumayo para ejercerlo a través de su Industria de Licores, pudiéndose celebrar los convenios de intercambio antes citados. Además este Decreto reglamentó en sus artículos 41 y 42 la expedición de licencias para introducción y distribución de vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, los cuales no son objeto de monopolio.

"5º Que la petición de la interesada fue mal dirigida y debió solicitar la renovación o expedición de la licencia solamente para introducir y distribuir vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares.

"6º Que conforme a los artículos 69 a 74 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo los actos administrativos de carácter particular y concreto deben ser revocados por el mismo funcionario que los expidió sin el consentimiento del respectivo titular cuando los mismos sean abierta y manifiestamente ilegal".

A la investigación fueron traídos también el Acuerdo número 005 de 29 de enero de 1988, por medio del cual el Concejo Intendencial en uso de las facultades conferidas en especial por los Decretos 467 y 469 "reglamenta el Monopolio de Licores de la Intendencia Nacional del Putumayo", y el Decreto 416 de 15 de noviembre de 1989, "por el cual se expide el Código de Rentas de la Intendencia Nacional del Putumayo".

Por el primero de los actos administrativos se acuerda para el territorio intendencial el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados, el cual sería ejercido por la intendencia a través del Fondo Rotatorio de Licores del Putumayo (inciso 1º y parágrafo del art. 1º), y por el segundo se establece expresamente (arts. 41 y 42) que para la introducción y distribución de vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionales o extranjeros, "deberá obtener previamente licencia, que será expedida por la Secretaría de Hacienda, la cual tendrá vigencia de un (1) año y deberá renovarse en los primeros días del mes anterior a su vencimiento", señalándose como requisitos que debían llenar los interesados los siguientes:

"1. Certificado de la Cámara de Comercio sobre la constitución y generación de la firma distribuidora y registro del establecimiento, sucursal o agencia expendedora en el territorio intendencial.

"2. Licencia de funcionamiento del establecimiento comercial.

"3. Certificado judicial y de policía del representante legal o propietario, expedido por el DAS.

"4. Certificado sobre antecedentes expedido por los Juzgados Superior e Intendencial de Rentas del Putumayo.

"5. Constitución de una fianza bancaria o de compañía aseguradora, a favor del Tesorero Intendencial, con vigencia mínima de un (1) año y cuantía hasta de quinientos mil pesos moneda legal ($ 500.000.00), según criterio de la Secretaría de Hacienda, con el fin de garantizar el pago de los impuestos y sanciones a que hubiere lugar.

"El valor de la fianza tendrá anualmente un reajuste equivalente al 20%.

"6. Paz y salvo intendencial y municipal de su respectivo municipio de distribución".

Mediante escrito de 2 de febrero de 1990, la señora Teresita Ibarra de Gallón, solicita de la Intendente Nacional del Putumayo "la modificación y renovación de la licencia que me fuera otorgada en enero 18 de 1989 por Resolución número 0002 del Juzgado de Rentas que venciera el pasado 31 de diciembre de 1989, para introducir, distribuir y comercializar licores destilados, vinos nacionales y extranjeros, aperitivos y similares dentro del Putumayo, como lo dispone el Acuerdo intendencial número 001 de septiembre 30 de 1988".

Con dicha petición, manifestó acompañar varios documentos, como los correspondientes a la renovación de la matrícula mercantil, expedida por la Cámara de Comercio al establecimiento "Distribuciones Vigallón", y la licencia de funcionamiento. Pero además agregó: "Demás documentos se encuentran anexos en la carpeta que reposa en el Juzgado de Rentas".

Y en fotocopia sin autenticar aparece en el informativo la póliza número 157296 expedida por la Previsora S. A. Compañía de Seguros, así como la 67230 otorgadas a favor de la señora Teresita Ibarra de Gallón, las cuales según se estableció con la diligencia de inspección judicial practicada a los archivos de la Secretaría de Hacienda de la Intendencia, fueron aportadas conjuntamente con los demás documentos anunciados en la petición.

El denunciante, como ya se dijo, afirma que la señora Teresita Ibarra de Gallón al solicitar la licencia antedicha no presentó los documentos relativos a los numerales 1, 3, 4 y 6 del Código de Rentas Intendencial (Decreto 416 de 1989) y efectivamente, los Juzgados Superior de Rentas y Ejecuciones Fiscales y de Rentas Intendencial de Mocoa, mediante oficios marcados con el número 014 y 026 de la

misma fecha informan al funcionario instructor que con anterioridad al dos (2) de febrero de 1990 no expidieron certificados de antecedentes a nombre de la señora Teresita Ibarra de Gallón (véase fls. 149 y 150, cuaderno principal).

Así mismo, el Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Nariño-Putumayo, con sede en Mocoa, certifica no haberle expedido Certificado Judicial.

En el curso de la investigación, declaró bajo juramento, Luis Francisco Santander Martínez, Jefe de Presupuesto, y encargado de la Secretaría de Hacienda Intendencial durante la ausencia por varios días de su titular, y reconoce que firmó la Resolución tantas veces comentada por la insistencia de la propia Intendente, doctora Cecilia Perafán de Zambrano, quien le manifestó que "se trataba de una simple renovación de una Resolución que ya venía funcionando con anterioridad sobre expendio de licores"; agregando además que desconocía "en forma absoluta en qué oficina se elaboró esta Resolución..."

La doctora Mireya Luna White, Secretaria de Hacienda Intendencial para ese entonces, también rindió su testimonio a través del cual manifiesta que se enteró de la existencia de la Resolución ahora cuestionada, porque en idénticas condiciones se le iba a conceder al señor Raúl Gómez Cruz licencia para los mismos fines y al consultar al respecto se le ilustró acerca de la ilegalidad de las Resoluciones expedidas en esa forma. Concretamente con relación a la licencia expedida a la señora Teresita Ibarra de Gallón, sostiene que fue otorgada por un órgano no competente y sin el cumplimiento por parte de la interesada con la totalidad de los requisitos exigidos por el Código de Rentas y los Acuerdos 001 y 005 de 1988.

Y más adelante para referirse a la revocatoria de la misma, enfatizó:

> "Estudiado el caso por los Jueces de Rentas, el Veedor de Dainco o Ministerio de Gobierno y la suscrita (sic) se proyectó la Resolución de Revocatoria que fue expedida unos días después por la doctora Cecilia Perafán de Zambrano en su calidad de Intendente" (fl. 139).

Recepcionada la indagatoria de la doctora Cecilia María Perafán de Zambrano, en esa oportunidad, reconoce haber expedido la Resolución por razones de existir para la fecha en que así procedió "una norma legal vigente de que (sic) cualquier persona idónea que cumpla con los requisitos exigidos se le puede expedir licencia para la distribución de licores que no se produzcan en el territorio y es así como se han expedido varias licencias, no solamente a Doña Teresita sino a otras personas entre las cuales puedo citar a Doña Alicia de Ruiz".

Acerca de la revocatoria de dicho acto administrativo, manifiesta que el motivo por "el cual se derogó esa resolución fue precisamente por no haber cumplido con algunos de los requisitos exigidos por la norma legal y al darnos cuenta de que en dicha resolución había una palabra mediante la cual la señora de Gallón podía introducir al

territorio cualquier clase de licores e inclusive los destilados que se producen en Putumayo. Fue la razón por la cual de inmediato ordené la derogatoria de dicha resolución".

Continúa diciendo:

> "La verdad es, de que a quien le corresponde elaborar las citadas resoluciones es al Secretario de Hacienda, por lo tanto confiada en la capacidad y eficiencia del citado Secretario de Hacienda procedí a autorizarla, luego al revisarla detenidamente me di cuenta del error en que había incurrido y ese fue el motivo por el cual ordené de inmediato la revocatoria'...'La señora Teresita Ibarra de Gallón, sí aportó todos los requisitos exigidos por el artículo 42 del Código de Rentas del Putumayo, y la prueba está en que posteriormente los desglosó y con ellos en su totalidad procedió a solicitar nuevamente su licencia, razón por la cual se le expidió favorablemente y ya sin la frace (sic) 'Comercialización de Licores destilados' ".

Termina aclarando que: "En ningún momento he obrado de mala fe y menos he pretendido atentar contra los intereses de mi territorio. Y fue así como al darme cuenta del error cometido de inmediato procedí a subsanarla (sic) ordenando la revocatoria de el (sic) tantas veces citado acto administrativo".

Se averiguó en la instrucción que contra la Resolución número 019 de 3 de marzo de 1990, por la cual se revocó la licencia concedida a la señora de Gallón, se interpuso por el apoderado de ésta, doctor Fernando Muñoz Zapata, recurso de reposición al cual no se le dio trámite alguno, y varios meses después, mediante Resolución número 001 de 3 de septiembre de 1990, expedida por el Secretario de Hacienda Intendencial, Diego Orozco Gómez, se concedió nuevamente a la firma "Distribuciones Vigallón" representada por la señora Teresita Ibarra de Gallón licencia esta vez sólo para introducir y distribuir vinos espumosos y espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros; pero respecto de este comportamiento consistente en la omisión o retardo de un acto propio de las funciones de la Intendente y del cual dan cuenta los testimonios de Vicente Gallón Cañas y el abogado contratado por él y su cónyuge, se ordenó expedir copias para su investigación por separado al no observarse vínculo de conexidad alguno, por auto de 15 de enero del año que avanza.

El representante judicial de la procesada, al alegar de conclusión, después de descartar la existencia de un concurso real de tipos penales, orienta todos sus esfuerzos en demostrar que la actuación de su defendida careció de todo viso de injusticia, argumentando que conforme al derecho administrativo los funcionarios pueden revocar sus propios actos, y así mismo termina sosteniendo que de la revisión de todo el expediente no aflora la prueba de la voluntad de pretermitir la ley y de excederse en las funciones por parte de la incriminada, razones por las cuales solicita de la Sala se disponga la cesación de procedimiento.

Consideraciones de la Corte:

Doctrinalmente bajo la denominación de concurso aparente de tipos se predica que existen supuestos en los que parece que concurren varios delitos, pero que con una interpretación adecuada de los respectivos tipos penales la concurrencia resulta descartada dado que uno de ellos excluye al otro o a los otros.

Lo anterior es lo que ocurre, por ejemplo, con relación a los punibles de prevaricato y abuso de autoridad, pues el primero "como abuso de autoridad calificado que es —dice la Corte— ofrece formas de manifestación característica y exclusiva que absorben, tratándose del mismo hecho, otras expresiones comportamentales deferidas por la ley penal positiva a actos 'fuera de los...especialmente previstos como delito', a que se refiere el tipo de abuso de autoridad" (Sala de Casación Penal auto de abril 19 de 1988, Magistrado ponente Didimo Páez Velandia).

En el caso planteado se trata de un conflicto de tipos que se desata por voluntad de la misma ley mediante la aplicación del principio de subsidiariedad, porque de acuerdo con la norma que describe el abuso de autoridad dicho tipo sólo es aplicable a todas aquellas situaciones que impliquen un abuso de la función que no estén especialmente previstas como delitos en otros preceptos.

En el mismo orden de ideas, se precisa aclarar que igualmente se rechaza la concurrencia real o efectiva entre estos dos tipos penales y el que describe el delito de usurpación de funciones públicas, pues como nota diferencial para la estructuración de estos tres hechos punibles se sostiene con acierto que mientras que en el abuso de autoridad y en el prevaricato se requiere que el agente que expide el acto esté legitimado para producirlo, esto es, que obre dentro del ámbito de sus funciones y por tanto que sea competente para ello, en la usurpación el autor realiza un acto que está atribuido por ley a otros funcionarios y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente.

Sentada la anterior fase propedéutica, en el presente caso se tiene que la doctora Cecilia Perafán de Zambrano no pudo incurrir en el concurso simultáneo de hechos punibles que afirma el denunciante. Y en puridad de verdad, es sentir de la Sala, ni siquiera cometió uno solo de los delitos que se le atribuyen.

Se le acusa conforme a los términos de la denuncia, de haber expedido en su condición de Intendente del Putumayo un acto administrativo propio de la Secretaría de Hacienda según la competencia asignada a esta última por un Decreto intendencial, consistente en una Resolución por la cual se otorgó licencia a la señora Teresita Ibarra de Gallón para la introducción y venta de licores destilados en contrariedad con disposiciones que prohibían tal actividad por parte de particulares, y además sin la presentación de la totalidad de los documentos requeridos por el Código de Rentas Intendencial.

En verdad, no se discute que la expedición de la Resolución en comento no cumplió estrictamente con las disposiciones que regu-

laban la materia, tanto así que por considerársela "manifiestamente ilegal e inconveniente", según el contenido de la Resolución 019 de 3 de marzo de 1990, se le revocó posteriormente.

Empero, no advierte la Sala que en el expediente aparezca elemento alguno de convicción que permita deducir que la incriminada actuó a ciencia y paciencia del sentido antijurídico de lo que hacía.

Por lo que hace al elemento subjetivo del ilícito de usurpación de funciones se necesita el conocimiento y la voluntad por parte del agente de estar ejecutando un acto sin hallarse autorizado por la ley para hacerlo, así como la violación y la conciencia de transgredir la ley y de estar realizando un acto arbitrario e injusto en los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. En el proceso los medios de prueba allegados lejos de acreditar que la inculpada obró dolosamente, por el contrario ellos permiten que se acepte como admisible la buena fe alegada por ella, pues su actitud de revocar la susodicha Resolución una vez advirtió el error que contenía, revela que su equivocado proceder inicial no estuvo motivado por un propósito manifiesto de desconocer la ley para favorecer o perjudicar intereses de particulares o de la Intendencia que gobernaba.

Téngase en cuenta que las dificultades que tuvo que afrontar la funcionaria surgieron precisamente a partir del momento de la revocatoria del acto administrativo en cuestión, por el asedio permanente de los esposos Gallón para que les concediera nuevamente la licencia, lo cual descarta un posible interés de ella en favorecer a los beneficiados con dicha Resolución.

Para la Sala el actuar de la procesada, se explica por la inexperiencia en la gestión administrativa al frente de la cual se encontraba hacía poco menos de un mes. A lo más que podría llegarse es sostener que la doctora Cecilia Perafán de Zambrano obró con descuido manifiesto y en tal caso queda excluida la culpabilidad, pues los delitos que se le imputan no admiten conforme a la legislación positiva la modalidad culposa.

De otro extremo, aparte de la ausencia de dolo, menester es afirmar que el ilícito de falsedad ideológica en documento público al cual hace referencia tampoco se estructura, porque si bien es cierto que en la opinión de algunos autores se acepta la posibilidad incluso de la concurrencia entre el delito de prevaricato y falsedad ideológica, cuando al proferirse Resolución o dictamen se falta a la verdad consignando en las motivaciones hechos que no han ocurrido, en el presente caso de la expresión empleada en la Resolución y por la cual se dijo "que la interesada ha allegado los requisitos para el efecto", no puede deducirse la configuración del delito de falsedad, entre otras razones por no hacer referencia a situaciones o cuestiones fácticas específicas.

Por último no huelga destacar, que con la revocatoria a tiempo del acto administrativo que motivó la presente investigación, no alcanzó éste a convertirse en uno de aquellos actos adoptados por funcionarios con poder de administrar que con frecuencia ocasionan detrimento patrimonial a la entidad territorial que regentan, por lo que el

atentado a la economía de la Intendencia y el consiguiente perjuicio a la comunidad, a los cuales se alude en la queja, no tuvieron realidad concreta.

Aparece plenamente demostrado, pues, que la procesada no ha infringido la ley penal y en consecuencia, se impone calificar el mérito sumarial con cesación de procedimiento a su favor.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Cesar el procedimiento penal adelantado contra la doctora Cecilia María Perafán de Zambrano, por los hechos que se le imputaron y por los cuales rindió indagatoria.

En firme este proveído archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1º INDUBIO PRO REO. VIOLACION DIRECTA

Cuando el sentenciador admite que el proceso arroja duda y, no obstante ese reconocimiento, profiere fallo de condena, se da la violación directa de la ley

2º CONCURSO. PENA. Acumulación

En el caso de delitos concurrentes se tasa la pena privativa de la libertad para el delito que la tiene prevista, sin hacerle incremento, se impone además la multa señalada para el otro ilícito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 46.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de julio de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a *Segundo Cristiano Abril* a 10 años y 10 meses de prisión por los delitos de homicidio y daño en bien ajeno.

Antecedentes:

El domingo 9 de octubre de 1988, luego de asistir a un partido de fútbol en el estadio El Campin, de Bogotá, Victor Julio Fernández Velásquez se dirigió a la casa de sus padres, de donde salió alrededor de las 7:30 de la noche con destino a su hogar y acompañado de dos amigos, de su hijo y de un sobrino.

A la altura de la transversal 33 con calle 49 sur, su vehículo colisionó levemente con la buseta de "Expreso Bogotano" conducida por Segundo Cristiano Abril, quien descendió de ella y con una piedra quebró el vidirio delantero de la camioneta de Fernández Velásquez, quien le reclamó y se colocó frente y contra la buseta, como para impedir la marcha, mas Cristiano Abril la puso a andar y "se llevó por delante a rastras" a Fernández Velásquez, quien falleció poco después en el hopistal de La Hortúa.

El caso fue asumido por el Juzgado Sesenta y Cuatro de Instrucción Criminal de Bogotá, que luego de escuchar en indagatoria al sindicado y de practicar otras pruebas, dictó auto de detención contra Cristiano Abril por los delitos de homicidio culposo y daño en bien ajeno. Posteriormente se recibieron los testimonios solicitados por el defensor del inculpado (fls. 87 y ss. 1) y se calificó el sumario con resolución acusatoria por los delitos de homicidio preterintencional y daño en bien ajeno (fls. 14 y ss. 3). Por no compartir esa forma de culpabilidad, el Ministerio Público apeló, y la Fiscal 14 del Tribunal solicitó que se modificara para convertir en doloso el homicidio, tesis que compartió la Sala de Decisión.

"En el caso concreto, que hoy ocupa la atención de la Sala —dijo la Corporación—, se visualiza la intención del aquí inculminado, de quien se infiere, se trata de una persona sico-físicamente agresiva, dado que actuó de obra y de palabra, en contra del hoy interfecto, al romper el vidrio panorámico de la comioneta, y no contento con ello, abordó la buseta que conducía, luego inició la marcha del motor, y como el hoy obitado pretendió con su cuerpo evitar la huída de aquél, éste decidió arrollarlo, a sabiendas de que se encontraba aquél frente a la buseta; aspecto este último de especial trascendencia para el caso materia de estudio, y que es corroborado por los testimonios de..." (fls. 40 y 41-4).

El Juzgado Primero Superior de Bogotá ejerció el entonces vigente control de legalidad, celebró la audiencia el 25 de abril de 1990, y, en armonía con la solicitud del Fiscal, con fecha 5 de junio, dictó fallo condenatorio, por medio del cual impuso a Cristiano Abril la pena principal de 10 años y 10 meses de prisión y multa de mil pesos, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y el pago de los perjuicios, negando la condena de ejecución condicional (fls. 125 y ss. 3).

La defensora (que es la misma casacionista) apeló el fallo alegando en sustancia "la incertidumbre sobre la forma de culpabilidad", y el Tribunal, en proveído objeto de la impugnación extraordinaria, confirmó la sentencia, salvo en lo que respecta a la multa, que la revocó bajo la consideración de que "al dosificar la pena conforme a los preceptos del artículo 26 del Código Penal, dada la modalidad concursiva que se presenta, se debe partir siempre del delito que establezca la pena más grave, en este caso el homicidio, que fija una pena de prisión de diez años, pudiéndose aumentar hasta en otro tanto según sea del caso. Implica entonces que por fuerza lógica debe desaparecer la 'multa' prevista para el punible de menor entidad (daño en bien ajeno)..." (fls. 72-4).

La demanda, concepto de la Delegada y consideraciones de la Corte:

Cargo primero:

1. Al amparo de la causal tercera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 15 del Decreto 1861 de 1989), la demandante sostiene que el fallo que impugna "se

dictó en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento de las formas propias del 'debido proceso' y en particular por la vulneración del 'derecho de defensa', originada en no haberse decretado ni practicado pruebas solicitadas oportunamente, de carácter esencial y con repercusión trascendental sobre el sentido y alcance del juicio de responsabilidad. La omisión de actividad probatoria que se acusa, severamente lesiva de los intereses de defensa del procesado, conllevó además al desconocimiento del principio de 'la investigación integral' que gobierna el proceso penal", y señala como violados los artículos 249, 137, 358, 246 y 264 del Código de Procedimiento Penal.

Las pruebas que echa de menos en estos términos son:

a) La "inspección judicial *con reconstrucción* de los hechos" que la defensa solicitó, y "cuya trascendencia radica en que surgía la necesidad ante la dualidad de versiones respaldadas cada una de ellas por numerosos testigos, haciéndose imperativa su práctica para desechar aquella que riñera con la realidad, y así mismo poder adoptar con certeza y responsabilidad la correcta (sic). Además, lo que fundamentalmente se discutía a través de las versiones obrantes en el proceso, era la circunstancia determinante de si el procesado había visto o no al occiso en el momento de colocar en marcha la buseta, aspecto que hubiese podido dar un vuelco total a la valoración jurídica del hecho, determinando su actuación como homicidio culposo e incluso ubicando la situación como un verdadero 'acaso' sin presencia de culpabilidad";

b) Haber sometido a los médicos forenses un cuestionario "consistente en consultar sobre si las lesiones de que da cuenta el protocolo de necropsia son compatibles con una situación de arrollamiento frontal o de arrastre, resultaba de vital importancia para desechar o acoger una u otra versión. Los juzgadores de instancia, sin consultar expertos dedujeron 'la buseta le había pasado por encima al cuerpo de la víctima', suposición que riñe con el principio de que toda decisión judicial debe fundarse en prueba legalmente aportada al proceso (art. 246 del C. de P. P.)";

c) Una inspección judicial a la buseta para establecer si sufrió algún daño y de qué clase.

"La violación al derecho de defensa se hace aún más evidente —dice la casacionista— si se tiene en cuenta que el funcionario instructor ni siquiera se pronunció denegando la práctica de las pruebas solicitadas, lo que hubiere permitido la impugnación de esa negativa, sino que olímpicamente ignoró la solicitud de tan trascendentales instrumentos de convicción".

Pide, pues, que se case el fallo y se decrete la nulidad a partir del auto que cerró la investigación, con el fin de que se practiquen las referidas pruebas.

2. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice en cuanto a este primer cargo que la interpretación del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, sobre "la investigación integral", "debe conformarse a las finalidades del procedimiento" y a la realidad misma

del proceso penal, y a renglón seguido transcribe un aparte del proveído de 2 de marzo de 1990, de esta Sala de Casación, con ponencia del doctor Saavedra Rojas:

"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".

Luego expresa que, en atención a que los testigos "de descargo" (Francisco Cristiano Abril, Luz Carmen Dallos Morales, Ulpiano Gutiérrez y Julia Nayibe Cristiano Dallos) no hacen ninguna referencia "al atropello con el vehículo automotor, de que fue víctima el obitado, la inspección judicial pedida resultaba notoriamente impertinente" (fl. 68). Y en relación con el dictamen médico legal, dice que "tampoco a través de este elemento de certeza, se hubiese alcanzado su finalidad propuesta por la demandante; máxime si se tiene en cuenta que para los juzgadores 'la descripción de las heridas aparecen dentro del acta de levantamiento número 896'; son suficientes como ya se explicara, para no creer en la versión del sindicado, cuando dice que no se dio cuenta de nada y mucho menos que con la buseta hubiera arrollado al occiso en su parte delantera. Convencimiento, no 'suposición' —como afirma la casacionista— en que se basaron los fallos de primera y segunda instancia".

Y más adelante glosa que en la impugnación "se echa de menos la indicación de los puntos enunciados, ya que la impugnante se limita a recabar lo indispensable de la práctica de las pruebas solicitadas, con el fin de desechar las versiones de los testigos que riñeran con la realidad fáctica y acoger la correcta, circunstancia, por demás, ajena al motivo de impugnación propuesto".

Así, pues, le objeta a la demanda porque no señaló "los hechos concretos que hubieran podido ser probados a través de los medios de convicción dejados de practicar y *la forma como tales hechos hubiesen cambiado el sentido de la sentencia atacada, por contrarrestar la capacidad probatoria de los elementos en que ésta se halla sustentada*" (Se subraya).

Es del sentir, entonces, que el cargo no prospera.

3. Completa razón le asiste a la Delegada en la glosa que hace a la demanda en relación con este primer cargo.

En cuanto al desconocimiento del principio de "investigación integral" previsto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, suficientes son para negarlo las consideraciones hechas por esta Corporación en el fallo que parcialmente transcribe el señor Procurador en su concepto.

Y en relación con la no práctica de algunas pruebas que en el libelo se determinan, en verdad que como lo destaca la Delegada ellas se presentan impertinentes.

La "inspección judicial con reconstrucción de los hechos", que según el censor hubiera podido haber "aclarado y completado", "un cuadro probatorio contradictorio e incompleto", no advierte la Sala, ni la libelista se encarga de demostrarlo, cómo hubiera logrado conseguirse dicho objetivo con la diligencia cuya práctica se echa de menos.

Basta con tener en cuenta que todos los testigos que declaran a favor del sindicado, como lo son su esposa Luz Carmen Dallo Morales (fl. 91), su hija Julia Nayibe (fl. 109), su tío Luis Francisco Cristiano Abril (fl. 88) —cuya presencia en la buseta inicialmente no fue citada por el procesado—, Alejandro Gil Moreno (fl. 105) y Ulpiano Gutiérrez Rojas, este último Presidente del Sindicato Unión Nacional de Trabajadores y Conductores de la Industria de Transporte de Colombia y quien afirma que coincidencialmente pasaba por el lugar de los hechos cuando éstos tenían ocurrencia (fl. 101), niegan categóricamente haber visto que el occiso se atravesara al frente de la buseta para impedir que el sindicado huyera del sitio de los acontecimientos, no obstante sostener que de esto haber sucedido estaban en perfectas condiciones de apreciarlo. En estas circunstancias ¿qué sentido tenía practicar la diligencia de "inspección judicial con reconstrucción de los hechos" con estos declarantes? ¿Cómo se podía conseguir con esta probanza "completar y aclarar un cuadro probatorio contradictorio e incompleto"?

Es que debe advertirse, además, que no es exacta la afirmación de la casacionista en el sentido de que lo que "fundamentalmente se discutía a través de las dos versiones obrantes en el proceso, era la circunstancia determinante de si el procesado había visto o no al occiso en el momento de colocar en marcha la buseta". Lo que era objeto de discusión era si el occiso se había atravesado o no a la buseta antes de que ésta emprendiera su marcha y esto no era posible dilucidarlo a través de la diligencia en comento.

Téngase en cuenta, por último y en relación con este asunto, que todos los testigos de cargo son claros y contestes en asevarar que el occiso se paró frente a la buseta, con los brazos abiertos, intentando precisamente que Segundo Cristiano Abril no abandonara el lugar del accidente mientras se buscaba ayuda en una estación de policía cercana, tal como lo exponen Héctor Javier Rodríguez Parra (fl. 40), Luis Alberto Fernández Peña (fl. 67) y Guillermo Quiroga Rodríguez (fl. 73).

En relación con las otras pruebas echadas de menos por la recurrente, tampoco demuestra ésta qué incidencia determinante, de haberse practicado, hubieran tenido en la sentencia recurrida.

Que se hubiera preguntado a los legistas, "si las lesiones de que da cuenta el protocolo de necropsia son compatibles con una situación de arrollamiento frontal o de arrastre", de ninguna manera, al menos no se demuestra en el libelo, era "de vital importancia para desechar o acoger una y otra versión". Pero además, lo que la actora tenía que demostrar no era que la prueba omitida fuera importante para acoger o rechazar una u otra versión, sino que la pericia médica no practicada tenía la virtualidad suficiente para rechazar la versión de los testigos

de cargo, y basta leer el acta de necropsia (fl. 80) para llegar a la conclusión de que la víctima fue arrollada, tal como lo declaran estos deponentes y lo analizó el Tribunal en el fallo recurrido.

Más impertinente resultaba la inspección judicial a la buseta para determinar si ésta presentaba algún daño y de qué clase, pues dada la forma como el occiso fue arrollado, la escasa distancia a que se encontraba del vehículo y el tamaño de éste, esta prueba era muy poco lo que podía aportar a la investigación.

Recuérdese por último, como lo ha sostenido en forma reiterada esta Sala, que para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, fundado en la omisión de la práctica de pruebas, no es suficiente que el censor se limite a enunciarlas, sino que esté en la obligación de demostrar su trascendencia y el carácter determinante del fallo impugnado. Esto es, que tiene que demostrarle a la Sala que si los elementos de convicción no aportados al proceso sí lo hubieran sido, el sentido de la sentencia hubiera sido diferente, y esto fue lo que no hizo la actora en este caso.

Por estas razones el cargo no prospera.

Cargo segundo: Violación indirecta.

1. Invoca la actora esta primera causal —cuerpo segundo— en el entendimiento de que el Tribunal incurrió en "error de hecho manifiesto, por falso juicio de existencia" sobre el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, que manda absolver cuando exista duda; y es que la demandante estima que el proceso arroja "duda razonable y manifiesta en cuanto al elemento subjetivo del delito": Ella (como lo hizo ante las instancias) reitera que no existe certeza respecto del dolo en el homicidio, que tiene todas las características de culposo, y considera que dicha duda "surge de la precaria labor investigativa con miras al establecimiento de las reales circunstancias que rodearon los hechos, indispensables para ilustrar a los sentenciadores sobre el momento espiritual que vivió el actor en el preciso momento en que se produjo el resultado típico lesivo del interés jurídico titulado", y trata de demostrar que los testigos de descargo "concurren a descartar el carácter doloso del homicidio".

"Esa duda —continúa— se refleja en las disímiles formas en que los diferentes funcionarios que intervinieron en este proceso analizaron el aspecto de la culpabilidad", y transcribe los apartes pertinentes de dicha prédica.

Comenta que no fueron "problemas de teoría" los que propiciaron esas diferentes maneras de ver la culpabilidad en el hecho, "sino indiscutiblemente la situación fáctica de duda" (se subraya), y recalca que ese "error manifiesto" de ignorar la duda, condujo a tornar doloso el homicidio, cuando el proceso lo que prueba es su índole culposa.

"Por vía indirecta —concluye—, y a consecuencia del error de hecho denunciado, se violó el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal por falta de aplicación, el artículo 247 de la misma obra por aplicación indebida, y por esa misma vía el artículo 325 del Código Penal por falta de aplicación y consecuencialmente el artículo 323 del Código

Penal por indebida aplicación. Así mismo el artículo 37 del Código Penal por falta de aplicación y el 36 ibídem por indebida aplicación".

Pide, pues, que se case el fallo y se "proceda a emitir el sustitutivo que en derecho corresponda".

2. El señor Procurador conceptúa en relación con este cargo, que, "en su simple enunciación se evidencian serias fallas técnicas, que dan al traste con este cargo e impiden su estudio de fondo, pues como lo ha concretado la Corte en reciente pronunciamiento al fijar la naturaleza y alcances del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, errado resulta 'formular el cargo por supuesta falta de aplicación de una norma de carácter probatorio, cuando ha debido ser por aplicación indebida de un precepto sustancial, constituye un error insalvable y suficiente, que impide a la Sala penetrar en el estudio de fondo de la demanda, de una parte porque implicaría completar el reproche, y por la otra, porque exigiría corregir el libelo para invocar correctamente el sentido de la violación, facultad de la que carece esta Corporación en virtud del principio de limitación que rige el recurso' (Casación de 5 de abril de 1991. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel)".

Sugiere, en consecuencia, que no se case el fallo.

3. No puede tomarse como absoluta y general la afirmación que hizo la Sala en la providencia en que se fundamenta la Delegada para despachar por falta de técnica el cargo segundo; porque es claro que una disposición de tipo "probatorio", como en este caso el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, sí puede ser ignorada por el sentenciador, y entonces es dable predicar un error de "existencia". Se presenta este caso cuando el sentenciador concede que el proceso arroja duda, y, no obstante ese reconocimiento, profiere fallo de condena: En este supuesto se da una violación directa de la ley, porque al ignorarse una norma (no una "prueba", que es lo que entraña la modalidad de error de hecho formulado por el casacionista) se aplica indebidamente la norma "sustancial" correspondiente, que en este caso sería el artículo 323 del Código Penal, que describe el homicidio simple doloso.

Por fuera de la violación directa referida, si no es riguroso invocar un yerro sobre la existencia del artículo 248; porque si lo que se propone el casacionista es arribar a la duda, tiene que demostrar que tal o cual prueba fue objeto de determinado error (de hecho o de derecho), y entonces otro matiz exige una tal argumentación. Otra cosa es que luego del examen de esos yerros, y a manera de "conclusión", se establezca que como mínimo la ausencia de esos errores hubieran enfrentado al sentenciador a una duda razonable, y, por tanto, frente también a la obligación legal de absolver, según el mencionado artículo 248.

En este segundo cargo la actora se equivocó notablemente, porque invocó error de hecho por haberse ignorado una norma (violación directa, como ya se dijo arriba), mas no planteó de modo alguno (dentro de la coherencia exigida para la violación indirecta que adujo) qué prueba, desde luego existente en el proceso, fue ignorada, o cuál que no reposaba en autos fue supuesta o "inventada", o cuál o cuáles fueron objeto de tergiversación (el llamado falso juicio de identidad). En cambio, se dedicó a hacer prevalecer unos testimonios sobre otros,

y dentro de esta personal valoración del caudal probatorio, pretende extraer la duda respecto del dolo, y, a su vez, la certeza de la culpa, teniendo también como base de su argumentación, los conceptos a veces encontrados de los diferentes funcionarios que intervinieron en este proceso, lo cual nada tiene que ver con la causal invocada.

El cargo no prospera.

No puede la Sala omitir, por último, un pronunciamiento en relación con el error en que incurrió el Tribunal, cuando dispuso revocar la pena de multa impuesta por el juzgador de primera instancia al procesado, por considerar que desaparecía al no estar prevista por el delito de mayor entidad.

Ese razonamiento del Tribunal es equivocado, pues la acumulación de penas prevista por el artículo 26 del Código Penal es aplicable en la medida en que su naturaleza lo permita, como expresamente lo advierte el artículo 27 ibidem.

En efecto, el artículo 26 regula la manera de sancionar el concurso de delitos, cuando los ilícitos concurrentes, en virtud de la conexidad o de la acumulación, sean objeto de juzgamiento en un mismo proceso. En tal caso, dispone la norma citada, el Juez debe aplicar la disposición violada que tenga prevista la pena más grave, la cual, en virtud del delito o delitos concurrentes, puede ser "aumentada hasta en otro tanto", pero sin que se pueda imponer una sanción "superior a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles" (art. 28).

Es claro, desde luego, que este sistema (acumulación jurídica de penas) únicamente puede aplicarse cuando se trata de penas que lo hagan posible, como sucede cuando los delitos concurrentes tienen todos penas privativas de la libertad y/o todos aparecen sancionados con multa (art. 27).

Cuando uno de los delitos concurrentes tiene pena privativa de la libertad y el otro únicamente aparece sancionado con multa, es obvio que no podría acudirse al sistema punitivo consagrado en el artículo 26, pues ello implicaría violar el principio superior de la legalidad de las penas, toda vez que se estaría imponiendo pena privativa de la libertad (equivalente al aumento que sobre la sanción básica se hizo) por un delito que no tiene prevista sanción de esta naturaleza.

En este caso, se tasa la pena privativa de la libertad para el delito concurrente que la tiene prevista, y, sin hacerle ningún incremento, se impone además la multa señalada como sanción para el otro ilícito.

Cuando, como en el caso sub júdice, *los dos delitos concurrentes están castigados con pena privativa de la libertad, y uno de ellos apareja, además, la pena de multa, el juzgador debe proceder, en relación con la pena privativa de la libertad, en la forma prevista en el artículo 26, y, con respecto a la multa, señalada para uno sólo de los delitos en concurso, no puede entrar a desecharla como lo hizo el Tribunal sin fundamento legal alguno, sino que está en la obligación de imponerla junto con la de prisión o arresto debidamente incrementada,*

porque ésta es la sanción completa a que se hizo merecedor el condenado, al violar normas que imponían no sólo pena privativa de la libertad sino también la de carácter económico.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. PERJUICIOS

La exigencia en la cuantía de las pretensiones sobre los perjuicios causados, para recurrir en casación el fallo condenatorio, constituye una exigencia adicional

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 045 (julio 9 de 1991).

Vistos:

Contra el auto de fecha 17 de mayo del presente año, por el cual se *declaró inadmisible* el recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, de fecha 10 de diciembre de 1990, el defensor de los procesados *Orlando Insignares Palma* y *Héctor de la Torre Jaramillo* interpuso recurso de reposición, para que la Sala lo admita y le dé el trámite pertinente.

La Secretaría de la Sala dio cumplimiento a lo normado en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual debe la Sala entrar a decidir lo que legalmente corresponda.

Consideraciones de la Corte:

En el auto impugnado se consignó "...para que proceda el recurso extraordinario de casación, se requiere que la sentencia sea proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y que *la pena privativa de la libertad por el delito que se proceda sea o exceda, en su máximo, de cinco años*".

"El delito de peculado culposo por el cual se halló responsables a los procesados mencionados (art. 137, C. P.) tiene señalada pena privativa de la libertad de arresto de seis meses a dos años, es decir, que resulta improcedente la impugnación extraordinaria en cuanto al *quántum* punitivo, y así se declarará en esta providencia..."

Por su parte el recurrente como fundamento de su petición de revocatoria del auto mencionado, afirma: "a) Motiva su determinación el *hecho cierto* de tener el delito de peculado culposo, que se imputa a mis defendidos, un *quántum* de pena privativa de la libertad, *que no permite la procedencia de la casación*. Ello es cierto. Pero no esta la razón legal que nos llevó a interponer dicho grado de jurisdicción, sino otra muy diferente";

"b) En el escrito que contiene la manifestación de recurrir en casación, hacemos expresa manifestación a la norma del artículo 220 del Código de Procedimiento Civil (sic) cuyo texto es 'cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir, establecidas en las normas que regulan la casación civil' ";

"c) La cuantía de la condena de perjuicios, es de veinte millones de pesos. Esta suma excede con creces la establecida en el Código de Procedimiento Civil (Estatuto al cual remite el P. P.), para por ese aspecto recurrir, aspecto por el cual, se reúna la exigencia de ley";

"d) En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, se halla incursa en la totalidad de las causales que para recurrir, trae el Código de Procedimiento Civil en su artículo 368, todas las cuales serán objeto del correspondiente análisis y sustentación, en la demanda de casación pertinente".

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, como norma general establece como requisitos para la procedibilidad del recurso extraordinario de casación *en materia penal, que la sentencia (condenatoria o absolutoria) sea proferida,* en segunda instancia, *por un* Tribunal Superior de Distrito Judicial *y por los delitos que tengan señalada* sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años.

Quiere decir lo anterior que son tres (3) los requisitos fundamentales para que un fallo pueda ser objeto de la impugnación extraordinaria.

a) Que tenga la entidad de sentencia, es decir, el fallo por el cual se pone fin al proceso, bien sea de naturaleza condenatoria o absolutoria. En los términos del artículo 185 del Código de Procedimiento Penal, serán todos aquellos fallos que deciden el objeto del proceso, previo agotamiento del trámite de la instancia o de la casación. Pero, es bueno puntualizar que no todas las providencias que deciden el objeto del proceso una vez agotada la instancia, tienen el carácter de sentencia. Es el caso del auto de cesación de procedimiento (art. 34 del C. de P. P.), cesación de procedimiento o resolución de acusación (art. 469 ibidem*), el que suspende, sustituye u ordena la cesación de una medida de seguridad (art. 621* ibidem*), el que niega o concede la libertad condicional (art. 629* ibidem*), la que concede la rehabilitación (arts. 635 y 636 del C. de P. P.), entre otras, porque dichas providencias tienen el carácter de* autos interlocutorios *de conformidad con lo preceptuado por el artículo 185, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal. En otros términos, tienen el carácter de sentencia, aquellas providencias mediante las cuales se concreta la responsabilidad del acusado, o se declare su inocencia, una vez agotada la etapa de juzgamiento;*

b) Que la sentencia sea proferida en segunda instancia *por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, pues si lo es en primera instancia, sólo será objeto de impugnación mediante* apelación *ante esta Corporación. Y si el fallo es dictado en segunda instancia por un Juez único,*

es decir, distinto del Tribunal Superior como lo es el caso de los Juzgados del Circuito o Superiores, tampoco podrán ser objeto del recurso extraordinario;

c) Que la respectiva disposición penal tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco (5) años, una vez tenidas en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación específicas concurrentes. Ello porque si el delito por el cual se procede no tiene pena privativa de la libertad o ella resulta inferior a cinco (5) años, tampoco la sentencia podrá ser objeto del recurso extraordinario.

Si alguno de los requisitos anteriores no se da, o sea, se halla ausente, con el proferimiento del fallo de segunda instancia, ya sea por vía de apelación o por grado de consulta cuando ello resulta pertinente, queda definida la situación del o de los procesados y dicho fallo hace tránsito a cosa juzgada.

En cuanto al requisito previsto en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, esto es, al que se refiere el recurrente, constituye una exigencia adicional a las ya vistas anteriormente. Tal disposición se refiere exclusivamente *a los fallos condenatorios, única vía para que el Juez pueda tomar determinaciones sobre los perjuicios causados con la infracción. Y cuando alguna de las partes no encuentre satisfechas sus pretensiones en este aspecto, podrá recurrir en casación la sentencia, solamente cuando su interés sea superior en la cuantía determinada en el Código de Procedimiento Civil para la procedibilidad de la impugnación extraordinaria en materia civil, y las causales que deba presentar el recurrente, serán igualmente las previstas en la citada normatividad.*

Aceptar la postura del recurrente, sería tanto como aislar el precepto especial previsto en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, del general que prescribe el artículo 218 ibídem, *lo cual no es posible. Resulta tan evidente esta afirmación, que bastaría que el interés jurídico de alguna de las partes, en materia de indemnización de perjuicios, sea o exceda en la cuantía prevista en el Código de Procedimiento Civil ($ 14.000.000.00), para que procediera el recurso extraordinario, aún en los fallos proferidos por los Jueces Penales del Circuito o Superiores, como juzgadores de segundo grado. Tal postura, resulta de suyo inadmisible pues si es requisito sustancial que el fallo sea proferido por los Tribunales Superiores en segunda instancia, también lo será que las infracciones tengan prevista sanción privativa de la libertad en su máximo, de cinco (5) años o más.*

Como en el presente caso, el delito por el cual se halló responsable a Orlando Insignares Palma y Héctor de la Torre Jacamillo tiene prevista sanción de arresto de dos (2) años, el requisito de la pena se halla ausente para que el recurso extraordinario de casación sea viable, así se diga que existe interés jurídico para recurrir dada la cuantía determinada por los juzgadores de instancia en su fallo, respecto de la indemnización de perjuicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *no repone* el auto de fecha 17 de mayo del presente año, por medio del cual se *declaró inadmisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de diciembre

de 1990 por medio del cual se condenó a Heriberto Gutiérrez Mantilla, Orlando Insignares Palma y Héctor de la Torre Jaramillo, a la pena privativa de la libertad de seis (6) meses de prisión y multa en cuantía de dos (2) salarios mínimos mensuales legales, como coautores del delito de peculado culposo.

Vuelvan los autos al Tribunal de origen a fin de que el Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga (Magdalena) proceda de conformidad con lo anotado en auto de fecha 17 de mayo del presente año.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica.

Las exigencias de lógica y precisión inherentes al recurso de casación, no permiten que pueda ser sustentado, con una alegación "libre" propia de las instancias

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 46.

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de agosto de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a *Edelberto Agudelo Ciro* a diecinueve (19) años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. Por el año de 1984, Blasteyo Trejos Baena le prestó a Edelberto Agudelo Ciro un millón de pesos. Con el pasar de los días aquél hizo amistad con Aldemar, Diego y Amanda, hermanos de Edelberto, y entabló además relaciones amorosas con la hija de Amanda, de nombre Sandra. Todos ellos residentes en la ciudad de Cali.

En repetidas ocasiones Blasteyo requirió a Edelberto para el pago de la deuda, sin lograr su propósito. A comienzos del mes de junio de 1988, encontrándose Blasteyo en compañía de su amigo Jaime Sánchez Delgado, vio a Edelberto en su taxi, situación que aprovechó para reiterarle el cobro, obteniendo como respuesta un no rotundo y la manifestación de que esa plata nunca se la pagaría, por lo cual Blasteyo reaccionó dándole un puñetazo a Edelberto que le quebró el tabique nasal.

Empezaron entonces el seguimiento y las amenazas de muerte de Edelberto y sus hermanos (acompañados de un amigo, Fabio Reina) contra Blasteyo, quien, el día 7 de junio, bien entrada la mañana, pidió a su amigo Jaime Sánchez Delgado que le prestara su motocicleta, dirigiéndose en ella al barrio Popular, en donde se encontró con su cuñado Wilder Colorado Agudelo (hijo de Amanda y hermano de Sandra), a quien le rogó que interecediara ante sus tíos para que no lo mataran. Wilmer visitó a sus tíos pero éstos lo agredieron violentamente reiterando su decisión de matar a Blasteyo a la vez que exhibían

sus armas de fuego. Ante esa situación regresó al lugar donde éste lo esperaba, advirtiéndole sobre el peligro e insinuándole que se "abrieran", cada uno en su motocicleta.

Así lo hicieron, pero Blasteyo fue perseguido por los hermanos Agudelo Ciro en un taxi conducido por Edelberto, y por una motocicleta piloteada por Fabio Reina. En la persecución le hicieron a Blasteyo varios disparos, sin dar en el blanco. Blasteyo, buscando cómo salvarse, atravesó velozmente un puente peatonal de madera y su motocicleta fue a estrellarse contra la casa de enfrente, quedando su cuerpo bocaabajo sobre el piso. El taxi —sin tocar siquiera sus llantas el puente— también logró franquearlo, y, por tres veces, Edelberto lo hizo pasar por encima del cuerpo de Blasteyo,, como lo afirmaron luego en el proceso los testigos presenciales y ocasionales José Jesús Loaiza, Hugo Robles García, Jorge Isaac Cuero, Luis Orlando Burbano y José Orlando Obando. El grupo agresor huyó de inmediato, dejando en el sitio de los hechos una persiana que se le desprendió al taxi y que fue hallada con ocasión del levantamiento del cadáver de Blasteyo, que falleció allí mismo. Eran aproximadamente las 12 del día.

2. El caso por el homicidio fue avocado por el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Cali, que inició la práctica de pruebas. El 29 de junio de ese año de 1988 el taxi que sirvió de instrumento para cometer el delito fue encontrado en un taller, en donde el mecánico correspondiente presentó a la autoridad un "contrato de reparación" de 18 de abril del mencionado año, suscrito por Edelberto Agudelo Ciro.

Los hermanos Agudelo Ciro y Fabio Reina fueron declarados reos ausentes, mas al poco tiempo se capturó a Edelberto, a quien se escuchó en indagatoria y se le dictó auto de detención.

En el curso del proceso declaró el médico Hernando Valencia Maldonado, quien manifestó haber atendido a Edelberto hacia el medio día de 7 de junio, precisamente porque la fractura del tabique nasal se había complicado, como aparece en la receta o fórmula aportada por el defensor del procesado (fls. 231-1).

Por su parte, Amanda Agudelo de Colorado y sus hijos Wilmer y Sandra coincidieron en sus testimonios respecto de que Edelberto y los demás buscaron insistentemente a Blasteyo para matarlo, porque había cobrado el dinero y golpeado a Edelberto, hermano y tío de los mencionados testigos.

Se calificó el sumario con resolución acusatoria contra Edelberto Agudelo Ciro por el delito de homicidio, agravado de conformidad con el artículo 324 del Código Penal, numeral 6º (sevicia), decidiendo reabrir la investigación en cuanto a los demás vinculados (fls. 588 y ss.).

Apelada la providencia por el defensor, el Tribunal la confirmó con fecha 21 de febrero de 1989 (fls. 36 y ss. 2), pero agregándole al homicidio los agravantes 4º y 7º (motivo abyecto e indefensión).

El Juzgado Séptimo Superior de Cali ejerció el entonces vigente control de legalidad y el 30 de noviembre de 1989 celebró la audiencia (fls. 200 y ss.), dictando sentencia el 25 de enero de 1990 (fls. 283 y ss.),

mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó a Edelberto a la pena principal de 19 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, a pagar un millón de pesos como perjuicio material y mil gramos oro por los de orden moral, negando la condena de ejecución condicional.

Recurrió en apelación el defensor, sustancialmente sobre la base de que tanto el contrato de arreglo del vehículo, como el testimonio del médico y la copia de la historia clínica que se allegó en la etapa del juicio (en la que se consigna que el día de los hechos el procesado fue atendido "más o menos 11:30 a.m.", fls. 114-2), prueban que su defendido no pudo cometer el homicidio por el cual se le enjuició.

El *ad quem*, en sentencia que recurrieron en casación el procesado y su defensor, confirmó enteramente el fallo condenatorio impugnado.

El Tribunal desechó la "prueba médica", por considerar no sólo lo "extraño" de que el acusado acudiera a donde un médico que le era enteramente desconocido (y no al que lo venía tratando), sino la no acostumbrada hora de atención por parte del doctor Valencia Maldonado, y que "la anotación de la hora de atención en la historia clínica no le merece mayor credibilidad a la Sala, cuando ese dato *sólo aparece en la primera cita*, es decir, la de 7 de junio de 1988, y no en las dos siguientes que allí se reportan, tanta minuciosidad, cuando es el mismo galeno quien al declarar expresa que en su consulta no se lleva registro de pacientes atendidos, e historia clínica sólo se hace a unos cuantos, crea dudas y pierde credibilidad ante la prueba de cargo que lo ubica en otro lugar y en actividades muy distintas" (fls. 347 y 348).

Y con respecto a la "reparación" del vehículo desde meses antes a la comisión del delito, señala que "lo primero que llama la atención es que una reparación que dura entre ocho y quince días, se prolongue en el tiempo de 20 de abril a junio, sin haberla realizado, argumentando que el señor Edelberto Agudelo carecía de dinero para cancelarla, y esto causa extrañeza, porque en tratándose de un vehículo de servicio público-taxi sus tenedores y dueños no permiten que éstos dejen de cumplir su labor... Nos causa asombro la existencia de ese medio probatorio (el contrato escrito), ya que en su larga carrera de mecánico el señor Quiroz, y haberle (sic) arreglado los vehículos al procesado varias veces, *es la primera vez que la obligación* y el arreglo se consigna por escrito... A ello antepone la Sala que existen testimonios que ubican este automotor rodando por las calles de Cali en posesión del procesado antes del punible y el día en que éste se consumó" (fl. 348, subrayas del original).

La demanda:

Tres cargos dirige el actor a la sentencia, con base todos en la causal primera de casación, cuerpo segundo, que trata de la violación indirecta de la ley sustancial (art. 226 del C. de P. P.), todos por yerros de hecho.

Cargo primero:

"Violó indirectamente la ley sustancial tipificante del delito de homicidio por error de hecho al considerar que estaba perfectamente demostrado que se trataba de uno agravado sin que existiera la prueba de las causales sobre las cuales se agravó la calificación".

Argumenta que el Tribunal "torgiversó los hechos" al afirmar que la víctima se transportaba en una motocicleta, "y fue perseguido y hostigado por un taxi y probablemente por una moto". En seguida se dedica a criticar "el valor" que el sentenciador le otorgó a la prueba, específicamente a los testimonios de Jaime Sánchez y Wilmer Colorado Agudelo, de quienes dice el censor que "no fueron testigos" y que "se les dio un valor que no tienen esas declaraciones", como también tacha de "mentirosos" a los declarantes Jesús Loaiza y Hugo Robles, poniendo en duda que hayan estado en el lugar de los hechos al momento del homicidio; agrega que el fallador "descuidó" la declaración del médico, no tuvo en cuenta la historia clínica (luego asevera que "no le dio credibilidad", fl. 14), y que "apreció indebidamente" el contrato de reparación del vehículo, acotando al respecto que el Tribunal echó mano de "afirmaciones totalmente gratuitas", para repudiar ese documento.

Luego señala que aunque está demostrado que su representado Edelberto Agudelo Ciro "no pudo" cometer el delito, porque "no estaba en el sitio de los hechos", el Tribunal también erró al imputar las agravantes, respecto de las cuales el actor hace sus propias estimaciones con miras a descartarlas.

Insiste en que "no aparece prueba de la deuda" contraída por el procesado con la víctima, como tampoco de que haya existido persecución del taxi a la motocicleta que conducía Blasteyo. Concluye en que se trata de "un montaje" y de "prueba amañada", con lo cual no se podía condenar, so pena de violar el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, "que exige la plena prueba de la responsabilidad".

Cargo segundo:

"Los errores en la estimación probatoria, llevaron a aplicar indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, precepto que señala la plena prueba para condenar. Se condenó a Agudelo Ciro sin estar plenamente demostrado el homicidio agravado y su responsabilidad" (fl. 9).

Aquí el casacionista rebate el valor dado a los testimonios de Jorge Isaac Cuero, Jesús Loaiza, Hugo Robles, Luis Urbano y José Orlando Obando, quienes afirmaron haber presenciado los hechos, y, por tanto, ser testigos de que el vehículo conducido por el procesado Edelberto (Loaiza y Robles lo reconocieron en diligencia de fila de personas) pasó tres veces sobre el cuerpo de Blasteyo.

Y al "valor" dado a ese acervo testifical, le enfrenta el actor la diligencia de necropsia, que, según él, descarta el triple aplastamiento revelado por los mencionados testigos, a quienes incesantemente califica de "mentirosos".

Cargo tercero:

"Aplicó indebidamente el artículo 324 del Código Penal que describe el homicidio agravado sin estar demostrada la existencia de las causales que fundamentan esta agravación, ni menos la responsabilidad del procesado".

Una por una, aborda las causales de agravación deducidas y las discute desde su propio punto de vista, para lo cual, vuelve a cuestionar la credibilidad de la prueba testimonial, y la que, en cambio, se le negó al dicho del procesado, para colegir que el Tribunal "sacó conclusiones diferentes a la realidad procesal".

Y, sin hacer petición de ninguna clase, termina así el actor:

"De esta manera dejo presentada esta demanda, rogando al honorable Magistrado ponente acepte mis disculpas por los errores de redacción ya que esta es la primera vez que me enfrento a este tipo de demandas" (fl. 19).

Concepto del Ministerio Público:

Dice el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que "las deficiencias más notables de la demanda", conciernen a que "no obstante asirse al error de hecho, involucra supuestas irregularidades susceptibles de reproches como errores de derecho, pues tal es la hipótesis predicable del acto de 'negarle valor probatorio' a los medios de defensa utilizados por el procesado".

También encuentra que los tres cargos del libelo "hubieran correspondido a una sola censura, y que el actor ocupa todos sus esfuerzos argumentativos en presentar una evaluación de su autoría para enfrentarla a la que exhibe el fallo atacado; procedimiento que siendo viable a la luz del error de derecho por falsos juicios de convicción, también habría estado llamado a fracasar, por recaer sobre el grado de credibilidad producido por el acervo probatorio en el Juez colegiado, el cual está libre de parámetros legales, salvo los principios de la sana crítica", y agrega la Delegada:

"...por otra parte, la pretensión del actor no está individualizada, ya que, *ab initio*, parece que aspira a devirtuar los agravantes del homicidio atribuido a Edelberto Agudelo, pero la sustentación del cargo está dedicada a la crítica de la valoración otorgada a diversas pruebas, incluyendo las que no aluden específicamente a las agravantes, sino que conforman el conjunto de elementos que el fallador integró para deducir responsabilidad penal del acusado".

Pone de presente que "por parte alguna se advierte en la sentencia impugnada que se hubiera ignorado alguno de los elementos de juicio allegados, o que de alguno de ellos se hubiera extractado un hecho no demostrado por ese medio, o que se hubiera inventado alguna probanza inexistente, sobre los cuales se apoyara la decisión condenatoria..." Luego la pretendida violación de la ley no ha sido demostrada bajo ningún aspecto, no siendo tolerable reanudar los debates propios de los trámites procesales ordinarios.

Pide, así, que no se case el fallo.

Alegato del representante de la parte civil:

Impugna el señor apoderado de la parte civil las pretensiones del casacionista y anota al respecto: "Estudiado el contenido de la demanda no puede llegarse a conclusión diferente a aquella de que el recurrente en forma extraordinaria ha pretendido enfrentar apreciaciones de su exclusivo juicio a lo que constituye verdaderos argumentos jurídicos, cuales son los vertidos por el Tribunal Superior de Cali en la sentencia hoy objeto de estudio como resultado de la casación".

Agrega el alegante que no existe hoy tarifa legal sino "libre apreciación racional o sana crítica de las pruebas", razón por la cual las pretensiones del actor no pueden tenerse en cuenta, recogiendo en seguida, y casi textualmente, algunas de las consideraciones finales de la Delegada, para terminar pidiendo que el fallo se mantenga.

Se considera:

Mucho es lo que ha insistido la jurisprudencia atinente a las exigencias de lógica y precisión (que se conocen como "técnica") inherentes al recurso de casación, que, por tanto, no puede ser sustentado, como aquí ocurre, con una alegación "libre", propia de las instancias.

En ese sentido, cábenle a la demanda presentada, las siguientes y vitales glosas:

1. Por parte alguna de la misma se cita siquiera la "norma sustancial" infringida con el fallo atacado, como lo requiere de manera expresa el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal; norma sustancial que en este caso sería el artículo 323 (o 324, según el objetivo específico de la censura) del Código Penal y que tipifica el delito de homicidio por el cual fue condenado Edelberto Agudelo Ciro.

2. Si bien se invoca en los "tres" cargos el error de hecho, el demandante no hace saber a esta Sala de Casación, qué modalidad de ese error es la que afecta la sentencia; es decir, que no dice, pero ni siquiera sugiere, si alguna prueba fue ignorada o supuesta (error de "existencia"), u objeto de tergiversación (yerro "de identidad"), hipótesis ellas que traducen las clases de errores de hecho.

Ahora bien: Si el error se denomina de "hecho", es porque atiende a un aspecto meramente material, *valga decir, sobre "el proceso" o expediente, sin que, en rigor, exista una equivocación "de entendimiento" o "valoración", equivocación que, en cambio, viene a conformar el error de "derecho", que se llama así por derivarse, de uno u otro modo (falso juicio de convicción o de legalidad), de una transgresión de disposiciones legales, y, en veces, constitucionales.*

Si no nombró siquiera la clase de error, de verdad que se torna sumamente difícil precisar qué es lo que entiende el demandante por error de "hecho": En alguna parte del libelo se lee que se "tergiversó"

el alcance factual de algunos testimonios, más al desenvolver dicho enunciado se desplaza a una manifiesta crítica a la "credibilidad" que les otorgó el fallador, cuestión que, como se acaba de anotar, no entraña ninguna equivocación "material", y, por ende, tampoco entraña un error de hecho, que fue el argüido.

3. Si se repasan los tres cargos (que, como dijo la Delegada, vienen a ser uno solo), no se puede precisar si lo que pretende el demandante es que se reconozca la inocencia del procesado (caso en el cual la Corte debería dictar el respectivo fallo absolutorio de reemplazo) o si simplemente se case el fallo para prescindir de una agravante, o de todas las tres que se dedujeron. Esto, porque, por así decirlo, el actor "revuelve" en tal forma sus pretensiones, o, mejor, sus "argumentos", que en determinados tramos del libelo afirma que el acusado "no pudo" cometer el homicidio, "por estar demostrado que se encontraba en otra parte" (y también el vehículo instrumento de dicho delito), y luego, sin solución de continuidad, dirige sus reparos únicamente a las circunstancias de agravación punitivas: Sevicia, indefensión y motivo abyecto.

El corolario lógico de semejante confusión, resulta ser que, ni al final de cada cargo, ni al terminar la demanda, el censor hace petición de ninguna especie, o sea que se absuelva a su representado, o que se le condene por homicidio simple, o con menos agravantes de las que el Tribunal tuvo en cuenta para, de conformidad con ello, incrementar la pena. De este modo, tampoco atendió el impugnante a la expresa exigencia de consignar en la demanda "la conclusión de sus premisas y la petición que formule en relación con la sentencia recurrida", según el numeral 4º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

Esa incertidumbre y vacilación de la demanda desde luego que se transmite a la Corte, que, como se dijo, se queda sin saber qué es en realidad lo que persigue el casacionista, lo cual de suyo basta para que el estudio a fondo de la impugnación se torne imposible, razón también por sí suficiente para que la acusación extraordinaria no prospere.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. Sala de Decisión

El estatuto procesal actualmente vigente que sí permite la manifestación conjunta de impedimento, debe entenderse referido sólo a los integrantes de la Sala de Decisión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*-

Aprobado: Acta número 045 (julio 9 de 1991).

Vistos:

Mediante providencia de 22 de febrero de 1991, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, integrada por los Magistrados José Rafael Labrador Buitrago, José Rafael Angarita Serpa, Carlos Alejandro Chacón M., Fabio Peñaranda Ortega, Mery Montoya de Forero y Néstor E. Perozzo G., hicieron manifestación conjunta de impedimento "por grave enemistad para con el defensor del procesado", a fin de que se les separe del conocimiento del presente proceso.

Expresamente consignan los Magistrados que,

> "Se impone en el estado del proceso que la Sala en conjunto haga manifestación de impedimento, aplicando aquí el principio de la economía procesal, aun cuando el trámite de este asunto lo rige el Decreto 409 de 1971 por cuanto que es de conocimiento general que con el mencionado profesional por la actitud que asumió hacia los Magistrados que la integran, se produjo grave enemistad ya que él les endilgó a todos incluyendo el suscrito, comportamiento calumnioso y difamante que lesionó gravemente nuestra integridad moral, cuando en temeraria denuncia ante la honorable Corte Suprema de Justicia, nos atribuyó la comisión de conductas atentatorias contra la administración de justicia y por ello todos nos declaramos impedidos, manifestación afectada en su oportunidad y que se ha repetido en aquellos asuntos que sean de interés del doctor Quintero Quintero".

Integrada la Sala de Decisión, totalmente por Conjueces, por auto de 21 de mayo de la misma anualidad se rechaza el impedimento conjunto manifestado por los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal y se ordena remitir el expediente a la Corte para que se resuelva lo que sea pertinente.

La actuación adelantada permite constatar que una vez se hubo proferido auto de llamamiento a juicio conforme al vocabulario legal de la antigua legislación, el procesado al notificarse de dicha medida dictada en disfavor suyo hizo cambio del apoderado que lo había venido asistiendo a lo largo de todo el proceso, el cual había incluso culminado en sentencia de primera instancia invalidada luego por indebida calificación jurídica de los hechos, y designó al doctor Miguel Quintero Quintero, quien se posesionó debidamente.

Tanto en el anterior como en el vigente Código de Procedimiento Penal, está prohibida la recusación cuando el motivo se origine en cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la contraria.

La jurisprudencia de esta Corte en doctrina que aún perdura, al fijar el sentido y alcances de la norma que la consagra, ha sostenido:

> "Con esta prohibición la ley ha querido que si el motivo de recusación nace con el cambio de apoderado, la remoción del Juez o Magistrado pueda intentarse exclusivamente por iniciativa de 'la parte contraria' (entendiendo por ésta, a todas las demás que intervienen en el proceso, y que son ajenas al cambio de apoderado), *siéndole por tanto e igualmente, prohibido al funcionario realizar lo propio, pues esta concesión desfiguraría y haría nugatorio el profiláctico objetivo que el legislador se propone con ese mandato: Impedir que la parte interesada salga airosa en lo que busca con el relevo de apoderado, esto es, la separación del funcionario.*
>
> "Es más: Si se tolera el impedimento en este evento, quien generó el cambio de apoderado, en la práctica se vería excusado de recusar, pues simplemente le bastaría esperar la forzosa declaración de impedimento, la cual no podría tener fundamento legal distinto a la causal de recusación. Con esta posición cómoda y nada riesgosa, estaría premiando a quien, por el contrario, debería gravar de alguna manera por esa clara traición a la lealtad y buena fe procesales" (Sala de Casación Penal, auto de 2 de diciembre de 1986, Magistrado ponente Guillermo Duque Ruiz).

Las razones expuestas en precedencia serían suficientes para declarar infundado el impedimento manifestado por los Magistrados. Sin embargo, advierte la Sala que para hacer tal declaración los jueces colegiados no optaron por ceñirse al procedimiento legal en la tramitación del incidente.

En efecto, el mecanismo de la manifestación o rechazo colegiado de impedimentos o recusaciones no existía en la legislación procesal anterior, pues conforme a las normas que regulaban la materia el trámite propio para la separación del conocimiento del proceso estaba establecido sobre el supuesto de manifestaciones individuales.

De manera reiterada, esta Corte refiriéndose a la legislación anterior, en auto de 15 de septiembre de 1981, con ponencia del entonces Magistrado, doctor Alfonso Reyes Echandía, sostuvo:

"Por manera que cuando todos o varios de los Magistrados integrantes de una Sala de Tribunal o de la Corte consideran que están impedidos para intervenir en determinado asunto o cuando todos o algunos de ellos son recusados por idéntico motivo o por razones diversas, necesario es que ordenadamente cada uno manifieste su criterio y sólo cuando haya sido resuelto el incidente respecto del primero, se adelantará el trámite en relación con el segundo, y así sucesivamente hasta su terminación. Verdad es que el procedimiento puede resultar lento cuando hay pluralidad de funcionarios impedidos o recusados, pero es ese el trámite acogido por el legislador; y para modificarlo no es pertinente acudir al principio de la economía procesal...porque tales vías suponen inexistencia de normatividad legal para resolver el problema, situación que no se da en nuestro ordenamiento jurídico".

En el presente caso la clausura de la investigación y la ejecutoria formal y material de la decisión que la dispuso ocurrió en fecha anterior a la de 1º de julio de 1987. La ritualidad de las manifestaciones de impedimentos de los Magistrados debió desarrollarse entonces de acuerdo con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal anterior, sin que para el caso pueda pretenderse válidamente la aplicación del nuevo estatuto procedimental porque es bien claro y no admite interpretación distinta, el texto del canon 677 de la legislación vigente, que como excepción al principio del efecto general inmediato de la ley procesal penal consagrado en el artículo 5º ibídem, *y dicho sea de paso también en el artículo 40 de la Ley 153 de 1987, determina la aplicación ultraactiva del procedimiento anterior para todos aquellos procesos que para la fecha de la entrada en vigencia del nuevo Código se hallaban con auto de cierre de investigación ejecutoriado, y de otro lado, el postulado de la favorabilidad es ajeno a materias como la del trámite del instituto del impedimento y la recusación.*

A mayor abundamiento precisa de acotar la Sala que de haber sido viable la aplicación de las normas del estatuto procesal actualmente vigente que si permiten la manifestación conjunta de impedimento cuando la causal que la motiva se extiende a varios integrantes de la Sala, la invocación del principio de la economía procesal, tampoco resulta pertinente, pues la inteligencia de la norma debe entenderse referida a los integrantes de la Sala de Decisión, ya que mal podrían los restantes Magistrados de la Sala Penal que no conforman aquella, tomar determinaciones o pronunciarse en algún sentido respecto de un proceso que no conocen o no tienen competencia en concreto.

Por ser, pues, extraño a la legislación que forzosamente debía aplicarse el procedimiento adoptado por los Magistrados en la tramitación del incidente, por no haberse ceñido estrictamente a la ley, por ahora, la Sala se halla jurídicamente imposibilitada para pronunciarse acerca de la procedencia o no de los impedimentos manifestados por ellos, por no haber surgido el incidente como debía surgir.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Abstenerse de conocer la situación planteada, y ordena devolver este proceso al Tribunal de origen para que se prosiga con la tramitación de ley a que hubiere lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

ESTAFA. Elementos

Como bien lo han destacado jurisprudencia y doctrina, la estafa tiene elementos de varios delitos, sin que por ello llegue a confundirse con estos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 46 (julio 9 de 1991).

Vistos:

De plano decide la Corte el incidente de colisión de competencias suscitado entre el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cúcuta y su homólogo Ciento Siete de Bogotá, en el proceso que por el delito de hurto se adelanta contra *Alvaro Pérez Torres* y otros.

Los hechos investigados:

En el mes de septiembre de 1990, el señor Alvaro Pérez Torres se presentó en las oficinas de Rápido Humadea de Cúcuta con el camión Ford, modelo 1965 de placas GL-0366 afiliado a "Flota la Libertad", con el objeto de solicitar carga para Bogotá. Como la documentación la hallaron correcta y el conductor no ofrecía sospecha alguna, le entregaron un cargamento de polipropileno de aproximadamente nueve toneladas de peso para ser llevado a "Calvene" de la capital, mercancía que nunca llegó a su destino por lo que se formuló la denuncia correspondiente en ambas ciudades.

Por informes confidenciales, en octubre de 1990 unidades de Policía Judicial, Sección antipiratería, decomisaron en Bogotá ocho rollos de polipropileno que había adquirido Hugo Eduardo Ospina García a un tal Jhon Jairo Zapata en algo más de siete millones de pesos, los que fueron reconocidos como hurtados en Cúcuta, por lo que se entregaron en depósito a su destinatario, siendo capturado el comprador Ospina García.

Criterio de los colisionados:

El Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cúcuta que inició la investigación con base en la denuncia allí formulada, sostiene que como se trata de un delito de hurto agravado por la confianza, el conoci-

miento de este asunto corresponde a los Jueces de Bogotá, donde se apropiaron del bien, pues los hechos que tuvieron ocurrencia en Cúcuta fueron simplemente preparatorios; por su parte, el Juez Ciento Siete de Instrucción Criminal de Bogotá, quien conoció de los hechos según el decomiso y captura referidos, acepta la colisión negativa de competencias propuesta por su homólogo de Norte de Santander porque, en su sentir, no se trata de un delito de hurto, sino uno de estafa, pues la documentación falsificada que presentó el conductor del camión fue el medio engañoso para hacerse entregar la mercancía, lo cual tuvo ocurrencia en Cúcuta, luego a las autoridades de esta ciudad corresponde investigar y fallar el presente proceso.

Consideraciones de la Corte:

A juzgar por las pruebas allegadas hasta ahora al proceso, razón le asiste al instructor de Bogotá cuando sostiene que el delito denunciado no es el de hurto agravado por la confianza, sino el de estafa por cuanto el apoderamiento de la carga no fue un acto contra la voluntad del propietario o tenedor de la misma, sino que éste la entregó voluntariamente a consecuencia del error en que lo indujo el hábil transportador quien le hizo creer que llevaría a su destino el cargamento a él confiado; cuando en verdad lo deseado era obtener un provecho ilícito con perjuicio ajeno, elementos pertenecientes al tipo penal de la estafa.

Lo que sucede, como bien lo han destacado jurisprudencia y doctrina, es que la estafa tiene elementos de varios delitos sin que por ello llegue a confundirse con ellos: Participa, por ejemplo, del hurto simple en la lesión de un patrimonio ajeno y en la ausencia de violencia; del abuso de confianza, en la defraudación de la buena fe ajena, y hasta de la falsedad, en la mentira o embuste que la reviste. Sin embargo, hay diferencias inequívocas como son el consentimiento del dueño así sea viciado por el error, frente al hurto; la transferencia del dominio sobre el bien, frente al abuso de confianza, y el bien jurídico específicamente tutelado, frente a la falsedad, incluso la realizada en documento privado que aunque siendo uno de los medios idóneos para estafar bien puede llegar a concurrir con éste en los eventos aceptados por la jurisprudencia, puesto que frente a la falsedad en documento público siempre habrá concurso como, al parecer según la denuncia, ocurre en el caso presente.

Ahora bien, como el delito de estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho, esto es la entrega mediante el engaño, y ésta ocurrió en Cúcuta es a los Jueces de dicha ciudad a quienes corresponde el conocimiento del proceso.

Podría argumentarse que se estaría en presencia de un abuso de confianza por cuanto hubo entrega voluntaria de la cosa a título no traslaticio de dominio, puesto que el contrato de transporte indicaba la obligación de entregar la mercancía en el lugar de destino. Sin embargo, no se da dicha ilicitud por cuanto el título no traslaticio de dominio que permitió la entrega de la cosa no fue legítimo. La voluntad de entrega estaba viciada por el error que las maniobras engañosas generaron con precedencia al acto.

En el delito de abuso de confianza, y bueno es recordarlo, la ausencia de entrega o de restitución del bien mueble es consecuencia de la apropiación, pero es ésta y no aquella la que marca el momento consumativo del delito y sirve para determinar el lugar de su comisión.

Pero aún, aceptando en gracia de discusión estar frente a un delito de hurto agravado por la confianza o uno de abuso de confianza, en conexidad con la falsedad documental, por no estar determinado el lugar del apoderamiento o de la apropiación ni el de la falsificación, el conflicto se resuelve por competencia a prevención de acuerdo con el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal. Por haberse iniciado primeramente la investigación en Cúcuta, corresponde el conocimiento del proceso al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de dicha localidad, pues inició investigación sumarial dos días antes de que lo hiciera el de Bogotá.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión planteada en favor del Juzgado Ciento Siete de Instrucción Criminal de Bogotá, adjudicando en consecuencia el conocimiento de este proceso al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cúcuta a quien se le enviará inmediatamente, comunicándose la decisión respectiva al de Bogotá.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD. VIOLACION DIRECTA

Las discusiones sobre si la privación de la libertad obedece a abuso de la función, o a prolongación ilícita, recaen sobre la selección o interpretación del tipo, en razón el carácter valorativo de tales conceptos, los cuales habrán de ser propuestos en el marco de la violación directa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 41 (junio 26 de 1991).

Vistos:

Mediante sentencia de treinta de julio de mil novecientos noventa, el Tribunal Superior Militar revocó el fallo proferido por la Inspección General de la Policía Nacional, en su calidad de Juez de primera instancia, en que absuelve al Subteniente Alexander Hincapié Acevedo a quien se siguió Consejo Verbal de Guerra por el delito de privación ilegal de la libertad y, en su lugar, lo condenó a un año de prisión y separación de la Policía.

El defensor del procesado ha interpuesto recurso extraordinario de casación.

Hechos:

El Procurador Delegado en su concepto, presenta de ellos la siguiente síntesis:

"El secretario del Juzgado Segundo Superior de Popayán, compulsó copia auténtica del trámite de *habeas corpus*, que interpuso el doctor Miguel Angel Concha Orozco, con destino al Juzgado Sesenta y Dos de Instrucción Penal Militar, para que se investigara la presunta comisión de un delito atentatorio de la libertad individual en que pudieron incurrir el Subteniente Alexander Hincapié Acevedo, integrante de la Sección B de la Sexta Compañía Antinarcóticos de esa ciudad, y Luis Fernando Rodríguez Tapiero, Comandante de la Subestación de Policía, Permanente Municipal, por lo siguiente:

"A las 13 horas del día 28 de junio de 1988 en un puesto de control montado por la Unidad de Policía Antinarcóticos, al mando del Subteniente Alexander Hincapié Acevedo, en el sitio denominado El Arado, en jurisdicción de Timbío, Cauca, lugar de tránsito para los transportadores de droga, procedieron a desmontar a los pasajeros que se movilizaban en el bus Supertaxis del Sur, placas VS-5025, conducido por el señor Olmedo Buenaventura.

"El personal de la Policía, al requisar a los viajeros, sorprendió a la mujer Matilde Flórez, ocultando en su ropa interior un paquete que contenía 774 gramos de base de cocaína. Esta señora viajaba en compañía de Víctor Manuel Saldaña Ruiz, quien se acercó a abogar por ella aduciendo Matilde Flórez que él era su esposo, por lo que fue conducida junto con su acompañante ante el superior jerárquico de Hincapié.

"Al día siguiente (29 de junio de 1988) el oficial Alexander Hincapié Acevedo, elaboró el informe respectivo, al Comandante de la Sexta Compañía Antinarcóticos dejando a disposición a Matilde Flórez y la sustancia incautada, omitiendo el nombre de Víctor Manuel Saldaña Ruiz.

"El 7 de julio de 1988 Saldaña logró su libertad por autorización del Teniente Orlando Mariño Pinzón, al percatarse que él no había sido puesto a orden de autoridad competente llevando 8 días de privación efectiva de la libertad sin lograrse establecer por qué motivo fue retenido en ese lugar".

Actuación procesal:

1º Concluida la investigación, en cuyo desarrollo fue vinculado por medio de indagatoria el procesado, oficial de la Policía Alexander Hincapié Acevedo, el Juez de primera instancia, Inspector General de la Policía Nacional, profirió en su contra resolución de convocatoria a Consejo de Guerra, como responsable del delito de privación ilegal de la libertad.

2º Celebrada la vista pública, se dictó el respectivo fallo de primer grado. En él, dispónese la absolución del procesado sobre un doble argumento: Haber obrado en error exculpante por carencia de dolo en cuanto desconocía las exigencias necesarias para que el hecho correspondiera a su descripción legal y en razón a las varias dudas existentes sobre la persona que ordenó la privación ilegal de la libertad de Víctor Manuel Saldaña Ruiz.

3º Surtida la consulta de la decisión antes referida, el Tribunal Superior Militar decretó la revocatoria. En consecuencia, se profiere sentencia de condena a un año de prisión y la separación absoluta de la Policía Nacional en contra del oficial Alexander Hincapié Acevedo, como responsable del delito de privación ilegal de la libertad.

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación contemplada en el artículo 442 del Código Penal Militar, el impugnante acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 251 del mismo estatuto castrense y, consecuentemente falta de aplicación del artículo 252 *ibídem*.

En lo esencial del planteamiento, se sostiene que habiendo sido lícita, procedente y legítima la aprehensión del particular Víctor Manuel Saldaña en cuanto expresó su condición de esposo de Matilde Flórez, sorprendida en flagrante violación a la Ley 30 de 1986, la conducta atribuible al oficial sentenciado no puede ser otra que la de haber omitido la diligencia necesaria para dejar a disposición de la autoridad respectiva al aprehendido, o restituirlo en su libertad. Este comportamiento, en opinión del actor, corresponde al hecho denominado prolongación ilícita de la libertad, previsto en el artículo 252 del Código Militar y no, como erróneamente —según su criterio—, se sostiene en la sentencia a la privación ilícita de la libertad, establecida en el artículo 251 de la misma codificación.

Luego de establecer algunas diferencias estructurales entre las dos figuras ilícitas en mención, concluye que además de la violación a la ley que implica la aplicación indebida y la falta de aplicación de tales disposiciones, fueron infringidos los artículos 16, 17, 20, 26 y 39 de la Constitución Nacional; el 1º, 2º, 3º, 37, 38, 39, 40, 46, 48, 226 y 488 del Código Penal Militar; 56, 62 y 66 del Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía y el artículo 123 del Decreto 1212 de 1990, Estatuto Reorgánico de la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, razón por la cual, a consecuencia de la casación de la sentencia, habrá de proferirse la que en derecho corresponda.

La opinión del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al rendir concepto sobre la demanda sustentatoria del recurso, solicita a la Corte desatender los planteamientos del impugnante y, por ende, abstenerse de casar la sentencia.

Es del criterio que el actor equivoca el sentido del cargo, pues, estima, el tema propuesto no puede ser discutido sin controvertir el entendimiento que la sentencia da a los hechos debatidos, por lo cual la censura ha debido ser propuesta al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial, debido a la imposibilidad técnica de hacerlo dentro del desarrollo de la violación directa alegada por el recurrente.

Inadmisible encuentra que el recurrente, con todo y que afirme estar de acuerdo con la calificación dada a los hechos por el sentenciador, termine, a efectos de sacar avante su tesis de violación directa, desconociendo esa misma calificación, con lo cual rompe la relación lógica de los hechos y el derecho que debe regularlos afirmados en la sentencia haciendo impróspero el recurso.

Consideraciones de la Corte:

Del examen del libelo, surge la impresión de que el casacionista se aparta de la técnica del recurso, en los términos advertidos por el Procurador, para cuestionar el fundamento fáctico del fallo no obstante haber dejado sentado su acogimiento al cuerpo primero de la causal primera de casación, violación directa a la ley sustancial, el cual, de acuerdo con la lógica y técnica que lo rige, impone la aceptación del supuesto de hecho valorado frente a la norma, haciendo recaer la censura en aspectos puramente jurídicos referidos a su aplicación o interpretación.

Esto surge, precisamente, cuando sustenta la demostración del cargo en que el máximo reproche a hacer al oficial de policía sentenciado sería haber omitido la diligencia necesaria para que el particular aprehendido, Víctor Manuel Saldaña Ruiz, recobrara su libertad, entendiendo que el acto mismo de la aprehensión era lícito, cuando el Tribunal Militar en la sentencia impugnada, había determinado la ilicitud en el obrar del sentenciado en que arbitrariamente privó de la libertad al civil en mención.

La oposición que estas dos posturas entraña, y en la cual encuentra la Procuraduría desacierto técnico en ejercicio del recurso, deviene de la configuración misma del tipo que en criterio del casacionista ha debido aplicarse al caso, el cual comprende, en relación de complementariedad, el hecho, y su valoración, recogido en el tipo aplicado en la sentencia.

En efecto; si el planteamiento central del actor es el de que el Tribunal erró en la selección del tipo en el cual adecuó la conducta del oficial sentenciado Hincapié Acevedo, por cuanto ella no corresponde a privación ilegal de la libertad —art. 251 del C. P. M.—, sino a la de prolongación ilícita de privación de la libertad —art. 252 del C. P. M.—, en cuanto esta última figura requiere, a modo de presupuesto, la privación de la libertad, elemento esencial de la otra, concluyese que ambas se basan en un mismo hecho, entendido desde el punto de vista fenoménico, siendo de establecerse sus diferencias en el plano de las valoraciones. Es decir, si la privación de la libertad obedece a abuso de las funciones, o a prolongación ilícita. Estos conceptos, como valoración sobre el sustrato fáctico que implica la privación de libertad, elementos diferenciadores entre estos dos hechos punibles, corresponden al tipo en su acepción de conjunto de presupuestos que debe reunir una conducta naturalísticamente entendida, para que sea relevante jurídico-penalmente.

En este sentido, existiendo identidad en el plano fáctico entre las conductas previstas tanto en el tipo indebidamente aplicado, como en el dejado de aplicar, de acuerdo a los términos de la demanda, las discusiones sobre si la privación de libertad obedece a abuso de la función, o a prolongación ilícita, recaen sobre la selección o interpretación del tipo, en razón al carácter valorativo de tales conceptos, los cuales habrán de ser propuestos en el marco de la violación directa.

De acuerdo con estas reflexiones, es del caso concluir que el yerro técnico que en la proposición del cargo cree encontrar la Procuraduría, obedece a la no distinción entre los planos fáctico y valorativo de la

conducta, lo cual conduce a tener aspectos de este último orden como pertenecientes al otro y, por supuesto, a encontrar cuestionamientos fácticos incompatibles con la clase de violación aducida.

Sin embargo, siendo como se deja visto que, desde el punto de vista fenoménico, la conducta es común a los tipos discutidos en el libelo, el defecto técnico sobre el que se solicita por el Ministerio Público la desestimación del recurso, en cuanto él se hace consistir en que se cuestiona el supuesto fáctico del fallo habiéndose propuesto violación directa a la ley sustancial, carece de fundamento. En consecuencia, se procederá al examen de fondo del cargo formulado.

Ningún error en la relación de semejanza entre los hechos registrados probatoriamente en el proceso y los hipotetizados por la norma en que ellos han sido subsumidos --art. 251 del C. P. M.— por el Tribunal al proferir el fallo impugnado, encuentra la Corte.

Diferentes medios de prueba, fundamentalmente de orden testimonial, revelan en el proceso la ausencia de motivo para que Víctor Manuel Saldaña Ruiz fuera privado de su libertad en el momento de la aprehensión de Matilde Flórez por llevar consigo cocaína. *Esto significa, entonces, que al así procederse por parte de autoridad con competencia para ello, contra el particular en mención se realizó acto abusario contemplado como punible en el tipo de privación ilegal de la libertad (art. 251 del C. P. M.).*

Caracterízase esta figura delictiva, la cual corresponde al desarrollo legal de la garantía ciudadana consagrada en la Constitución Política de que nadie puede ser detenido, reducido a prisión o arresto, sino por motivo previamente definido en las leyes, *precisamente en que la privación de la potestad de ambular, como decisión de autoridad, carece de fundamentos de hecho que la legitimen, ofreciéndose como determinación caprichosa y subjetiva, por quien la adopta.*

Y se dice que es en la disposición mencionada en la cual ha de acoplarse el comportamiento del oficial de policía Hincapié Acevedo, en cuanto la aprehensión de Saldaña Ruiz aparece inmotivada frente a las opciones con que contaba el oficial en mención, autorizadas por la ley, para disponer la privación de la libertad de una persona. Por lo mismo, en la valoración de su comportamiento, tal como acertadamente lo hizo el Tribunal sentenciador, no puede prescindirse del examen de las motivaciones en la aprehensión del particular, como conducta oficial, siendo, precisamente en él, donde se establece la carencia de fundamentos distintos a la apreciación subjetiva del empleado oficial en la decisión de privar de la libertad al civil afectado.

En este sentido, como ya fuera destacado, en ninguna aplicación indebida de la ley sustancial, como sentido de la violación directa, incurrió el sentenciador. Si como viene de verse, fue inmotivada la aprehensión que de Víctor Saldaña Ruiz dispuso el oficial sentenciado Hincapié Acevedo, su comportamiento, en cuanto abusario de las funciones que como miembro de la policía le competían, se adecúa al tipo seleccionado por el sentenciador de privación ilícita de la libertad, con lo cual se demuestra el entendimiento abstracto de la ley y en su relación con el supuesto fáctico acreditado en el proceso.

El error alegado en el libelo para sustentar la impugnación, no posee explicación distinta a la contemplación parcial que del suceso hace el actor. Parte él de suponer la licitud de la aprehensión del particular de que da cuenta el proceso, lo cual le permite entender que la conducta punible corresponde a la omisión en disponer la libertad del aprehendido.

No obstante, los motivos en que pretende apoyar la aprehensión resultan inciertos y no poseen respaldo procesal. Categóricamente se parte de que se legitimaba la retención física de Saldaña por ser coparticipe o cómplice de la Flórez, lo cual de ser así, impide plantear, como se hace, que la conducta del procesado fuera la de prolongación ilícita de la privación de la libertad, la cual supone la recuperación por la persona aprehendida de su derecho, evento no posible sino por disposición de un Juez de haber sido la complicidad en la posesión de narcóticos el motivo de la aprehensión, como se aduce por el casacionista.

Se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Si un segundo reproche se formula partiendo de la base de que prospere el primero, es alternativa que no contraría la técnica del recurso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 046 (julio 10 de 1991).

Vistos:

Procede la Corte a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Armando Garavito Luque*, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Segundo Superior, en la cual impuso al procesado pena de treinta (30) meses de prisión y multa de cinco mil pesos ($ 5.000.00), más las accesorias correspondientes.

I. Hechos y actuación procesal:

Aproximadamente a las seis de la mañana del sábado treinta (30) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la Avenida Eldorado con carrera 42A de Bogotá, el automóvil Simca de placas FB-1172 conducido por Armando Garavito Luque, colisionó con una buseta de servicio público que se encontraba parada en el costado derecho de la vía dejando unos pasajeros. Como consecuencia del impacto perdió la vida el joven Darío Fernando Molina Bayona y resultó lesionada Adriana Varela Rivera, los dos, ocupantes del Simca.

La investigación correspondió al Juzgado Cincuenta y Cuatro de Instrucción Criminal, Despacho que luego de recaudar pruebas conducentes dictó resolución acusatoria contra Garavito Luque, por los delitos de homicidio y lesiones personales a título de culpa, y cesó procedimiento en favor de Luis Varón Fonseca, conductor de la buseta. El Tribunal Superior confirmó ese proveído en su totalidad.

El Juzgado Segundo Superior tramitó la etapa del juicio, y finalizada la audiencia pública profirió sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por el Tribunal, con una leve modificación en cuanto señaló en concreto los perjuicios morales.

II. La demanda:

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, el defensor plantea dos cargos contra la sentencia impugnada así:

"*Cargo primero:* El honorable Tribunal Superior de Bogotá incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifiesto ya que el sentenciador, realizó un falso juicio de identidad, respecto del dictamen pericial que obra al folio 66 del cuaderno original practicado a mi representado el 30 de enero de 1988 por el Instituto de Medicina Legal".

El libelista afirma que el Tribunal tomó como prueba de la embriaguez de Armando Garavito, para deducirle el agravante previsto en el artículo 330, numeral 1º del Código Penal, el examen médico legal que indica que tenía "embriaguez aguda de primer grado". El error consistió en creer que el primer grado es el máximo, el de mayor entidad, cuando en realidad es el más leve.

Cita un artículo titulado "Actualización del dictamen médico forense por embriaguez" de los doctores Sánchez Prada y Mora Izquierdo, y concluye: "Si la embriaguez de primer grado es más leve que la de segundo grado denominada como moderada, el Tribunal Superior erró ostensiblemente al afirmar que Garavito Luque debía responder por homicidio y lesiones personales 'agravadas' por el artículo 330 del Código Penal".

Impetra que se case parcialmente la sentencia y en su lugar se dicte la que corresponda, teniendo en cuenta que no concurren sino circunstancias de atenuación punitiva.

"*Cargo segundo:* Acuso la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, por error manifiesto de derecho, ya que el Tribunal Superior de Bogotá, al deducirle a mi representado un agravante inexistente, le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional subrogado penal que le era aplicable ya que ninguna circunstancia hacía posible su no reconocimiento. Se dan en consecuencia, los presupuestos del artículo 68 del Código Penal para la declaratoria de la suspensión de la sentencia".

La sustentación consiste en repetir el planteamiento de la formulación del reproche, y en afirmar que la única razón para negar el subrogado lo deja el legislador a juicio del juzgador, cuando se halla presente uno de los motivos previstos en el artículo 330 del Código Penal. Ausentes dichos motivos lo jurídico es otorgar el beneficio.

Finaliza diciendo: "Y si el Tribunal sentenciador no podía deducir el agravante tantas veces mencionado, incurrió en error ostensible de derecho al negar el beneficio invocado, contrariando la voluntad del legislador contenida en el artículo 68 del Código Penal, violación transcendente en el fallo impugnado, pues de no haber equivocado sus conclusiones, habría concedido el subrogado pues ningún elemento de juicio aparece en autos que excluya de él a mi representado".

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, estima que no se trata de dos cargos sino de uno solo, por lo tanto los analiza conjuntamente.

Desde el punto de vista de la técnica cuestiona la demanda, porque en su sentir lo que realmente propone el recurrente es una violación directa de la ley, por cuanto dice que acepta la prueba tal como aparece dentro del proceso, "para discutir la indebida aplicación del agravante específico preceptuado, en el artículo 330-1 lo que se encuadra dentro de la órbita de la infracción directa, por indebida aplicación de la norma, para luego a continuación aseverar que el Tribunal incurrió en error manifiesto de derecho 'pues le dio un alcance que no tienen' (sic) trasladando la acusación a la violación mediata de la ley sustancial por falso juicio de convicción con lo cual entra a discutir el valor probatorio que el sentenciador le dio a la prueba. Como en el que es sabido y así lo reconoce el propio impugnante la ley procesal no asigna valor ninguno a las pruebas toda vez que nuestro Código de Procedimiento Penal eliminó la tarifa legal, y por ende no es procedente la casación por esta circunstancia o sentido visto que las pruebas se encuentran sometidas a la libre apreciación racional de la prueba, que haga el fallador".

Por el aspecto de fondo también considera que la demanda debe desestimarse, pues "en resumidas cuentas, el fundamento de la agravante y por ende de la prohibición de libertad provisional, no es propiamente la embriaguez por si misma sino la disminución de la capacidad personal en el ejercicio de la actividad de conducir automotores, derivada o debida a la ingestión de alcohol. Por eso el texto legal habla de *'influjo de bebida embriagante'* y no de la ebriedad. Es evidente que el beber, así no se esté ebrio, socialmente implica disminución de la capacidad de atender el deber de cuidado que se espera del individuo que desarrolla actividades riesgosas. Es la falta al deber de atención por parte del agente, que dentro de tales condiciones personales acrecienta la posibilidad abstracta de causar un daño. No se requiere un específico grado de embriaguez, basta con que el alcohol haya coadyuvado al incorrecto desarrollo de la actividad peligrosa en la comisión del homicidio en accidente de tránsito. Teniendo en cuenta estas particulares circunstancias los juzgadores negaron el subrogado de la condena de ejecución condicional a Garavito Luque (pese a que se encontraba comprobado el requisito objetivo de que trata el art. 68 del C. P.) y que ahora depreca el censor a la Corte en favor del condenado oponiendo su unilateral criterio frente al del *ad quem*".

IV. Consideraciones de la Sala:

1º No es acertado decir, como lo hace el Ministerio Público, que se trata de un solo cargo, pues no es posible reunir en la misma censura el error de hecho y el error de derecho. Lo que ocurre es que el segundo reproche lo formula partiendo de la base de que prospere el primero, alternativa que no contraría la técnica del recurso.

El planteamiento formal es lógico: Ataca por la vía del error de hecho la aplicación de la circunstancia agravante, y por error de derecho el no otorgamiento de la condena de ejecución condicional, hipótesis que sería posible si prospera el primer aspecto. Otra cosa es, que al interior de cada cargo se haya observado la técnica correspondiente y que su desarrollo obedezca a la verdad procesal, lo cual será objeto de análisis en los demás puntos.

2º El primer cargo se concreta en afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho por creer que el primer grado de embriaguez es el máximo, cuando en realidad es el mínimo.

La formulación de la acusación es incompleta, pues si bien habla de violación de la ley sustancial, no indica cuál es el sentido de dicha violación, esto es, aplicación indebida o falta de aplicación, que son los eventos posibles cuando se acude a la vía indirecta. Sin embargo, la inconformidad apunta a la circunstancia de haberle imputado la agravante del artículo 330 numeral 1º del Código Penal.

De otra parte, es verdad que el Tribunal afirmó la embriaguez del procesado con fundamento en el dictamen pericial corroborado por los testimonios de sus acompañantes, pero no es cierto que haya incurrido en falso juicio de identidad en cuanto a lo que significa el "primer grado", y para ello basta leer en la providencia lo siguiente:

"El examen médico-legal practicado al procesado Garavito Luque (fl. 66 de enero 30 de 1988 a las 8:23) dice: 'Presenta: Halitosis alcohólica, midriasis, inyección conjuntival, nistagmus postural positivo, pruebas de coordinación motora y polígono de sustentación alteradas. Indica que hay embriaguez aguda de primer (1er.) grado' ".

"Este examen clínico evidencia la ausencia de condiciones físicas para conducir vehículos adecuadamente, pues tanto los reflejos la coordinación motora y el polígono de sustentación estaban alterados y por lo tanto no podía maniobrar correctamente".

"Igualmente el examen de investigación de alcohol etílico (fl. 69), pone de presente: '...En la muestra de sangre recibida en este laboratorio como perteneciente a: Armando Garavito Luque, se encontró alcohol etílico en concentración de 92.00 mgr. %...' y si se trata de primer grado de embriaguez es suficiente para predicar la culpa".

Observando fuera de contexto la última afirmación del párrafo anterior, no resulta ciertamente afortunada, pero es que obedece a una conclusión, en la que previamente la sentencia remite a los testimonios de Eduardo Andrés Mora Amézquita (fl. 117), Adriana Varela Rivera (fls. 126 y 267) y Alberto Martínez Escobar (fl. 132), quienes viajaban en el Simca y afirman que el conductor ingería aguardiente en cantidad y conducía con exceso de velocidad. También se apoya en las declaraciones de Manuel Trujillo Avila (fl. 109), Nicomedes Tapias Yara (fl. 153), José Eduardo Castillo (fls. 151 y 229) y Jorge Enrique Fuentes Plata (fl. 64), pasajeros de la buseta algunos, y otros que en el momento del accidente se acercaron a auxiliar a los heridos, quienes coinciden en aseverar que el conductor del automóvil estaba en estado de embriaguez.

Así mismo, el dictamen se refiere a "embriaguez aguda de primer grado", lo que tiene perfecta correspondencia con las demás pruebas recaudadas, luego en esas condiciones, no se ve cómo el demandante puede esperar que el fallador llegara a una conclusión distinta sobre el estado de alicoramiento del encausado, y la afectación de sus capacidades de coordinación motora y de reflejos. El primer grado es en cuanto a la embriaguez "aguda" pero no aplicando la tabla de Ladd y Gibson, como se demuestra a continuación.

A solicitud del Juzgado instructor, la jefe de reconocimientos médicos del Instituto de Medicina Legal informó (fl. 297): "La tabla alcoholimétrica de Ladd y Gibson, no se utiliza en la instrucción porque no satisface los requerimientos científicos que se tienen en cuenta para realizar la prueba pericial, además desapareció del Código Nacional de Tránsito ya que la Ley 33 de 1986 no la tienen en cuenta".

En estas condiciones, carece de fundamento la apreciación del demandante, en el sentido de querer someter al sentenciador a los parámetros de una tabla de valores que no utilizó el perito médico, y que además no es usada, porque "no satisface los requerimientos científicos".

Tampoco puede aceptarse el argumento del libelista, en el sentido de que solo el tercero y el cuarto grado de embriaguez pueden ser tenidos en cuenta para agravar la pena en los delitos de homicidio y lesiones personales, pues el numeral 1º del artículo 320 del Código Penal, simplemente dice que, "si al momento de cometer el hecho el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica", sin señalar grado alguno. Además, en el caso que nos ocupa es evidente que la alteración producida por el alcohol ingerido fue factor determinante del accidente, pues no puede explicarse de otra manera que el violento golpe contra la buseta se produjera en una vía totalmente despejada, y cuando esta se encontraba parada dejando unos pasajeros. La destrucción causada al automóvil no deja duda sobre la velocidad que llevaba, y los testigos que lo acompañaban también dan fe de estos hechos.

Es evidente que el ataque formulado no puede prosperar, y así lo declarará la Sala.

3º Segundo cargo: *Como se advirtió inicialmente, su fundamento dependía de que el primer reproche fuera acogido, pero como tal situación no ocurrió, quedó sin ninguna base, por lo tanto también será desestimado.*

Sin embargo, cabe observar que el censor anuncia la existencia de un error de derecho pero no lo desarrolla, ya que su exposición se orienta es a demostrar, que en su opinión, "el legislador ha querido que los delitos culposos, cuando no medie circunstancia de agravación punitiva, el procesado pueda ser excarcelado, desde el momento de la comisión del hecho, o sea, que considera improcedente el tratamiento penitenciario", problemática completamente ajena al cargo formulado.

Lo que se infiere por la breve motivación, es que el defensor confunde la violación directa con el error de derecho propio de la violación indirecta.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Si del texto se infiere con claridad cuál es el verdadero sentido de la censura, estas primarias imprecisiones desaparecen ante la diafanidad del texto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0049.

Vistos:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado en oportunidad por el defensor del procesado *Luis Gaviria Castro* contra la sentencia de siete (7) de agosto de mil novecientos noventa (1990), mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva confirmó el fallo proferido el cuatro (4) de julio del mismo año, por el Juzgado Primero (1º) Superior de Garzón (Huila), con el que se condena al referido procesado a purgar la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio.

Surtido el trámite de rigor, el señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal impetra a la Sala desestimar la impugnación extraordinaria.

Hechos:

Así los sintetizó el Tribunal:

"El 25 de abril de 1988, el Juzgado Unico Promiscuo Municipal de Acevedo inició proceso contra Miguel Guevara Cleves por un delito de hurto. En febrero 27 de ese año, le resolvió la situación jurídica imponiéndole la medida de aseguramiento de la detención preventiva, pero con otorgamiento de la liberación provisional bajo caución y suscripción de las obligaciones pertinentes. Por incumplimiento de las presentaciones, esa oficina judicial, en virtud del auto de 8 de octubre de 1989, resolvió sancionarlo con arresto de treinta días, la cual se hizo efectiva a partir de esa misma fecha.

"El domingo 24 de septiembre de ese mismo año, día de la Virgen de Las Mercedes patrona de los presos, el director de la cárcel municipal de Acevedo les ofreció a los tres reclusos, entre los que se

contaba a Guevara Cleves, desayuno y almuerzo, y entrada la tarde, una pequeña fiesta amenizada por un conjunto musical, en donde se tomó algún licor y se permitió la asistencia de particulares. Ya a las siete de la noche la celebración había concluido y el mismo director procedió a encerrar a los tres detenidos en la celda. A eso de las ocho y media de esa misma noche, Guevara Cleves salió corriendo por el portón que comunica el centro de reclusión con la calle, en pantaloncillos, calcetines y con un solo zapato, yendo a caerse en la vía pública. Tras él venía el guardián Luis Gaviria Castro revólver en mano gritándole que no se le volara, y procedió a levantar al recluso quien le decía que le pegara o le diera. Una vez en pie, Gaviria Castro procedió a empujarlo hacia el portón e hizo dos disparos inicialmente y luego otros, uno de los cuales hizo blanco en el recluso que de inmediato trató de agacharse colocándose las manos en el pecho, y en esa posición recibió de manos de Gaviria golpes de revólver en la espalda, cayendo el agredido mortalmente herido sobre el pavimento en posición de cúbito supino. El agresor lo arrastró hacia el portón y lo introdujo al establecimiento destinado a reclusión, muriendo poco después".

Actuación procesal:

En estos términos la resumió el Colaborador Fiscal:

"El Juzgado Unico Promiscuo Municipal de Acevedo, en auto de septiembre 26 de 1989 ordenó la formal apertura de la investigación y oyó en indagatoria a Luis Gaviria Castro.

"Remitidas las diligencias al Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal de Garzón, este Despacho resolvió la situación jurídica del indagado, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra.

"Luego de practicadas otras pruebas, el mismo Juzgado ordenó la detención preventiva de Gaviria Castro, en auto de noviembre 2 de 1989.

"Concluida la etapa investigativa, el Instructor calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de febrero 5 de 1990, profiriendo resolución de acusación contra Luis Gaviria Castro, bajo la imputación de homicidio en Miguel Guevara Cleves.

"Apelada esta decisión por el defensor del procesado, el Tribunal Superior le impartió su confirmación en proveído de marzo 20 de 1990.

"Tramitada la etapa de juicio, el Juzgado Primero Superior de Neiva, dictó sentencia el 4 de julio de 1990, mediante la cual condenó a Luis Gaviria Castro a la pena principal de diez (10) años de prisión, como responsable del homicidio de Miguel Guevara Cleves.

"El Tribunal Superior de Neiva en sentencia de agosto 17 de 1990, confirmó el fallo de primer grado por la vía de apelación".

La demanda:

Con fundamento en la primera causal de casación, el recurrente propone los siguientes cargos:

Primer cargo:

Anuncia como fundamento el inciso segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (antes de su modificación, el artículo 15 del Decreto-ley 1861 de 1989) pero transcribe el inciso primero, subrayando lo relativo a la interpretación errónea, sentido del que se aparta renglones adelante al predicar que el Tribunal "...incurrió en error de hecho por ser violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de la prueba".

En el desarrollo de la censura, sostiene que se dejó de aplicar el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, citando a continuación el artículo 295 *ibídem* y una sentencia de la Corte sobre la eficacia probatoria del testimonio. Ello lo lleva a realizar "un severo análisis de la prueba testimonial", señalando en lo referente a Arley Guerrero Castro que él no escuchó los disparos, que en su lugar había mala visibilidad y que hubo forcejeo; además, resalta su falta de seguridad, la diferencia entre las dos versiones que rindieran en el proceso y que los disparos fueron hechos en la calle.

En lo referente a los dos testigos que, según el Tribunal, apoyan su aserto, descalifica de entrada lo dicho por la novia de Arley, Ofelia Ortiz Zamora, por no haber mirado los acontecimientos debido al miedo que sintió. En cuanto a Jesús Antonio Caviedes Murcia, advierte que de su declaración se desprende que no le consta absolutamente nada.

Más adelante prosigue su tarea fijándose en el testimonio de Francisco Castro Figueroa quien informa sobre las malas palabras que le dirigió el procesado al occiso, explicándolo como "...consecuencia obvia de la reacción natural de una persona normal que en momento determinado...tiene una grave responsabilidad...", aunque le resta piso renglones adelante al reseñar lo dicho por Arley sobre la ausencia de este tipo de epítetos, y el forcejeo previo a los disparos.

Continúa su escrito desestimando lo dicho por Gustavo Mora Cuéllar sobre las relaciones homosexuales entre los protagonistas del hecho delictuoso, tildándolas de "simples murmuraciones", afirmación que apoya en lo relatado por el director de la cárcel quien explica la intimidad entre los dos sujetos como el resultado de las relaciones familiares que los unían.

Finalmente centra su atención en Carlos Julio Granada Zambrano para señalar que él no se dio cuenta dónde se efectuaron los disparos aunque da a entender que fueron hechos dentro de la cárcel.

Remata el presente cargo con "un análisis del comportamiento del guardián", explicando que el maltrato que le infligiera al recluso es "...lógico ante la negativa del recluso a hacerle caso al guardián...", concluyendo que la Corporación "...ha exagerado el relato dado por los testigos..." por lo que "...Luis Gaviria Castro no mató en forma

intencional sino en cumplimiento de su deber, por consiguiente se da la justificación del hecho que es excluyente de antijuridicidad o culpabilidad..."

Segundo cargo:

Acusa la providencia de segunda instancia por violación de la ley sustancial "...por supocisión (sic) de pruebas. El sentenciador distorciona (sic) o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio... (error de hecho)". Ello llevó al Tribunal a inferir "...que el procesado Gaviria Castro permitió la fuga del interfecto Guevara Cleves sin que aquel diera explicación alguna satisfactoria, lo cual constituyó para la honorable Sala un indicio de disculpa o de mala justificación. Para ello...parte del hecho indicador que (sic) los detenidos se encontraban encerrados bajo candado y por consiguiente concluye, que fue el señor Gaviria Castro quien abrió la celda del recluso".

Sin embargo, continúa el recurrente, tanto el procesado como el director de la cárcel aóveran al unísono haber puesto los dos candados y sólo producida la fuga del occiso, el procesado puso uno para evitar la evasión de los demás detenidos. Sobre el particular, el casacionista asegura que "necesariamente, Guevara Cleves aprovechó la oportunidad de que Gaviria estaba en ese momento en la guardia y mientras sus compañeros dormían para escapar (sic)".

A seguida, lanza una serie de preguntas que pretenden fortalecer sus aseveraciones; "¿Quién vio o sintió que el guardián abriera la puerta de la reja? ¿Quién vio salir al finado de la celda? ¿Quién escuchó ruidos? sólo el guardián Gaviria, como persona responsable en ese momento podría haber constatado tales hechos, más, como el recluso al salir lo hizo en forma muy suspicas (sic), fácilmente, se escapa sin advertir ruido alguno si no hasta el momento en que Gaviria sintió ruidos en el penal...y baja por las gradas que conducen al patio".

Concepto del señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal:

El Colaborador Fiscal solicita la desestimación de la demanda por incurrir en errores de técnica y fundamentación al exponer los dos cargos.

La Corte:

Primer cargo:

1. La técnica de la demanda.

Aunque es evidente el traspiés lógico en el que incurre el casacionista al impetrar una violación directa de la ley sustancial para luego asegurar, a continuación, que se está en presencia de un error de hecho por interpretación errónea de la prueba, es claro que estamos en presencia de un lapsus calami, *que no alcanza relevancia para tildar de contradictorio el cargo formulado.*

El recorrido por la censura indica su intención verdadera: Alegar un error de hecho por falso juicio de identidad; tal el motivo para

que se dedique a resaltar lo dicho por el procesado y los testigos que concurrieron al proceso en contraposición a la inteligencia que de su contenido diera el Tribunal.

Sobre el particular esta Sala ha expresado, en innumerables oportunidades, que no basta un enunciado vago o contradictorio para predicar una carencia técnica que conlleve su rechazo temprano. Si del texto se infiere con claridad cuál es el verdadero sentido de la censura, estas primarias imprecisiones desaparecen ante la diafanidad del texto que guían con corrección a la Corporación sobre los verdaderos alcances de la censura presentada. No puede, por consiguiente, llevarse la estrictez conceptual hasta sus extremos y en este sentido la Colegiatura rechaza el pensamiento rigorista de la Delegada sobre el tema.

2. El conjunto probatorio.

Ahora bien, en lo que al asunto en cuestión se refiere, la inconformidad del censor radica en la presunta tergiversación de la prueba testimonial hecha por el fallador, para lo cual acude con frecuencia a examinar lo dicho por el Tribunal en el fallo impugnado. Sin embargo, su visión es incompleta pues omite referirse a la sentencia de primera instancia, con la cual guarda íntima comunión la de segunda, en todo lo que explícitamente ésta última no rechace.

Así las cosas, para fundamentar el fallo condenatorio se tuvo en cuenta el conjunto del recaudo probatorio. Veamos:

2.1. El momento del disparo: Arley Guerrero Castro, principal testigo de cargo, "...ha sido claro en sostener que el guardián Gaviria Castro accionó su arma cuando ya había alcanzado al preso Guevara Cleves quien había caído por efectos de una rampa que había...", ¿Hay distorsión? Escúchese al declarante: "...al salir Miguel del portón hacia la calle se cayó y el finado le decía 'pégueme o deme', algo así, y Luis trataba de detenerlo y lo empujaba y entonces fue cuando se oyeron los tiros..."

2.2. Características y localización del disparo: Según el informe legista, el arma fue disparada a una distancia de 50 centímetros, prueba de lo cual se encuentra en el tatuaje que presentó la herida. Pero más aún, como lo destaca el *a quo*, "ello también explica el porqué el tiro apareció en el costado, y no en la espalda de la víctima, como era natural que ocurriera de haberse presentado los hechos como los narra el acusado". Al respecto, el acriminado señala que "...yo viendo que el hombre se salió a la calle saqué el arma e hice unos disparos al aire para pedir ayuda y luego lo cogí y le dí con el mismo revólver en la espalda... y luego lo cogí de un brazo y lo llevé hasta el portón... y disparé el último tiro pidiendo refuerzo..." La mendacidad de la disculpa es indiscutible.

2.3. La presunta resistencia: De nuevo el principal espectador del hecho desmiente la presunta indocilidad del occiso. Dice el *a quo* que, según Arley, "...cuando éste lo alcanzó, mostró actitud pasiva y sólo dijo 'pégueme o deme', lo cual significa que el guardián ya tenía dominado al detenido, cuando hizo los disparos". ¿Qué sucedió en ese momento? Según Arley, "...Luis trataba de detenerlo y lo empujaba".

¿Puede interpretarse como forcejeo? La víctima se encontraba en el suelo, resistiendo pasivamente, cuando se produjo el disparo mortal.

2.4. La semidesnudez del occiso: Según el acta de levantamiento del cadáver, "...vestía unos interiores color azul, unos calcetines blancos y en el pie derecho un zapato..." Según el procesado, cuando observó que Miguel se preparaba a huir, "...lo agarré del pantalón... entonces Miguel sacó un arma del pantalón...y se tiró al suelo para que yo no lo fuera a coger y luego se quitó el pantalón seguro para que yo no lo cogiera y siguió en puros pantalonsillos (sic) y abrió la puertica y se salió..."

Al respecto dice con buen juicio el juzgador de primera instancia: "...no es satisfactoria la explicación...pues si como dice éste iba armado con una navaja con el cual pretendía agredirlo, es improbable que con una sola mano se hubiera despojado de sus pantalones para facilitar la fuga, teniendo en cuenta que esta acción demanda tiempo y de la utilización de las dos manos". Luego analiza el estado (totalmente sucio y descosido) y el lugar en que se encontró la prenda de vestir (cerca al lavamanos de la calle) para advertir que si la versión del acusado fuera cierta debía haber quedado botada en el patio. Al final llama la atención sobre el porqué no aprovechó el guardián el momento en el que el recluso se tiró al suelo para someterlo o porqué no corrió hacia la puerta del establecimiento carcelario para impedir la fuga.

2.5. La navaja: Según el imputado, Miguel lo trató de agredir con un arma cuando le quiso impedir que huyera, la cual sacó del pantalón. Sin embargo, todos los testigos, incluso el director de la cárcel, descartan tal tenencia no sólo porque está prohibido sino porque jamás le vieron un arma de esta clase al interfecto. Sin embargo, el rechazo a esta afirmación del agresor, se encuentra al detallar el lugar donde se encontraba: Encima de la camisa de la víctima.

De nuevo el fallador advierte que esto resulta inexplicable "...de acuerdo a las manifestaciones del mismo sindicado respecto a que cuando advirtió la presencia del preso Miguel Guevara Cleves por fuera de la celda, éste se hallaba sin camisa..." Escúchese al acusado: "...de pronto oí un ruido en la puerta de entrada a las celdas y entonces yo salí y Miguel iba bajando las últimas gradas del patio y me dí cuenta que iba sin camisa..."

Finalmente, el juzgador se pregunta el porqué se despojó voluntariamente la víctima del arma, insólito si se tiene en cuenta que "...con ella pretendía intimidar al guardián para lograr su propósito de evadirse...", lo que lo debía haber motivado para conservarla hasta lograr coronar su esfuerzo.

2.6. La pronta libertad: Aparte de que vivía de excelente humor y gozaba de prerrogativas (era el sobrino de su agresor por lo que frecuentemente dormía en su habitación), según constancia que obra en el expediente, había sido sancionado a una pena de arresto de un mes y le faltaban apenas trece días para acceder a su libertad, por lo

que "...no se justificaba su fuga cuando tal acción sí podía acarrearle consecuencias mayores". Además, resalta el *a quo*, si éste era su propósito, porque no aprovechó en la tarde la oportunidad que se le brindó para escapar cuando se hallaba en el portón que da a la calle, esperando circunstancias más difíciles "...y cuando era precisamente su pariente quien lo custodiaba, colocándolo en una situación muy embarazosa".

2.7. Los candados: Según se comprobó en el expediente, y así lo informa el sentenciador de primera instancia, en varias oportunidades el occiso gozó de la prerrogativa de dormir con el guardián, ocasión que éste mismo le brindaba abriéndole la celda. Según la inspección judicial que se practicó en la celda, los candados no mostraban signos de haber sido violentados y resulta poco creíble que sus compañeros de celda no hubieran escuchado ruido alguno en la presunta escapatoria.

2.8. Los resentimientos: El testigo Gustavo Mora Cuéllar informa al proceso sobre los disgustos que tuvieron agresor y víctima en los días anteriores por bromas que el occiso le hacía. Recuerda el sentenciador a este declarante cuando cuenta sobre la carta que a nombre de otra mujer le pretendía enviar a Luis para que se disgustara con su hermana, con quien al parecer mantenía relaciones amorosas. De igual manera, el apodo denigrante que le puso el día de los hechos, mientras ingerían bebidas embriagantes, apelativo que disgustó al guardián.

Ello hace razonar al Juez de instancia, al comentar el posible incidente que dio origen al hecho delictivo: "...por el estado en que fueron encontradas las ropas del recluso, debió ser grave, obligándolo incluso a salir casi desnudo únicamente en pantaloncillos, a la calle, en procura de defenderse de las agresiones de que muy posiblemente era víctima, hasta caerse y es allí donde le da alcance el guardián y de manera intencional pues como ya vimos, el recluso ya había sido dominado, accionó su arma de dotación oficial hasta agotar su carga lo lesiona mortalmente".

3. Los argumentos de la demanda.

Como bien puede observarse fueron múltiples los elementos de juicio que tuvieron los falladores de instancia para edificar el fallo condenatorio, construyéndose una serie de indicios a la par con la prueba testimonial y pericial. Sin embargo, sobre todo esto calla el impugnador, buscando apenas con unas cuantas alusiones a las inexactitudes de los declarantes, pretender abarcar con la pequeñez de la lupa el horizonte procesal.

Incluso pretende explicaciones propias que contradicen las de su poderdante. La Sala se refiere a la distancia mínima en que se produjo el disparo mortal, aventurando la hipótesis de un forcejeo que, como se ha visto, no existió pues el recluso ya estaba reducido a la impotencia cuando se produjo el impacto de bala que le quitó la vida.

Así pues, descalificando a unos testigos, interpretando a su manera a los otros, incluido el principal (Arley), fracasa ostensiblemente en su intento por desquiciar la sentencia pues deja incólume la prueba restante, suficiente por sí sola para sostener el fallo cuestionado.

El fracaso del cargo es su medida y así habrá de declararse.

Segundo cargo.

Si el primer reproche es débil en extremo, el segundo no corre con mejor fortuna. Atrás se vio, en detalle, el análisis prolijo de los falladores, en el que desmenuzaron el acopio probatorio para fundamentar su decisión. Cada pieza procesal fue acoplada con las demás, produciendo la certeza que llevó a predicar el juicio de reproche que hoy cuestiona el casacionista.

En este cargo, son los candados que guardaban las celdas, el fundamento. Sin embargo, los argumentos que expone son baladíes, sostenidos apenas por hipótesis personales que no buscan demostrar el desajuste jurídico del fallo sino la bondad de las propias razones. Este enfrentamiento de tesis que subyace en la censura, no es permisible en sede de casación, recurso en el cual la lógica y el rigor del examen jurídico de la decisión judicial, marcan la pauta. La oposición de interpretaciones probatorias es una lid reservada exclusivamente a las instancias.

Obsérvese:

En los autos se estableció, sin duda alguna, que el director de la cárcel colocó los dos candados que aseguran las celdas de los reclusos. Sin embargo, alguien tuvo que abrir los candados para que el occiso pudiera salir. Es evidente que quien reiteradamente lo había hecho en los últimos días había sido el agresor, quien le permitía a su pariente la prebenda de dormir en su habitación. Además, era el único que poseía las llaves para abrirlos. De otra parte, se demostró la ausencia de violencia en los candados por lo que es obvio que fue el mismo Luis quien la facilitó la salida.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ésta no es la única prueba de cargo que existe en el proceso en contra del acusado. Concurrieron para agravar su situación las múltiples de que se hablara en precedencia. Basta una mirada sobre ellas para advertir la insustancialidad de los argumentos expuestos por el censor, quien pretende sacar avante sus tesis con preguntas que se reducen a un principio insólito: Si nadie presencia los momentos antecedentes de un delito no hay manera de demostrar la responsabilidad de una persona. Es ostensible lo azaroso del argumento por lo que su rechazo no requiere de mayores explicaciones.

Tampoco prospera este cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1º REPOSICION. Impugnabilidad

Frente a lo decidido con la reposición, alguno de los sujetos procesales puede adquirir interés jurídico para recurrir

2º TERMINO. Interrupción

La reanudación debe seguir la regla prevista para la iniciación, porque la interrupción es un evento excepcional

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 045.

Reposición: A qué alude la ley cuando señala que los *"puntos nuevos"* abren paso a la reposición del auto que resuelve idéntico recurso respecto de una providencia anterior —Criterios doctrinados y jurisprudenciales sobre el punto—.

Términos-traslados: Cuando el traslado se cumple con retiro del expediente, la reanudación del término en el evento de una interrupción opera a partir del instante mismo en que el proceso retorna a secretaría y no desde la ejecutoria del auto proferido dentro de la interrupción.

Vistos:

El señor defensor del acusado *Samuel Alberto Escrucería Manzi* interpone el recurso de reposición en contra de la providencia de mayo quince próximo pasado, para que revocando la Sala el numeral primero de su parte resolutiva "recobre eficacia jurídica el auto de febrero 15 (sic), mediante el cual se declaró formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada a nombre del mencionado sentenciado".

Ritnado en debida forma el recurso, procede resolver lo que a derecho corresponda.

Antecedentes:

Procede recordar que mediante auto de febrero 25 del año que transcurre (no de fecha 15 como lo indica el recurrente), calificó la

Sala las demandas de casación presentadas dentro del presente asunto, declarando ajustadas las interpuestas a nombre de Eleonora Escrucería de Salinas, Samuel Alberto Escrucería Manzi y Juan Gonzalo Márquez Lemus, al tiempo que se declaró desierto el recurso respecto de los procesados María Elisa Lorza de Escrucería, Yesid Castelbondo Sarmiento, Manuel Salinas Reyes y Gustavo Escrucería Delgado.

Contra esa decisión interpuso en tiempo el defensor de la sentenciada señora María Elisa Lorza recurso de reposición, alegando que a pesar de lo informado por la Secretaría, su demanda había sido presentada en tiempo. Por las razones contenidas en el auto de mayo 15 que ahora se recurre, concluyó la Sala inatendibles las razones del recurrente, pero como éste hizo notar que dentro de la misma situación se hallaba la demanda presentada a nombre de Samuel Alberto Escrucería, la Corte resolvió este segundo caso bajo igual criterio, revocando el auto inicial en cuanto halló ajustado a derecho ese libelo, para declarar en su lugar desierta la impugnación.

Esta última determinación es la que ahora recurre el afectado, solicitando como queda visto que una vez quede sin valor la parte que en esa decisión le perjudica, se restituya la vigencia de la primera decisión.

Motivos del recurrente:

Comienza el señor defensor la sustentación de su recurso por señalar las diferencias existentes entre las dos clases de traslado que prevé el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, norma que por principio de integración rige el tema sobre el cual se discute, recordando que para la presentación de la demanda de casación, lo ha advertido la doctrina, el traslado se surte con retiro del expediente.

Si ese traslado —del cual debe disfrutar todo recurrente— tiene como objeto el otorgar a la parte la oportunidad de disponer físicamente del expediente, agrega, "lógico es concluir que el término de traslado se interrumpirá siempre que por cualquier motivo esta facultad sea restringida, y si por ministerio de la ley, se trata por vía de excepción, de un traslado que sólo puede comenzar a correr 'a partir de la ejecucutoria del auto que lo conceda', el mismo principio debe regir frente a la interrupción, pues de otro modo 'sería jurídicamente imposible el retiro físico de la actuación del Despacho Judicial' ".

Analizando en seguida la constancia secretarial que en principio contabilizó los términos de su traslado, excluyendo de él la ejecutoria de los autos que lo interrumpieron, precisa que esas actuaciones constituyen evidentes "actos procesales", y que como tales deben merecer respeto y vigencia dentro del proceso, en tanto no se afecten de inexistencia, ni se decrete su nulidad, eventos que no se han dado en el caso presente, y que por lo mismo obligan el respeto por el contenido de cuanto en ellas quedó consignado.

Trayendo a cita el "principio de lealtad procesal y seguridad jurídica", añade que de él no pueden considerarse ajenos los secretarios ni los funcionarios judiciales, lo que redunda en seguridad jurídica

para las partes que "saben que deben atenerse exclusivamente a lo que por escrito se ha consignado en la actuación...", al punto de que aún admitiendo que al sentar aquella constancia, la Secretaría incurrió en error, pues como lo ha sostenido esta misma Sala, "los principios rectores prevalecen sobre normas posteriores; en este evento, la lealtad procesal materializada en la confianza que inspira a las partes el expreso pronunciamiento sobre la reiniciación de un término, en interpretación originada en la Secretaría, debe necesariamente predominar sobre las normas que en criterio de la honorable Corte rigen en cuestión de traslados". Si el yerro en que se habría incurrido no le era imputable al recurrente —concluye— no tenía porqué asumir las gravosas consecuencias que de él se derivan.

Solicitando, por último, que los conceptos de varios procesalistas sean tenidos como parte de su alegación, acompaña el señor defensor la opinión que a su oficina rindieron cuatro juristas, quienes coinciden con la interpretación que del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil ofrece el impugnante, para el caso no expresamente previsto por la ley, de la reiniciación del término de traslado con retiro del expediente, una vez ocurrida su interrupción.

Consideraciones de la Corte:

1. En tutela del principio de preclusión y para que las actuaciones judiciales no se tornen interminables, previó el legislador restricciones para el ejercicio del recurso de reposición que de manera general enuncia el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal bajo la advertencia de que "el auto que decide la reposición no es susceptible de recurso alguno..."

Trae sin embargo esa disposición dos excepciones a tan terminante veda, consistente la primera en la posibilidad de que al resolver el recurso se incluyan puntos nuevos, o lo que es lo mismo, que "no hayan sido decididos en el anterior", en cuyo caso se admite la impugnación respecto de esas novedades; y como segunda alternativa, la posibilidad de que frente a lo decidido con la reposición, alguno de los sujetos procesales "adquiera interés jurídico para recurrir".

Si se consulta el primer aspecto, esto es, que la providencia ahora recurrida contenga puntos no decididos en el auto inicial, el recurso intentado resultaría inadmisible, pues conocida es la doctrina de la Corte según la cual,

> *"Los puntos nuevos mencionados en tal disposición se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el Juez en la parte resolutiva de la providencia que resuelve un recurso de reposición, respecto de ellos proceden los recursos pertinentes —de reposición, apelación o de hecho— precisamente porque constituyen decisiones nuevas de las que apenas se enteran por primera vez las partes al ser notificadas de tal auto" (Auto de septiembre 8 de 1981, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).*

Agregando, con entera pertinencia en su doctrina la Sala de Casación Civil que,

"Cuando el resultado de la primera reposición es la revocatoria total del auto impugnado, no hay novedad jurídicamente hablando; es claro que gramaticalmente el contexto de la providencia es distinto al de la primera y que su decisión es la contraria; el auto que admite una demanda y el que revoca ese, son, en su contenido, antitéticos, opuestos. Pero no puede en rigor jurídico decirse que el último contiene puntos no decididos en el anterior, pues en verdad que lo estudiado y decidido en ambas providencias es el mismo punto: Si la demanda es o no admisible.

"Sobre esta materia conceptúa Hernando Morales:

"'...obviamente, la decisión u orden que reemplaza la revocada no es punto nuevo. Sólo tiene ese carácter un proveimiento extraño al que ha sido objeto del recurso...' (Parte General, págs. 548/49, Ed. 1973). Y Hernando Devis Echandía también sostiene el mismo criterio al afirmar que 'cuando el auto que falla la reposición se limita a revocar total o parcialmente el anterior, no puede alegarse punto nuevo para una nueva reposición...' (Tomo I, págs. 457/58. Ed. 1972)" (Auto de junio 9 de 1980, Magistrado ponente doctor Humberto Murcia Ballén).

Sucede, sin embargo, que al haber resultado favorable la primera decisión a la parte ahora recurrente, en cuanto en ella se declaró ajustada su demanda, no le asistía interés para recurrir entonces ese auto, surgiéndole apenas con motivo del auto que resolvió la reposición, pues sin haber sido impugnado aquel aspecto, al entrar a revocarse para declarar la deserción de su recurso, surgió por primera vez la afectación de su derecho, actualizándose la segunda hipótesis que hace viable la reposición que ahora se intenta, valga decir, porque a consecuencia de la reposición se adquirió interés jurídico para recurrir, motivo bastante para que el análisis de fondo se haga procedente.

2. Como argumentos centrales que llevaron a la Sala a adoptar la determinación cuya revocatoria se intenta precisó el auto recurrido: a) Que tratándose de términos legales, su regulación se debía ceñir a lo previsto en las normas de procedimiento, no al criterio de los empleados, tampoco a la interpretación de los intervinientes procesales; b) Que el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, norma que rige al respecto por principio de integración, señala para la iniciación del término de traslado con retiro del expediente que "el término empezará a contarse desde la ejecutoria del auto respectivo", pero al regular la interrupción de ese lapso añade que "mientras el expediente esté al Despacho no correrán los términos" y que "el cómputo del término se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera" sin que en esas reglas surgiera modificación sustancial con el Decreto 2282 de 1989; c) Que la permanencia del expediente en la Secretaría a disposición de las partes cumple el doble propósito de continuar su consulta por el interesado, sin impedir que durante ese lapso se presente la demanda, conciliando el interés del recurrente con el de los trámites usuales en el rito penal, que como el relativo a la libertad del procesado, no puede convertirse

en excusa dilatoria; d) Que la Sala se había pronunciado ya, según auto de noviembre 23 de 1984, dentro de este mismo entendimiento; y e) Que siendo las disposiciones sobre procedimiento de orden público según mandato del artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, no le resulta posible desconocerlas ni variarlas a los intervinientes procesales, tampoco al Juez ni a los empleados que intervienen dentro del proceso, de manera que no podría prevalecer una constancia secretarial, por encima de las disposiciones expresas de la ley.

La oposición que a estas razones trae la argumentación del recurrente, no desconoce el contenido del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil del cual parte el auto recurrido, reduciéndose a proponer una interpretación más amplia o extensiva, según la cual se estima que frente a la interrupción del término de traslado con retiro del expediente, la regla general prevista en la disposición en comento debe excepcionarse para que el recuento se reinicie a partir de la ejecutoria del auto que se pronuncie, postura que se respalda con el criterio de varios procesalistas, añadiendo que la constancia secretarial que extendió el lapso bajo ese criterio debía privar como acto procesal no infirmado, dentro del respeto por el principio de lealtad procesal.

Como lo anterior significa que las razones del impugnante sólo se refieren parcialmente a las asumidas por la Sala, tan sólo a esos reparos se aludirá para responder su objeción sobre la base de las siguientes consideraciones:

a) Es evidente que la disposición contenida en la ley de procedimiento sobre traslado para alegar, regula por separado el momento en el cual comienza a contarse esa oportunidad cuando se trata de término común para alegaciones y cuando ella procede con retiro del expediente, diferenciación que no repite al regular la interrupción de ese plazo y su reanudación, pues para esta hipótesis apenas se sostiene que tal interrupción comprenderá apenas el tiempo que el expediente permanezca al Despacho, y reanudándose el traslado al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera.

Así lo reconoce el recurrente y así lo admiten los procesalistas que a su solicitud respaldan su criterio, y para establecer, entonces, la diferenciación sobre la cual se centra el recurso, uno y otros aducen que la reanudación debe seguir la regla prevista para la iniciación (valga decir, excluyendo el término de la ejecutoria) pues sólo así se garantiza el efectivo derecho de retirar el expediente, y porque la interrupción es un evento "excepcional", dice uno, "inusual y no recomendable por cuanto la regla es que todo término, como se expresó debe correr de manera ininterrumpida", *dice otro, o "exótico", añade un tercero.*

Esta interpretación, que haciendo preferente el interés del beneficiario del traslado, no necesariamente se atiene a la regulación expresa de la ley que acaba de aludirse, tampoco corresponde a la especial naturaleza del procedimiento penal, dentro del cual las frecuentes suspensiones originadas en el trámite preferente de solicitudes de libertad impone la reiterada interrupción de ese lapso, y obliga por lo

mismo a precaver, dentro de una armonización de los intereses en conflicto, el eventual abuso del derecho inclinado a dilatar la solución del recurso o a procurar la impunidad.

Para el primer caso, es bueno diferenciar el auto que dispone la iniciación del traslado, por cuanto él marca, precisamente, el momento exacto en el cual se inicia la contabilización del término y permite inferir su vencimiento, señalando la diferencia con el auto que genera la interrupción, pues éste en nada priva de la posibilidad de que mientras el expediente permanezca en la Secretaría, continúe a disposición del alegante, tanto para que realice su consulta, ora para que presente sus alegaciones o demanda, bien para que desista del recurso o renuncie a los términos que restan en su exclusivo favor, porque lo que en el fondo se garantiza no es el simple hecho de retirar materialmente el expediente, sino el contar con una oportunidad expresa de estudiar el caso y presentar razones en favor de la postura que se defiende. En el segundo caso, porque como lo ha dicho ya la Sala en texto que reprodujo el auto recurrido, la interrupción no se puede extender a eventos distintos de la permanencia del expediente en el Despacho,

> *"...porque ello sería desvirtuar la perentoriedad del término concedido para alegar en casación y propiciar así la proliferación de peticiones que puedan tener como mira esencial el prolongar el término indicado mientras se habilita un apoderado, o éste se encuentra en condiciones de presentar el correspondiente escrito",*

o, como ya se había alertado en este proceso, se promueven simplemente dilaciones aparentemente orientadas a permitir la extinción de la acción por el trasncurso del tiempo;

b) Si éste era el criterio sentado por la Sala y debidamente conocido como lo ha aducido en oportunidad inmediatamente anterior el primer recurrente, tampoco podría pretenderse aquel sorprendimiento de los intervinientes procesales que a manera de desconocimiento de la lealtad debida ahora se acusa, resultando por lo demás antecedentes esa interpretación al agotamiento de los términos de traslado aquí surtidos, de modo que no puede interpretarse este entendimiento como una doctrina a posteriori, *discriminatoria o de sorprendimiento a las partes, sino la consecuente aplicación de idéntico criterio para la solución de eventos iguales;*

c) Por último, en cuanto se propone la prevalencia de la constancia secretarial como acto procesal valedero en tanto no se declare su nulidad o se haga evidente su inexistencia, habrá de insistirse en lo sostenido en el auto recurrido, en cuanto la ley procesal no está sometida a la voluntad, las ampliaciones ni las restricciones que sobre ella dispongan los funcionarios o convengan las partes, pues es en su invariabilidad en donde verdaderamente descansa aquella seguridad jurídica que aduce el impugnante y que permite a todos por igual el entendimiento de esos plazos legales sometidos ahora a controversia.

Hácese sí pertinente resaltar que si para el caso propuesto, esa nulidad derivaría de una violación al derecho de defensa o al debido proceso, no se vé que aquél o éste se hayan afectado, pues no resultó

restringida la oportunidad legal de alegaciones, ni se afectaron en la segunda hipótesis los principios fundamentales que informan el esquema procesal, siendo sabido que las solas informalidades no conducen a la invalidación de lo actuado.

En otro sentido, también procede recordar que el criterio aquí vertido tampoco constituye primer pronunciamiento sobre la irrelevancia de los yerros secretariales, pues como se sentó en decisión de junio 14 de 1988 con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, en que si bien refirió al tema de la notificación, halló "ilógico" dejar a la discreción del secretario cumplimiento de las formalidades que señala la ley, extendiendo a su arbitrio las oportunidades otorgadas a las partes para ejercicio de sus derechos, pues justamente de ese proceder es de donde puede generarse la "inseguridad" dentro del proceso.

En suma, y por las razones esbozadas tanto en esta decisión como en aquella que se ha hecho materia del recurso, se mantendrá en firme el auto impugnado. En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

No reponer el auto de mayo quince próximo pasado, por medio del cual se dejó sin valor la decisión que declaró ajustada la demanda de casación presentada a nombre del acusado Samuel Alberto Escrucería Manzi, quedando como consecuencia en firme la deserción del recurso extraordinario interpuesto por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION. Requisitos. PENA. Límite

Frente a fallos que cobijan delitos "casables" y otros que no lo son, únicamente es dable recurrir y, posteriormente presentar la demanda, en relación con los primeros (En el mismo sentido providencias de esta fecha, en procesos números 5929 y 6057)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 45 (julio 9 de 1991).

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal contra el auto de abril 23 del año en curso, mediante el cual se declaró admisible el recurso de casación respecto del delito de homicidio, inadmitiéndose en cuanto al concursante delito de lesiones personales.

El recurso:

Dice el señor Procurador Delegado que cuando el vínculo de interdependencia entre los delitos que tienen casación y los que carecen de ese recurso (art. 218 del C. de P. P.), es tal que la decisión que se tome sobre unos incide necesariamente en los demás, la impugnación extraordinaria debe admitirse por todos los punibles.

Argumenta que la sentencia es un "acto unitario", el cual "no permite su ruptura para los efectos de la impugnación extraordinaria", so riesgo de que se violen los artículos 11 ("finalidad del procedimiento") y 14 ("principio de unidad") del Código de Procedimiento Penal.

Y glosa que si la Corte declara inadmisible el recurso respecto de los delitos conexos que carecen de esa impugnación (aquí el de lesiones personales), resultaría ella misma "incompetente" para en el fallo pronunciarse sobre esos punibles, así éstos guarden con el "delito mayor" la relación de interdependencia arriba referida. Y para apoyar su tesis de que se debe admitir la casación para "todos" los delitos, en estos eventos de "complejidad de la acción", cita parte del proveído de esta Sala de julio 24 de 1980, en el cual fue ponente el Magistrado Alvaro Luna Gómez.

Pide, pues, que se revoque el auto recurrido y se proceda a declarar la admisibilidad propuesta.

Se considera:

La providencia que cita el recurrente, y que darín pie para respaldar su tesis, ha dejado de tener vigencia, ya que con posterioridad a ella esta Sala ha venido sosteniendo que, frente a fallos que cobijan delitos "casables" y otros que no lo son (art. 218 del C. de P. P.), únicamente es dable recurrir, y posteriormente presentar la demanda, en relación con los primeros, sea cual fuere el vínculo que los una.

Así, el 7 de junio, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda, precisó la Sala que "el quántum *penológico para que el recurso de casación proceda, es el de la norma tipo en abstracto armonizada con las que consagran variaciones que no dependen del criterio valorativo del juzgador (tentativa, grado de participación) sino que configuran situaciones de forzosa observancia, siempre y cuando el máximo de pena privativa de la libertad imponible, aún así, no devenga inferior al de la exigencia en comentario, para cada uno de los delitos por los cuales se procede contra una determinada persona,* lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito, para ser atacados en casación" *(subraya la Sala).*

Decisión que fue ratificada en auto de julio 10 de 1990 (Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas), en el cual se agregó:

"Debe anotarse, sin embargo, que una vez admitido el recurso por los ilícitos por los cuales procede de conformidad con la pena fijada en la ley y presentada la demanda correspondiente que ataque el fallo por alguno de tales delitos, si al momento de la sentencia definitiva se observare que han de hacerse modificaciones al fallo impugnado o que deben tomarse decisiones que afecten el juzgamiento de los hechos punibles cuyo límite de pena los excluye del trámite propio del recurso extraordinario, el fallo definitivo los afectará, únicamente en la medida en que guarden esa estrecha vinculación con uno de los delitos que por su quántum *punitivo dieron origen al recurso".*

De nuevo se reiteró ese criterio mediante auto de septiembre 12 de 1990 (Magistrado ponente doctor Torres Fresneda), y finalmente en el de fecha junio 26 de 1991 (Magistrado ponente doctor Dídimo Páez), en el que se insistió que para efectos de la procedencia del recurso de casación, y atender claro del artículo 218 en mención, "cada delito se toma en forma independiente", resultando de ahí obvio que el demandante no pueda referirse en su libelo a los que carezcan de esa impugnación extraordinaria.

Y agrega dicho auto que, a contrario de lo que asevera el Procurador Delegado, no se violan los artículos 11 y 14 del Código de Procedimiento Penal, ya que si se recurre en casación un fallo, la parte de éste que corresponda al "delito menor", "queda en suspenso" hasta que el recurso se resuelva, sin que en cuanto a ella quepa hablar de "ejecutoria" o de cosa juzgada, evitándose de tal modo el "fraccionamiento del fallo", aducido por el Delegado como soporte esencial del recurso de reposición.

En el expresado orden de pensamiento, deviene claro que dicho recurso no prospera.

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1. *No reponer* el auto de abril 23 del año en curso, mediante el cual se declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado Luis Buitrago Rincón contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de 4 de febrero de 1991, en cuanto atañe al delito de lesiones personales.

2. Córrase traslado al recurrente por el término de treinta días, a fin de que presente la respectiva demanda de casación por medio de abogado titulado, y en relación con el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PARTE CIVIL. Oportunidad

La oportunidad para la presentación de la demanda de parte civil precluye con la ejecutoria del auto que fija la fecha para la realización de la audiencia pública

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 049 (julio 17 de 1991).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación propuesto contra la providencia de veinticuatro de enero de la anualidad que avanza, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué se abstuvo de iniciar sumario al doctor *Alirio Sedano Roldán*, denunciado por el supuesto delito de prevaricato por omisión, cometido en ejercicio de las funciones de Juez Cuarto Penal Municipal de esa ciudad.

Hechos:

En el Juzgado a cargo del doctor Alirio Sedano Roldán cursaba un proceso penal contra el señor Ebroul Díaz Sánchez por el hecho punible de lesiones personales culposas cometido en la persona de Alvaro Laverde López, cuya tramitación se adelantó normalmente hasta la audiencia de juzgamiento, diligencia a la cual no asistió el representante del Ministerio Público.

Por este motivo el apoderado judicial de la parte civil admitida dentro del proceso solicitó la nulidad de la diligencia de audiencia pública, y al entrar el Despacho a resolver la anterior petición se decretó la invalidez de toda la actuación pero a partir del auto de dieciséis de mayo de mil novecientos noventa, por medio del cual se admitió como Parte Civil a Alvaro Laverde López y a Gladys Sánchez de Laverde, aduciéndose como razón la extemporaneidad de la presentación de la respectiva demanda.

Argumentó el Juez, que hasta el día en que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, permite la ley la constitución de parte civil dentro del proceso penal, y por tanto al haber admitido el Juzgado la demanda y reconocido personería al doctor Girón Díaz para que actuara en nombre y representación de los ofendidos con poste-

rioridad al proferimiento del auto que fijó fecha para el juzgamiento, se incurrió en flagrante violación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, error que el despacho estaba obligado a enmendar declarando la nulidad.

Los sujetos pasivos del delito que investigaba el funcionario judicial lo denunciaron penalmente, por el delito de prevaricato por omisión. En el escrito de impugnación Alvaro Laverde López insiste en la infracción de la ley penal por parte del doctor Alirio Senado Roldán, argumentando de la siguiente manera:

> "...Considero que la conducta asumida o ejecutada por el entonces señor Juez Cuarto Penal Municipal de Ibagué, señor Alirio Senado Roldán, debe ser investigada, porque la omisión consistente en haber practicado la audiencia pública, sin la presencia del Ministerio Público, configura el delito de prevaricato por omisión o sea que él estaba obligado a no practicar la audiencia por no asistir el Ministerio Público; era un acto propio de sus funciones luego debe responder del delito de prevaricato por omisión; además el señor Juez acá denunciado, omitió otro acto propio de sus funciones como fue el de admitir la demanda de parte civil en forma extemporánea..."

Respecto de lo últimamente anotado, en el libelo de la denuncia, de modo más claro, había dicho:

> "...omitió como él mismo reconoce la exigencia del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, omisión esta que lo llevó obligatoriamente a decretar la nulidad y quitarle la personería a nuestro abogado, trayéndonos con esta actuación un grave perjuicio, como es el de quedar sin asesor jurídico o defensor de nuestros intereses..."

La providencia recurrida:

De acuerdo con las motivaciones del fallo, el Tribunal refiriéndose no precisamente a los cuestionamientos de la denuncia, considera que la actitud del doctor Alirio Sedano Roldán no es reprobable cuando acudió al máximo remedio legal: La nulidad, para corregir una grave irregularidad susceptible de enmienda.

Destaca que de acuerdo al tenor literal del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal no es permitida la constitución de parte civil con posterioridad al día en que se señale fecha y hora para la diligencia de audiencia pública; luego si se admitió en condición de tal a los perjudicados con el delito que se investigó, por fuera de la oportunidad legal, la actuación del funcionario de invalidar la parte viciada del juicio por la presencia de una parte civil irregularmente reconocida, estuvo ajustada estrictamente a la ley.

Concepto de la Delegada:

El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, por su parte, después de

precisar los cargos se pronuncia respecto de cada uno de ellos argumentando con relación a la práctica de la audiencia pública que por el solo hecho de haberla realizado el Juez sin el representante de la sociedad, no pudo incurrir en prevaricación pasiva, como tampoco activa; lo primero porque el tipo penal reprime la conducta contraria al deber normativo positivo y en el caso del funcionario denunciado "no puede haber delito de omisión por 'no haber suspendido la diligencia', pues ello implicaría la existencia de un mandato positivo de suspender la diligencia que eventualmente hubiera denegado", y lo segundo, porque al haber realizado el acto en la forma que lo hizo "no significa proferir resolución ni dictamen que son los continentes del prevaricato por acción..."

En cuanto al otro de los cargos, en consonancia con el Tribunal, sostiene que en el presente caso por haber sido reconocida la parte civil por fuera del límite temporal no le quedaba otra alternativa al Juez al observar esa anormalidad, que decretar la nulidad, como así lo hizo. Por esa razón no encuentra actuación digna de reproche. Y sobre este mismo punto, finalmente, apunta:

> "Ahora bien, en opinión de la Delegada, bien hubiera podido el Juez revocar la parte civil pues se trataba de un acto antiprocesal, que no puede vincular al Juez ni formar el proceso mismo, sin acudir al remedio extremo de la nulidad tal como se prevé en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal. Pero ello tampoco vuelve lo actuado un ilícito penal".

Consideraciones de la Corte:

Los cargos contra el Exjuez según los términos de la denuncia, giran en torno a su actuación consistente en haber celebrado la diligencia de audiencia pública, no obstante la no comparecencia a dicho acto del agente del Ministerio Público, y de otra parte, omitir cumplir con lo reglado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal al admitir la constitución de la parte civil a pesar de haberse presentado la respectiva demanda extemporáneamente.

Muy breve es lo que tiene que expresar la Corte para afirmar con el Tribunal y la Procuraduría Delegada, lo lejos que está el comportamiento adelantado por el denunciado de ser constitutivo de delito de prevaricato por omisión.

Fácilmente se aprecia que en ambas situaciones el funcionario efectuó un acto positivo; en el primer caso, realizando un acto procesal precisamente el de juzgamiento, y en el segundo evento, profiriendo dentro del proceso penal un acto propio de sus funciones como fue la determinación judicial por medio de la cual admitió la demanda de constitución de parte civil. En las anteriores circunstancias, resultaría falta de toda lógica jurídica sostener que habiendo realizado en el plano óntico el sujeto una conducta de hacer, por no haberse sujetado estrictamente a lo que en el ámbito normativo debía cumplir, incurre en el delito de prevaricato por omisión.

Respecto al punto, en ocasión pretérita la Corte se pronunció así:

> "El comportamiento ajustado estrictamente al ordenamiento jurídico, se sabe, es un deber legal del empleado oficial pero cuando el incumplimiento de esa obligación se manifiesta en un acto, en un actuar, como en el caso de proferimiento de un dictamen o resolución, el dejar de obrar conforme al mandato legal es de la esencia del delito de prevaricato por acción, pues precisamente el acto se torna ilegal por su contrariedad con lo dispuesto legalmente, y no configurativo del punible de prevaricato por omisión, como lo sostiene con manifiesto desacierto el recurrente.
>
> "Como resulta obvio, siempre que se profiere dictamen o resolución contrario a la ley, se omite hacer lo que la normatividad manda o se hace lo que ella prohíbe y argumento *ad adsurdum* sería predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva, pues de aceptarse este criterio, sobraría la activa" (Auto, mayo 14 de 1991, Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas).

De acuerdo a lo anterior, la cuestión a dilucidar se desplazaría entonces de manera irrefutable a establecer si la actuación del Juez se acomoda a la figura típica del prevaricato por acción, al menos en su aspecto objetivo.

En cuanto a su actitud de celebrar sin la presencia del Ministerio Público la diligencia de audiencia pública, no es simplemente afinada sino exacta la reflexión que hace la Delegada cuando sostiene que por no estarse emitiendo Resolución o dictamen con ese trascendental acto de juzgamiento es patente la atipicidad con relación al delito en comento.

Sobre la inobservancia de lo preceptuado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, tiénese que por auto de dieciocho de junio de mil novecientos noventa se decretó por el Juez denunciado la nulidad de la actuación a partir del auto por medio del cual se admitió la parte civil, bajo el argumento de la extemporaneidad de la presentación de la demanda.

De acuerdo a las constancias procesales la demanda de constitución de parte civil fue presentada por el apoderado de los perjudicados el tercer día hábil siguiente al auto que fijó la fecha para la celebración de la audiencia pública, lo que equivale a decir que aún sin contar con el trámite de las notificaciones, es axiomático que se presentó dentro del término de la ejecutoria de dicha decisión.

Con arreglo al texto del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, "la constitución de parte civil podrá intentarse en cualquier momento a partir del auto cabeza de proceso y hasta el día en que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública" *(Subrayas de la Sala).*

El auto que señala el día y hora para la celebración de tal acto de juzgamiento al tenor del artículo 174 del estatuto procesal es de naturaleza sustanciatoria ciertamente, pero notificable, y por tanto susceptible del recurso de reposición.

Ahora, si se atiende a la norma del artículo 217 de la misma obra, mediante la cual se dispone que en la etapa del juicio las providencias, salvo las excepciones legales, sólo se cumplirán cuando estén ejecutoriadas, la inteligencia del precepto contenido en el artículo 39, dentro de una interpretación sistemática, que no meramente literal, exegéticamente apegada a la letra de la ley, habrá de entenderse en el sentido de que la oportunidad de la parte civil para la presentación de la demanda precluye con la ejecutoria del proveído que fijó la fecha para la realización del acto de juzgamiento. Sólo con la firmeza de este auto se adquiere en verdad la certidumbre que el proceso no podrá por la vía de la reposición del mismo retrotraerse a etapas anteriores del juicio, y de allí la justeza de lo que se afirma. Es evidente entonces que con esa actuación de reconocer a la parte civil no desconoció de manera alguna el ordenamiento legal, pero sí cuando declaró la invalidez de su admisión privando a los ofendidos de estar a derecho en el proceso penal.

Sin embargo, entiende la Sala que sobre esta específica materia no había tenido ocasión de pronunciarse la Corte, y de otro lado que el apego irrestricto a la letra de la ley bien puede dar lugar a que se interprete la norma precisamente en la forma en que lo hizo el Juez denunciado y que prohíjan el Tribunal y la Delegada, y cuando no se acierta en las apreciaciones de determinados puntos de derecho o en el sostenimiento de una tesis, ha venido aceptando la jurisprudencia de esta Corte, ese error no constituye de por sí abuso de funciones.

Siendo entonces como efectivamente lo es el delito de prevaricato un abuso de autoridad cualificado, en este caso el comportamiento del funcionario no puede ser típico de tal delito pues éste para que se configure demanda de la absoluta notoriedad de contrariedad del acto con la ley y no de apreciaciones discutibles.

En las anteriores condiciones, lo justo y jurídicamente aceptado era dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo hizo el Tribunal de Ibagué, razones que llevan a la Sala impartirle sin vacilación confirmación.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia objeto de impugnación, por la cual se decidió por el Tribunal de Ibagué, no iniciar sumario contra el Exjuez Alirio Sedano Roldán, acusado de presuntas irregularidades en el ejercicio de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO CONSUMADO

No es elemento para la consumación del delito de secuestro extorsivo la obtención del provecho o utilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 050 (julio 24 de 1991).

Vistos:

Por sentencia de diez de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Bogotá impartió confirmación al fallo de primer grado dictado por el Juzgado Quinto Especializado en contra de *Omar Salguero, Florentino Beltrán Urrego* e *Israel Suesca Guerrero* por el delito de secuestro extorsivo, modificándolo en el sentido de reducir la pena principal de setenta y seis meses de prisión a setenta y cinco.

Inconformes los procesados, interpusieron el recurso extraordinario de casación que ahora debe resolver la Sala.

Hechos:

El Procurador Delegado, los sintetiza en los siguientes términos:

"El 15 de septiembre de 1987 —cuentan los autos— pasadas las once de la mañana, en la carrera 4ª con la calle 14 de Bogotá, fue interceptado el señor Luis Hernando Moreno Parrado, por cuatro hombres quienes se identificaron como miembros del F-2 y con el argumento de estar siendo solicitado el retenido por la justicia, en razón del atraco a un Banco, fue introducido dentro de un vehículo Renault rojo, con el aparente propósito de conducirlo a las autoridades. Sin embargo, Moreno Parrado no fue llevado ante ningún funcionario, sino a un sector de la calle 6ª con carrera 18, en donde los captores manifestaron al detenido estar dispuestos a concederle la libertad a cambio de un millón de pesos.

"Moreno Parrado convenció a sus captores para que le permitieran comunicarse telefónicamente con su esposa en procura del dinero, y efectivamente la señora Luz Marina Prieto fue puesta al tanto de la situación, y por ello consiguió en préstamo $ 190.000.00 (sic) y acudió al lugar donde se encontraba el secuestrado, encontrando a éste ro-

deado de cuatro sujetos, quienes reaccionaron airadamente al saber que doña Luz Marina tan sólo había podido conseguir $ 290.000.00 para cubrir el monto del rescate; la colmaron de improperios y rechazaron el dinero que ésta puso en sus manos. Allí en la calle 6ª con carrera 18, los secuestradores abordaron el vehículo Toyota en que se movilizaba la señora Prieto de Moreno y le ordenaron tomar rumbo al sur de la ciudad, pero doña Luz Marina les prometió conseguir el resto del dinero exigido y para su cancelación acordó una cita con los secuestradores para las 5 de la tarde, de ese mismo día, frente a las instalaciones de CONAVI del Barrio Restrepo en Bogotá.

"Aprovechando esta pausa doña Luz Marina requirió consejo de su abogada la doctora Arlene Romero Barrera, quien la acompañó a la Dirección del F-2, donde se montó un operativo que culminó con la captura de los agentes de la Policía Florentino Urrego Beltrán (sic) y Omar Salguero en momentos en que se acercaban al vehículo conducido por la señora Prieto de Moreno con el fin de percibir el dinero prometido. Lograron escapar de esta acción los otros dos comprometidos: El también agente de la Policía Israel Suesca Guerrero y N.N.".

Actuación procesal:

1. Agotada la investigación, en cuyo desarrollo fueron vinculados mediante indagatoria los procesados, Beltrán, Salguero y Suesca, el Juzgado Quinto Especializado profirió auto de citación a audiencia en su contra por el delito de secuestro extorsivo.

2. Celebrada la diligencia de audiencia pública, se produjo el fallo de primer grado. En él, como ya fuera advertido, se impuso a cada uno de los procesados pena de setenta y seis meses de prisión, la cual, así mismo, fue reducida en un mes por el Tribunal al impartir confirmación al fallo de primera instancia.

3. Concedido el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados y admitido por la Corte, durante el traslado sólo se presentó demanda en nombre de Beltrán Urrego y Suesca Guerrero, pues Omar Salguero presentó desistimiento que le fue aceptado.

Las demandas:

1. La presentada en nombre de Florentino Beltrán Urrego: En lo esencial, el recurrente sostiene que, con respecto al procesado en mención, la sentencia es violatoria de la ley sustancial por vía directa, en cuanto en ella se dio *aplicación indebida* al artículo 268 del Código Penal, tipo de secuestro extorsivo, *excluyéndose de modo evidente la aplicación* del artículo 22, disposición consagratoria del fenómeno de tentativa, a consecuencia de lo cual se le impuso una pena exagerada y, por ende, no correspondiente.

En demostración del cargo así enunciado, aduce que la sentencia toma el hecho como *"consumado"*, cuando la prueba existente revela que ni el quejoso, ni su mujer, Luz Marina Prieto, entregaron al procesado y a los otros intervinientes en el hecho dineros o bienes de ninguna índole por dejarlo en libertad, máxime que los mismos repre-

sentantes de la autoridad, participantes en el procedimiento de rescate, advierten cómo la señora llevaba un paquete "bomba" dando la apariencia de ser el dinero exigido.

Si esto es lo evidenciado en el proceso —prosigue— y el tipo de secuestro extorsivo, tanto como la extorsión, exige para su configuración el propósito de obtener un provecho o cualquier utilidad o beneficio, lo cual lo hace pluriofensivo, no puede ser discutido en este caso que el *iter criminis* realizado no llegó a los actos de consumación. En apoyo de esta proposición, se citan pronunciamientos de la Corte en relación con la estructura del delito de extorsión para, conforme a ellos, concluir que el secuestro extorsivo admite la forma de aparición de la tentativa.

2. *La correspondiente al procesado Israel Suesca Guerrero.* Dos cargos son propuestos contra la sentencia, en cuanto ella tiene que ver con este procesado: Haber sido dictada en juicio viciado de nulidad y ser violatoria de la ley sustancial por vía indirecta, a consecuencia de error de derecho, por la estimación de una prueba asumida con desconocimiento del rito para su propia formación.

En relación con el primero, la nulidad, se le inscribe en la causal de haber sido violado el derecho de defensa al no decretarse la práctica de prueba de reconocimiento en fila de personas por parte del denunciante al procesado, sobre la base de que resultaría supérflua en razón a que el denunciante había permanecido en poder de sus captores por varias horas, así como innecesaria habida cuenta de que si bien el señalamiento hecho a Suesca por la víctima y su mujer, obrante al folio 8 del cuaderno principal, no corresponde a diligencia de reconocimiento, sí es un informe sobre la individualización o identificación del procesado.

Para el impugnante, el razonamiento anterior no corresponde a la realidad procesal, pues el informe en mención no aparece firmado por el denunciante, "sencillamente —continúa—, el Juzgado Quinto Especializado y el Tribunal Superior de Bogotá sobre la base equivocada de que el denunciante señor Luis Hernando Moreno Parrado *ya había identificado y señalado* al procesado señor Suesca como coautor del hecho punible en la diligencia de reconocimiento de fecha 18 de septiembre de 1987, no accedieron a la práctica de la diligencia...", por lo cual —se concluye— existiendo nexo de causa a efecto entre la negativa por la práctica de la prueba y el fallo recurrido, "con mayor razón cuando el citado organismo de segunda instancia predicó la responsabilidad con base única y exclusivamente en la diligencia de reconocimiento visible en el folio 8 del cuaderno número 1, denominada...informe sobre la individualización e identificación del sindicado Israel Suesca Guerrero por la víctima de los hechos y lo mismo...su esposa", "...resulta indudable que se estructuró la causal de nulidad que contempla el numeral 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal: Violación del derecho de defensa".

En demostración del segundo de los cargos en mención, el impugnante sostiene que se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad al fundamentarse la sentencia condenatoria proferida contra su cliente en una diligencia de reconocimiento que por las ilegalidades

en que se incurre en su producción por parte del Jefe de la Unidad de Contrainteligencia de la SIJIN, como que no recibió el juramento al testigo, no colocó al procesado en compañía de seis o más personas, se realizó sin la presencia de defensor y por funcionario incompetente, ha debido ser desestimada por el Tribunal, determinándose así la revocatoria del fallo proferido por el Juzgado Especializado, para en su lugar, dictar uno de carácter absolutorio, demandando en tal sentido y luego de citar como disposiciones procesales violadas los artículos 246, 310 y 390 del Código de la materia, la casación del fallo.

La opinión de la Procuraduría:

En su concepto, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte abstenerse de casar el fallo impugnado.

Al referirse a la demanda presentada en nombre de Florentino Beltrán Urrego, parte del supuesto que el delito de secuestro corresponde a la categoría de aquellos definidos como de resultado, consistente en la privación de la libertad de locomoción de la víctima. Con fundamento en esto, examina la situación fáctica acreditada en el proceso, concluyendo que ella se adecúa íntegramente al tipo consumado recogido en el artículo 268 del Código Penal, razón por la cual la violación de la ley sustancial invocada en la demanda no tuvo existencia.

En relación con la exigencia económica, en cuyo cumplimiento se basa el actor para calificar el hecho como tentativa y fundamentar la causal de casación que aduce, estima el Procurador que ella opera como ingrediente subjetivo del tipo y su no realización deja intacta la consumación de la conducta, situación no predicable del caso en examen, pues una tal exigencia se produjo, al punto que la esposa del secuestrado concurrió ante los captores llevando una cantidad de dinero que no les satisfizo en cuanto no correspondía a la pretendida. Con aclaración de que no es de la esencia de la norma cuestionada para el perfeccionamiento del reato la satisfacción plena de los propósitos utilitarios perseguidos por el agente, en lo cual se apoya en pronunciamiento de esta Corporación, concluye que el error en que se incurre por parte del casacionista consiste en confundir las nociones de delito *consumado* y delito *agotado*.

Respondiendo a la demanda en nombre del procesado Suesca, el Ministerio Público es de la opinión que entre los dos cargos formulados se presenta contradicción, como que en el de nulidad se plantea la invalidez del proceso, para luego, en el de violación indirecta de la ley, reconocerle validez e impetrar sentencia absolutoria.

Además de lo anterior, en el examen particularizado que de cada una de las censuras realiza, encuentra otro tipo de antitecnicismos. Así, en relación con la nulidad, observa cómo haciéndola consistir en violación al derecho de defensa, el casacionista no indica las normas tutelares de los derechos que se dicen vulnerados, ni establece con precisión cómo y por qué tales violaciones repercutieron desfavorablemente en contra del procesado.

En punto al segundo cargo por violación indirecta de la ley sustancial, destaca el Delegado la falta de integración de la proposición jurídica completa, en cuanto no se demuestra la violación de las normas procesales y cómo y en qué forma esta transgresión condujo a vulnerar las normas sustanciales.

Así mismo, se estima sin fundamento el reproche, pues, se sostiene, el recurrente toma la diligencia del folio 8 del cuaderno principal como de reconocimiento en fila de personas para denunciar la inobservancia de los requisitos establecidos en el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal, cuando los falladores en ningún momento le otorgaron ese carácter, como que se refieren a ella como un dato probatorio diverso al que otorgan entera credibilidad para efectos de la identificación de Israel Suesca Guerrero.

Consideraciones de la Corte:

1. Demanda presentada en nombre de Florentino Beltrán Urrego:

El error que se alega, consistente en haberse aplicado indebidamente el tipo de secuestro extorsivo, contemplado en el artículo 268 del Código Penal, por estimar que los hechos correspondían al delito consumado, cuando él en su desarrollo sólo alcanzó la forma tentada, lo cual condujo a dejar sin aplicación el artículo 22 ibídem, *para el caso en estudio, no corresponde.*

Es, el delito de secuestro, en su modalidad de extorsivo, de aquellos denominados de resultado, el cual se expresa en su forma consumada al producirse la privación de la libertad de locomoción de la víctima, con el propósito *de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo con fines publicitarios de carácter político, sin que sea indispensable la obtención efectiva del provecho o utilidad en mención, los cuales de no producirse, como ya tuviera ocasión de precisarlo la Sala en Casación número 3032 de 17 de enero de 1989, Magistrado ponente doctor Duque Ruiz, harían que la conducta no se* agotara, *dejando intacta su consumación.*

En este último aspecto, precisamente, radica la confusión del impugnante en la formulación del cargo. Equipara las nociones de consumación y agotamiento del hecho, para hacer trascender la realización de los elementos del tipo —consumación— a la satisfacción material de toda clase de intención propuesta —agotamiento— lo que le permite plantear que en cuanto no se entregó el dinero exigido por los secuestradores, el hecho corresponde a su forma de tentativa.

Pero, como viene de verse, no siendo elemento para la consumación del delito en examen la obtención de los beneficios indicados en la norma, los cuales operan a manera de ingrediente subjetivo como propósito, motivo o finalidad *en la conducta de privar de la libertad a otro, débese concluir la inexistencia de error en la selección del tipo de secuestro extorsivo consumado, para llevar a él la realidad fáctica acreditada en el proceso.*

En efecto; nadie discute y de hecho así acontece, que el 15 de septiembre de 1987, Luis Hernando Moreno Parrado fue retenido ilegal-

mente por cuatro sujetos quienes lo mantuvieron en cautiverio desde aproximadamente las once de la mañana hasta las cinco de la tarde en que fue rescatado por una patrulla de la policía al mando del Teniente Gabriel Fernando Vélez.

Del mismo modo, aparece acreditado con carácter indiscutible que por la liberación de Moreno Parrado sus captores exigieron un millón de pesos, de los cuales la mujer de éste, Luz Marina Prieto Rico, sólo pudo conseguir doscientos noventa mil los que una vez llevó a los secuestradores le fueron rechazados y enviada a obtener una cantidad mayor, oportunidad en la que dio cuenta de los hechos a las autoridades.

Esto significa, entonces, que desde el punto de vista de los elementos indicados en el tipo de secuestro extorsivo, en el artículo 268 del Código, la conducta aquí juzgada y por la cual se condenó al impugnante Beltrán Urrego, corresponde en su totalidad a la forma perfecta o consumada allí recogida, razón por la cual su aplicación indebida y consecuencial falta de aplicación de la forma de tentativa prevista en el artículo 22 del Código Penal que se alega, no posee fundamento.

Las citas jurisprudenciales que en apoyo de su tesis hace el recurrente, resultan inoportunas en cuanto hacen referencia al delito de extorsión y no al de secuestro extorsivo, razón por la que, como lo advierte la Corte en la decisión antes citada, los fundamentos para afirmar la tentativa en un caso no pueden ser los mismos para el otro, pues no sólo se trata de tipos penales de estructura distinta, sino que a través de ellos se tutelan bienes jurídicos diferentes, como que mediante el secuestro se atenta contra la libertad individual, lo cual hace indiferente para su consumación el daño a otro bien jurídico, mientras que en la extorsión se atenta contra el patrimonio económico, motivo por el que la ausencia de un resultado de tal naturaleza, al hacer, omitir o tolerar algo de connotación patrimonial, como se dijo en casación de 8 de abril de 1986, deja la extorsión en su forma de tentativa.

El cargo no prospera.

2. *La demanda en nombre de Israel Suesca Guerrero:* Ciertamente, como lo plantea el Procurador Delegado en su concepto, incurre el casacionista en contradicción al formular los cargos en esta demanda. Sin embargo, esta contradicción no surge de la simple propuesta de la causal de nulidad y de violación de la ley sustancial, en cuanto entraña la afirmación y negación de la validez del proceso, lo cual, ha sido entendido por la Sala, es factible de ser propuesto, siempre que en ello se cumplan las prescripciones del artículo 224-3, inciso 2º, es decir, que cada una de las causales corresponda a fundamentos propios y sean expresadas en capítulos separados.

El problema que ofrece la demanda en examen, es bien distinto.

Aquí el casacionista utiliza un mismo fundamento, el cual niega y afirma en relación con cada uno de los cargos. Así, refiriéndose a la nulidad, denuncia la omisión en la práctica de una prueba de reconocimiento en fila de personas a su cliente, la que habría conducido a acreditar su inocencia en los hechos y que le fue negada con la razón

de que resultaba supérflua, entre otras cosas, porque el procesado ya aparecía identificado e individualizado a través del informe del folio 8 del cuaderno principal. No obstante esto, funda el cargo de violación indirecta de la ley sustancial, en que la diligencia de reconocimiento del folio 8, adolece de vicios de legalidad en su formación, motivo por el cual se incurrió en error de derecho al tenérsela como única prueba para demostrar la responsabilidad de Israel Suesca Guerrero.

Alegación de tal factura, evidencia cómo sobre una misma circunstancia, el reconocimiento del procesado, se elaboran dos ataques al fallo de modo excluyente, pues no puede ser que se parte de la inexistencia del reconocimiento al procesado para pretender la invalidación del proceso y, así mismo, admitir su existencia, aunque con ilegalismos en su asunción, para, conforme a ella, atacar la apreciación que de tal medio se hizo en cargo de violación indirecta de la ley sustancial.

Al así proceder, se inobserva el principio lógico de no contradicción y por ende, se incurre en desacierto técnico en la elaboración de la demanda, comprometiendo muy seriamente el éxito del recurso.

Ahora bien: Débese destacar que en relación con la proposición y desarrollo de la causal de nulidad, yerra el censor al no señalar las disposiciones que tutelan los derechos vulnerados de acuerdo con su planteamiento y cómo tal vulneración reportó consecuencias desfavorables al sentenciado, pues simplemente se limita a sostener que de haberse practicado el reconocimiento de su cliente habría acreditado su inocencia.

En este sentido, no puede menos la Sala que identificarse con el razonamiento de la Procuraduría cuando sostiene que el recurrente no podría cumplir con una tal exigencia, ya que se basa en situaciones no existentes en el proceso, como que la prueba de reconocimiento se negó sobre la base de que resultaba supérflua en cuanto no se necesitaba frente a la identificación e individualización del procesado por medio del informe suscrito por el Capitán Germán Vanegas Murcia, visible al folio 8 del cuaderno principal.

Y, si esto es así, la falta de la prueba echada de menos por el censor, no posee la virtualidad de modificar, en sentido opuesto al declarado en el fallo, la situación del procesado Suesca Guerrero.

No prospera el cargo.

El rechazo a la censura consistente en que se violó la ley sustancial por modo indirecto, al incurrirse en error de derecho por falso juicio de legalidad, debido a que se tuvo como prueba el "reconocimiento" al procesado Suesca Guerrero, cuando él adolece de vicios en las formalidades para su validez, se impone desde la consideración del supuesto equivocado del cual parte el recurrente.

Asume, en la proposición y desarrollo del cargo, que la diligencia del folio 8 del cuaderno principal, en la cual se señala a Suesca Guerrero como uno de los agentes del hecho, es de reconocimiento en fila de personas y conforme a los ritos que él debe reunir, según la ley, pretende demostrar ilegalidades en su producción. No obstante, como ya fuera advertido, con mucha anterioridad al fallo, precisamente para

negar la práctica del reconocimiento solicitado por el defensor en que se funda la nulidad anteriormente descartada, se estableció que el reconocimiento en fila de personas no es el único medio para identificar una persona y que el procesado en mención ya estaba identificado mediante el "*informe*" del folio 8 del cuaderno principal.

Con ese mismo carácter, fue tomado en el fallo, lo cual obligaba al recurrente, si de atacarlo se trataba, a tener que aceptarlo con la naturaleza reconocida por el sentenciador, es decir, como informe, pues si lo toma como reconocimiento, sin duda se está refiriendo a un dato probatorio distinto y no contemplado, frente al que no sería dable discutir si reúne o no las formalidades para su validez.

Este desacierto, indefectiblemente hace fracasar el reproche, el cual, en su desarrollo, no corresponde a la formulación de una proposición jurídica completa, en cuanto se omite indicar las normas sustanciales que resultan infringidas a consecuencia de la violación medio de las normas probatorias señaladas.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL. Prohibición

La prohibición de libertad provisional se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 51 (julio 29 de 1991).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, mediante providencia de octubre 30 de 1990, formuló resolución de acusación al doctor *Rómulo Amadis Pinto Solano*, como presunto responsable del delito de prevaricato por acción, en hechos sucedidos cuando se desempeñaba como Juez Penal Municipal de Río de Oro (Cesar).

Surtido el trámite de la instancia, rindió concepto el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien impetra la confirmación del auto atacado.

Hechos:

Los narra el *a quo* en la providencia impugnada así:

> "El día miércoles 24 del mes de enero del año en curso, a eso de las nueve de la noche, en la población de Río de Oro, se dirigió a la Heladería Madonna, de propiedad de Ciro Alfonso Osorio Rivera, la joven Rubiela Niño Sánchez, quien iba acompañada del menor Gustavo Osorio, hijo del propietario del establecimiento. La mencionada mujer le solicitó como tía del menor, al señor Osorio Rivera que le diera una paleta a éste, a lo cual Osorio reaccionó diciéndole que no había que acostumbrar al niño a comer paletas todas las noches, y como la resentida tía le dijera al niño que se fuera llorando, el propietario reaccionó dándole una bofetada a ella, tal como claramente lo expresa la agredida en su denuncia. La presunta lesionada formula su denuncia ante el

Juzgado Promiscuo Municipal de Río de Oro, por el delito de lesiones personales adjuntando a la misma una certificación médica en el cual se hacía alusión a 'un ligero eritema a nivel de la mejilla'. El Juez sindicado, sin adelantar ninguna indagación previa resuelve abrir investigación penal por el hecho denunciado; ordena remitir a la presunta lesionada al mismo médico para que éste dictamine sobre las lesiones, y, no obstante que el referido galeno manifiesta que el eritema hallado a la reconocida no ameritaba 'incapacidad alguna', y que no existía en el expediente ninguna otra prueba que pudiera evidenciar una lesión personal, resuelve proferir contra el imputado Osorio Rivera medida de aseguramiento por el delito prementado, en la modalidad de conminación, e imponerle una serie de obligaciones colaterales. El asegurado creyéndose lesionado en sus derechos formula denuncia penal contra el Juez Pinto Solano, por modo que son esos los hechos generados del presente proceso".

Actuación procesal:

a) El señor Ciro Alfonso Osorio Rivera presentó denuncia contra el doctor Rómulo Amadis Pinto, Juez Penal Municipal de Río de Oro (Cesar), por considerar que este funcionario se ha dedicado a atropellarlo, como consecuencia de haberle cobrado, la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) que le adeuda y haberle suspendido el crédito en su establecimiento llamado "Discoteca MADONNA".

Afirma el denunciante, que fue llamado a indagatoria acusado de haber dado una bofetada a la mujer Rubiela Niño, oportunidad en la que el doctor Amadis Pinto le dijo que contratara un buen abogado porque lo iba a meter a la cárcel. Agrega que su defensor el doctor Virginio Durán resultó preso por asistirlo gratuitamente, y a él le concedieron "libertad condicional" con presentaciones al Juzgado cada 15 días.

En una declaración posterior, Osorio Rivera asevera que el Juez denunciado se presentaba en su negocio a altas horas de la noche en estado de embriaguez y acompañado de amigas, sometiéndolo a que lo atendiera, no obstante que sólo estaba permitido hasta las doce (12) de la noche, pero él le decía que era el Juez Penal Municipal y si llegaba la Policía o el Alcalde, arreglaba el problema porque tenía más autoridad que ellos.

Insiste en que el doctor Pinto Solano le adeuda doce mil pesos ($ 12.000.00) y que dejó de ir al negocio porque se los cobró. Estima que la medida de aseguramiento dictada en su contra es para satisfacer la amistad que el Juez tiene con Carmenza Alfaro (hermana de la presunta lesionada) y como represalia por no haberle dado más crédito en el negocio.

Narra que la detención de su defensor se debió a que le presentó al funcionario un escrito en el cual le pedía explicación sobre la norma que lo autorizaba a actuar con el indagado en la forma que lo estaba haciendo, solicitud que el Juez consideró irrespetuosa, ordenando su privación de la libertad por cinco días;

b) Se acreditó debidamente la calidad de Juez Penal Municipal de Río de Oro, del doctor Rómulo Amadis Pinto;

c) Se allegó copia auténtica del proceso seguido al denunciante, y en el cual se presentaron las irregularidades investigadas;

d) Llamado a rendir indagatoria, el acusado aceptó haber proferido medida de aseguramiento de conminación contra Ciro Alfonso Osorio Rivera, teniendo en cuenta que en el expediente obraba una certificación médica según la cual la ofendida presentaba un eritema a nivel de la mejilla, y posteriormente en otra certificación se dijo que había sido producida por un elemento contundente. De otra parte, el indagado afirma que en el proceso se recibieron algunas declaraciones que daban cuenta que Rubiela Niño había estado el día de los hechos en el establecimiento del sindicado, de donde dedujo algunos indicios que por lo menos ameritaban la medida que tomó. Agrega que el procesado había podido impugnar dicha decisión, ya que los recursos están instituidos para corregir los posibles yerros en que incurren los administradores de justicia, pero como lo que buscaba era perjudicarlo, por eso recurrió a la denuncia con acusaciones temerarias.

Niega ser amigo de Carmenza Alfaro, ser deudor del denunciante y haber llegado a hacerle abrir su negocio, imputaciones que atribuye a cuestiones políticas y a la sanción de arresto que le impuso al doctor Virginio Durán. Preguntado sobre la razón por la que no adelantó diligencias preliminares para establecer si los hechos que denunciaba Rubiela Niño eran o no constitutivos de infracción penal, contestó: "He podido hacerlo o no, al considerar que es una decisión casi que subjetiva o facultativa, con relación a ello, debo decir que se abrió investigación por los motivos que expuse antecedentemente, es decir, la constancia del médico donde daba cuenta que la denunciante había sido agredida, las declaraciones indiciarias e inclusive la misma denuncia de la agraviada, factores estos que me dieron la pauta para abrir el proceso".

Similares respuestas dio en la versión libre que se le recibió durante la indagación preliminar;

e) Cerrada la investigación el doctor Amadis Pinto presentó un memorial el cual insiste en que el denunciante ha debido recurrir el auto que le imponía la conminación, ya que es un ser humano no exento de la posibilidad de equivocarse. Estima que la acción en su contra se debe a problemas con el abogado de Ciro Osorio y anexa varias fotocopias así: Tres declaraciones recibidas por la Oficina Seccional de la Procuraduría en Ocaña, cuyo contenido se refiere a lo siguiente: Tomás Quintero Sánchez narra que una enfermera lo denunció porque hizo un comentario en el puesto de salud sobre la deficiente atención, oportunidad que aprovechó el Juez para abrirle sumario, ya que él quería mucho a la enfermera denunciante; Leonel Ruedas Chinchilla dice que lo denunciaron por calumnia y el Juez le dijo que para que rindiera la declaración debía llevar abogado, que le tocó pagar cinco mil pesos ($ 5.000.00) en el Juzgado y diez mil pesos ($ 10.000.00) a su apoderado, y quedó con presentaciones cada quince días. El doctor Virginio Durán le aconsejó que denunciara esa injusticia, pero él le dijo que no se ponía a eso; Jimmy Estévez Urón

Márquez cuenta que fue denunciado por su hermano por violación de domicilio y daño en cosa ajena, pero conciliaron y el proceso fue archivado. Como no sabe derecho penal no puede decir si hubo de parte del Juez extralimitación o no.

Copia del memorial presentado por el doctor Virginio Durán, en el cual lo acusa de atemorizar a las gentes humildes y laboriosas de esa comarca. Le sostiene que es un hecho notorio la amistad que el funcionario tiene con Carmenza Alfaro, hermana de la denunciante y le reprocha el haber llamado a indagatoria a su defendido, sin existir dictamen del médico legista, ni el más leve indicio de la comisión del delito. Solicita que se ordene la cesación de procedimiento, con la advertencia de que si no lo hace, acudirá ante las autoridades para que investigue su conducta. Como consecuencia de ese escrito, el Juez Amadis Pinto le impuso al abogado cinco días de arresto, mediante la Resolución número 001 de febrero 13 de 1990, cuya fotocopia también allega.

Finalmente, aporta fotocopia del memorial en el cual el defensor de Ciro Osorio le formula recusación por tener animadversión contra su cliente, debido al no otorgamiento de más crédito en la Discoteca Madonna por mora en el pago, y contra él, por haber cancelado su amistad meses atrás. En el expediente se ve que el Juez no aceptó la recusación, pero en el mismo auto se declaró impedido y remitió el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Aguachica, en donde fue admitido.

f) En su alegato de fondo, la Fiscal Primera del Tribunal Superior de Valledupar solicita que se profiera llamamiento a juicio contra el doctor Rómulo Amadis Pinto, por el delito de prevaricato previsto en el artículo 149, Título III, Capítulo VII del Código Penal, por cuanto los elementos de juicio con que el acusado contaba, le indicaban que la conducta del indagado Osorio Rivera era atípica y no obstante eso le dictó medida de aseguramiento.

Providencia impugnada:

En el auto de llamamiento a juicio, el Tribunal Superior analiza los requisitos para proferirlo así: a) La calidad de empleado oficial del imputado está demostrada con la copia del acuerdo mediante el cual fue designado Juez Penal Municipal de Río de Oro, la certificación expedida por el Alcalde Municipal, en la que dice que ha venido desempeñando el cargo desde el 1º de diciembre de 1988 (fl. 54), y dos copias auténticas del acta de posesión (En la providencia dice "Juez Promiscuo Municipal", pero se trata de un error ya que los documentos acreditan que el cargo ocupado es Juez Penal Municipal); b) En el folio 29 del expediente contra Ciro Alfonso Osorio, por el delito de lesiones personales, aparece la medida de aseguramiento de conminación, sin que se aduzca prueba siquiera sumaria del delito endilgado, como lo exige el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Esto demuestra que la resolución tomada por el Juez es manifiestamente ilegal y por lo tanto típica.

La responsabilidad del incriminado la concreta el *a quo* en lo siguiente: 1. Abrió investigación sin averiguar qué es un eritema, y el

mismo día en que recibió la denuncia. 2. El perito médico dictaminó con suma claridad que el eritema inferido no ameritaba incapacidad alguna, y no estaba demostrado en el sumario por otros medios algún menoscabo físico o en la salud producido por la bofetada, sin embargo, en auto carente de motivación, el Juez le impuso a Osorio Rivera medida de aseguramiento en la modalidad de conminación y otra serie de obligaciones colaterales. 3. El dolo es incuestionable, porque el implicado sabía que la señora Rubiela Niño no había sido objeto de ninguna lesión, porque la tuvo al frente recibiéndole la denuncia y para entonces el eritema había desaparecido. En segundo término, el dictamen es muy claro sobre la inexistencia de lesión, y además, ninguno de los declarantes manifestó haber presenciado agresión alguna.

La calificación provisional es prevaricato "comisivo", previsto en el título tercero, capítulo séptimo del Código Penal, con la causal de agravación genérica del numeral 11 del artículo 66 *ibídem*.

Se le concede la libertad provisional de acuerdo con la causal 1ª del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, pues en el caso de condena la pena sería inferior a tres años y únicamente concurre causal genérica de agravación.

Fundamentos de la impugnación:

En el escrito presentado ante el Tribunal, el defensor admite que la conducta desplegada por Osorio Rivera al producir la "cachetada", no es reprimible penalmente, pero cuestiona la existencia del dolo, "puesto que los hechos indicadores no alcanzan a revestir la calidad de graves; son realmente indicios leves o primarios y que se me perdone, pero a veces son conjeturas que obedecen más al criterio del juzgador que la (sic) espíritu de la norma investigativa".

Dentro del término de traslado en la Corte, y actuando un nuevo defensor, entregó dos memoriales cuya síntesis es la siguiente:

Plantea atipicidad de la conducta desplegada por el doctor Pinto Solano, por cuanto no se da el ingrediente normativo previsto en el artículo 149 del Código Penal, consistente en que la resolución o el dictamen sean "manifiestamente contrarios a la ley".

Asegura que el eritema causado a la señorita Rubiela Niño es una lesión personal, ya que aquél consiste en un "enrojecimiento o rojez patológica, o inflamación superficial de la piel o manchas rojas, o congestión o dilatación de los capilares...", y por esta "se entiende cualquier cambio o de la integridad física, cualquier modificación en el organismo o cualquier alteración en el cuerpo producido por la acción de un agente externo".

Estima que toda lesión amerita una incapacidad y si el médico no lo señaló fue por error suyo, quizá debido a que no se trata de un médico legista y a que en el momento que actuó como perito oficial ya no encontró el eritema.

Las lesiones previstas en el artículo 332 del Código Penal, por las cuales su defendido profirió medida de aseguramiento, no fija en días el mínimo de incapacidad, lo que indica que este puede ser de horas,

minutos o incluso segundos. Desde este punto de vista el eritema ocasionado a Rubiela Niño ameritaba alguna incapacidad, por breve que fuera.

Finalmente, reitera sus conceptos sobre lo que la doctrina considera lesión personal, para concluir en la atipicidad de la conducta de su poderdante, lo que en su sentir lo releva de referirse a la antijuricidad y culpabilidad.

En un memorial adicional, refuta el concepto del Procurador Delegado, el cual considera erróneo, porque afirma que el artículo 331 del Código Penal es un "tipo preceptivo" incompleto, que a nada obliga y por lo tanto nada preceptúa, cuando se trata en realidad del tipo básico de lesiones personales.

Censura también la opinión del Ministerio Público, en cuanto a la apreciación de que no existía prueba suficiente para proferir medida de aseguramiento. En primer lugar, asevera que este argumento es incompatible con el anterior, esto es, con la inexistencia del delito de lesiones personales. En segundo lugar, intenta demostrar que la prueba requerida legalmente sí existía, para ello relaciona la certificación médica, la declaración de la víctima y un indicio que construye a partir de esos dos medios probatorios.

Hace algunas reflexiones sobre el delito de prevaricato, y termina formulando una serie de interrogantes sobre aspectos tratados en sus memoriales.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita la confirmación de la resolución de acusación y el otorgamiento de la libertad provisional, con fundamento en los siguientes planteamientos:

"La conducta del Juez acusado es manifiestamente ilegal, porque el hecho denunciado, además de no reunir la prueba necesaria para determinar medida de aseguramiento, no constituye un comportamiento típico".

"En el proceso de adecuación típica de una conducta al delito de lesiones personales, no basta considerar el comportamiento descrito en el artículo 331 del Código Penal por tratarse de un tipo preceptivo (incompleto), que en su contenido enunciativo no revela cuál es la específica conducta que el legislador pretende sancionar y la que, por consiguiente, configura la ilicitud punible. Para ello es indispensable acudir a los tipos sancionatorios previstos en los artículos 332 del comentado estatuto que sí concretan el hecho punible en razón del resultado ocasionado con el daño producido en el cuerpo o a la salud de otro, y que conforme a cada efecto asignan la pertinente pena. Así, no es cualquier daño en el cuerpo o la salud del sujeto pasivo de la acción lo que configura el delito de lesiones personales, sino aquél que produce alguno de los resultados previstos en las disposiciones del Código Penal, ya enunciadas".

"En este caso no emergía al aservo probatorio la comisión de hecho punible alguno, por cuanto Rubiela Niño Sánchez denunció, cinco días después de los hechos, una agresión consistente en una 'bofetada'; los reconocimientos médicos revelaron que ese ataque sólo produjo un eritema, o sea, una inflamación superficial de la piel, pero sin incapacidad alguna, luego, no se produjo una alteración orgánica o física de las descritas en los artículos 332 a 338 del Código Penal, que son las penalmente sancionables".

Agrega el colaborador Fiscal, que a la sindicación que se hizo recaer contra Osorio Rivera no se allegó prueba alguna que lo comprometa como autor de la agresión, pues no hubo testigos presenciales de los hechos y el imputado negó su participación en ellos. En síntesis no existe indicio grave de que se hubiera cometido el delito de lesiones y menos aún de que el indagado fuera el autor.

La crítica del apelante por la credibilidad que los Magistrados otorgaron al dicho del denunciante, en su opinión carece de importancia, ya que la demostración de la conducta del doctor Pinto Solano no está sustentada en esa versión, sino que coincide con el acto procesal en el cual resolvió la situación jurídica del querellante.

No comparte la deducción de la causal de agravación genérica del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, por considerar que ya se tuvo en cuenta para adecuar el comportamiento del tipo penal con sujeto cualificado, por lo tanto solicita la modificación del proveído impugnado en ese aspecto.

Por último, solicita que la Sala reconsidere el criterio expuesto en la decisión de 31 de enero de 1989, en la cual negó el otorgamiento del beneficio de la libertad provisional a un sindicado de privación ilegal de la libertad, con fundamento en el artículo 441, numeral 4º del Código de Procedimiento Penal. Sus razones son:

El artículo 27 del Código Civil dice: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu..." Esta norma "en ningún momento está autorizando la apreciación literal de la ley por su claridad gramatical, sino que está sometiendo la aplicación literal a la previa claridad del sentido de la ley".

El tenor literal del artículo 441 numeral 4º citado, es inteligible, "lo que no es claro es su sentido como parte de la ley procesal que debe 'seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones...' (Ley 52 de 1984, art. 1º) y cuya finalidad, además, es 'la efectividad del derecho material y de las garantías debidas' a las personas que intervienen en el procedimiento (art. 11, C. de P. P.)".

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal contraría el artículo 68 del Código Penal, en la medida en que un condenado a pena de prisión inferior a tres años, que no requiere de tratamiento penitenciario, tiene derecho a no ser privado de la libertad, por lo tanto resulta incongruente que en el curso del proceso se le desconozca ese beneficio "...no tiene sentido aplicar anticipadamente una pena que el condenado no está obligado a descontar efectivamente".

La prohibición del artículo 441 ha de entenderse con respecto a la forma como regula la excarcelación el artículo 439 numeral 1º, y como excepción al otorgamiento de la libertad provisional sin consideración al factor subjetivo, es decir, que existiendo la prohibición es necesario determinar si el procesado requería o no de tratamiento penitenciario.

Consideraciones de la Sala:

1º Se acreditó debidamente, que el doctor Rómulo Amadis Pinto Solano actuó en el proceso que originó esta investigación en calidad de Juez Penal Municipal de Río de Oro (Cesar).

2º De acuerdo con las copias auténticas del expediente que obran en autos, está plenamente acreditado que el 29 de enero de 1990, el Juez acusado recibió una denuncia formulada por la señorita Rubiela Niño Sánchez, en la cual sindica a Ciro Osorio, padre de su sobrino, de haberle dado a ella "una bofetada en la mejilla derecha", en las horas de la noche del día miércoles 24 inmediatamente anterior. Aunque en la diligencia no se dijo nada, a continuación se anexó una constancia médica del centro Materno Infantil, en la cual dice que luego de ser examinada el día de los hechos, "se encontró que presenta *ligero eritema* a nivel de la mejilla del lado derecho" (subraya la Sala).

Ni la denunciante manifestó haber sido lesionada (únicamente dijo que recibió una bofetada), ni el Juez hizo observación alguna al respecto, ni la constancia del médico particular permitía inferir lesiones que justificaran la acción penal, sin embargo, el Juez resolvió abrir investigación el mismo día que recibió la denuncia, disponiendo entre otras diligencias, la indagatoria del sindicado y el reconocimiento médico de la presunta ofendida. De este hecho ya se puede inferir el interés del funcionario en procesar a Ciro Osorio, porque es evidente que no ha debido dictar auto cabeza de proceso hasta adelantar las diligencias preliminares, que le permitiera tener mejores elementos de juicio sobre la verdad de los hechos y su adecuación típica, aspectos que en ese momento eran inciertos.

3º Las personas citadas en la denuncia como testigos de la agresión, Felisa Sánchez Rodríguez (fl. 113), Rosmery Jiménez Quintana (fl. 22) y Mireya Pacheco (fl. 25), fueron unánimes en afirmar en sus respectivas declaraciones, que no vieron absolutamente nada. La nueva certificación médica expedida en enero 29, día de la denuncia, por el mismo doctor que hizo el reconocimiento inicial, es clara en señalar que: "En la fecha se practicó primer reconocimiento médico legal a la señorita Rubiela Niño Sánchez. *Al examen físico no se encontró lesión.* Le adjunto certificación expedida mi persona el día 24 de los corrientes". Pasados algunos días el doctor amplía el dictamen a solicitud del señor Juez, en cuya certificación dice que el eritema "fue producto posiblemente por objeto contundente, *y no amerita incapacidad alguna*".

El indagado manifestó no tener ningún trato con la denunciante y negó haber sido autor del hecho imputado, el que calificó como

un invento y una mentira. A su vez, acusó a su antigua compañera de nombre Carmenza, hermana de la denunciante, de ir hasta su negocio a insultarlo y a crearle problemas.

No obstante la precaria situación probatoria y la claridad del dictamen médico, el Juez Pinto Solano encontró mérito para imponerle al indagado medida de aseguramiento de conminación, por el delito de lesiones personales.

El defensor, para tratar de demostrar que sí existía la prueba requerida para imponer la conminación, construye con el certificado médico que acredita el eritema y la afirmación de la denunciante, un indicio que califica como "grave", conclusión francamente inaceptable, de una parte, porque el dictamen no ofrece ningún elemento para deducir la identidad del autor, y de otra, porque el dicho de la denunciante no encontró respaldo ni siquiera en los testigos citados por ella.

4º Pero lo que resulta manifiestamente contrario a la ley, es que aún en el hipotético evento de que hubiera existido la prueba necesaria para endilgarle la autoría de la bofetada a Ciro Osorio, no había ninguna razón para considerar típico ese comportamiento.

La doctrina universal mantiene la discusión sobre el ámbito que comprende los conceptos de salud e integridad corporal, como bienes jurídicos protegidos con las normas penales que sancionan las lesiones personales.

Mientras para algunos sólo se afecta el bien jurídico con atentados que alteren en forma temporal o permanente el funcionamiento, la actividad del sujeto, para otros basta un menoscabo en la salud personal, así no impida el desarrollo de la actividad habitual del ofendido, ni exige asistencia médica. Esta es una controversia doctrinal, pero como es obvio, la tipicidad depende es de lo previsto en la ley.

Los ataques leves que dejan en el cuerpo una huella, sin que constituya enfermedad, por ejemplo una contusión sin solución de continuidad o una escoriación, el Código Penal Italiano los tipifica como delito de "golpes" (art. 581) (Manual de Derecho Penal, Silvio Ranieri, Tomo V, pág. 353, Derecho Penal, Giuseppe Maggiore, Tomo IV, pág. 329); el Código Penal Español consagra en un tipo especial (art. 582), los golpes y maltratos de obra a otro sin causarle lesión; el Código Penal Cubano (art. 328-1) describe expresamente el comportamiento del que "maltrate de obra a otro cuando las lesiones que cause no dejen secuela ni necesiten asistencia médica", y lo sanciona con multa. En la legislación colombiana, máximo daría lugar a injurias de hecho, si injurar fue la intención del autor, o de no tipificarse penalmente, podría caer en el campo del Derecho Policivo.

El Código Penal describe como delito de lesiones. "El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud", y es punible cuando el daño consistiere —por lo menos— "en incapacidad para trabajar o enfermedad". La adecuación típica debe realizarse tomando el precepto previsto en el artículo 331, y completándolo con las normas sancionatorias de los artículos siguientes, de tal forma, que si no existe lo descrito en el precepto, o existiendo éste la consecuencia no está consagrada en ninguna disposición, la conducta es atípica.

El punto fundamental no radica en aceptar si el "ligero eritema" certificado inicialmente por el médico en consulta particular, inexistente para el momento del primer dictamen médico legal, puede llamarse o no lesión personal, pues lo evidente es que ese maltrato no generó ninguna incapacidad, y con la simple lectura del Código se ve que es un resultado atípico.

No es que el artículo 331 del Código Penal a nada obligue o nada preceptúe, como lo afirma el defensor malinterpretando el concepto Fiscal; todo lo contrario, contiene el precepto, la descripción de la conducta, pero la consecuencia punible se encuentra en las demás normas, que sirven para completar su estructura. Tampoco es una "personalísima interpretación" del Procurador Delegado, llamar al artículo 331 tipo "incompleto" de carácter "preceptivo", pues ese es el nombre común utilizado por doctrinantes nacionales y extranjeros, el cual, ciertamente se ajusta al contenido del tipo.

No se le puede aceptar al señor defensor, la afirmación, apoyada en la obra "Juristas y Medicina", de que "toda lesión por pequeña o leve que sea implica una incapacidad", pues si su opinión es que por lesión personal "se entiende cualquier cambio de la integridad física, cualquier modificación en el organismo o cualquier alteración en el cuerpo producido por la acción de un agente externo", resulta lógico y evidente, que hay alteraciones que no producen incapacidad para trabajar ni enfermedad, que son los efectos que prevé la ley. Pero la incorrección de la tesis no deja duda, si además pretende señalar él mismo la incapacidad, con la excusa de que el médico estaba obligado a hacerlo, pues eso significa cambiar el dictamen, en donde el perito claramente dijo que el "ligero eritema" no produjo incapacidad alguna.

El procesado sabía que para que una lesión personal sea típica, debe producir —por lo menos— incapacidad para trabajar o enfermedad, prueba de ello es que al remitir a la denunciante al reconocimiento médico legal, solicitó en el oficio que se precisara la "incapacidad y posibles, secuelas" (fl. 4). Posteriormente, de manera oficiosa le pidió nuevamente al médico que certifique "...qué incapacidad pudo causarle a la señora Rubiela Niño Sánchez, el eritema, que según certificación suya de fecha 24 de enero presentaba dicha señora..."

Aún con la respuesta negativa del médico legista, clara, sin posibilidad alguna de que pudiera interpretarse de manera diferente, el Juez en forma tortícera dice en el auto: "El delito porque (sic) se procede, está tipificado dentro del Título XIII, Capítulo Segundo del Código Penal, con la denominación de lesiones personales, con incapacidad para trabajar o enfermedad, sancionado con una pena de arresto que oscila entre dos meses a dos años y multa de cien pesos a mil pesos". Cuál incapacidad, si el dictamen del perito descartó esa conclusión? No existe la más mínima posibilidad de que se tratara de un error del fallador, en cambio si encuentra respaldo procesal, la afirmación de la existencia del dolo hecha por el Tribunal.

Para imponerle al indagado medida de aseguramiento, necesitaba imputarle un delito, y siendo evidente que la conducta endilgada era atípica, no tuvo ningún reparo en someterlo a conminación, eludiendo

en el auto toda referencia al punto concreto de la incapacidad, y a la parte del dictamen médico en el cual le informan que esta no existió.

La calificación provisional realizada por el Tribunal, en cuanto el llamamiento a juicio es por el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del libro segundo, título tercero, capítulo séptimo del Código Penal, es correcta, y no existió la informalidad que insinúa el defensor que interpuso el recurso de apelación, para ello basta mirar el folio 14 de la providencia. La circunstancia de llamar al prevaricato "comisivo", no genera ninguna confusión ni afecta la ritualidad del proceso, pues del término utilizado y del contexto, resulta perfectamente claro que se refiere al de "acción", precisamente así lo entendió el propio impugnante.

5º El Juez se precipitó a abrir investigación sin existir fundamento suficiente para ello; la bofetada no produjo ninguna consecuencia punible, de la cual estaba perfectamente consciente, y sin embargo impuso una medida de aseguramiento de conminación; sus descargos, antes que ofrecer una explicación atendible, se limitan a decir que para eso son los recursos, argumento absurdo, porque si fuera así, el prevaricato sólo existiría en las decisiones inimpugnables. Con los elementos anteriores acierta el *a quo* al estimar que obró con dolo.

6º Las circunstancias genéricas de agravación, no modificadoras del límite mínimo y máximo de la punibilidad, se deducen en el momento de dictar sentencia, por lo tanto no es todavía oportuno discutir sobre si procede o no su aplicación. Se debe, eso sí, responder al Procurador Delegado, que la Corte ha admitido la procedencia de la agravante del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, aún en casos en que la condición de empleado oficial es exigida por el tipo, luego esa no es razón para excluirla automáticamente. Al respecto se pueden consultar fallos de noviembre 21 de 1990, con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz, y de marzo 20 de 1991, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido.

7º La libertad provisional. El Tribunal Superior otorga al procesado el beneficio de la libertad caucionada, prevista en la causal 1ª del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, sin mencionar la prohibición del numeral 4º del artículo 441 *ibidem*, motivo por el cual se desconoce su criterio al respecto.

En pronunciamientos anteriores la Corte ha negado la concesión de la libertad provisional, cuando el delito por el que se procede está incluido en la lista del numeral 4º del citado artículo 441, con el argumento de que la prohibición es perfectamente clara, y no se puede desconocer su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

La regla de interpretación del artículo 27 del Código Civil, a lo cual se refiere el Ministerio Público, dice:

> *"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.*

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

En el caso de la prohibición en comento, el sentido no es claro, pues precisamente resulta un contrasentido, que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, descontará en prisión toda la pena o una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo.

El tenor literal del artículo 441 es: "No tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1 del artículo 439 de este Código", y el numeral primero dice: "Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita de tratamiento penitenciario".

Esto permite inferir, que la prohibición de libertad provisional se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario. Dicho en sentido contrario, en los casos previstos en el artículo 441, se puede negar la libertad cuando el procesado requiere de tratamiento penitenciario.

Esta interpretación sugerida por doctrinantes y expositores nacionales y propuesta por el Ministerio Público, considera la Sala que se ajusta a una debida apreciación sistemática de la ley, y evita situaciones contradictorias e injustas, que constituyen motivo suficiente para variar la jurisprudencia en aras de una mejor administración de justicia. Además, este entendimiento coincide con el propósito del legislador de que la excarcelación constituya la norma general.

Con esta motivación, el auto recurrido será confirmado también en cuanto a la libertad provisional concedida al imputado, pero afirmando la necesidad de que durante la etapa probatoria del juicio se indague más sobre la imputación del denunciante y su defensor, en cuanto a la deuda a cargo del Juez por consumo en la discoteca, y su actitud arbitraria para exigir atención en horas no permitidas, pues en el hipotético evento de una sentencia condenatoria, es un factor importante para definir si requiere o no de tratamiento penitenciario.

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

Resuelve:

Confirmar la resolución de acusación recurrida, con las observaciones consignadas en la parte motiva.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Referencia: Proceso segunda instancia 5749. Contra: Rómulo Amadis Pinto Solano. Delito: Prevaricato por acción.

Invariablemente he venido sosteniendo en Sala Penal que las circunstancias de agravación punitiva pergeñadas en el artículo 66 del Código Penal, deben ser deducidas en el auto que califica el mérito del sumario y en jamás de los jamases en el cuerpo de la sentencia, so pena de quebrantar el derecho de defensa. Como este criterio lo rechaza la mayoría me veo precisado a manifestar mi voto disidente. En este aspecto, me remito a la dialéctica contenida en mis anteriores salvamentos de voto.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado.

Fecha *ut supra*.



REFORMATIO IN PEJUS. PENA

Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado, o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia (En el mismo sentido providencia del doctor Dídimo Páez Velandia - Proceso número 5113)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 052.

Vistos

El procesado *Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez* o *Aldemar Libreros Reyes* solicita a la Corte remitir su proceso al Juzgado Treinta Penal del Circuito de esta ciudad a fin de que se pronuncie sobre la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, por confesión y, además porque tal como lo dispone la nueva Constitución Colombiana, el "Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Treinta Penal del Circuito de esta ciudad mediante sentencia de fecha 22 de agosto de 1990, condenó al peticionario a la pena privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión como autor del delito de hurto agravado y calificado, sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de Bogotá en fallo de fecha 14 de febrero último para fijarla en *cincuenta y dos (52) meses de prisión.*

Ha dicho reiteradamente esta Sala que corresponde al Juez de primera instancia decidir, al momento de tasar la pena, sobre la presencia o no de los requisitos legales para el reconocimiento de la rebaja de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal; el Tribunal como juzgador de segunda instancia, al desatar el recurso de apelación o al decidir sobre la consulta cuando la hubiere, o la Corte en sede de casación en el evento de la prosperidad de la demanda que se presentare en nombre de los recurrentes, siempre y cuando sea tema del correspondiente libelo.

En tales condiciones, una vez dictados los fallos de primera y segunda instancia y estando el expediente en tramitación del recurso extraordinario de casación, resulta improcedente la petición de Durán Ramírez ya que precisamente se halla el proceso en traslado a su apoderada para que presente la correspondiente demanda de casación, y solamente con base en la prosperidad de las acusaciones que se presenten, podrá la Sala aceptar o rechazar su pretensión.

Respecto de la segunda petición del procesado se tiene:

El artículo 31 de la Constitución Nacional de 1991, dispone:

> *"Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.*
>
> *"El Superior no podrá agravar la pena cuando el condenado sea apelante único".*

Del contenido de la anterior disposición constitucional se tiene que como regla general todas las sentencias son recurribles o consultables, salvo las excepciones que determina la ley.

El artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 14 del Decreto 1861 de 1989) enseña que son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, "la sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito por el que se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades de estado de sitio o emergencia económica, o de delitos cuya investigación se atribuya por el Ejecutivo a determinados Jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional".

Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado (entendido éste como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia, pues ello viola la norma constitucional antes transcrita.

En el caso presente la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Penal del Circuito por la cual se juzgó y condenó al mencionado procesado es por el delito de hurto agravado y calificado, es decir, no tiene el grado de consulta de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y fue recurrida exclusivamente por el procesado, es decir, la pena impuesta en la sentencia de primer grado no puede ser agravada por el Tribunal según las voces del mandato constitucional ya visto.

Además, el artículo 4º de la Carta consagra que "la Constitución es norma de normas. En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

No existe duda alguna que la sentencia recurrida en casación, a la luz de la nueva Constitución, resulta contraria a las disposiciones que según el artículo 85 es inmediata, razón por la cual, habrá de consi-

derarse en esta providencia para efectos de la libertad que se impetra, que la pena que debe sufrir el acusado es la fijada en primera instancia, o sea, *cuarenta (40) meses de prisión*, sin perjuicio de volver sobre el punto con ocasión del fallo de casación si hubiere lugar a él, o a que el Juez de primera instancia, en firme el fallo, proceda a su reconocimiento en los términos del artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

Se tiene que el procesado se halla detenido por este asunto desde el tres de agosto de 1990 fecha en la cual el Juzgado Treinta Penal del Circuito de esta ciudad ordenó su libertad mediante boleta número 025 dirigida al Director de la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota" por cumplimiento de la pena que se le impuso en el proceso que culminó en ese Despacho, es decir, ha descontado efectivamente en este asunto once (11) meses y veinte (20) días, inferiores a las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en primera instancia, razón por la cual habrá de negársele el beneficio de libertad provisional.

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

Resuelve:

1º *Abstenerse* de considerar la rebaja de pena a que se refiere el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

2º Negar al procesado Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez o Aldemar Libreros Reyes, el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Con aclaración de voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FAVORABILIDAD (ACLARACION DE VOTO). REFORMATIO IN PEJUS (ACLARACION DE VOTO). LIBERTAD PROVISIONAL (ACLARACION DE VOTO)

Si se busca la concesión de la libertad, ante la prohibición constitucional actual de agravar la pena cuando el condenado sea apelante único, basta con acudir al principio de la retroactividad de la ley penal favorable (En el mismo sentido en el Proceso número 5113)

Referencia: Casación. Ricardo A. de la Santísima Trinidad Durán Ramírez. Auto de 31 de julio de 1991. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel.

Sin necesidad de entrar en sesudos análisis, para considerar la repercusión que los principios consagrados por la nueva Constitución, en relación con el derecho penal, tienen sobre actuaciones cumplidas cuando éstos no existían o tenían una formulación normativa diferente de la actual, lo cual necesariamente habrá de hacerse en el momento oportuno para ello, considero que para los efectos que se perseguían con la providencia glosada (simple concesión de una libertad provisional), bastaba con acudir al principio también constitucional (art. 29), de la retroactividad de la ley penal favorable.

Es pertinente aclarar que no hago referencia a la retroactividad de las nuevas normas constitucionales, sino a la aplicación retroactiva, que por ser más favorable, debe dársele a una norma de carácter legal que resultó modificada por el nuevo estatuto superior.

En efecto. El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal, dispone que "el recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir *sin limitación alguna*, sobre la providencia impugnada". Pero los alcances de esta disposición, fueron claramente alterados por el artículo 31 de la nueva Constitución, al prohibir en su inciso segundo que el superior agrave "la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". Es decir, que a partir de la vigencia de la nueva Constitución, ya el Juez o Tribunal de segunda instancia no pueden decidir "sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada"; necesariamente tienen que observar la prohibición constitucional en comento, y abstenerse, en consecuencia, de agravar la pena, "cuando el condenado sea apelante único".

Claro es, entonces, que el artículo 538 del Código de Procedimiento Penal quedó modificado por la Constitución de 1991, y evidentemente

que la nueva formulación de dicha norma, armonizada y puesta a tono con los nuevos principios constitucionales, resulta más favorable para los intereses del procesado, que la disposición original del Código de Procedimiento Penal, que permitía, sin limitación alguna, la *reformatio in pejus*.

Aunque no es posible, técnicamente, entender que el inciso 2º del artículo 31 de la nueva Carta consagre una rebaja de pena, la realidad es que su aplicación, en la práctica, se traduce en una disminución de la pena, equivalente al incremento punitivo hecho por el Juez de segunda instancia, al condenado que era único apelante, lo cual bien permite acudir, por analogía, al artículo 616 del Código de Procedimiento Penal, que dispone: "La providencia que haga cesar o que rebaje con arreglo a una ley nueva una pena o medida de seguridad impuesta de acuerdo con leyes anteriores, será dictada por el Juez que conoció del proceso en primera o única instancia, de oficio o a solicitud de parte, a no ser que exista cambio de competencia de jurisdicciones especiales a la ordinaria, en cuyo caso esta última será la competente".

No obstante que de acuerdo con la norma que acaba de transcribirse la competencia para hacer efectiva la rebaja de pena la tiene el Juez de primera o única instancia, esta Corporación pacíficamente ha sostenido que mientras se surten los trámites del recurso de casación, ella tiene competencia para, sin desconocer el fallo recurrido, resolver lo atinente a la libertad provisional, tal como lo ha hecho en innumerables ocasiones.

De tal suerte que la Corte sí tenía competencia para pronunciarse sobre la petición de libertad formulada ante ella, pero, repítese, sin desconocer la sentencia recurrida, a la cual no se le ha hecho hasta ahora, ninguna modificación.

Mas en la decisión, objeto de glosa, se desconoce el fallo recurrido, sin que se vea con claridad cuál es el fundamento para ello.

Parece ser que sin decirlo expresamente, la Corporación, por analogía, resolvió este incidente excarcelario en la forma prevista por el artículo 439-2 del Código de Procedimiento Penal.

Considero que habría sido de especial conveniencia que la Corte hubiera profundizado un poco más en la motivación de la providencia glosada, y esta consideración es la que ha originado esta breve aclaración de voto.

Guillermo Duque Ruiz.

Fecha *ut supra*.

REFORMATIO IN PEJUS. PENA

No es admisible la postura de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia, considerárseles como recurrentes únicos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 052.

Vistos:

El procesado *Israel Martínez García* solicita su libertad inmediata e incondicional, por pena cumplida, por considerar que en su caso debe aplicarse la norma constitucional prevista en el artículo 31 de la Carta Fundamental ahora vigente que dispone que "el Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". Dice que siendo él quien recurriera la sentencia de primer grado, el Tribunal le aumentó la pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión que le fuera impuesta por el Juzgado Primero Especializado de Bogotá a ochenta y cuatro (84) meses, lo cual contraría el mandato contenido en la nueva Constitución Nacional. Por ello, solicita la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en los ordenamientos sustantivos y procesal penal.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal ha emitido concepto favorable para la excarcelación del peticionario pues considera que la norma constitucional invocada por el libelista tiene plena aplicabilidad en su caso.

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Primero Especializado de esta ciudad, una vez concluida la audiencia pública en este proceso, con fecha 5 de abril de 1988, dictó sentencia de primer grado mediante la cual condenó a Oscar Barbosa Palomino a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de prisión como autor del delito de secuestro extorsivo del que fuera víctima el ciudadano Jaime Lechter López; a José del Carmen Bernal Casallas a seis (6) años y seis (6) meses de prisión igualmente como autor del mencionado punible; a David Garibello Osorio y Miguel

Angel Torres Franco a tres (3) años y seis (6) meses como cómplices en el mismo delito y a Germán Moreno Martínez e Israel Martínez García, a tres (3) años y nueve (9) meses de prisión en las mismas condiciones de los dos anteriores. Absolvió a Israel Martínez García por el delito de porte ilegal de armas y a Fernando Soto Cardona, Angel María Gil Parra y Jacobo Hersch Roitman Saponic por los cargos que les formularon respecto del delito de secuestro extorsivo.

Dentro del término de ejecutoria, el defensor de Israel Martínez García y el apoderado de la parte civil, recurrieron la sentencia en apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá y fue así como en auto de fecha 25 de abril siguiente, les fue concedido en el efecto suspensivo.

El Tribunal Superior de Bogotá y luego de atender numerosas peticiones de libertad provisional y agotada la tramitación propia de la instancia, mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 1989, reformó la de primera instancia, en los siguientes puntos: Revocó la condena decretada contra José del Carmen Bernal Casallas y en su lugar lo absolvió de los cargos que se le hicieron en el auto de citación para audiencia pública; declaró a David Garibello Osorio y Miguel Angel Torres Franco coautores responsables del delito de secuestro extorsivo fijándoles como pena privativa de la libertad la de setenta y dos (72) meses de prisión, en lugar de tres (3) años y seis meses que les fuera impuesta como cómplices en el punible de secuestro extorsivo; a Germán Moreno Martínez e Israel Martínez García, les impuso como pena privativa de la libertad ochenta y cuatro (84) meses de prisión como coautores del delito de secuestro extorsivo en lugar de los tres (3) años y nueve (9) meses que se les impuso en el fallo de primera instancia en su condición de cómplices en el citado punible; revocó la absolución de los procesados Fernando Soto Cardona, Angel María Gil Parra y Jacobo Hersch Roitman Saponic y en su lugar los declaró responsables del delito de secuestro extorsivo, en su condición de coautores, imponiendo a cada uno de ellos como pena privativa de la libertad de ochenta y cuatro (84) meses de prisión para el primero y setenta y dos (72) meses de prisión para los otros dos. Les condenó igualmente a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad si la tuvieren, por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad. Finalmente, los condenó al pago *"in génere"* de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción y dispuso su captura. Confirmó el fallo recurrido en todo lo demás, es decir, entre otras determinaciones, la absolución de Israel Martínez García por el delito de porte ilegal de armas.

Bastaría afirmar en el presente caso que al ser recurrida la sentencia de primera instancia por uno de los defensores y por el apoderado de la parte civil, el mandato constitucional previsto en el artículo 31 de la Constitución Política de 1991, no tendría operancia, pues, tal disposición prohibe que se agrave la sanción impuesta en la sentencia de primer grado, cuando el condenado sea "apelante único" y en este caso no lo es. Pero como el Ministerio Público considera que la parte civil no impugnó la decisión adoptada contra el procesado Israel Martínez García, para él se impone el reconocimiento del mandato constitucional, es decir, atendiendo la pena que se le impuso en la sentencia

de primera instancia y el tiempo que lleva en reclusión efectiva, sobrepasa la sanción de cuarenta y cinco (45) meses, siendo ineludible su liberación, por pena cumplida.

Apunta la Delegada:

"El artículo 538 del Código de Procedimiento Penal dice:

> *"'COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El recurso de apelación otorga competencia al Juez o Tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada'.*

"Con la previsión legislativa se consagra la figura de la reformatio in pejus, *la cual permite al juzgador de segunda instancia hacer reformas, enmiendas o sustituciones de la providencia impugnada aún en perjuicio de los intereses del apelante, o sea también en lo que la providencia apelada pudiera ser favorable al procesado".*

"Con ese presupuesto legal se profirió el fallo de segundo grado, respecto del cual se tramita el recurso de casación. La decisión fue legal, en la medida que tuvo como base un ordenamiento positivo que aún rige. No está dentro del marco de la ilegalidad la agravación punitiva deducida por el juzgador de segundo grado, pues el mandato referido lo autorizaba a desarrollar la función judicial de esa manera".

"En la actualidad con la vigencia de la Constitución Política de Colombia se introduce una norma, que en contrario sentido a lo establecido por la norma legal referida, prohíbe la figura de la reformatio in pejus. *Dice en efecto el artículo 31 inciso 2º que 'el Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único' ".*

"Vistas las dos normas, la legal y la constitucional, la variación introducida por ésta a las facultades del Juez de segunda instancia cuando se trate de la apelación de la sentencia condenatoria, es radical. De la reformatio in pejus *se pasa a su prohibición en el evento señalado".*

"Así con fundamento en la norma constitucional se introduce la prohibición de la reformatio in pejus, *la cual dentro de la concepción civilista donde ha predominado, se tiene como principio negativo, por cuanto le prohíbe al Juez* ad quem *modificar la providencia apelada en perjuicio del recurrente cuando la contraparte no ha interpuesto la apelación, ni ha adherido a dicho recurso. Se configura al recurrir las siguientes condiciones: a) Vencimiento parcial de un litigante; b) Que sólo una parte apele; c) Que el sentenciador* ad quem *haya empeorado con su decisión al único recurrente y, d) Que la reforma no se funde en puntos íntimamente ligados con ella (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 10 de mayo de 1989. Magistrado ponente doctor Alberto Ospina Botero. De extractos de jurisprudencia. 2º Trimestre de 1989. Superintendencia de Notariado y Registro, pág. 69)".*

"Para resolver el caso concreto adquiere dimensiones el significado de único apelante, dado que contra el fallo de primera instancia se interpuso apelación por el apoderado de la parte civil y el defensor del sindicado Israel Martínez García".

"Parece ser que la concurrencia de apelantes —así sean contrarios— no desfigura el concepto de único apelante. Ante una impugnación parcial, que se limita a uno de los capítulos de la sentencia, el área de la crítica de la decisión se determina por los límites de la impugnación. Interesa en este evento es determinar el sector del fallo sobre el cual se discrepa. Si hay identidad, porque confluyen los puntos de interés de las partes —v.gr. una pugna porque se mantenga la condena impuesta y la otra, a quien perjudica persigue se le revoque—, la competencia del Juez de segunda instancia es plena. En cambio, si no se presenta porque cada impugnante ataca diversos apartes del fallo, sin que haya coincidencia en ningún punto, ni conflicto de intereses, el límite impuesto por la ley y ahora por la norma constitucional debe ser resguardado por el ad quem *frente a cada evento".*

"El último fenómeno es el presentado. Por una parte, el representante de la parte civil circunscribe su discrepancia con el fallo de primera instancia solamente en la absolución recaída en Jacobo Hersch Roitman Saponic, Fernando Soto Cardona y Ángel María Gil Parra, obteniendo en segunda instancia la revocatoria y, en su lugar la condena de los mismos. No se introduce en la órbita de la decisión que afectó a Israel Martínez García para que se le incrementara la pena impuesta, ni tampoco para que se le condenara por el delito de porte ilegal de armas, respecto del cual se le absolvió por el a quo. *Si sólo menciona que se revoque el numeral 8, que contiene la absolución aludida, sin que realice fundamentación alguna, no se puede tener propiamente como apelación en ese sentido".*

"Por otro lado, el sector de la discrepancia del defensor de Israel Martínez García se circunscribió a la decisión de condena por el delito de secuestro extorsivo, en calidad de cómplice, para que se le eximiera de responsabilidad penal. El ad quem *refrenda este aspecto e incrementa la pena".*

"Con estos presupuestos, el concepto de apelante único que prevé el artículo constitucional como condicionante-límite a la agravación de la pena por el Juez de segunda instancia, no ha sido desfigurado. En estas condiciones, se impone la aplicación del artículo 31 inciso 2º de la Constitución de 1991 respecto del peticionario Israel Martínez García, con la consecuencia que debe quedar sin efecto el fallo de segundo grado que agravó su pena, quedando en pie el proferido por el Juzgado Tercero Especializado de 45 meses de prisión. Sólo se afecta el monto de pena, mas no la calificación y el grado de participación, respecto del cual no habría competencia para su modificación".

No comparte la Sala el criterio expuesto por el señor Procurador respecto de la consideración en el caso concreto, cuando afirma que el procesado Israel Martínez García debe ser considerado como único apelante, y, en consecuencia, favorecérsele con la excarcelación demandada, mediante la declaración de haber cumplido la pena que se le impuso en primera instancia, por cuanto el Tribunal no podía aumen-

tarle la pena ni modificarle su situación jurídica definida en el fallo recurrido por él, pues la impugnación presentada por la parte civil contra la misma decisión, por referirse a puntos distintos, no puede entenderse en forma desfavorable para las pretensiones del peticionario.

Si se aceptara la postura, se llegaría al absurdo de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas como ocurre en el presente caso, las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia, considerárseles como recurrentes únicos cuando han manifestado su inconformidad con el fallo producido.

Es lógico que frente a una sentencia condenatoria y absolutoria, los procesados condenados presenten su impugnación con el fin de obtener del superior, bien su absolución o una rebaja a la pena impuesta y, por otra parte, los absueltos guardar silencio frente al fallo que les es favorable. Y la parte civil, impugnar el fallo para obtener la revocatoria de la sentencia en cuanto se refiere a la absolución decretada con el fin de garantizar los perjuicios en una forma más amplia. Cuando esto ocurre, el fallo debe considerarse recurrido por las dos partes en forma simultánea, sin que sea permitido afirmar que cada uno de ellos sea "apelante único" aunque su inconformidad se base en puntos diversos contenidos en el fallo proferido.

Siendo ello así, el incremento que realizó el Tribunal Superior de Bogotá en el fallo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, no pugna contra el mandato constitucional introducido en el artículo 31 de la nueva Carta Fundamental, razón por la cual resulta improcedente predicar que Martínez García haya cumplido la pena que se le impuso en el fallo de primera instancia, pues, ello implicaría el desconocimiento de la legalidad de la sentencia proferida con arreglo a las normas vigentes y con acatamiento pleno de la Constitución Nacional que ahora rige.

Finalmente debe puntualizar la Sala que aquellos fallos recurridos por el Ministerio Público o los que tengan el grado jurisdiccional de la consulta, pueden ser revisados por el Superior sin limitación alguna. Solamente le está prohibido al Superior por mandato constitucional, modificar el fallo de primera instancia en detrimento del procesado o condenado cuando tenga la calidad de "único recurrente", entendido éste como sujeto procesal sin consideración al número plural que lo integre o si el recurso fue interpuesto por él o su apoderado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal *niega* al procesado Israel Martínez García el beneficio de libertad provisional por pena cumplida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA. TRANSITO DE LEGISLACION

Si al advertir la abolición del juicio con jurado se conservó "el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento" en aquellos eventos donde se había "iniciado audiencia", esa alusión se refería exclusivamente al acto público y no a toda o a varias partes de la "etapa" de la causa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., primero de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 052.

Vistos:

Cumplido el trámite de ley, decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora de los acusados *Custodio Barahona Flórez* y *Fabián Barahona Forero* contra la sentencia proferida el 2 de abril de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que al confirmar la proferida en primera instancia, les condena a la pena de diez años de prisión como cautores del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal:

1. En la tarde de 7 de noviembre de 1987, protagonizaron Custodio Barahona Flórez y su hijo Fabián Barahona Forero un incidente con Luis Gabriel Rojas Orjuela, al coincidir en un establecimiento de la vereda de "Maní" en el Municipio de Villeta. El episodio se repitió poco después en otra tienda del lugar con mayor beligerancia y empleo de armas cortantes, concluyendo con lesiones mutuas que para Rojas Orjuela revistieron carácter mortal.

2. Producido el deceso de Luis Gabriel en Bogotá, donde alcanzó a ser trasladado en búsqueda de asistencia médica, correspondió al Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción Criminal de esta ciudad la iniciación del sumario, tempranamente remitido al Setenta y Seis de la misma especialidad con sede en Villeta, Despacho este que avocó el conocimiento, perfeccionó la investigación y calificó su mérito con el enjuiciamiento de los vinculados Custodio y Fabián Barahona como coautores del delito de homicidio.

La resolución acusatoria, fechada el 18 de marzo de 1988, resultó confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en agosto 1º del mismo

año al desatar el recurso de alzada, pasando a continuación las diligencias al Juzgado Trece Superior de la misma capital, que tras hallar el procedimiento ajustado a la legalidad, abrió el juicio a pruebas y evacuó en término las requeridas.

El 4 de abril de 1989 se llevó a término la audiencia pública con intervención del jurado de conciencia, cuyo veredicto absolutorio declaró el Juzgado contrario a la evidencia de los hechos, tres días después.

Sorteado como consecuencia el segundo jurado, la nueva audiencia no logró llevarse a cabo el 1º de agosto, fecha para la cual se había programado, y tampoco el 19 de septiembre en que por segunda vez se intentó, pues para ese momento solicitó la parte civil que su realización se hiciera sin intervención del jurado según venía de innovarlo el Decreto 1861 de 1989, tesis que el Juzgado rechazó mediante auto que el Tribunal se abstuvo de revisar por vía de alzada, aduciendo falta de interés del impugnante.

Con todo, al convocar de nuevo para la celebración de la vista pública pendiente, varió el Juzgado oficiosamente su anterior postura procesal, disponiendo en auto de noviembre 27 de 1989 que el 22 de enero siguiente se realizaría la sesión sin participación de los Jueces de conciencia. Cumplido el acto, profirió fallo de condena el día 6 de febrero de 1990.

Apelada que fuera la sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó con la suya de abril 2 subsiguiente, decisión que resulta ahora objeto de este recurso extraordinario.

La demanda:

Representado cada uno de los acusados por su propio defensor en ésta sede, presentaron los dos profesionales única demanda con fundamento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, subrogado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, censurando la sentencia por haberse dictado en juicio viciado de nulidad, tanto por violación de las formas propias del debido proceso, como por desconocimiento de la garantía de defensa.

El desconocimiento de las formas del debido proceso se predica de la celebración de la segunda audiencia sin la intervención de los Jueces de conciencia, no obstante haberse realizado la primera vista con su participación, proponiendo como fundamentando de la censura que el juzgamiento ante el jurado constituye una actividad procesal compleja, de manera que iniciada la audiencia con su intervención, sólo podría con él concluirla, sea que la segunda audiencia derive de la declaratoria de contraevidencia del primer veredicto, ora de la nulidad de la anterior.

> "El artículo 36 del Decreto tantas veces citado —prosigue la demanda—, no se puede interpretar en forma restringida y exegética sino que, dentro de un criterio sistemático, debe inferirse que se está en presencia de un acto procesal com-

> plejo y aplicarse a las diferentes actividades y diligencias que lo conforman las disposiciones de la ley anterior, como lo enseña el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual 'las actuaciones y diligencias que ya se hubiesen iniciado, continuarán rigiéndose por la ley anterior' ".

Al sustituirse la intervención del jurado por la del Juez de derecho en el caso de controversia, no solamente se desconoció la doctrina del "acto jurídico complejo" que acogida por la Corte desde 1974, recientemente reiteró en decisión de julio 14 de 1987 con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas, sino lo que es más trascendental, se dejaron de aplicar los artículos 504 a 534 del Código de Procedimiento Penal, dando lugar con ello a la transgresión de los artículos 26 constitucional y 1º del Código de Procedimiento Penal, y generando como consecuencia la nulidad prevista en el ordinal 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

El desconocimiento de la garantía de defensa a su turno se sostiene, porque ante el auto de enero 15 de 1990 en que advirtió el Juzgado que la audiencia se llevaría a cabo con prescindencia del jurado de conciencia, adquirieron los acusados la posibilidad de recurrir su decisión hasta el día 22 de ese mes en que se cumpliría el término de ejecutoria,

> "Pero al efectuarse la diligencia en esa fecha, se les cerró la posibilidad defensiva, pues a través de la impugnación y, particularmente, en segunda instancia, hubieran podido obtener una decisión favorable al juzgumiento con jurado, lo cual era más acorde a los intereses de la defensa".

De lo anterior concluye transgredido el principio de las dos instancias que consagra el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, con él de nuevo el artículo 26 de la Constitución Política y el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, dejando de aplicar los artículos 195, 196, 197, 203 y 217 de este último ordenamiento, para llevar indefectiblemente a la nulidad prevista en el artículo 305, numeral 3º *ibidem*.

Concluyen los actores solicitando la casación de la sentencia de segunda instancia, para que en su lugar se invalide lo actuado, bien a partir del auto de enero 15 de 1990 por medio del cual se dispuso que la segunda audiencia se surtiera sin jurado, bien desde su notificación, reponiendo desde entonces lo actuado con sujeción a los ritos omitidos.

Concepto del Ministerio Público:

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal solicita de la Sala en su traslado, desatienda cada uno de los cargos formulados en la demanda, y mantenga en su lugar en firme el fallo de segunda instancia.

Con relación al primer cargo, y reconociendo la pluralidad de escollos que presenta la interpretación del tránsito de normas procesales, sostiene la Procuraduría que el aparente conflicto propuesto en la censura fue anticipadamente resuelto en el artículo 36 del Decreto 1861 de 1989, porque repitiendo prácticamente el principio consagrado

en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, restringió la intervención del jurado a los casos en que se hubiese iniciado ya la audiencia pública, fuese ella la primera o la segunda, y así a esta última se llegase a través de contraevidencia o nulidad.

De este modo y recordando sucesivos pronunciamientos de la Sala de Casación Penal, desestimó la preferencia de la ley procesal anterior frente a la nueva, precisando que de acuerdo a la doctrina, "el acto jurídico complejo" o "acto procesal complejo" es aquel constituido por varios actos simples, dentro de una "unidad de fin perseguido", los cuales conjuga el legislador "por razones de economía procesal, de coherencia del procedimiento o conveniencia de su realización", concentración que no podría

> "surgir de la voluntad del juzgador sin que se menoscaben las garantías fundamentales del debido proceso, pues es solamente a la ley a la que corresponde disponer los trámites procesales y, salvo que haya otorgado al Juez la potestad de hacerlo en forma expresa, el fallador no puede pretermitir las formas amparado en el cumplimiento de la finalidad última del proceso".

Enfrentando bajo este concepto el de "audiencia", añade que "ella es justamente uno de esos actos que se denominan complejos", tanto por la pluralidad de sujetos que allí concurren, como por la diversidad de actividades que en su desarrollo se cumplen, a través de las cuales se producen modificaciones en una situación jurídica procesal, todo en virtud del mencionado principio de concentración y para permitir que los diversos sujetos procesales adquieran conciencia de la totalidad, puedan apreciar los medios en conjunto y discutan los que se han de controvertir, procurando la finalidad que con el acto se persigue "que no es otra que el juzgamiento del acusado", finalidad en la que a su vez "se agota el acto en sí mismo".

De este modo, terminada la audiencia dentro de un juzgamiento con intervención del jurado, tanto podía reclamarse de la actividad del Juez el proferimiento de la sentencia, como, dentro de una segunda opción, la declaratoria de contraevidencia, evento este que operaba "como condición resolutoria" de los efectos producidos por la audiencia,

> "...pues si el juzgador encontraba manifiesta la incoherencia entre el veredicto y la evidencia, restaba al acto anterior —ya cumplido, perfecto y autónomo—, *no su validez sino sus efectos;* estos desaparecían y por ello se imponía la repetición del acto de juzgamiento. Nada sin embargo, integraba los diversos actos procesales simples que se cumplieron en esta oportunidad, como nada, ahora ni antes, disponía que la audiencia y la sentencia —actos procesales autónomos— han de ser estimados como acto procesal complejo, actos concentrados en uno solo".

Si, dentro de este razonamiento, la primera audiencia constituía un presupuesto o antecedente de la declaratoria de contraevidencia, y ésta a su vez un presupuesto de la segunda audiencia que vendría a imponer el proferimiento del fallo, no podían constituir todos estos episodios el "acto procesal complejo" sino varios actos simples, autó-

nomos e independientes, con efectos y finalidades propios, que no pueden integrarse ni por voluntad del juzgador ni en virtud de las personales apreciaciones o conveniencias de los sujetos procesales, de manera que si una vez agotado el acto de audiencia, varió el procedimiento, la actuación a seguir tenía que ceñirse, como en efecto se ciñó, al nuevo ordenamiento procesal, perdiendo fundamento la censura de nulidad.

Tampoco el segundo cargo podría estar llamado a prosperar, a juicio de la Delegada, mas en este caso por la absoluta inocuidad del defecto censurado, frente a las consecuencias que de él se pretenden derivadas. Recuerda al respecto el Procurador, que ya desde el 27 de noviembre de 1989 había advertido el Juzgado su cambio de criterio al señalar que definitivamente realizaría la audiencia sin intervención del jurado de conciencia, decisión que conocieron oportunamente las partes y se abstuvieron de recurrir. De tal manera, si en enero 15 resolvió el Despacho añadir razones a las ya expuestas en ocasión precedente, con ese auto ni daba ni quitaba a la decisión en firme, haciéndose por entero contingente, y de consiguiente ineficaz para pretender que su imposibilidad de impugnarlo antes de la realización de la audiencia pudiera derivar en nulidad.

Pero si lo que en el fondo se plantea en realidad, es la violación del principio de favorabilidad, ya la Corte ha tenido ocasión de sostener de manera repetida que frente al solo cambio de normas de rito, no es dable deducir favor o desfavor, situación predicable de la abolición del instituto del jurado, por la que se concluye que el cargo tampoco está llamado a prosperar.

Consideraciones de la Corte:

El primer cargo *que formula la demanda a la sentencia de segunda instancia propone que el juzgamiento con intervención del jurado de conciencia (no la audiencia), constituye un acto procesal complejo que la nueva ley de procedimiento no podía entrar a desvertebrar, pues una vez iniciada la intervención de los Jueces populares, dentro de los parámetros que regían su participación debía culminar la causa, formalidades que omitidas con motivo de la segunda audiencia sólo podrían remediarse dentro del mecanismo de la nulidad.*

No desconoce, sin embargo, el anotado planteamiento, que así la primera audiencia se hubiese realizado dentro de los trámites previstos en el Capítulo 1º del Título II, Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal, ante la necesidad de llevar a cabo la segunda como consecuencia de la contraevidencia declarada, tal acto no llegó a cumplirse antes de entrar en vigencia el Decreto 1861 de 1989 cuyo artículo 37 derogó expresamente el 306 y del 504 al 534 de aquel ordenamiento, que eliminó en un todo el juzgamiento ante el jurado popular.

A sabiendas de ese tránsito de normas, la inaplicación que se predica de las del Capítulo 1º del Título 2º abrogado no se sostiene en gracia de una gratuita omisión, sino como consecuencia de una errada interpretación del artículo 36 del nuevo Decreto, porque a juicio de los censores dicha disposición no admite una interpretación

literal y exegética, sino que el verdadero desentrañamiento de su sentido emerge de un cotejo sistemático que lleva a concluir en que el juzgamiento sólo podría ser aquel que agotara íntegramente los ritos que habían marcado su iniciación.

Opuesta a la censura, la acertada crítica Fiscal recuerda que las formas procesales son del señalamiento privativo de la ley y no del fallador, siendo a ello conveniente añadir que por principio tienen además el de su vigencia inmediata, y como regla para la solución de los conflictos surgidos por el tránsito de normas la del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según la cual: "...los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación...", principio al cual añadió el artículo 36 del Decreto extraordinario, para que no llegase a mediar dificultad en precisar el alcance de la vieja norma, que "...en los procesos con intervención del jurado en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuará con el trámite que corresponda a esa modalidad de juzgamiento".

Como también lo ha precisado la Delegada, dentro del juzgamiento con intervención del jurado no solía ser única la audiencia por lo regular, pues así como podía determinar el veredicto el proferimiento de la sentencia respectiva, del mismo modo y para la solución de veredictos injustos, podía conducir previa contraevidencia, a la celebración de la segunda vista, realidad sobre la cual no podía pretenderse al legislador desavisado en la redacción de la norma transitoria.

A este punto resulta necesario distinguir que los términos "audiencia" y "juzgamiento" no tienen en el derecho procesal penal colombiano equivalencia, porque mientras al último se refieren el artículo 487 y siguientes del Decreto 050 de 1987 como una "etapa" compuesta por una sucesión de actos preclusivos (apertura a pruebas, decisión sobre su práctica, término para su realización cuando no es posible su recibo en la audiencia, y vista pública propiamente dicha), la diligencia de audiencia es apenas una parte de ese todo, destinada a la controversia de las pruebas y a la realización del debate sobre las solicitudes de las partes.

De allí, entonces, que si al advertir la abolición del juicio con jurado, hizo el legislador la salvedad del tránsito de normas, conservando "el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento" solamente en aquellos eventos donde se había "iniciado audiencia", esa alusión se refería exclusivamente al acto público y no a toda o a varias partes de la "etapa" de la causa, y ello debía ser así y no de otro modo si se tiene presente que con la culminación de la audiencia quedaba agotado ese acto procesal, conclusión que se ratifica al recordar que una vez integrado el jurado que habría de intervenir en el debate, desde la iniciación de la vista, jamás podría volver a ser el mismo llamado a participar en la segunda, si es que llegaban a mediar motivos para realizarla.

En el caso que se examina, ya se ha dicho con insistencia, la primera audiencia cumplida con la intervención de los Jueces en conciencia, había precluido en vigencia de la ley de rito bajo cuyos preceptos se iniciara. Forzada la celebración de una nueva, al mo-

mento de ésta realizarse habían cambiado las formalidades que le eran propias, motivo suficiente para ajustar el acto a los recientes preceptos como finalmente lo entendió y ejecutó el Juzgado, y si ello se cumplió de tal manera, lejos de vulnerarse la garantía del debido proceso, a ella se dio cabal vigencia, haciéndose extraña por ausencia de presupuestos fácticos la nulidad que para variación del trámite se invoca.

El cargo no prospera.

Fundado en un error de procedimiento que se dice constitutivo de agravio a la garantía de defensa, y por ende solucionable apenas mediante el remedio extremo de la nulidad que afectaría lo actuado con ulterioridad al auto de enero 15 de 1990 o su notificación, el *cargo segundo* se hace radicar en que pese a la trascendencia del contenido de esa providencia, llamada justamente a variar el procedimiento para que la segunda audiencia se realizara sin la intervención del jurado de conciencia, su mandato se cumplió sin previa ejecutoria, pues lográndola apenas al terminar el día 22 de enero, ya en esa fecha se había cumplido la vista pública.

Compartiendo la Sala el criterio que sobre el particular aporta el Ministerio Público, encuentra necesario resaltar de lo ocurrido, que el cambio de criterio del Juzgado Trece Superior de Bogotá acerca de la forma como debía realizarse la segunda audiencia no surgió en la decisión de enero 15 cuya falta de ejecutoria se reclama, sino que provenía de 27 de noviembre del año anterior, cuando en auto de esa fecha se fijaron el día y la hora para realización de la postrera audiencia, advirtiendo que en ese acto se prescindiría de la participación de los jurados sorteados. Esa providencia, notificada legal y oportunamente a las partes, no ameritó recursos en su contra, y en firme como se hallaba, no excusaba el cumplimiento de la vista pública en la fecha y en la hora indicadas.

Siendo ello así, como de modo evidente lo muestra el plenario, el auto de enero 15 que con absoluta contingencia se limitaba a explicar las razones del Juez en su cambio de criterio, nada decidía y menos aún modificaba la decisión de noviembre 27, de manera que aún en el evento de impugnarlo, ese recurso carecía de incidencia para afectar la fecha de la audiencia o el procedimiento señalado, pues con relación a la primera, el auto que la fijaba había cobrado independientemente su firmeza y no necesitaba de ratificaciones, y con relación al trámite, éste se imponía por ministerio de la ley, no del criterio de los funcionarios, porque previsto en disposiciones de procedimiento, compartía con ellas su naturaleza de orden público, haciéndose de forzoso e inaplazable cumplimiento (art. 6º del Código de Procedimiento Civil).

Que el auto de enero 15 se hubiese o no proferido, nada en absoluto modificaba en el proceso. Ningún derecho otorgaba o restringía; ninguna formalidad sustancial modificaba. En esos términos, abrir camino a una nulidad como el cargo en estudio lo pretende, sería poco menos que pretender la primacía de las formas sacrificando la efectividad del derecho material que en este caso significaba la decisión oportuna de la situación jurídica de los acusados, alternativa inacogible por contraria al expreso principio que consagra el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Didimo Páez Velandia, Con salvamento de voto; *Ricardo Calvete Rangel*, *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Edgar Saavedra Rojas*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia Martínez*, Con salvamento de voto.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Casación número 5371. Custodio Barahona F. y otro. Homicidio. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

Como se trata de un aspecto suficientemente conocido, los suscritos Magistrados consignamos las razones de nuestro disentimiento con la decisión de mayoría, para lo cual reproducimos aquí las referidas en el proceso 5218 con ponencia del honorable Magistrado Saavedra Rojas, en lo pertinente:

"...En casos como el presente, donde la llamada segunda audiencia se realiza con intervención del jurado en vigencia del Decreto 1861, pero con ocasión de declaratoria de contraevidencia del veredicto emitido en vista pública anterior, llevada a cabo de acuerdo con el régimen de juzgamiento por jurado establecido en el Código de Procedimiento, esto es, antes de la expedición del citado decreto, en criterio del Magistrado que elabora esta ponencia y en desacuerdo con lo expuesto en la doctrina de la mayoría de los miembros de la Sala, no se quebranta el principio del debido proceso y contrariamente si, es ese el sentido como está llamado a ser observado.

"Lo anterior, por cuanto como ha sido expuesto en los respectivos salvamentos de voto, al fijarse el juzgamiento a través de jurado de conciencia de conformidad con las previsiones de la legislación vigente para ese momento —en este caso el Código— se determinó el debido proceso, comprendiendo él no sólo la intervención del *juri*, sino la facultad, por parte del Juez, para declarar contrario a la evidencia probatoria el veredicto y convocar nuevo jurado para la definición del juzgamiento.

"De acuerdo con este esquema, la puesta en vigencia de la legislación que suprime la intervención del jurado no puede afectar asuntos en que, como éste, por desarrollo del debido proceso, al entrar a regir las nuevas disposiciones, como consecuencia de la declaratoria de contraevidencia, había sido convocado el nuevo jurado para dirimir el juzgamiento.

"Es que si la intervención del jurado, como se dejó visto, integra el concepto de *'juez competente previamente establecido'* a que aluden las regulaciones constitucional y legal del debido proceso y si en el rito previsto por él, en función a la pluralidad de sujetos que integran el Juez y los mecanismos de control a que es sometida la gestión de quien tiene naturaleza popular y legal, el juzgamiento es acto complejo.

"Esa complejidad, determina que en casos donde el veredicto ha sido declarado contraevidente, el acto del debate a cargo del otro

jurado no pueda ser entendido como una 'nueva' audiencia, sin vinculación con la anterior, como una interpretación puramente nominalista del Decreto 1861 daría a entender. En este sentido, la llamada segunda audiencia debe entenderse como acto complementario del anterior, así se haga, por razones de voluntad legislativa, con personas diferentes. Esto por cuanto su existencia, la del segundo debate, inexorablemente pende de la primera en nexo de relación causativa, inherente a la noción del proceso, imposible de desconocer. A partir de esta consideración, puede sostenerse que sólo en cuanto existe válidamente realizada una audiencia cuyo veredicto ha sido declarado contraevidente, puede pensarse ontológica y jurídicamente, en la existencia de un segundo debate por manera tal que sin el primero, resulta imposible el segundo.

"Esto mismo, hace que la complejidad del juzgamiento en examen, sólo sea predicable en casos de contraevidencia, quedando al margen de su comprensión situaciones como las de inexistencia y/o nulidad del veredicto, o de la audiencia. En estos casos, por carecer la actuación de validez, ninguna fuerza causal puede tener que permita considerar que el juzgamiento realizado en reposición del ineficaz deriva del anterior.

"De conformidad con estas apreciaciones, debe entenderse, entonces, de acuerdo con el debido proceso previsto por el Decreto 050 de 1987 que el juzgamiento con intervención de jurado es actuación judicial que comienza con el sorteo y posesión del Tribunal Popular y termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto. Por lo mismo, en eventos como el de que se ocupa este caso, donde a la vigencia del Decreto 1861 estaba por celebrarse un nuevo debate a consecuencia de la declaratoria de contraevidencia de un veredicto anterior, éste debe ser con la intervención de jurado, en cuanto el juzgamiento ya había sido iniciado. En este sentido, entendemos, deben ser interpretados los preceptos de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 36 del Decreto 1861, sobre sucesión de leyes.

"Una interpretación en que no se considere la conformación de los actos procesales, suponiendo la autonomía de todos ellos, seguramente mantenga la claridad de la configuración literal de la ley, pero también, seguramente, conduzca a situaciones paradojales en que el debido proceso resulte seriamente afectado.

"Esto es lo que acontece en situaciones en que siendo varios los procesados, se acogen los veredictos absolutorios con respecto a algunos de ellos y en relación con otro se declaran contraevidentes, para luego, a consecuencia de la supresión del jurado y en una apreciación puramente literal de las disposiciones, realizar la continuación del juzgamiento sin intervención del *juri*. En esta situación, así su efecto no sea la nulidad, se quebranta el principio *rector* de la unidad del proceso, pues si el hecho es uno solo, así sean varios los autores, el proceso debe ser uno, lo cual no puede ser afirmado si a unos los juzga el jurado de conciencia y a otros el Juez dentro de pautas jurídicas.

"Para el caso materia de pronunciamiento, mucho más curiosa resulta ser la situación. Siendo juzgados dos hechos —homicidio y

tentativa de hurto —, por virtud de la conexidad entre ellos fueron sometidos a consideración del jurado, obteniéndose veredicto absolutorio por el delito contra la vida y condenatorio por el otro. De éstos, el Juez acogió el segundo, posponiendo el fallo, mientras decretó la contraevidencia del primero, el cual fue ratificado como absolutorio por un segundo jurado, convocado como consecuencia de la contraevidencia y acogido por el Juez de derecho en el fallo anulado por el Tribunal al estimar que, de acuerdo con el Decreto 1861, ese segundo juzgamiento debía ser en derecho, como así se hizo en reposición de la actuación, condenándose al procesado a la pena de dieciséis años y seis meses de prisión.

"Independientemente de lo que implica la remoción de una situación consolidada de absolución por homicidio, a través de proceso debido como fue el que luego se anuló por el Tribunal para, a consecuencia de un nuevo juzgamiento, imponer pena de dieciséis años y medio de prisión, resulta ser que el jurado terminó juzgando en conciencia un hecho —el hurto— que, por sí, no le da la competencia para ello y dejó de hacerlo en relación con el otro —homicidio— que era del cual derivaba la competencia por conexidad.

"Es a este tipo de perversiones en la estructura del proceso a las cuales no se puede llegar, al omitir el examen a la conformación de los actos que lo integran. De acuerdo con él, como ya ha sido destacado, el juzgamiento por jurados establecido como debido proceso por el Decreto 050 de 1987, es acto complejo que comprende la facultad del Juez para declarar la contraevidencia. Luego, la llamada segunda audiencia, derivada de la declaratoria de contraevidencia, no es más que acto complementario del anterior, razón por la cual, en observancia del principio del proceso debido, también debe ser celebrada con intervención del *juri*".

En este sentido, para el presente caso, resulta ser que la actuación debió ser anulada por quebrantamiento del debido proceso.

Con toda consideración,

Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra* (agosto 1º de 1991).

JUEZ. Deberes

El Juez como director del proceso pero, sobre todo, como dador de la justicia y la equidad, ha de estar atento a que éstas marquen la pauta en la aplicación del derecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 052 (julio 31 de 1991).

Vistos:

Contra el auto de once (11) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá decretó la cesación de procedimiento a favor del doctor *Jorge Eduardo Ferreira Vargas*, Juez Sexto (6º) Civil Municipal de la misma ciudad, el señor Fiscal Trece (13) de la Colegiatura interpuso el recurso de apelación, concedido en cabal forma por esa Corporación.

Surtido el trámite de rigor, recogido el concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal y presentado el alegato por el apoderado del inculpado, resuelve la Corte lo que sea menester.

Hechos:

De esta manera los sintetiza el Tribunal:

"En el ejecutivo laboral de Rosa Hermencia Ruiz Bonilla contra Otoniel Barrera Ramírez, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, decretó el embargo y secuestro de varios bienes denunciados como de propiedad del demandado y que se encontraban ubicados en la calle 35 sur número 35-01 interior 21 y 19 de esta capital; diligencia que por comisión llevó a cabo la Inspección 15 D Distrital de Policía el 23 de marzo de 1988 y se dejó como depositaria de los bienes a María Consuelo Ramírez Ramírez.

"Estando vigente este embargo y secuestro, según la denuncia, el Juez Sexto Civil Municipal, a cargo del doctor Jorge Eduardo Ferreira Vargas, dentro del ejecutivo instaurado por la firma 'Productora de Minerales Yeso Vencedor Ltda.' contra María Consuelo Ramírez Ramírez, dispuso similar medida preventiva; diligencia que por comisión cumplió la Inspección 15 D Distrital de Policía, los días 2 y 3 de mayo de 1988. Como se trataba de los mismos bienes que ya estaban afec-

tados con otra precautoria, María Consuelo Ramírez Ramírez, en su condición de depositaria, confirió poder a un abogado para que promoviera incidente de desembargo y levantamiento del secuestro ante el Juzgado Civil mencionado. El incidente fue rechazado y los recursos que se interpusieron no prosperaron, ni siquiera el de queja para que se concediera el de apelación, porque el Juzgado del Circuito lo encontró bien denegado.

"Como María Consuelo Ramírez Ramírez considerara que la actitud asumida por el doctor Ferreira Vargas era ilegal, por no levantar el segundo embargo y secuestro de los bienes que ella tenía en depósito, le formuló la denuncia origen del proceso..."

Actuación procesal:

En estos términos la resume la Delegada:

"Abierta la investigación (fl. 83), se acreditó la calidad de Juez del denunciado.

"Se allegaron copias del ejecutivo de Productora de Minerales contra Consuelo Ramírez Ramírez, adelantado por el Juzgado Sexto Civil Municipal (fls 120 y ss.). Así mismo se realizó Inspección Judicial al proceso desarrollado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, verificándose en ella la existencia de la medida cautelar anterior sobre los mismos bienes que fueron luego objeto de embargo y secuestro por el mencionado Juzgado Sexto Civil y también que hubo petición de la copia de la diligencia en cita 'con constancia de que el embargo está vigente...para hacerlo valer en el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá', a lo cual se accedió, siendo suscrita por la Secretaria (fls. 98 y ss.).

"El Juez acusado rindió indagatoria. Afirmó que no ha incurrido en delito alguno, porque la constancia que se presentó para fundamentar la petición del levantamiento de la medida cautelar 'carece de eficacia', pues no se observaron para su expedición los lineamientos del artículo 116 del Código de Procedimiento Civil. Además las fotocopias de la diligencia 'aparecen con un sello de autenticación por parte del Secretario del Juzgado Tercero Laboral, sin que se allegara el auto mediante el cual el Juez autorizó a dicho empleado para imponerle autenticidad a dichos documentos'. Adujo que quien pretenda demostrar la vigencia de un embargo anterior debe acreditarlo 'con certificación expedida por el Juez' (art. 116 del C. de P. P.), 'o bien puede allegarse copia de la primera diligencia cautelar autenticada por el Juez porque es éste quien puede dar fe...y...en tercer lugar puede aparecer autenticando la copia el Secretario, a condición de que a la misma se adjunte el auto por medio del cual el Juez autoriza expedir copia auténtica a la Secretaría'. Que ante alguna de estas tres situaciones 'es deber imperativo del Juez donde se practicó la segunda medida cautelar, proceder al levantamiento de la segunda cautela, *sin necesidad de trámite incidental*' (Subraya la Delegada). Finalmente esbozó que la actuación promovida por el apoderado de Ramírez estaba edificada con poder insuficiente porque el otorgado 'lo facul-

taba para promover un incidente de desembargo y este señor aparece gestionando...actuaciones procesales cuando su mandato lo circunscribía a esa precisa actuación' ".

Alegaciones:

Ministerio Público:

Recuerda su alegato de conclusión en el que estimó se estaba en presencia de un prevaricato por omisión, interpretación que hoy continúa sosteniendo, basado en la autenticidad de la fotocopia que reproducía la diligencia de secuestro y en la certificación expedida por la Secretaría del Juzgado Laboral, según delegación del Juez, "...documentos que prestando mérito suficiente para probar la existencia de la anterior medida precautelativa, el Juez desatendió los mismos en su valor probatorio para no proceder aún oficiosamente a decretar la cancelación o levantamiento de la medida preventiva..."

Finaliza su intervención con un comentario sobre el principio dispositivo que regenta el procedimiento civil pero advirtiendo que "...con el decurso de los años ha venido sufriendo sus modificaciones y limitaciones en orden a dotar al Juez de mayores libertades especialmente en tratándose de cuestiones probatorias..."

Defensa:

Critica los argumentos expuestos por el Ministerio Público señalando que no tuvieron en cuenta el apoyo de la segunda instancia a la decisión cuestionada, y la ausencia de legitimidad de la señora Ramírez, lo que a la postre hubiera determinado fatalmente la improsperidad del recurso.

Luego para estudiar "varias figuras e instituciones jurídicas", comenzando por "el poder", resaltando que la actividad que de él emana "...depende de los términos de la convención, que para el caso de autos circunscribió, limitó la depositaria María Consuelo Ramírez Ramírez, al adelantamiento del incidente de desembargo y levantamiento del secuestro...Obsérvese que el poder no se otorgó para llevar la representación en el proceso de la persona mencionada...", resultando "...inadmisible y reprochable...que...se pretenda desviar sus consecuencias encausando penalmente al Juez de conocimiento, por haber invocado y aplicado las normas reguladoras del caso..."

A seguida, habla de "la legitimación en la causa" señalando cómo se le recalcó al apoderado de la incidentante "...*que no se encontraba legitimado* para promover la articulación, por no ser ella la titular del derecho subjetivo..." Continúa su exposición con una referencia al "principio dispositivo" en materia procesal civil, destacando el papel pasivo que le corresponde al Juez en lo tocante a las pruebas, correspondiéndole a los interesados "el deber de aducirlas con sus formalidades para poder ser valoradas..."

Continúa su análisis con "la prueba de oficio" destacando la potestad —no la obligación— de decretarlas. Entonces, "establecida por

el Juez la improcedencia del incidente, era su deber...rechazar de plano el mismo...", pues haberlo aceptado sin haberse acreditado su procedencia configuraría un delito de prevaricato.

Posteriormente habla de la obligación que pesa sobre el tercero interviniente de probar su posesión sobre los bienes, así como el deber que tiene el Juez de ceñirse a los términos y facultades conferidos en el poder. Al respecto recuerda que en el caso de la especie el mandato fue conferido para representar a la denunciante en un proceso ejecutivo y no en un ordinario como lo pretendió hacer valer su abogado, por lo que le correspondía al Juez rechazar por improcedente la acción que se pretendía incoar.

Critica también el que se pretenda declarar probada la existencia de medida cautelar basándose en apartes de la confesión, tomados fuera de contexto, olvidándose que ella debe examinarse en su integridad.

Más adelante precisa que la valoración probatoria debe hacerse con arreglo al Código de Procedimiento Civil de 1970, sistemática que asignaba a los secretarios de los despachos judiciales la función de autorizar con su firma las certificaciones mas no la de expedirlas pues tal encargo le correspondía al Juez. Destaca, además, que "es asunto totalmente desconocido que fue lo que solicitó con petición escrita la señora María Consuelo Ramírez Ramírez... y que fue lo que se ordenó..." por el despacho judicial, por lo que se ignora si la certificación estaba autorizada por el Juez, lo que impedía al funcionario acusado el hacer interpretaciones arbitrarias de las normas del Código de Procedimiento Civil que son muy claras en cuanto a la forma de aportar documentos y al valor probatorio de las copias.

Finalmente, el memorialista centra su atención en el dolo para señalar que él no estuvo presente en las decisiones tomadas por su defendido, "...requisito subjetivo y determinante en esta clase de delitos..." y critica "...el hecho de no haberse realizado un estudio serio respecto de la culpabilidad...por parte de los señores fiscales... lo que permite inferir que se está erigiendo un concepto bajo los parámetros propios de *'la responsabilidad objetiva* '"

Concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

De entrada señala que los actos judiciales cumplidos por el funcionario sindicado son abiertamente ilegales, los que deben considerarse como una sola conducta que se encuentra enmarcada dentro de un prevaricato por acción "...ya que a través de esas diferentes manifestaciones se contrariaron preceptos fundamentales del derecho civil según los cuales no puede embargarse un bien que previamente haya sido objeto de tal medida y mientras ésta permanezca vigente y, en el caso de que incorrectamente se haya procedido, debe el Juez de plano y oficiosamente, proceder a levantar la segunda cautela improcedente".

A continuación niega que el rechazo de plano que hiciera el sindicado a las pretensiones, estuviere ajustado a la ley. Si bien ella no era poseedora de los bienes, no era esta condición la que estaba reclamando sino el levantamiento del embargo y secuestro por existir diligencia similar. Al desoírla, el Juez olvidó sus funciones, "imbuído de un espíritu contrario a sus deberes...se ciñó absurdamente a los términos precisos de la petición y de la ley y fue incapaz de pensar más allá del tenor literal...como si él no estuviera investido de facultades de dirección del proceso y de la potestad de actuar oficiosamente cuando así lo requieran los hechos o las situaciones de la actuación".

Recalca que sólo tuvo en cuenta las formalidades del escrito, que aunque la primera decisión (septiembre 23 de 1988) no contiene afirmaciones contrarias a la ley, en conjunto sí la viola porque no puede haber dos embargos simultáneos. En lo referente a su pronunciamiento de octubre 5 de 1988, "...participa de ese mismo espíritu infractor de la ley...", al que se agrega el desobedecimiento del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil que señala la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial como el objeto de las normas procesales, resolviéndose cualquier duda acudiendo a los principios generales del derecho.

Por último, responde a las disculpas del Juez acusado sobre la carencia de eficacia de los documentos que se allegaron para fundamentar la petición que a la postre se rechazara, llamando la atención sobre el apoyo que tenía la constancia secretarial en un auto anterior, lo que de suyo anunciaba la autorización judicial para expedirla. Esta situación le daba al documento el carácter de público, lo mismo que a las copias del acta de diligencia de embargo y secuestro de los bienes. Por consiguiente, no tenía porqué exigir copia del auto que ordenó la constancia pues su sola mención es suficiente. Además, si el Juez consideró que la prueba allegada era insuficiente, debió practicar de oficio las que estímase como necesarias para fundamentar la decisión.

Lo anterior lo lleva a solicitar la revocatoria del auto que decretó la cesación del procedimiento, dictando en su lugar una resolución de acusación, aunque solicita se le conceda la libertad provisional.

La Corte:

1. El principio dispositivo.

La defensa esgrime como punto fundamental el principio dispositivo, de aplicación importante en el procedimiento civil. Con apoyo en tratadistas nacionales, recuerda el rol principalísimo que le corresponde cumplir a las partes en la impulsión del proceso. "El papel que el Juez desempeña en el proceso no está concebido para andarle fabricando las pruebas a terceros ocasionalmente intervinientes", es su conclusión. Explicable por tanto su crítica al concepto del Colaborador Fiscal: "Pretende dar un vuelco al régimen legal imperante sobre la materia haciendo aplicable el principio inquisitivo del proceso penal al proceso civil..."

Los argumentos son respetables pero no atendibles. Obsérvese:

Razón le asiste al Ministerio Público cuando advierte que, conocida la posibilidad de existencia de la medida cautelar, "...ha debido analizar la procedencia de la revocatoria de la medida, haciendo de lado formalismos innecesarios pues en estos casos se imponía su acción oficiosa ante la infracción que se había cometido a los postulados de la ley civil". También acierta cuando apoya su dicho en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil que señala, como objeto de los procedimientos, la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Sensatas palabras. Detállese.

El Juez es el representante del Estado, encargado de administrar justicia con arreglo a la normatividad imperante. Por consiguiente, cuando de las actuaciones de las partes que intervienen ante sí se desprenda una notoria injusticia o, por lo menos, la posibilidad de transgresión de la ley, el funcionario judicial se encuentra en la obligación de amparar la justicia misma, remediando el entuerto.

En este sentido, el principio dispositivo, imperante en la sistemática civil, encuentra su real aplicación dentro de la evolución de la sociedad que lo hace posible. Así, aunque las partes conserven la iniciativa en la impulsión del decurso procesal, también sus actuaciones deben ceñirse en un todo a las disposiciones legales y constitucionales.

Por consiguiente, cuando por cualquier medio el Juez se entere de la existencia de una anomalía capaz de perturbar el cabal desarrollo del proceso, se encuentra en la obligación de comprobar su existencia y, si es el caso, aplicar el correctivo necesario. Ello es así porque si bien las partes son encargadas de señalarle el camino a seguir, éste no puede estar sujeto a la arbitrariedad particular, sino al imperio de la ley.

Por tanto, el Juez, como director del proceso, pero sobre todo, como dador de la justicia y la equidad, ha de estar atento a que estos marquen la pauta en la aplicación del derecho. De lo contrario, la ley misma no encuentra su razón de ser sino en ella misma, ajenidad que al aislarla de la sociedad que pretende regular, de hecho la convierte en un dictador que sólo persigue imponer su propia voluntad, quebrantando la armonía colectiva.

En otras palabras, permitir que la forma maneje el contenido es regresar a épocas pretéritas en las que se consideró a la ley como un fin en sí misma, ausente de la realidad social. Ambición desmedida de lo apenas cortical puesto que la forma se creó para proteger la esencia. Nada más. Cuando pretende encerrarla, acomodándola a sus estrechos fines, el Juez ha de romper esta camisa de fuerza acudiendo a los principios generales del derecho y a la constitución misma. Tal el papel del Juez en la sociedad moderna y tal el alcance de la administración de justicia, en su aplicación.

2. El abuso del formalismo.

Resulta insólito para la Sala que un funcionario, encargado por ministerio de la ley de administrar justicia, restrinja su papel a la estrechez de las formas procesales, sacrificando no sólo las normas sustanciales sino también los principios generales del derecho.

Curiosa concepción de la justicia.

Sorprende que la noticia de un embargo anterior se supeditle a la firma de un secretario. El documento que se presentaba si no llenaba los requisitos formales para tenerlo en cuenta, podía haber sido tomado como simple información sobre la primera medida cautelar que pesaba sobre el bien. Previsión juiciosa del funcionario habría sido la de oficiar al despacho judicial que lo ordenó para informarse de lo sucedido. Confirmada la noticia debía obrar en consecuencia, levantando el segundo embargo.

Sin embargo, ni siquiera curiosidad le ocasionaron los documentos aportados por el tercero interviniente. Su horizonte procesal se redujo a examinar las calidades de quien los allegaba, desechando lo que contenían. Con pocas palabras, sostenidos en los restringidos límites del primitivo principio dispositivo, prefirió ignorar el dato que se le estaba suministrando, so pretexto de que no estaban firmadas por funcionario competente. No importa que existiera la posibilidad de una transgresión a la normatividad. Una firma importaba más que la averiguación de lo sucedido. Igual siguió adelante con la medida.

Ahora bien, vale la pena detenerse en el examen de los documentos presentados.

El primero es la constancia secretarial que da cuenta de la existencia de la medida cautelar que pesa sobre el bien. El segundo está constituido por las copias del acta de diligencia de embargo y secuestro ordenada por el Juzgado Tercero (3º) Laboral del Circuito, ambas firmadas por el secretario del Juzgado, según autorización expedida por el titular del despacho, el trece (13) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), autenticadas por el secretario. ¿Tenían valor de documento público? La controversia pierde interés porque ignora el meollo del asunto: El aviso proporcionado y el deber del Juez de confirmarlo.

Por ello, el que una constancia no es lo mismo que una certificación, que el secretario no estaba autorizado para expedir dicha constancia, que en autos no aparecía el consentimiento dado para tal fin por el particular del Juzgado, que las copias no habían sido aprobadas por el Juez, todos a una serían argumentos atendibles si se hubiera querido imponerlas por sí solas como pruebas dentro del proceso. Sin embargo, significaban una información que el Juez ha debido comprobar en desarrollo de su facultad oficiosa.

Olvidó el Juez que las falencias de los documentos y de sus aportantes no convalidan las transgresiones a la ley.

3. La defensa y el lastre del pasado.

Pero si el funcionario acusado no estuvo atento a cumplir con sus obligaciones, convencido de su papel de mero espectador del acontecer procesal, su defensor no actúa mejor al basar su estrategia en el resguardo de las concepciones formalistas, desuetas pero aún enquistadas en nuestra población jurídica.

Reflexiones:

Sus principales críticas se fundamentan en el estricto apego a la ley procesal sin entrar en el fondo de la cuestión: La facultad oficiosa del Juez en asuntos como el que se estudia.

Por ello habla de la corrección en el rechazo del incidente propuesto, por ilegitimidad de la depositaria, los límites que tenía el poder concedido que excluía un mandato para este tipo de actuación, la improcedencia de la prueba aportada al no estar firmada o autorizada por funcionario legalmente facultado para ello, y, en fin, la obligación que tiene la parte de probar lo alegado.

Ahora bien, cuando se refiere a la facultad oficiosa intenta la limitada interpretación gramatical arguyendo que el verbo "poder" le otorga una facultad mas no una obligación de decretar pruebas de oficio. Si su análisis hubiera trascendido la exégesis y se hubiera internado en la sistemática habría descubierto que el Juez, ante todo ha de administrar justicia con arreglo a la constitución y las leyes y que no le cabe excusa para sustraerse a esta obligación primordial, debiendo poner todo el empeño en ello si descubre la posibilidad de una violación a la normatividad.

No menos afortunado resulta cuando aborda el tema del principio dispositivo. Luego de deslindar campos con el inquisitivo-penal, advierte que "el papel que el Juez desempeña en el proceso, no está concebido para andarle fabricando las pruebas a terceros ocasionalmente intervinientes en el proceso".

Magra respuesta concebida en el pasado.

Olvida el distinguido profesional que la noticia suministrada por la depositaria no tenía como objeto mejorar su situación procesal sino evitar un yerro judicial mayúsculo al imponerle doble medida cautelar a un bien, en abierta transgresión a la ley. Y no era cualquier dato suministrado al garate. Estaba apoyado por documentos que revestían seriedad pese a las informalidades que presentaban.

Resulta claro, por consiguiente, que cuando un Juez de la República, cualquiera sea su jurisdicción, recibe una información sobre una posible violación de la normatividad existente en el proceso que adelanta, cuya circunspección por lo menos le suscita la duda suficiente sobre el particular, se encuentra en la obligación de ejercer su facultad oficiosa con miras a establecer la veracidad de la comunicación y, si es el caso, remediar el entuerto o poner el caso en conocimiento de las autoridades competentes.

4. La negligencia del acusado.

El Tribunal, en la providencia que es materia de impugnación, dispuso decretar la cesación de procedimiento, argumentando que la negativa del acusado se produjo conforme a derecho pues con claridad se le advirtió a la quejosa que el certificado debía ser expedido por Juez competente, por lo "...que no se configura el comportamiento omisivo...al no proceder de oficio a levantar la medida cautelar como quiera que la depositaria de los bienes no acreditó plenamente que el embargo y secuestro anterior estaban vigentes".

A renglón seguido destaca el carácter facultativo de la oficiosidad probatoria "...ya que es a las partes a las que les incumbe probar el supuesto de hecho. Y si bien es cierto que la depositaria no es parte ni un tercero, era la interesada en que se levantara la segunda medida cautelar y por lo tanto corría con la carga de la prueba".

En contraposición, la Delegada considera que se está en presencia de un prevaricato por acción puesto que "...el funcionario ni procedió a adoptar la determinación que le correspondía, ni quiso averiguar lo informado. Las facultades para hacerlo las tenía con fundamento en la ley. A pesar de ello efectuó un trámite desatendiendo todas las circunstancias que se anotaron, causando agravio bajo el pretexto de un riguroso formulismo que se halla alejado de la ley".

Como bien se observa, cada cual busca en el formalismo la explicación al comportamiento del Juez. El Tribunal y la defensa consideran que la falencia se le imputa a quien presentó los escritos, pues sobre ella recaía la carga de la prueba. El Ministerio Público rechaza el exagerado formalismo para demandar una resolución de acusación. Sin embargo, nadie se pregunta, aparte del defensor, si el funcionario en verdad tuvo la intención y la voluntad de cometer el ilícito.

Porque no se puede caer en el excesivo celo fiscal de penar a quien hace de la interpretación exegética el norte de su vida profesional. De permitirse esto, estaríase creando un tipo penal sui géneris, con marcado acento totalitario, destinado a perseguir la libertad de pensamiento. Repárase en sus palabras:

"Imbuído de un espíritu contrario a sus deberes, inexplicable hoy en día, se ciñó absurdamente a los términos precisos de la petición y de la ley y fue incapaz de pensar más allá del tenor literal del inciso mencionado por el solicitante...como si él no estuviera investido de facultades de dirección del proceso y de la potestad de actuar oficiosamente..."

La Sala puede estar de acuerdo en que es censurable la actuación del fallador, pero nada indica que también sea punible. Obsérvese:

En el proceso es manifiesta la incapacidad del Juez para trascender el tenor literal de las normas. Sin embargo, no existe el más leve indicio que demuestre una intención torticera en su decisión. Creyó estar cumpliendo con la ley y actuó en consecuencia, poniendo de relieve una negligencia censurable pero no punible. Apegado a la letra de la ley, creyó obedecerla encerrándola dentro de los estrechos márgenes de su sentido gramatical. Eso fue todo.

De otra parte, apegado al principio dispositivo tal y como antaño se entendía, se colocó en el papel de simple espectador del proceso, dejando de lado la facultad oficiosa consagrada por la ley.

Pero más aún, de persistir en el empeño de castigar a los exégetas del derecho se estaría prohijando la resurrección de la responsabilidad objetiva, por fortuna desterrada de nuestro medio. Razón tiene el señor defensor cuando llama la atención sobre este aspecto aunque infortunadamente apenas haya sido una acotación al margen.

5. Conclusión.

Con fundamento en lo anterior y hechas las aclaraciones correspondientes al verdadero alcance de la cesación de procedimiento materia de discusión, entendiéndose que ella se fundamenta en la ausencia de dolo respecto de la conducta imputada al incriminado, esta colegiatura dispondrá la confirmación del auto recurrido.

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

Resuelve:

Confirmar el auto apelado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. RECEPTACION

La receptación no depende en su estructura del delito que intenta encubrir

2. CASACION. APODERADO

La representación clara y explícita de un profesional en el recurso de casación no puede traspasar el linde que le ha concedido el poderdante

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 052 (julio 31 de 1991).

Vistos:

Se resuelve el recurso de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el defensor del procesado *Juan Eliseo Hernández Gutiérrez,* contra la sentencia de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo proferido por el Juzgado Veintidós (22) Penal del Circuito de la misma ciudad, con el que se condena al referido acusado a seis (6) meses de prisión como autor penalmente responsable del punible de encubrimiento por receptación. A la par, también sancionó con similar pena privativa de la libertad a *Juan Martín Cárdenas Rozo* (22 años) como autor del delito de hurto agravado, *Arturo Puertas Pineda* y *Eduardo Antonio Parra Castrillón,* como coautores, y, finalmente a *José Medardo Alvarez Ruiz* y *José Dinael Barahona* a once (11) meses de prisión, como cómplices.

Surtido el trámite de rigor, el señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, impetra a la Sala rechazar la demanda presentada por improcedente por carecer de interés jurídico para recurrir.

La demanda:

Con fundamento en la causal tercera de casación, el apoderado de Juan Eliseo Hernández Gutiérrez plantea un único cargo por haberse denominado equivocadamente el hecho punible pues lo demostrado en

el proceso no configura un delito de hurto sino de abuso de confianza. Al respecto señala como autor del reato a Juan Martín Cárdenas Rozo explicando que en su calidad de jefe de bodega se apropió del cargamento de lenteja pero teniendo la calidad de tenedor, reconocedor del dominio ajeno.

A renglón seguido se centra en la participación de su patrocinado advirtiendo que se le debió juzgar como receptador de un delito de abuso de confianza y no de hurto agravado en razón de la confianza depositada en él. Por consiguiente, solicita de la Sala reconocer que el comportamiento criminoso de los procesados se subsume en el punible contra el patrimonio económico, razón que lo lleva a solicitar se case la sentencia a partir de la resolución de acusación, por quebrantamiento del debido proceso.

Concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal:

Considera que el recurso es improcedente por falta de interés para recurrir. Basa su aserto en la autonomía del delito de receptación "...desvinculado del *iter criminis* recorrido para *consumar* el delito del cual emana el objeto materia de la receptación", independencia que desconoce el demandante pese a "...que la propia razón de ser de este hecho punible excluye por sí la dependencia vinculante de los dos delitos...", amén de que la misma ley excluye el concurso.

Por consiguiente, continúa el Colaborador Fiscal, en nada influye la calificación del delito del cual proviene el objeto material adquirido por este procesado por ser "...los mismos parámetros punitivos del artículo 177 los aplicables bien tratándose de un hurto o de un abuso de confianza, pues en uno u otro caso, se debe partir del mínimo de seis meses de prisión...", que en definitiva fue la pena impuesta a su patrocinado por lo que ningún beneficio concreto persigue el censor.

De otra parte, pone de relieve la carencia de personería del recurrente para invocar la nulidad en favor de los demás procesados puesto que el poder le fue conferido únicamente para defender a Juan Hernández, "...por ende, ilegítimo resulta que este profesional abogue en nombre de quienes han demostrado su conformidad con el fallo que les decidió su situación jurídica en forma definitiva".

Tales razones lo llevan a solicitar el rechazo de la demanda por su notoria improcedencia.

La Corte:

1. La autonomía de la receptación.

Razón le asiste al Colaborador Fiscal en su argumentación. Como bien lo destaca, el recurrente no persigue el mejoramiento de la situación jurídica de su patrocinado, lo que de por sí le resta legitimidad para impugnar el fallo.

En efecto, es cierto que el delito de receptación tiene en su aspecto objetivo un carácter accesorio frente al delito que pretende encubrir,

puesto que la reprochabilidad de esta conducta sólo puede explicarse a partir de la ilicitud del acto que pretende ocultar. Sin embargo, ello no quiere decir que la receptación dependa en su estructura jurídica del delito que intenta encubrir.

El legislador previó tal situación y garantizó la independencia del tipo accesorio al expresar su configuración "...fuera de los casos de concurso en el delito..." Acierta la Delegada al enfatizar sobre este punto.

Y es que la razón que llevó a tipificar este comportamiento obedece a castigar a quien, sin participar directa o indirectamente de la comisión de un hecho punible, contribuya a garantizar su éxito colaborando con el actor, bien en el ocultamiento o aseguramiento del objeto material o el producto, o bien adquiriéndolo o enajenándolo. Es claro que esta actividad coadyuva en alto grado a la impunidad y como tal ha de ser castigada.

De otro lado, el que conlleve un mayor rechazo el encubridor de un delito que el de otro es cuestión que el Juez ha de tener en cuenta en el momento de dosificación de la pena, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 61 del estatuto punitivo.

En nuestro caso, la aplicación del mínimo permitido por el artículo 177 ibidem, *deja sin efecto cualquier razón adicional que se pretenda argüir, puesto que la pena impuesta es la más benigna que se hubiera podido imponer.*

Por consiguiente, y dado que en uno u otro caso, el resultado es el mismo, resulta indiferente si el procesado cometió el encubrimiento por receptación respecto de un delito de abuso de confianza o de un hurto. Sobre el particular, la Sala ha sido enfática en señalar que "una de las finalidades del recurso de casación es la de procurar corregir el agravio inferido al sentenciado que haya resultado perjudicado en sus intereses con una decisión injusta. De ahí que en sede de casación la personería para impugnar o derecho impugnaticio, sólo lo tenga quien siendo parte en el proceso ha sufrido además un perjuicio por haber recaído sobre él un fallo injusto que lo lesiona en sus intereses" (Casación de agosto 12 de 1988, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas).

2. Los límites de la representación judicial.

El recurso de casación tiene como uno de sus requisitos fundamentales el invocar causales que persigan remediar yerros que afecten la situación procesal del recurrente. Tal la razón para que se exija la representación clara y explícita de un profesional para defender los intereses de quien se considera lesionado por el fallo que pretende impugnar.

Por consiguiente, el mandato así conferido no puede trascender este linde marcado por su poderdante. El poder, en este sentido, recibe su individualización y no puede ser cambiado al arbitrio del mandatario. Traspasarlo, en procura de defender intereses ajenos, viola por consiguiente dicha representación y como tal ha de ser rechazado el intento, no importa que a través de él se persigan beneficios propios.

En el caso de la especie, el abogado que representa al recurrente Juan Eliseo Hernández Gutiérrez pretende con la demanda en estudio, conseguir que el fallo demandado cambie con la situación de los demás incriminados, penándolos por un delito de abuso de confianza en vez del delito de hurto por el que se les sancionó en las instancias.

Sobre el particular, tinosas resultan las palabras de la Delegada cuando afirma que "...ilegítimo resulta que este profesional abogue en nombre de quienes han demostrado su conformidad con el fallo que les decidió su situación jurídica en forma definitiva".

3. Conclusión.

Con fundamento en lo anterior, la Corte acoge los planteamientos de la Delegada en el sentido de revocar el auto de abril cuatro (4) del año en curso, disponiendo en su lugar el rechazo, *in límine*, de la demanda por no cumplir con las exigencias formales de ley.

Con base en lo dicho en precedencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Revocar el auto de abril cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991) disponiendo en su lugar, el *rechazo "in límine"* de la demanda presentada por no cumplir con los requisitos de ley.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO. ACCION DISCIPLINARIA

Una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria, tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., catorce de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 55.

Vistos:

El 20 de junio del año en curso, esta Corporación decidió no abrir investigación penal contra los doctores *Carlos Guillermo Rojas Vargas, Inés Galvis de Benavides* y *Hugo A. Velo Camelo,* a quienes en su condición de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y por actuaciones suyas en el trámite del proceso de Carlos Bernal López contra la Compañía Financiera de Inversiones, "CONFIAGUIL", les había formulado denuncia el señor Hernán Quiceño Holguín.

Contra esta determinación y, en sazón, interpuso recurso de reposición el denunciante y, subsidiariamente, el de apelación ante la Sala Plena de la Corte.

Vencido el término de traslado a las partes en Secretaría —art. 202 del C. de P. P., trámite del recurso de reposición— es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Resultandos y considerandos:

1. Así fundamenta su impugnación el denunciante:

"El delito de prevaricato, se tipifica y demuestra con la contradicción que, como se percibe clarísimamente en este caso, entre el acto jurídico y la ley en sí. Tan cierto es que está probado y confesado por el incriminado Rojas que su señoría opta por ordenar la emisión de copias para que se le sancione disciplinariamente. La conducta es antijurídica *per se.* Y la subjetividad contentiva del elemento 'culpabilidad' va implícita en el acto mismo. Su señoría, al ordenar se le investigue y sancione por no haber 'investigado', no haber estu-

dado el caso y la normalidad aplicable, está admitiendo, reconocimiento mejor, que se estructura tanto la tipicidad como la culpabilidad.

"El acusado y/o los acusados, son abogados, son profesionales del derecho. Y más aún, más que simples profesionales del derecho, han ocupado y ocupan cargos en los cuales su misión es nada más ni nada menos, que la interpretación de la ley, del derecho y al asumir el cargo, y al solicitarlo, hicieron exposición de su idoneidad para el cumplimiento de esa elevada misión, y así, juraron cumplir bien y fielmente los deberes del cargo.

"De ello se deduce la razón de ser de la existencia en la Carta Magna de aquella norma según la cual, los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes.

"Los funcionarios públicos (V. art. 63 del C. P.) lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

"Si un Magistrado, ya sea el ponente o sus coparticipes en Sala, tiene la obligación de corregir los yerros, si así puede llamarse a los desafueros cometidos por el *a quo*, cómo se le va a excusar porque omita hacerlo con el argumento de que no sabe, que no tiene experiencia en ello?

"Los denunciados cómo integrantes de la Sala, saben, tienen que saber qué es interés bancario corriente, y qué es interés cobrable por los créditos ordinarios de libre asignación. Y al admitir su cobro por encima de lo autorizado por la ley, al refrendar ese cobro mediante una decisión judicial, están refrendando el delito con suficiencia cognoscitiva.

"Cómo va usted doctor Gómez a ordenar que se investigue a Carlos César Bernal López y su abogado Raúl Cortés por el delito de usura, porque han cobrado más de lo autorizado por el Código Penal y para ello utilizaron disfraz en la escritura 'para hacer constar la operación', si en la misma providencia está diciendo que aquellos que por su oficio deben aplicar la ley, la desconocen?" —transcripción textual—.

2. Así le responde la Corte:

a) Desde tiempo atrás ha dicho la misma —Auto de junio 5 de 1985, Magistrado ponente doctor Calderón Botero—: "...Esa exigencia perentoria de que la resolución o dictamen sean manifiestamente contrarios a la ley, objetiva y subjetiva se convierte para el Juez en una valoración que, por exceso o por defecto, puede conducir a error. Para obviar estos extremos, hay que buscar un punto equidistante, un criterio rector en donde esa contradicción, por su magnitud, subsuma cualquier abuso de autoridad para concluir que OBRAR BAJO LA COMPRENSION DE LA ILICITUD DE LA CONDUCTA CONSTITUYE PREVARICATO. Es, pues, ese especial sentido de equidad, así conformado, el verdadero resguardo y guía del acto judicial en el juicio de aplicabilidad de esta infracción.

"Esto se traduce, nada más ni nada menos, en que SI LA INTERPRETACION INDEBIDA DE LAS NORMAS O DE LAS PRUEBAS SE EFECTUA SIN TENER CONCIENCIA DE UN ACTUAR ILICITO, POR MAS QUE RESULTE OPUESTA AL DERECHO, NO EXISTE DELITO DE PREVARICATO POR ACCION YA QUE, DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO, NO ES POSIBLE CONSIDERAR QUE EL ACTOR ENTENDIO COMO MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY SU COMPORTAMIENTO".

b) Señalando las formas de la culpabilidad, enseña el artículo 35 del Código Penal: "Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Y el 36 ibidem dispone: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible". Y el 37: "La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo". A su turno, el artículo 38 ejusdem indica cuándo la conducta es preterintencional; pero como para el caso esta forma de culpabilidad no interesa, no se transcribe.

Tanto en el Código del 36 como en el del 80 se precisaban, en la parte especial, cuáles delitos podían ser cometidos preterintencionalmente y, para lo que importa, CULPOSAMENTE; lo que comporta que, cuando esa concreta indicación no se realiza, el delito sólo admite la modalidad DOLOSA.

Pues bien, tratándose del delito de prevaricato su existencia sólo puede predicarse a título de dolo, esto es, cuando se actúa con conciencia y voluntad de la naturaleza criminosa de la resolución o dictamen; o, sin adornos, en palabras de DOHNA, sabiéndose lo que se hace. Y, en el auto que se solicita se reponga, precisamente porque nada existía que permitiera adverar que los Magistrados habían procedido sabiendo que iban contra la ley, y, por contrario modo, todo advertía de que obraron como lo hicieron porque entendían que así era como mejor la realizaban, fue por lo que se dispuso no apertura de averiguación penal en su contra.

Y también se enfatizó que procedieron así por error, nacido de su incuria. Y, por ello, se entendió que habían sido "inferiores a la misión oficial que les estaba encomendada", disponiéndose en consecuencia que se expidiera copia de lo pertinente con destino a la Procuraduría, para que dentro de la esfera disciplinaria, fueran investigados. Entendía y entiende la Corte, lo que también debe saber un estudiante de derecho, que una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tendría sólo disciplinaria o únicamente penal. Aquí, se demostró que el asunto, por aquello de la inexistencia del dolo, que no de la culpa, no alcanzaba en rigor jurídico a comportar siquiera tipicidad penal; pero como uno es el juicio de valor que se emite para tener una conducta como atentatoria del estatuto penal y otro diferente el que ha de vertirse para arribar a la conclusión de vulneración o no del régimen disciplinario, con lógica fácilmente aplicable, se ordenó que la autoridad competente se pronunciara sobre este último extremo del asunto. Y,

c) Recálquese, por lo que se entendió que la decisión del doctor Rojas y de sus compañeros de Sala *era fruto del error o de la ignorancia, términos que en materia penal suelen utilizarse con un mismo resultado, fue por lo que se asumió la determinación impugnada, ya que ello equivalía a afirmar, como efectivamente se hizo, la ausencia del imprescindible ingrediente subjetivo del delito de prevaricato. Y, para que el impugnante aprecie, VEA que el criterio que siguió la Corte no fue una invención arbitraria, exclusiva para su caso, quiere ella traer a colación la siguiente jurisprudencia de mayo 24 de 1983, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, así:*

"Si,...en cambio el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del numeral 4 del artículo 40 del Código Penal vigente, 'el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo', lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exensión de responsabilidad".

Y, como se trataba de apertura o no de averiguación penal, para despachar el caso no tenía la Corte porqué acudir al artículo 40-4 del Código Penal, sino que le bastaba hacer referencia a la inexistencia del factor subjetivo, en un evento en el cual tal ingrediente se encuentra ubicado en el tipo y de ahí que su ausencia comportara y comporte atipicidad de la conducta. Se rindió pues en la determinación que se recurre culto a la ley y al derecho y no como infamemente se dice, muy seguramente por aquello de que la ignorancia es atrevida, que allí la Corte instigó a delinquir.

Sin perjuicio de la facultad de reprochar o denunciar comedidamente, por los medios competentes, los hechos que considere violatorios de la ley, a quien hace uso del derecho de recurrir, de impugnar, le está vedado acudir a la injuria o a la acusación temeraria. Es que no es el lenguaje de contumeliosos el propio para estos menesteres de la justicia. Y, por todo lo expuesto, refulge que lo único a reponerse dentro del trámite de estas diligencias preliminares, sería la parla afrentosa, procaz, irrespetuosa del recurrente. Y si la Corte renuncia a su derecho de llevar tal conducta al conocimiento de la autoridad competente es porque tiene la certidumbre de que la misma sólo tuvo ocurrencia por la extrema ignorancia del impugnante que lo ha conducido inclusive a interponer de manera subsidiaria el recurso de apelación ante la Sala Plena de la Corte, en el evento de que no prosperara, como no prospera, el de reposición interpuesto.

3. Sobre la responsabilidad o no de las personas que han sido denunciadas por *usura*, se extraña la Corte que se asegure que ya prácticamente está fallado ese asunto con la determinación que se recurre. Y bien lejos de la verdad que sí esta aseveración de tal tenor, pues resulta claro que la Sala no se ha pronunciado sobre la ocurrencia o no de tal hecho punible; y mal podía haber procedido así ya que lo

suyo se limitó a declarar si había o no mérito para apertura de la investigación penal contra los Magistrados acusados por el delito de *prevaricato*, cosa bien distinta a determinar la existencia o no del ilícito contra el orden económico social referido y la responsabilidad de las personas que inculpa el denunciante. Es apenas obvio que decisión de esa especie compete autónomamente a otras autoridades y que en ella ninguna incidencia tiene lo resuelto en el auto recurrido.

Otra cosa: De la determinación de los Magistrados acusados la Corte sólo ha dicho que, dada la ausencia de *dolo*, no es dable edificar en ella delito de prevaricato. En su momento, a quien corresponda, dirá si ella presta mérito o no para sanción disciplinaria y, en caso afirmativo, con base en tal decisión, podría el interesado adelantar las acciones civiles de responsabilidad extracontractual que considere pertinentes. Es más, para proceder en este último sentido, no se requiere siquiera resolución que previamente reconozca que los Magistrados actuaron con *culpa*, pues nada se opone a que en el correspondiente proceso, ese extremo del asunto y los otros propios al mismo, sean debatidos en su totalidad y a cabalidad. No se ve, entonces, cómo la Corte, con la decisión que se recurre, y que permanecerá inamovible, esté negando, clausurando la oportunidad de que el denunciante proceda por otras vías, en la búsqueda de la satisfacción de los intereses suyos que dice ultrajados, vulnerados.

4. Finalmente, solicita el denunciante que se le expidan copias "del auto en el cual se abstiene de abrir investigación contra el incriminado Rojas V. y de la exposición por éste rendida". Al respecto se observa que, en la fase de la indagación preliminar, a términos del artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, existe reserva de la misma. Y, según dispone el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal (art. 18 del Decreto 1861 de 1989), inciso final, "la persona en cuyo favor se haya dictado auto inhibitorio, el denunciante o querellante, podrán designar abogado que lo represente en el trámite de los recursos que haya interpuesto, quienes tendrán derecho a conocer las diligencias practicadas".

De las normas que dicen con la indagación preliminar ninguna se refiere concretamente a la expedición de copias y las únicas que de alguna manera vienen al caso son las mencionadas. Así, pues, debe entenderse que si el denunciante no tiene derecho a conocer las diligencias en esta fase del procedimiento porque el mismo se deposita en cabeza de su abogado, menos podrá solicitar copias del todo del asunto o de parte de la actuación cumplida.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

1. *No reponer* su determinación de junio 20 del año en curso, según la cual no hay lugar a apertura de sumario contra los doctores Carlos Guillermo Rojas Vargas, Inés Galvis de Benavides, y Hugo A. Vela Camelo, por actuaciones suyas en el trámite del proceso de

Carlos Bernal López contra la Compañía Financiera de Inversiones, "CONFIAGUIL", en su condición de Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

2. *No conceder* la *alzada*, inopinadamente interpuesta, pues se procede en trámite de *única instancia;* y,

3. No hay lugar a la expedición de las copias solicitadas por el denunciante, según se señaló en la parte motiva del presente proveído.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. PENA

Requisitos señalados por la Constitución Nacional en relación con la limitación de la segunda instancia, en cuanto a la pena señalada en el fallo que se revisa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., catorce de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 055.

Vistos:

El procesado *Ulises Cormane Guerrero*, con apoyo en lo preceptuado en el artículo 31 de la Constitución Nacional, demanda la nulidad del proceso por cuanto el Tribunal Superior de Santa Marta no podía modificar la pena impuesta en el fallo de primera instancia, pues éste fue recurrido por los procesados y en atención al principio de favorabilidad, ha de entenderse que todos ellos tienen la categoría de un solo condenado y por ello el de apelante único.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que en este caso no es aplicable la norma en comento pues la sentencia de primera instancia fue recurrida por "Elisco Rueda Bohórquez, Carlos Arturo Pedraza, Róbinson Enrique Mejía, Lácides Escorcia Lara y Ulises Cormane Guerrero, quedando por descartado que sólo haya sido un único apelante el impulsor del proceso al Tribunal".

Consideraciones de la Corte:

Contrariamente a lo expuesto por la Delegada, considera la Sala que le asiste razón al peticionario cuando afirma tener el carácter de "apelante único" pues, ha de tenérsele como integrante de una de las partes dentro del proceso penal. El término "condenado" que se emplea en el artículo 31 de la Constitución Nacional, debe entenderse como referido al sujeto procesal integrado por todos los acusados, sin importar su número y, además, por todos los defensores debidamente reconocidos, es decir, que si varios acusados o sus defensores, recurren una sentencia, todos ellos tienen la condición ya dicha y el superior no podrá agravar la pena que se les impuso en el fallo de primera instancia, salvo las excepciones legales. Tampoco podrá hacerlo respecto de los procesados no recurrentes o que se les haya

declarado desierto por ausencia de sustentación. Interpretar la norma en sentido distinto, sería tanto como limitar su aplicación a los asuntos en los cuales figure un solo procesado, lo cual resulta inadmisible.

Pero cuando el fallo de primera instancia es a la vez recurrido por el Ministerio Público o por el representante de la parte civil, así sus intereses jurídicos versen sobre puntos diferentes, no podrá decirse que el procesado tiene la condición de "apelante único" y, en consecuencia, el superior podrá revisar el fallo sin limitación alguna y tomar las determinaciones que considere pertinentes, aún en contra de los intereses del procesado, como sería el aumentar las sanciones y revocar las absoluciones decretadas y en su lugar declarar la responsabilidad de los acusados mediante el fallo condenatorio correspondiente.

Tampoco tendrá operancia la norma constitucional cuando el fallo de primera instancia, por ministerio de la ley, tenga el grado jurisdiccional de la consulta, así haya sido recurrida por uno o varios procesados, ya que el superior adquiere competencia plena para revisar el fallo y tomar las determinaciones que juzgue pertinentes. De no ser ello así, bastaría al procesado interponer el recurso de apelación contra ella, aún sin tener interés jurídico para impugnarla, como sería el caso del absuelto, lo cual resulta contrario al ordenamiento legal. De aceptarse tal postura, desaparecería el grado jurisdiccional de la consulta, que en la misma norma constitucional se menciona como imperativo, en los casos contemplados por la ley.

En el caso concreto, a los aquí procesados se les halló responsables del punible previsto y sancionado en la Ley 30 de 1986, artículos 33 y 38 y siendo la sentencia consultable al tenor del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal Superior de Santa Marta tenía plena competencia para revisar el fallo impugnado por los acusados y realizar la modificación introducida en su sentencia, por lo cual, ella resulta acorde con el mandato constitucional comentado y que el libelista impetra para demandar la nulidad del fallo.

En efecto, el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) prescribía que "son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, ...La sentencia ...cuando el delito porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de cinco (5) años...", es decir, que en el presente caso, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta era consultable por cuanto la pena prevista para el punible aquí investigado, en su máximo, es superior a los cinco (5) años de prisión. Y, frente al Decreto 1861 de 1989, artículo 14, dicho fallo es igualmente consultable pues en dicha norma se consagró para "la sentencia...cuando el delito por el que se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes..."

Finalmente debe puntualizar la Sala que la nulidad propuesta por el procesado Cormane Guerrero, no puede ser atendida mediante este incidente, ya que ella no se refiere al trámite propio del recurso extraordinario. Las demás, es decir, las que se invoquen en la demanda, como ocurre en este caso, serán decididas al momento de proferir el fallo correspondiente.

En consecuencia, la Sala se abstendrá por ahora de tomar cualquier determinación al respecto y, negará la aplicación del artículo 31 de la Carta, por resultar improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal,

Resuelve:

1º *Abstenerse* de considerar la petición de nulidad que propone el procesado Ulises Cormane Guerrero.

Negar la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional propuesta por el citado procesado, por las razones consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ESTAFA. Competencia. COLISION DE COMPETENCIA

Sólo en el lugar donde el agente obtiene un beneficio ilícito como resultado del error en que ha inducido a la víctima que sufre el perjuicio, debe considerarse consumada la infracción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 55 (agosto 14 de 1991).

Vistos:

Dirime la Corte, la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre los Juzgados Tercero Penal del Circuito de Villavicencio y el Treinta Penal del Circuito de Bogotá, dentro del proceso seguido contra *Gonzalo Gutiérrez* por un delito de estafa.

Se infiere del proceso, que el señor Flaminio Reina inducido en error por la actividad engañosa de Gonzalo Gutiérrez, celebró con éste en el complejo ganadero "Catama" de la ciudad de Villavicencio un contrato de compraventa de ganado, escogiendo para el efecto diez reses y acordando un precio de $ 1.270.250.00 que el comprador Gonzalo Gutiérrez se comprometió a entregar en Bogotá una vez pesados los animales.

Trasladados los semovientes a Bogotá fueron pesados en el matadero y el comprador remitió al vendedor un cheque del Banco de Crédito y Comercio de Villavicencio, que no fue pagado por haber sido girado sobre cuenta cancelada.

La denuncia fue formulada por el señor Reina ante el Juez Penal de Villavicencio, quien adelantó la investigación, profirió contra el acusado, resolución de acusación, pero llegado el momento de dictar sentencia de primera instancia, se abstuvo de hacerlo por considerar que el Juez competente era el de Bogotá, ciudad donde según el funcionario se obtuvo el provecho por el procesado.

El señor Juez del Circuito de Bogotá no aceptó la competencia por considerar que fue en la ciudad de Villavicencio donde se realizó "...un verdadero acto de desapoderamiento de sus bienes en provecho evidente del pretendido comprador, por manera que el ulterior giro del cheque apenas constituye un episodio propio del agotamiento de la ilicitud, pero no de su consumación que sin duda alguna se obtuvo y produjo en Villavicencio..."

Se considera:

Como fácilmente se observa, los dos Jueces en conflicto aceptan la competencia por la naturaleza del hecho (estafa) pero la rechazan por el factor territorial (lugar de su consumación).

Corresponde en consecuencia a la Corte, determinar el lugar de consumación de la infracción penal.

En todo tipo penal existe una forma verbal que señala la conducta que debe realizar el sujeto activo para obtener el quebrantamiento del derecho, el interés o el bien jurídico protegido por la norma punitiva. Y es en el lugar donde el agente realice la conducta descrita en el verbo rector donde se considera consumado el delito.

Es bien sabido, que en el delito de estafa del artículo 356 del Código Penal no obstante que en la descripción del tipo de lo injusto existen varios verbos, sólo el "obtener provecho ilícito" constituye el núcleo rector en forma tal, que las maniobras engañosas o la inducción en error, mientras no se obtenga el beneficio ilícito, colocan el comportamiento en el campo de la tentativa.

Así se expresa el maestro Reyes Echandía, al respecto:

"Cuando se habla de verbo rector, se quiere diferenciarlo de otros verbos o verbos rectores que el legislador suele emplear al describir una determinada conducta y cuya función es accesoria. A menos que se trate de tipos compuestos, sólo existe un verbo rector en cada tipo legal; en la estafa por ejemplo (art. 356 del nuevo C. P.) cuya esencia consiste en obtener *un provecho ilícito con perjuicio ajeno* induciendo *a una persona en error, si bien se han empleado dos verbos, sólo el primero puede calificarse de 'rector', ya que el segundo sirve apenas para mostrar una circunstancia modal de la conducta..." (Derecho Penal —parte general—).*

Debe concluirse en consecuencia, que sólo en el lugar donde el agente obtiene un beneficio ilícito como resultado del error en que ha inducido a la víctima que sufre el perjuicio, debe considerarse consumado la infracción. Tal es el criterio seguido por la jurisprudencia de esta Corporación.

En auto de 20 de junio de 1988, al determinar el momento consumativo del delito de estafa, dijo la Corte:

"...Reiterada ha sido la jurisprudencia de esta Corporación en fijar el momento consumativo del delito de estafa; en tratándose de este hecho punible y de conformidad con la descripción típica del artículo 356 del Código Penal se ha afirmado, que la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error, o sea que en este caso, esto sucedió en X ciudad donde los timadores cobraron el cheque por un millón de pesos, aumentaron real e ilícitamente su patrimonio y por ende afectaron el de la víctima..."

Si desde el punto de vista jurídico, se determina con absoluta claridad que el delito de estafa se consuma en el sitio donde el sujeto

activo obtiene el beneficio con perjuicio para la víctima, en extremo difícil resulta precisar el lugar en el caso de estudio, dados los escasos elementos de convicción remitidos a la Corte.

Se sabe de manera cierta, que el contrato de compraventa de los semovientes se celebró y perfeccionó en Villavicencio en el centro ganadero "Catama" donde las partes convinieron la cosa y el precio (art. 1857 del C. C.) por tratarse de un contrato meramente consensual.

Pero, las dudas empiezan a surgir cuando se trata de determinar la fecha del contrato y la de la entrega del ganado al supuesto comprador, así como el lugar donde se realizó este hecho.

Flaminio Reina, en su denuncia afirma que "el negocio se efectuó en Catama con fecha dos de julio del año en curso" dando a entender que en dicha fecha y lugar el comprador recibió como propios los animales y entregó el cheque correspondiente al precio de la compra.

Con posterioridad, en ampliación de su denuncia (fl. 8) expresa Reina que el ganado lo vendió un domingo en la feria, unos días antes de 2 de julio y que el precio le fue cancelado con cheque post-datado que resultó impagado. Afirma, que él mandó el ganado a Bogotá en un camión, sin precisar si el ganado ya pertenecía al comprador y su transporte era tan sólo una condición del negocio ya perfeccionado. Este aspecto confuso e incierto, no fue aclarado en el curso de la investigación.

El testimonio del señor Gerardo Parra conductor del vehículo de propiedad del vendedor y en el cual se transportó el ganado a Bogotá, tampoco contribuye a poner en claro este aspecto, pues se limita a decir que presenció el negocio y da a entender que el mismo día recibió orden de llevar ese ganado a Bogotá, sin precisar la fecha, semovientes que ya pertenecían al comprador quien pagaría su precio en Bogotá.

Manifiesta lo siguiente el testigo en referencia:

"...Dígale al Juzgado si sabe o tiene conocimiento que entre el señor Flaminio Reina y el señor Gonzalo Gutiérrez haya existido algún negocio y en caso afirmativo de qué clase? *Contestó:* Pues allá en Catama el señor Gonzalo le dijo a don Flaminio que le compraba un ganado y entonces él o sea don Flaminio me dijo que le llevara un ganado a Gonzalo Gutiérrez a Bogotá y entonces me dijeron que lo pesara en Bogotá y que allí cuadraban cuentas con Gonzalo y así lo hice y él o sea Gonzalo me entregó un cheque en Bogotá para pagar el ganado y cuando fueron a cobrar el cheque no tenía fondos..."

Difícil en extremo es determinar con la certeza requerida y con base en tan reducido caudal de información, si al perfeccionarse el contrato en la ciudad de Villavicencio, el comprador Gutiérrez recibió el ganado como suyo y ya bajo su dominio los semovientes fueron transportados a Bogotá para su pesaje (caso en el cual el delito se consumó en Villavicencio) o si por el contrario el ganado aún pertenecía al vendedor, no había entrado al patrimonio del comprador y la tradición se efectuó en Bogotá, circunstancia que ubicaría la competencia en esta ciudad.

Quiere decir lo anterior, que para la Sala es incierto el lugar donde se consumó la infracción, circunstancia que lleva a dar aplicación al artículo 75 del Código de Procedimiento Penal que trata de la competencia a prevención y según el cual "cuando el delito se haya realizado en varios sitios o en lugar incierto" debe conocer del proceso el Juez competente por la naturaleza del hecho del territorio en el cual primero se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación.

Como estos factores que fijan la competencia a prevención se reúnen en el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, es a dicho funcionario a quien corresponde el conocimiento del proceso y a él se le remitirá el expediente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión, señalando como Juez competente para conocer del proceso al señor Juez Tercero Penal del Circuito de Villavicencio a quien se le remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al señor Juez Treinta Penal del Circuito de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JUEZ. Ambulante. COMPETENCIA

La competencia de los Jueces ambulantes se extiende a todo el territorio nacional, mediante asignación de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y les corresponde la instrucción y calificación del sumario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 058.

Colisión de competencias: No puede invadir la Corte la competencia de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, derivada del Decreto 1630 de 1987, artículo 1º que le permite comisionar a un Juez instructor ambulante a cualquier Municipio o Distrito Judicial; y entrar a dirimir el conflicto de dos Jueces de esa categoría y especialidad que desconociendo la orden de esa Dirección se disputan la competencia de un proceso.

Vistos:

Remite el Juzgado Primero de Instrucción Criminal Ambulante de Valledupar las presentes diligencias, a fin de que resuelva la Corte el conflicto negativo de competencia que viene de aceptarle al Juzgado Sesenta y Cinco de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá.

Recibido el expediente, a él agrega el señor defensor del procesado *Alvaro Coneo Correa* una solicitud para excarcelación de su representado, que a la par obliga el pronunciamiento que en derecho corresponda.

Hechos y actuación procesal:

1. Se investiga en estas diligencias la muerte violenta del abogado René Costa Gutiérrez, a quien se hizo víctima de disparos por arma de fuego cuando se hallaba a escasa distancia de su oficina profesional localizada en zona urbana de la ciudad de Valledupar, acontecimiento ocurrido el día 22 de noviembre de 1990.

2. Las primeras diligencias instructivas corrieron a cargo del Juzgado Catorce de Instrucción Criminal radicado en Valledupar,

pasando luego a los Juzgados Trece y Quince de la misma especialidad, y finalmente al Juzgado Primero de Instrucción Criminal Ambulante de esa ciudad, según designación que hiciera la respectiva Dirección Seccional.

Avanzado el sumario y surgiendo serios reparos relacionados con la imparcialidad del Juzgado Ambulante, atendida además la trascendencia de los hechos dentro de la comunidad local, designó la Dirección Nacional de Instrucción Criminal a pedido de la Seccional del Cesar al Juzgado Sesenta y Cinco de Instrucción Ambulante de Bogotá para que asumiera el conocimiento y prosiguiera la investigación.

Al culminar el allegamiento probatorio, resolvió el titular del Juzgado Sesenta y Cinco regresar el expediente a la Dirección Nacional, y como ésta le indicara que a continuación debía proveer la calificación de fondo, en lugar de proferirla optó el Juzgado por entregar las diligencias al Juzgado Primero Ambulante de Valledupar, proponiendo colisión negativa de competencia con el argumento principal de que así lo imponía el factor territorial.

No aceptó el Juzgado de destino los razonamientos del Ambulante de Bogotá, haciendo presente que si ya se le había desplazado por considerarlo inidóneo para investigar, mal podría pretenderse *a posteriori* desaparecidas esas razones para que proveyera la calificación de fondo, añadiendo con remisión a los Decretos 1630 de 1987 y 1861 de 1989 que si la Dirección Nacional de Instrucción había asignado el asunto al Juzgado Sesenta y Cinco de Bogotá para que "prosiguiera la investigación", debía entenderse que su competencia se extendía a los actos de calificación, advirtiendo que la actitud de su colega sólo causaba perjuicio a la actuación, dejando en puertas al procesado para que accediera a la excarcelación. Como consecuencia de ese pensamiento, procedió a aceptar el conflicto negativo.

Consideraciones de la Sala:

1. *La competencia que asigna a la Corte el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal para que dirima las colisiones que en asuntos penales surjan entre Juzgados de distintos Distritos Judiciales, versa exclusivamente (art. 95 ibidem) sobre los conflictos tanto positivos como negativos que surjan sobre los diferentes factores que determinan su conocimiento, mas no podría extenderse siquiera de un modo indirecto hasta la revisión de decisiones que corresponden a la exclusiva órbita de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, porque ello implicaría una interferencia indebida en atribuciones que de manera expresa le ha asignado el legislador, y que consultan factores bien distintos de aquellos que rigen el ámbito funcional espontáneo entre los Jueces de esa especialidad.*

Es así como la decisión autónoma y exclusiva de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal asignó entonces el artículo 1º del Decreto 1630 de 1987 la facultad de

> *"...comisionar a los Jueces de Instrucción Criminal ambulantes a cualquier Municipio, de Distrito Judicial diferente al de su sede, cuando los fenómenos delictivos lo justifiquen"*

atribución que halló la Corte ajustada a los cánones de la Constitución Política para entonces vigente, con motivo de la revisión automática de aquella decisión, aclarando que "...la competencia y los criterios para determinarla son de alcance puramente legislativo", y añadiendo que las disposiciones del citado decreto ni introducían cambios en la división territorial para efectos del servicio público de justicia, ni implicaban modificaciones al orden jerárquico contemplado por la Carta para la Rama Jurisdiccional "máxime cuando el artículo 2º en revisión indica que los Jueces comisionados quedarán bajo la jurisdicción del Tribunal de Distrito Judicial del Territorio al cual hayan sido asignados" (Sala Plena, fallo de revisión constitucional de octubre 8 de 1987).

Posteriormente y obrando dentro de esa reconocida órbita funcional, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 30 de 1987 expidió el Gobierno Nacional el Decreto 1861 de 1989, y al introducir con él modificaciones al Código de Procedimiento Penal señaló en su artículo 16, sustitutivo del 316 del Decreto 050 de 1987, que la competencia de los Jueces ambulantes se extendería a "todo el territorio nacional", previendo la forma de su desplazamiento mediante asignación de casos por parte de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, en cuyo evento, "radicada la investigación en el Juez ambulante, corresponderá a éste la instrucción y calificación del sumario por delitos de competencia de los Jueces superiores o de circuito", dejando, a salvo la división territorial y el orden de jerarquías propio de la Rama Jurisdiccional al disponer en el inciso final que

> *"Cuando la segunda instancia se tramite ante los Tribunales Superiores, será competente para decidir acerca de las providencias proferidas por los Jueces ambulantes, el Tribunal del territorio donde se haya consumado el hecho punible".*

Tal y no otra es la situación que se muestra ocurrida dentro de las presentes diligencias, cuando se sabe que mediante Resolución 10084 de febrero 21 de 1991 de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal se asignó al Juzgado Sesenta y Cinco Ambulante de Bogotá para que prosiguiera con las diligencias "que adelantaba" el Juzgado de Valledupar, situación que no podía dar lugar a duda alguna frente al Oficio 45556 de 23 de abril siguiente, con el cual le respondió la misma Dirección al funcionario delegado, cuando éste pretendía devolver el expediente argumentando que la investigación se hallaba ya perfeccionada, porque en esta ocasión se le ratificó al funcionario que la asignación del caso se había hecho para que procediera a su calificación, instrucción a cuyo cumplimiento notoriamente se resiste el señor Juez Sesenta y Cinco con la improcedente colisión que intenta, sin siquiera reparar en que a través de ellas desnaturalizaría las razones que tiempo atrás mediaron para el desplazamiento del Juzgado de Valledupar.

Si la competencia del Juzgado Sesenta y Cinco Ambulante la extiende la ley para que opere en todo el territorio nacional, y su asignación concreta ocurrió mediante un acto independiente y autónomo que la Corte no tiene competencia para revisar, no podrá menos

la Sala que inhibirse de desatar por indebido el conflicto intentado, disponiendo el regreso inmediato de las diligencias al Juzgado Ambulante de Bogotá.

2. El segundo aspecto sometido ahora a la consideración de la Sala se refiere a la libertad provisional del procesado Alvaro Coneo Correa, cuyo otorgamiento solicita la defensa con apoyo en la causal cuarta del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, porque a la presente cumple en detención más de ciento veinte (120) días sin que se haya calificado el mérito sumarial.

Como de manera reiterada lo ha venido sosteniendo la Corporación, el motivo de excarcelación al cual se acude sólo puede ser atendido por el Juez de primera instancia al momento de presentarse la causal invocada, ya que la competencia de la Corte se limita en este caso a dirimir de plano el incidente de colisión.

Cuando la competencia se asigna al definir el incidente de colisión, es claro que será a ese funcionario al cual le corresponda decidir sobre la viabilidad o no de la excarcelación que se demanda. En el caso presente, donde se advierte inadmisible el conflicto porque media una asignación oficial indiscutible, será el Juzgado Sesenta y Cinco de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá el encargado de la calificación de fondo a quien compete decidir sobre la libertad.

La actuación del titular de este último Despacho, por contraria a los intereses de la administración de justicia obliga por lo demás la expedición de copia de lo pertinente con destino a la Procuraduría General de la Nación para fines de su averiguación disciplinaria.

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

Resuelve:

Primero: Abstenerse de dirimir por improcedente el conflicto de competencia suscitado por el Juzgado Sesenta y Cinco de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá, Despacho al cual fuera asignada la investigación y calificación del presente asunto mediante Resolución de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal, a cuya oficina debe regresarse, y

Segundo: Abstenerse por las razones dichas, de considerar la solicitud de libertad presentada por el señor defensor del procesado Alvaro Coneo Correa.

Expídanse por la Secretaría las copias indicadas en la parte considerativa.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. COMPETENCIA. LIBERTAD

En firme la sentencia, al Juez de primera instancia corresponde decidir sobre el beneficio de libertad en relación con el principio constitucional de la reformatio in pejus

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 060.

Vistos:

El procesado *José Nicolás Gil Castaño* solicita de la Corte la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional, es decir, que se declare que la pena que le corresponde cumplir en este proceso, es la determinada por el Juzgado Sexto Superior de Medellín o sea la de *once (11) años y tres (3) meses* y no la que le impuso el Tribunal Superior de Antioquia en segunda instancia (dieciséis —16— años y un —1— mes de prisión), por habérsele hallado responsable de los delitos de homicidio agravado y lesiones personales en concurso.

Consideraciones de la Corte:

Ha dicho reiteradamente esta Sala que cuando el condenado (entendido este como un solo sujeto procesal, sin importar el número de procesados recurrentes), o su defensor, sea apelante único, por mandato del artículo 31 de la Constitución Nacional, el superior no podrá agravar la pena que se le impuso en la sentencia de primer grado, siempre y cuando el fallo no sea susceptible del grado jurisdiccional de la consulta.

Cuando se dan los requisitos antes citados, para los efectos del beneficio de libertad provisional que se impetre, la Sala ha tenido en cuenta la sanción impuesta en la sentencia de primer grado, sin perjuicio de volver sobre el punto con ocasión del fallo de casación, si hubiere lugar a él, o a que el Juez de primera instancia, en firme la sentencia, proceda a su reconocimiento en los términos del artículo 516 del Código de Procedimiento Penal.

Como quiera que la Corte en providencia de fecha 15 del presente mes y año, declaró desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado contra la sentencia de segundo grado proferida por el

Tribunal Superior de Antioquia, ésta ha causado ejecutoria, por cuanto la decisión adoptada por la Sala, no admite impugnación alguna. En consecuencia, la Corte ha perdido competencia para pronunciarse sobre el incidente planteado por el acusado.

Corresponde al Juez de primera instancia, se repite, de acuerdo con lo preceptuado por la norma procedimental antes citada, decidir sobre la aplicación del artículo 31 de la Carta Fundamental, razón por la cual se remitirá el expediente al Tribunal de origen, para que aquél proceda de conformidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de considerar la petición elevada por el procesado José Nicolás Gil Castaño y ordena que vuelvan los autos inmediatamente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. LIBERTAD

Tratándose de la libertad del condenado, la Corte tiene competencia para decretarla con base en la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 60.

Vistos:

El apoderado de la procesada *Martha Soraya Vidal Gutiérrez*, solicita de la Corte otorgar a su representada el beneficio de libertad provisional y se cancele la orden de captura librada por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de esta ciudad con ocasión de la resolución de acusación proferida en su contra. Lo anterior con fundamento en lo preceptuado por el artículo 31 de la Constitución Nacional ya que en la sentencia del Tribunal se le revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional por aumento de la pena impuesta.

Consideraciones de la Corte:

Mediante providencia de fecha 9 de enero de 1988, el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, concedió a Martha Soraya Vidal Gutiérrez el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria por la suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales y la suscripción de diligencia de buena conducta y presentaciones personales. El 12 del mismo mes y año, la procesada prestó la caución exigida y suscribió la correspondiente diligencia de compromiso.

El 6 de julio del mismo año, el Juzgado instructor dictó resolución de acusación contra Martha Soraya y otros, por el delito de peculado por apropiación y revocó el beneficio concedido, para lo cual libró orden de captura en su contra mediante los oficios números 1311 y 1312 de fecha 5 de julio del mismo año, dirigidos a la sección de capturas del DAS y del F-2 respectivamente.

Concluida la etapa de juzgamiento, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia con fecha

9 de marzo de 1990, mediante la cual condenó a Martha Soraya Vidal Gutiérrez a la pena privativa de la libertad de *treinta y cinco (35) meses de prisión* como cómplice en el delito de peculado por apropiación y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional manteniendo como caución prendaria la prestada ante el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal cuando le otorgó el beneficio de libertad provisional y con las mismas obligaciones que contrajo en la diligencia de compromiso suscrita el día 12 de enero de 1988.

La sentencia fue recurrida exclusivamente por los apoderados de los procesados Jaime Oswaldo Fajardo Valencia y Carlos Alberto Corredor Contreras. El fallo no fue recurrido por el Ministerio Público y la parte civil ni tenía el grado jurisdiccional de la consulta.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al revisar la providencia impugnada por la defensa, respecto de la peticionaria, le aumentó la pena privativa de la libertad a *cuarenta (40) meses de prisión* y como consecuencia de ello, le revocó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Recurrida en casación por el defensor de Martha Soraya Vidal Gutiérrez, la impugnación fue admitida por auto de fecha 6 de mayo del presente año y su apoderado dentro del término legal presentó la correspondiente demanda, la que fue declarada ajustada a las prescripciones del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal por auto de 6 de agosto del presente año.

Como quiera que la acusación que presenta el actor contra la sentencia del Tribunal Superior de esta ciudad, la apoya en el quebranto constitucional del artículo 31 que comporta la modificación de la pena y la revocatoria del subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal e igual petición elevó la acusada, corresponde a la Corte al momento de dictar el fallo que ponga fin al recurso extraordinario, decidir sobre el punto materia de la impugnación.

Ha dicho la Sala que entratándose de la "libertad del condenado" y sólo para esta finalidad, la Corte tiene competencia para decretarla con base en la aplicación de la norma constitucional en cita, sin perjuicio de volver sobre el tema al momento de proferir su fallo de casación, si hubiere lugar a él, o a que el Juez de primera instancia proceda a su reconocimiento de conformidad con lo preceptuado por el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante que el tema del recurso extraordinario de casación propuesto por la defensa en la demanda correspondiente, versa sobre el mismo punto, considera la Sala que para efectos de que la acusada pueda seguir gozando del beneficio de libertad provisional que se le otorgó en la sentencia de primera instancia como consecuencia del subrogado de la condena de ejecución condicional, por reunirse a cabalidad los presupuestos del mandato constitucional en comento, la Sala tendrá en cuenta la pena que se le impuso en el ameritado fallo y la vigencia de la excarcelación decretada pues el aumento de la sanción y la revocatoria del subrogado como consecuencias de la modificación introducida (pena mayor de tres años de prisión), a la luz de la nueva Constitución, resultan contrarios a sus disposiciones que según el artículo 85 es de aplicación inmediata, razón por la cual, habrá de

disponerse la cancelación de las órdenes de captura contenidas en los oficios ya citados, hasta tanto no se decida el recurso extraordinario de casación, ya que aquel es el único medio para garantizar a la acusada el derecho que le asiste para continuar en libertad provisional. Deberá, eso sí, suscribir diligencia de compromiso en las condiciones previstas en la sentencia de primera instancia, previamente a la cancelación de la captura existente en su contra.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dispone* la cancelación de las órdenes de captura libradas por el Juzgado Segundo Penal de Instrucción Criminal de esta ciudad contra Martha Soraya Vidal Gutiérrez mediante los oficios números 1311 y 1312 de fecha 5 de julio de 1988 a la sección de capturas del DAS y F-2, respectivamente, una vez la acusada haya suscrito diligencia de buena conducta y presentaciones personales en los términos señalados en la sentencia de primera instancia de fecha 9 de marzo de 1990.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

La demanda de casación no es un simple escrito de instancia y en su elaboración se deben observar los requisitos mínimos exigidos por la ley procesal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Por sentencia de 2 de abril de 1991 el Tribunal Superior de Cúcuta, confirmó la de 21 de enero del mismo año originaria del Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad, y por medio de la cual se condenó a *Luis Ernesto Beltrán Ascencio* a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio cometido en José Alfonso Torres Mendoza.

Interpuesto contra la anterior decisión recurso extraordinario de casación, fue concedido por la instancia. Por auto de 21 de mayo de la anualidad que avanza se declaró admisible el recurso y una vez presentada la respectiva demanda debe verificar la Sala de Casación Penal de la Corte si se allana a las exigencias legales establecidas para esta clase de libelos por la ley procesal.

A lo anterior se procede, previa síntesis de los siguientes hechos:

Los que dieron origen al proceso, ocurrieron en un establecimiento de juegos de billar,, ubicado en la avenida 25A número 36-70 barrio Belén, de la nomenclatura urbana de la ciudad de Cúcuta, cuando al presentarse una discusión entre el victimario y el hoy occiso por una presunta irregularidad en el juego que compartían con dos amigos más, el primero le propinó una herida con arma corto punzante a José Alfonso Torres Mendoza, que momentos después le ocasionó la muerte.

La demanda:

Dentro del marco de las causales 1ª y 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el demandante, en escritos separados, acusa a la sentencia que impugna de ser "violatoria de la ley sustancial, por violación directa o indirecta", y por haberse proferido dentro de un juicio viciado de nulidad.

Al amparo de la primera causal invocada y que titula "violación directa de la ley sustancial" considera el demandante que se violó el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal y el 247 de la misma obra, debido a que su defendido según el dicho de los testigos presenciales, particularmente de Luis Carrillo Flórez, actuó en "legítima defenza real o putativa (sic)", estado este que al no ser reconocido amerita la invalidación del fallo y en su lugar se profiera el "que se ajuste a derecho de acuerdo al artículo 298 del Código de Procedimiento Penal".

En segundo término, se sostiene que el "fallo reclamado en casación viola de manera directa el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 341 del Código de Procedimiento Penal" aduciendo el actor apreciación errónea de la primera porque el Juzgado de Instrucción Criminal le dio un valor de gran credibilidad a las declaraciones del señor Luis Jesús Carrillo Flórez y de la señora Leonilde Herrera, concuñado y suegra del occiso, respectivamente, siendo que "el Juez debe tener en cuenta la calidad del deponente y por ello recoger información sobre las condiciones personales y sociales del testigo" y además "conocer la calidad humana del declarante, sus antecedentes de índole familiar y personal".

Solicita, como corolario, que se "invalide la sentencia y profiera el fallo en derecho".

Y con relación al último cargo, textualmente dice:

> "La sentencia debativa (sic) es violatoria de la ley sustancial, porque se ha dictado en un proceso viciado de nulidad, ya que se llegó a toda sentencia condenatoria de segunda instancia, sin tener en cuenta la indagatoria del procesado Ernesto Beltrán Ascencio, pues por su parte el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, resuelve la situación jurídica de mi patrocinado Luis Ernesto Beltrán Ascencio, visto al folio 190, de otro punto de vista el honorable Tribunal Superior de Cúcuta, en sentencia de julio 13 de 1989 declara la nulidad de la orden de captura existente contra mi poderdante Ernesto Beltrán Ascencio, de la diligencia de indagatoria y del auto de detención en su contra, por haberse realizado una captura ilegal, visto a folios 163, 164, 165, 168 y 167, pues declarada la nulidad de la indagatoria no se escuchó a mi defendido, el cual debía presentar sus descargos, violándose así el derecho de defensa, artículo 341 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Corte:

Son tan protuberantes las fallas técnicas que se advierten en la demanda presentada a nombre del condenado, que a la Corte no le es menester argumentar profusamente para declarar su rechazo in limine, *como habrá de hacerlo, por el desconocimiento de la técnica casacional.*

En efecto, la invalidación del fallo por violación directa de la ley sustancial, es pretensión que implica aceptar los hechos tal como han sido considerados por el fallador ya que en ese caso no se discuten

cuestiones de facto, sin embargo, con evidente desconocimiento de esta enseñanza jurisprudencial y doctrinaria, se advierte cómo el actor, amén de que no indica si la presunta violación condujo a la falta de aplicación, a la aplicación indebida o la interpretación errónea de la ley sustancial, no se refiere en absoluto a la situación fáctica aceptada por el juzgador, dedicándose, en lo que pretende ser la demostración del cargo, a hacer referencia a la prueba testimonial conforme a la cual, a su juicio, debió reconocerse el estado de legítima defensa dentro del que actuó su defendido.

En segundo término, con relación a la segunda causal que aduce y que hace consistir en la violación indirecta de la ley sustancial, no intenta ni siquiera demostrar el cargo, pues es fácil advertir que el impugnante no cumple con el deber de acreditar la incidencia de la supuesta errónea valoración de los testimonios que dice fueron tenidos en cuenta por el fallo atacado, limitándose sólo a hacer referencia a la obligación del Juez en atender los principios de la sana crítica en la estimación de la prueba testimonial.

Más aún, las fallas técnicas que presenta la demanda son tan evidentes, que se incurre en la extravagante contradicción de proponer de una parte violación directa de la ley que supone como ya se dijo, la aceptación de la prueba tal y como la dedujo el fallador y, de la otra, violación indirecta así mismo de la ley sustancial, que implica el cuestionamiento probatorio que sirvió de fundamento a la sentencia, contrariando de ese modo la pacífica y reiterada doctrina de la Corte, según la cual se debe rechazar el ataque simultáneo de la sentencia por violación directa e indirecta de la ley sustancial.

Finalmente, con respecto a la pretensión de invalidez de la actuación por haberse dictado el fallo dentro de un proceso viciado de nulidad, el censor tampoco supo presentar el reproche dentro de las exigencias técnicas, pues débese destacar la incoherencia en que se incurre ya que se censura no haberse tenido en cuenta en la sentencia la indagatoria del procesado, para luego reconocer que la misma fue declarada nula por el Tribunal al conocer del proceso por la vía de la apelación; en verdad, sólo se limita a la enunciación de la violación del derecho de defensa, sin demostrar en qué consiste dicho cargo.

De la demanda de casación, se ha dicho, no es un simple escrito de instancia y en su elaboración se deben observar ciertos requisitos mínimos exigidos por la ley procesal, evitándose caer en confusiones y en violaciones al principio lógico-formal de no contradicción al momento de presentar los cargos, y en este caso por ser tan gravísimas las fallas que presenta el libelo, la Corte debe rechazarla por no cumplir con la técnica propia de la casación.

Por virtud de las anteriores consideraciones, 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 analizada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

Las pautas que en sentido general y amplio ha sentado la Corte, no son obstáculo para que en un caso patente de prejuzgamiento, se dé nacimiento a la causal de impedimento especial que normalmente no se produce

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados Rubén Darío Pinilla Cogollo, Javier Zapata Ortiz y Humberto Rendón Arango, con el salvamento de voto de este último, decidió por mayoría declararse impedida para conocer de la impugnación de la sentencia por la cual el Juzgado Octavo Superior de la misma ciudad condenó a *Oscar Darío Vélez Marín* como autor penalmente responsable del delito de homicidio en grado de tentativa cometido en la persona de William Jesús Gutiérrez Bedoya; y, consecuencialmente, en el mismo pronunciamiento judicial ordenó pasar el proceso a la Sala que le seguía en orden alfabético.

Por auto de 2 de agosto de 1991 la Sala compuesta por los Magistrados León Darío Botero Escobar, Leonel Calderón Cadavid y Edgar Escobar López, rechaza el impedimento manifestado por su homóloga, y dispone la remisión del expediente a la Sala de Casación Penal de la Corte para que dirima la cuestión.

En vista de lo anterior, de plano, conforme a lo estipulado en el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal procede la Corte a resolver lo pertinente.

Antecedentes procesales:

El Juzgado Doce de Instrucción Criminal radicado en Medellín, mediante auto de 29 de diciembre de 1989, inició sumario contra Oscar Darío Vélez Marín en razón de las heridas que con arma corto-punzante le causó entre otros a William de Jesús Gutiérrez Bedoya el día 22 del mismo mes y año en la casa ubicada en el barrio Robledo de la ciudad.

Por proveído del cinco de septiembre de 1990 se clausuró la investigación y ya ejecutoriada la anterior decisión se suscitó entre los Juzgados Doce de Instrucción Criminal y el Quince Penal Municipal, colisión negativa de competencias, considerando el primero que la acción lesiva de la integridad física del ofendido configuraba el delito de lesiones personales, y el segundo, por su parte, un ilícito de homicidio en grado de tentativa.

Mediante providencia calendada octubre 12 de 1990, la Sala de Decisión del Tribunal de Medellín que ahora se declara impedida, dirime el conflicto de competencias, concluyendo que se "está en presencia de un conato de homicidio y que el competente para calificar el sumario es, entonces, el Juez de Instrucción Criminal que se negó a hacerlo" (fl. 112).

Los Magistrados que la integran aducen como razón de la manifestación de impedimento que "la Sala para decidir la colisión se pronunció sobre el fondo del asunto y fijó de antemano durante la investigación su criterio en torno al hecho punible que se estructuraba en el caso objeto de estudio y la culpabilidad que respecto de él podía predicarse del imputado atendiendo el contenido de la voluntad que acompañó la acción por lo que mal podría juzgar con independencia sobre la decisión tomada en la sentencia en relación con esos mismos hechos".

Se cita como fundamento jurídico las previsiones del artículo 34, inciso 3º del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, y como argumento de autoridad se traen a colación decisiones de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de septiembre de 1989 y 24 de abril de 1990 las cuales, a su juicio, "a *contrario sensu* son aplicables a este evento".

La Sala que no acepta el impedimento, por su parte, se pronuncia por su rechazo, alegando en esencia, que conforme a la reiterada posición de la Corte, sobre este específico punto de controversia se "niega la vigencia del inciso tercero del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal para aquellos eventos en que el conocimiento del proceso en la etapa investigativa por parte de determinada Sala hubiera tenido como base algún asunto diferente a la apelación o la consulta, caso que es el que aquí está *sub examine*, pues la providencia dictada en esa fase por la Sala que preside el doctor Rubén Darío Pinilla Cogollo tuvo por meta dirimir un conflicto de competencias".

Se considera:

Dispone y enseña el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 34 del Decreto 1861 de 1989), en lo pertinente:

"……

"Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delito cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales, se decidirán por las salas respectivas, las cuales no podrán conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento.

"En igual forma se procederá si se tratare de consulta.

"Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo, no se aplicará cuando se trate de Sala Unica, o la Sala Penal del Tribunal respectivo tenga un número inferior a seis (6) Magistrados".

Interpretando el alcance de la anterior disposición, la jurisprudencia de esta Corte se ha referido al tema en varias oportunidades, destacando que el asunto, "en últimas se traduce en un factor de competencia, al señalar la propia ley que, invariablemente otro juzgador distinto del que conoció por apelación en la etapa instructiva, debe ser quien realice lo propio en el tramo del juicio" (C. S. de J., auto de 20 de abril de 1988, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz); y siendo ello así, que dicha causal de impedimento no tiene cabida en todos aquellos casos en los cuales se ha hecho manifestación de la opinión por el funcionario por vías distintas al conocimiento del proceso por apelación o el grado jurisdiccional de la consulta. De manera específica la Corte ha puntualizado: "Entratándose del Tribunal, no podría darse la recusación o impedimento por la causal de que se trata en aquellos eventos en que conoce pero no por la vía de la apelación o la consulta, tales como colisión de competencias, impedimentos y recusaciones, cambios de radicación y en los mismos casos ya vistos de los Jueces de instrucción (auto cabeza de proceso o inhibitorio, negativa de revocatoria de esta medida de aseguramiento, calificación del sumario, etc., etc.), en aquellos procesos en los que hace la primera instancia" (Auto de 1º de diciembre de 1987, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En el presente caso se advierte que los integrantes de la Sala que hacen la manifestación de impedimento, es verdad, conocieron en la etapa instructiva del proceso, pero para efectos de dirimir el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Doce de Instrucción Criminal y Quince Penal Municipal. Por lo anterior y por el antecedente jurisprudencial citado, en principio pudiera pensarse que la razón le asiste a la Sala que rechaza el impedimento.

Sin embargo, para la Corte, la solución acertada del asunto precisa de ser analizada considerando el motivo concreto que se aduce como causal de impedimento. Menester es tener presente que la Sala que se declara impedida al desatar el conflicto de competencias, hizo referencia expresa al aspecto de la responsabilidad del procesado en los siguientes términos:

"En la agresión se utilizó un arma idónea para causar la muerte, una puñaleta al decir del procesado o una navaja de alguna proporción según los testigos (fls. 2 vto., 6 vto., 7 vto. y 25), se lesionó en una zona específicamente vulnerable como el tórax tanto en su lado izquierdo como en el derecho, hasta el punto que se alcanzó a causarle daño en el corazón y el pulmón (fl. 36) y fueron múltiples los lances, aprovechando que la víctima se encontraba en el suelo, como lo reconoce el imputado (fl. 49 vto.), lo cual da una idea cabal o cierta del propósito buscado, inequívoco por demás, la idoneidad de la conducta desplegada y el principio de ejecu-

ción o realización del tipo penal de homicidio, cuya falta de consumación obedeció a causas ajenas a la voluntad del procesado, elementos en los que se resume la tentativa de ese delito.

"Precisamente son elementos como los descritos los que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado para descubrir el animus necandi,... *que siempre deben examinarse en conjunto y es ciertamente ese examen el que permite concluir el propósito homicida en el evento que se analiza, sin que haya alcanzado el resultado por razones independientes del querer del imputado".*

En las anteriores condiciones, atendiendo a una interpretación más allá de la meramente gramatical o literal, esto es en atención al fin o motivo de la ley, o sea, la interpretación teleológica, es indudable que la razón le asiste a los Magistrados que se declaran impedidos para conocer del proceso, pues es evidente, como lo reconoce incluso la Sala que rechaza la manifestación de impedimento, que al conocer los primeros del proceso en la oportunidad que dirimieron el conflicto de competencias se refirieron de manera amplia a la culpabilidad del procesado concluyendo en la intención homicida que lo animó al propinarle las heridas al ofendido.

Con esta decisión no se modifica el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad sino que lo reitera, excepcionando en casos como el presente, en el que por un exceso de la Sala que resolvió el conflicto de competencias se hicieran consideraciones sobre la responsabilidad y la personalidad del procesado de manera innecesaria, como si se tratase de una verdadera sentencia y dando nacimiento a la causal de impedimento especial que normalmente no se ha debido producir.

No debe olvidarse que la norma contenida en el artículo en comento está inspirada en el noble propósito de despojar al fallador de prejuicios o de falsos orgullos que no le permiten advertir sus pasados errores; la disposición en examen busca, en otras palabras, evitar el prejuzgamiento del funcionario judicial que ejerce la jurisdicción y consagrar como derecho del procesado el de ser juzgado por persona absolutamente imparcial que no haya comprometido su opinión.

Dentro de este orden de ideas, habida cuenta de que la previsión legislativa a la cual se ha hecho referencia ha sido establecida, se repite, para garantizar la libertad del juzgador frente a cualquier compromiso previo de opinión acerca de la responsabilidad del procesado, las pautas que en sentido general y amplio ha sentado la Corte en las decisiones que se citan, no son obstáculo para que en presencia de un caso patente de prejuzgamiento, como ocurre en este concreto particular, se tenga como causa valedera de separación del conocimiento las razones aducidas por los Magistrados que se declaren impedidos. Se deberá entonces declarar fundado el impedimento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara fundada la manifestación de impedimento

propuesta por los Magistrados Rubén Darío Pinilla Cogollo, Javier Zapata Ortiz y Humberto Rendón Arango y los declara separados del conocimiento en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDICIO. ERROR DE HECHO

La prueba indiciaria es impugnable por la vía del error de hecho, cuando se ataque no la prueba en sí sino la inferencia lógica en que la misma consiste

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 65.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 4 de octubre de 1990, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó a *Jorge Eliécer Rubio Gaviria* a 8 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. Ana Cecilia Gutiérrez Nieto, propietaria del bar "Changay", ubicado en la zona de tolerancia del Municipio de Vistahermosa (Departamento del Meta), se dedicó la noche de 30 de septiembre de 1979 a tomar aguardiente en una de las mesas del establecimiento, junto con su esposo Manuel Guillermo Escobar y Alfonso Caicedo Hernández, amigo común, apodado "tarzán".

Alrededor de las 3:30 de la mañana, Manuel Guillermo se fue a dormir a una de las habitaciones. Aproximadamente dos horas más tarde apareció —embriagado y con una botella de aguardiente— Jorge Eliécer Rubio Gaviria, quien se había desempeñado como cantinero en dicho lugar, y quien luego de tomarse unos tragos se sentó a la mesa de Ana Cecilia, con la cual empezó a discutir. La mujer le pidió que desocupara el lote vecino al bar que ella le había facilitado para colocar un kiosco donde él vendía tinto y otras cosas, al tiempo que le reclamaba por unas mesas y unos asientos. Jorge Eliécer le replicó que desocupaba el lote si ella le daba $ 5.000.00, respondiendo Ana Cecilia que si quería permanecer en el lote debía pagarle $ 40.000.00.

Se cruzaron entonces entre los dos "palabras de alto calibre" (según expresión del testigo Alfonso Caicedo Hernández), luego de lo cual salieron del establecimiento, escuchándose de inmediato varias detonaciones: El administrador del bar Jesús Antonio Vanegas Sán-

chez, el cantinero Lázaro Aguilar Ochoa y Calcedo Hernández, se dirigieron hacia la puerta de entrada, observando que Ana Cecilia yacía bocabajo sobre el andén y que Jorge Eliécer se alejaba con un revólver en la mano.

Ella no alcanzó a llegar con vida al hospital, pues el proyectil penetró por la región "toráxica-abdominal" y le interesó la aorta, produciéndose su muerte, según el reporte médico, por "paro cardio-respiratorio y anemia aguda".

2. El sumario por esos hechos lo abrió el Juzgado Promiscuo Municipal de Vistahermosa, que practicó algunas pruebas y luego remitió el expediente al reparto de los Juzgados Superior de Villavicencio, correspondiéndole al 1º que comisionó repetidamente con miras al perfeccionamiento de la investigación. Jorge Eliécer Rubio Gaviria fue declarado reo ausente por auto de 26 de octubre de 1983 (fl. 126) y el 18 de enero de 1984 se le designó defensor, el cual tomó posesión del cargo el 21 subsiguiente. El 10 de agosto de 1987, el Secretario del Juzgado Primero Superior pasó a Despacho el proceso "para los fines pertinentes", y por auto de esa misma fecha se dispuso el envío del expediente a los Juzgados de Instrucción Criminal, de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal, siendo repartido al Segundo del Municipio de Granada, que clausuró la investigación y la calificó el 27 de enero de 1989 con resolución acusatoria contra Jorge Eliécer Rubio Gaviria, por el delito de homicidio "agravado por la indefensión" (fls. 140 y ss.).

El 28 de marzo de dicho año fue aprehendido el procesado, quien en audiencia, luego de que el Juzgado Primero ejerciera el control de legalidad y ordenara practicar varias diligencias en la etapa de la causa, negó rotundamente haber dado muerte a Ana Cecilia, arguyendo incluso que nunca ha vivido en Vistahermosa y que para la época de los hechos se encontraba en la ciudad de Ibagué.

El Juzgado suspendió la audiencia y dispuso practicar algunas pruebas para precisar si, en realidad, la persona capturada era o no la misma que estaba acusada de la muerte de Ana Cecilia. Así, se recibieron las declaraciones de las cuatro personas referidas por la defensa como a quienes les constaba que Jorge Eliécer Rubio Gaviria si estaba en Ibagué para el 30 de septiembre de 1979: Ninguno de esos testigos afirma constarle la mencionada circunstancia (fls. 389 y ss.). También se obtuvieron respuestas de las cárceles y del DAS sobre "antecedentes" del acusado, pudiéndose precisar que por el homicidio de Wilson Jaramillo el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio lo sobreseyó de manera definitiva en el mes de julio de 1976 (fls. 369 y ss.).

La audiencia se reanudó con la presencia de los testigos Manuel Guillermo Escobar y Lázaro Aguilar Ochoa, quienes nuevamente declararon, manifestando que el procesado allí presente era la persona a quien ellos aludieron en sus declaraciones como el exempleado de la occisa y la misma que compartió con ella en la madrugada de los hechos (fls. 402 y ss.).

Se dictó entonces sentencia de 5 de junio de 1990 (fls. 411 y ss.), por medio de la cual el Juzgado Primero Superior de Villavicencio

condenó al acusado por el delito de homicidio simple, a la pena principal de 10 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la prohibición de ingerir bebidas embriagantes por un lapso de 3 años, al pago de $ 23.440.032 y el equivalente a 500 gramos de oro, por concepto de los perjuicios causados con la delincuencia.

El defensor apeló el fallo, y el Tribunal, mediante el suyo que aquél recurrió en casación, lo confirmó, con la modificación de fijar la pena principal en 8 años de prisión, aplicando el artículo 362 del Código Penal de 1936, disposición que era la vigente para el momento del delito (fls 6 y ss. del cuaderno número 2).

Posteriormente, por auto de 6 de diciembre de 1990 (fls. 18 y ss.), el Tribunal concedió al procesado "la rebaja de la sexta parte de la pena impuesta", que prevé la Ley 48 de 1987.

La demanda, concepto de la Delegada y consideraciones de la Corte:

Tres cargos se formulan al fallo con apoyo en el cuerpo segundo del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 (modificatorio del 226 del Código de Procedimiento Penal), que contempla la violación indirecta de la ley como causal de casación.

Cargo primero: Error de hecho.

1. Afirma el actor que a la sentencia se llega por un "proceso racional", derivado de "comparar el derecho con los hechos probados en el respectivo proceso" y se queja de que "en ese proceso de conocimiento a veces se toman como probados hechos que no lo están o se desconocen los que sí están probados, llevando ello a conclusiones erróneas y, por tanto, violatorias de la ley en forma indirecta, por error de hecho manifiesto y en cuanto se refiere a la interpretación de las pruebas". Agrega que tal cosa justamente ocurrió en el presente caso, en el cual "ningún testigo afirma haber visto a Jorge Eliécer accionar el arma dirigiéndola contra Ana Cecilia, no hay testimonio que afirme haber visto el acto de disparar por parte de Jorge Eliécer Rubio" (fl. 21).

En seguida hace algunas consideraciones personales respecto de las circunstancias que rodearon el hecho y señala que la prueba "es indiciaria, adornado por el hecho de haberse ido Jorge Eliécer del lugar de los acontecimientos, ya que el Tribunal afirma que si Jorge Eliécer no hubiese disparado, 'no tendría por qué haber huido de la población, como sucedió' "; y después de precisar que se incurrió en error de hecho por ignorar el sentenciador "las especiales circunstancias del teatro de los acontecimientos y el carácter altamente equívoco del hecho indicador o causal", estima violados los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal y 2º, 5º y 323 del Código Penal.

2. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de anotar que las falencias técnicas del libelo impiden a la Corte "un pronunciamiento de fondo", dice que al desarrollar el cargo no se

especifica el tipo de error ni "las pruebas objeto de desviación", pero en cambio el actor "se dedica a reprochar la conclusión de responsabilidad atribuida a su mandante por el homicidio, partiendo de los mismos hechos que sustentan la decisión impugnada", lo cual entraña un desacuerdo con la valoración realizada por el fallador, lo que significaría un yerro de derecho, y agrega:

"...en casos como el presente nos encontramos ante una prueba indirecta, con base en la cual el disparo es la deducción lógica de una cadena de indicios integrada por las discusiones que anteceden a los hechos, el estruendo producido por las detonaciones, la circunstancia de que el sentenciado fue visto con el arma en la mano en el momento que se alejaba, instantes después de cometidos los hechos, y el indicio que surge de la actitud subsiguiente del acusado, en virtud de la cual, sin explicación satisfactoria, se trasladó a otro lugar del país durante nueve años".

De donde obviamente es del sentir que el cargo no prospera.

3. En verdad que el cargo es confuso y contradictorio y por ello el examen de su contenido tórnase imposible.

En efecto, mucho ha repetido la jurisprudencia que se cae en yerro de hecho cuando las pruebas se ignoran o suponen (error de existencia), o cuando se desfigura su contenido objetivo (error de identidad). En este caso por parte alguna del libelo se afirma siquiera que aquí se haya incurrido en alguna de esas equivocaciones.

Ahora, si lo que el censor combate es "la prueba indiciaria", hay que reiterar que esta clase de prueba sí es impugnable por esa vía del error de hecho, siempre y cuando se ataque no la prueba en sí (fuente del indicio) sino la "inferencia lógica" en que consiste dicha clase de prueba, según el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal. Resulta claro que si el juzgador tuerce la lógica o se aparta ostensiblemente de las reglas de la experiencia (en las cuales "todo indicio ha de basarse", como lo dice expresamente la citada disposición), incurre en un falso juicio de identidad, esto es, en un yerro de hecho.

Pero el demandante ni de lejos demuestra una u otra cosa, sino que se dedica a "sacar sus propias conclusiones", *hasta el punto que al terminar su reproche señala que esas consideraciones suyas "debilitan la credibilidad de los testimonios", con lo cual se reafirma la hipótesis inicial de que, en el fondo, lo que critica es la valoración del Tribunal con respecto* a las pruebas, *es decir, con respecto a las fuentes de los indicios, cuestión que entrañaría un error de derecho que no sustentó y que además, por este aspecto de la "convicción", no es alegable, habida cuenta de la ausencia de tarifa legal en el proceso de valoración de los diferentes elementos de juicio.*

No prospera entonces este primer reparo.

Cargo segundo: Error de derecho.

1. Señala el demandante violados los artículos 295, 390 y 252 del Código de Procedimiento Penal, y 2, 5 y 323 del Código Penal, porque estima que con respecto a los testimonios de Jesús Antonio Vanegas Sánchez, Lázaro Aguilar Ochoa, Manuel Guillermo Escobar y Alfonso

Calcedo Fernández, todos ellos "base de la sentencia", no se hizo el "juicio crítico" previsto en el artículo 295 citado, agregando que el juzgador "no examinó" las circunstancias personales y sociales de esos testigos, ni el hecho de que tenían vínculo de amistad y de trabajo con la víctima, "motivo por el cual estos declarantes, por este aspecto se señalan como sospechosos y por lo tanto entrar en la indagación y análisis de sus testimonios, antes de darles una muy gratuita credibilidad, conduce a una pretendida y errónea certeza".

Pasa a impugnar la "credibilidad" de cada uno de esos testimonios, acotando que "después de toda una noche de vigila y de trabajo" y de libaciones, se entronizan "el cansancio y el sueño", que indudablemente afectan la "percepción", cuestión que, según el censor, no tuvo en cuenta el fallador.

Luego dice que "se violó la ley", el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal, al admitirse que en la audiencia los testigos "reconocieron" al procesado sin que se cumplieran los requisitos que para una diligencia de esa naturaleza trae la norma en mención: "Llámese como quiera este hecho de actuación procesal, fue reconocimiento y al no ser recibido en forma legal, no se puede tener en cuenta para la formación del juicio de certeza; sin embargo, el juzgador lo tuvo en cuenta", dice el casacionista.

2. Dice la Delegada, en cuanto al primer aspecto de este segundo cargo, que "lo que la acusación entraña es la inconformidad con la credibilidad que el fallador le otorgó a las versiones juramentadas y ese aspecto, se sabe y nadie lo discute, no está sujeto a tarifación alguna. Más aún, podría asegurarse que es imposible llegar a comprobar si el sentenciador consideró o no los parámetros que relaciona el artículo 295 del estatuto procedimental penal, en la medida que ello pertenece al proceso intelectivo del funcionario y del cual no queda constancia distinta a su propia conclusión".

Y por lo que toca a la segunda parte del cargo, anota que "el Juez de conocimiento no decretó una diligencia de reconocimiento en fila de personas dentro de la diligencia de audiencia pública; se limitó a ampliar algunos de esos testimonios ya obrantes en el proceso y como consecuencia de la exposición, los declarantes, espontáneamente reconocieron en Jorge Eliécer Rubio al homicida de Ana Cecilia Gutiérrez, por tenerlo a la vista".

"En esas condiciones —prosigue la Delegada—, es nítido que para establecer la identidad del procesado, el Juez hizo recaer su apreciaciones sobre unas declaraciones, no sobre un reconocimiento en fila de personas; y por ello mal puede exigirse que aquellas versiones se recibieran con formalidades impuestas para pruebas de diversa índole. De ahí que la argumentación sobre la ilegalidad de una diligencia de reconocimiento en fila de personas, carece de sustento procesal y de entidad jurídica para fundamentar una causal de casación, en las circunstancias planteadas por el demandante".

3. Aparte de lo dicho por la Delegada en cuanto al primer aspecto de este segundo cargo, debe reiterar la Sala que, en el evento de transgredirse el principio de la "sana crítica" plasmado en el artículo

295 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la "apreciación del testimonio", no se cae en un error de derecho, que es el esgrimido por el casacionista, sino en un yerro de hecho, pues si el fallador hace una interpretación francamente irracional, por fuera de toda lógica, iría en contravía de la *objetividad* del hecho que revela la prueba (en este caso el testimonio) cosa que ni el actor demostró ni aparece por parte alguna en el proceso. Como acota la Delegada, en este cargo también el actor incurre en el error de enfrentar sus propios y personales criterios a los que siguió el sentenciador para arribar a una afirmación de certeza sobre la responsabilidad del procesado Rubio Gaviria en el homicidio de Ana Cecilia Gutiérrez. Este aserto se ilustra sumamente bien cuando el mismo demandante tilda de "sospechosos" los testimonios en los cuales se basó la sentencia de condena impugnada.

Respecto de la "ilegalidad del reconocimiento" y la transgresión de los artículos 389 y 390 que afirma el censor, debe decir la Sala que el Juez Primero Superior, una vez comparecieron los testigos Manuel Guillermo Escobar y Lázaro Aguilar Ochoa a la audiencia, ha debido, luego de ampliar sus declaraciones, practicar con ellos la diligencia de reconocimiento en fila de personas, con observancia de las reglas previstas en los artículos premencionados, para que se revistiera de mayor rigurosidad jurídica el aserto que el sentenciador consignó, en el sentido de que "finalmente, y como prueba contundente, que de manera alguna permite albergar duda sobre su responsabilidad, está la sindicación o señalamiento que como autor del punible efectuaran Manuel Guillermo Escobar, esposo de la occisa, y Lázaro Aguilar Ochoa, personas éstas que fueron citadas a fin de que ampliaran las declaraciones que sobre los mismos hechos rindieran nueve años atrás y quienes no vacilaron en manifestar que el aquí encausado era el mismo Jorge Rubio que para el año de 1979 había montado un kiosco en un lote que la hoy occisa le facilitara, el mismo que en la madrugada de 30 de septiembre de 1979 había llegado embriagado y había discutido con Ana Cecilia, y el mismo que después de escucharse las detonaciones de un revólver salió huyendo para nunca más volver a la localidad" (fl. 415).

Si, en gracia de discusión, dicho "reconocimiento" efectuado por la pareja de testigos en la audiencia pública debiera ignorarse por "ilegal", como propone el actor (aunque sin mencionar que se trata de error de derecho por falso juicio de legalidad y aunque el fallador haya dicho expresamente que no se trató de un reconocimiento en fila de personas —fl. 416—), está muy lejos de demostrar a la Corte que la inexistencia de este reconocimiento tiene como consecuencia obligada la absolución del procesado por no tener certeza sobre su "identidad física"; es decir, por no poderse aseverar que el capturado es la misma persona que compartió con la occisa en la madrugada ya sabida.

Nada de ello efectuó el censor, olvidándose de que así lo exige sin excepciones el planteamiento de los errores en relación con las pruebas; y es así como el demandante pasa de largo sobre consideraciones tan vitales en este aspecto y que se encuentran en el fallo impugnado, tales como que el aquí procesado abrió una cuenta de ahorros en la

Caja Agraria de Vistahermosa el 1º de septiembre de 1979, e informó como su domicilio "la zona de tolerancia", según aparece claramente a folio 38. En el mismo orden de pensamiento el fallador destacó que Doris Guzmán Castro y María Irene Gualteros, coperas del bar "Changay", y quienes esa noche estaban trabajando allí, informaron en sus declaraciones que Jorge Eliécer Rubio vivía con una mujer de nombre "Eunice", nombre que el procesado Rubio Gaviria suministró entre las personas que lo podían visitar en la cárcel, y que también repitió en la audiencia como la mujer que vive con él hace 8 años (fl. 352).

Al quedar, pues, trunco el reproche, resulta obvio que no prospere.

Cargo tercero: Error de hecho.

1. Dice el demandante que la sentencia viola los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal y 2º, 5º y 323 del Código Penal, al afirmar que el procesado es la misma persona que estuvo en el mencionado bar cuando se cometió el homicidio, incurriéndose así en error de hecho "por suponer como existente lo inexistente en el proceso y desconocer pruebas existentes en el mismo" (fl. 28).

Alega en primer término que el Tribunal "supuso" que la mujer "Unice o Eunice", a la que se refieren las testigos Doris Guzmán y María Irene Gualteros, es la misma "Eunice Franco" o "Eunice Leal" a las que se refirió el acusado Jorge Eliécer Rubio Gaviria. "El hecho indicante no es, en manera alguna inequívoco y por lo tanto el segundo es inexistente en la realidad procesal" concluye.

En segundo lugar, refiriéndose a la cuenta de ahorros abierta en la Caja Agraria de Vistahermosa, señala que "se olvida la prueba existente en el proceso, folio 376, en la cual aparece la firma de quien abrió la cuenta, firma ésta que es completamente diferente a la que ha venido usando el procesado en sus diferentes y abundantes actos procesales, notificaciones, memoriales y firmas en las audiencias públicas (iniciación y continuación)".

En seguida tilda de ignoradas la tarjeta decadactilar perteneciente al procesado y el oficio del Juzgado Tercero Superior de Villavicencio en el cual se informa que Jorge Eliécer Rubio, identificado con un número de cédula de ciudadanía igual al del acusado, fue sobreseído definitivamente. Como tampoco se tuvo en cuenta un oficio de la Sijin en cuanto a un Jorge Eliécer Rubio Gaviria con cédula número 17.305.073 (la del procesado es la número 17.305.975) y otro con cédula número 17.305.973, agregando que "el máximo de contradicción sobre esta prueba documental, resulta más de bulto cuando se lee el oficio de folio 398, en el cual la Registraduría del Estado Civil, Bogotá, dice que no hay constancia de haberse expedido cédula de ciudadanía a Jorge Eliécer Rubio Gaviria".

Estima el demandante que "una cédula perdida puede ser usada por cualquier persona" y que lo único cierto y demostrado es que el procesado es la misma persona que fue sobreseída de manera defi-

nitiva en el Juzgado Tercero Superior, pero no la que apareció en el bar "Changay", conversó con la occisa y salió con ella, y, luego de las detonaciones, fue visto alejarse con el arma en la mano.

Por todo lo anterior pide que se case el fallo y se dicte el de carácter absolutorio.

2. Dice la Delegada que, no obstante invocar error de hecho, el casacionista, en lugar de señalar cuáles fueron las pruebas supuestas, "critica la valoración que los falladores le dieron a hechos relatados por los testigos o que constan en el proceso".

Y en cuanto a la omisión de elementos de juicio que aluden a la identificación del procesado, dice que "hay un principio de verdad respecto a la no consideración de los documentos que cita el demandante, pero como quiera que de ellos no surge prueba que desvirtúe la identidad física que el fallador estableció entre el autor del homicidio y el procesado contra quien se profirió el fallo, fuerza concluir que la omisión es intrascendente frente a las determinaciones del *ad quem* puesto que tales pruebas no arrojan presupuestos distintos. Por ende, la causal de casación queda huérfana de sustento jurídico y no debe prosperar".

3. En realidad, no existe ninguna "suposición" del sentenciador en cuanto a que consideró, para avalar la identidad del procesado como la misma persona que estuvo en el bar "Changay", que admitió vivir con una dama llamada Eunice, y que, a contrario de lo que él sostiene, sí residió en Vistahermosa, donde abrió una cuenta de ahorros, suministrando como lugar de su residencia la "zona de tolerancia", donde dice el proceso que efectivamente residía el "Jorge Rubio" que apareció en el bar la madrugada de 30 de septiembre de 1979, en que fue muerta de un disparo de revólver Ana Cecilia Gutiérrez.

Nada supuso el fallador, si por suposición se entiende, en el error de hecho alegado, que el juzgador "se inventó" o "creó" una prueba, *no una conclusión*, que es lo que le censura el casacionista, al impugnar la manera como el Tribunal analiza esos dos elementos de juicio y extrae de ellos inferencias en orden a fortalecer la atribución de responsabilidad en la persona del procesado Jorge Eliécer Rubio Gaviria. De tal suerte que el desenvolvimiento del cargo deja de corresponder al yerro invocado.

Acerca de las pruebas ignoradas (oficios de la DIJIN, DAS y Juzgado Tercero Superior), como advierte la Delegada, no probó el demandante que de haberse tenido en cuenta se hubiera establecido que el procesado no es la misma persona homicida. No; se limitó el impugnante a reseñar las "diferencias" en los números de cédula de ciudadanía que le aparecen a Jorge Eliécer Rubio Gaviria en las respuestas de la DIJIN y del DAS; y por cierto que semejante reseña no constituye cargo alguno en sede casacional.

Antes por el contrario, encuentra la Sala que las referidas informaciones de esos organismos secretos, en vez de ayudar al procesado podrían perjudicarlo. En efecto, según la DIJIN, aparece allí con cédula de ciudadanía número 17.305.073 de Villavicencio (fl. 204); y en el oficio del DAS se dan dos números de cédula, el correcto

(17.305.875 de Villavicencio) y el número 17.305.973 de Villavicencio (fl. 205), anotaciones estas dos últimas que corresponden al hecho objeto del presente proceso.

De lo anterior se colige, o bien que el procesado ha mentido, suministrando cada vez un número de cédula diverso (con el fin de desorientar a la justicia, y, de antemano, fabricar una circunstancia que le podrá servir luego de defensa, como ahora lo ha hecho), o que han existido errores de esas oficinas, como el que el propio demandante le endilga a la Registraduría Nacional del Estado Civil (desgreño administrativo y desorden, dice), por certificar a folio 398 que no hay constancia de que a Jorge Eliécer Rubio Gaviria se le haya expedido cédula de ciudadanía, cuando nadie discute que sí y cuando a folio 108 reposa la tarjeta decadactilar que le corresponde.

Y a dicho propósito nada cambia que, tal como lo afirma el actor, el procesado sí es la persona que en el año de 1976 fue sobreseída por el Juzgado Tercero Superior de Villavicencio, en el proceso que se adelantó por el homicidio de Wilson Jaramillo (fl. 373).

De ahí que ninguno de los reproches salga avante.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO. Omisivo

Cuando el exceso de erudición se convierte en el abandono de algunos procesos que sufren demoras injustificadas en su fallo, se incurre en una conducta reprochable

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Se inicia este asunto por auto cabeza de proceso del once de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, como consecuencia de las copias que la propia Corporación había ordenado mediante providencia del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y siete.

En el desarrollo de la investigación se indagó al doctor Guillermo Escobar Mejía por el posible delito de prevaricato por omisión. Perfeccionada la investigación se cerró mediante auto del treinta de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Durante el término de traslado se recibieron memoriales del sindicado y del defensor, quienes solicitaron se decretara el cese de procedimiento por ausencia de dolo.

La Sala procede a calificar el mérito del sumario, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Practicadas diligencias de investigación preliminar para determinar la posible existencia de un delito de prevaricato por omisión contra la doctora Maricella Ruiz Gómez en su calidad de Fiscal Décima del Tribunal Superior de Medellín, la Sala se abstuvo de abrir proceso penal por providencia del dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y nueve y en la misma se determinó la compulsación de copias, para que se investigara la posible inactividad de los antecesores de la doctora en el mismo cargo, para encontrar una explicación al represamiento de más de 600 procesos en dicha oficina.

Se allegó copia de la diligencia de entrega del doctor Guillermo Escobar Mejía a la doctora Maricella Ruiz Gómez, en la que aparecen 641 procesos relacionados, el tres de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Sometido a indagatoria el doctor Escobar Mejía, al ser preguntado por sus antecedentes judiciales y de policía, aceptó tenerlos disciplinarios al sostener:

> "...disciplinarios el que produjo el corte de mi vocación del Ministerio Público, la pérdida de la Fiscalía Décima del Tribunal; ocasionado esto por algo que me enorgullece y que es ético: La justicia colombiana afronta una crisis institucional por abrumación de expedientes que le han quitado el derecho moral de reflexionar y en su noria cotidiana el pobre juez (nombre genérico de todos los servidores de la justicia) está acicateados por una filosofía cuantitativa que lo punza, lo aguijoena, corrijo, lo aguijonea, lo tortura en el alma y en lo físico, ante esta situación, la respuesta ha sido el mecanismo, y la cantidad; entonces, en ese estado de necesidad funcional esparce inasible el infinito dolor y tiene que comprender el buen Juez que en una justicia como esta, le corresponde el papel de cirineo: Cargar la cruz material de tantos procesos y responder con coraje a un doloroso deber que le obliga a acumular —con mucho dolor y terrible angustia— muchos expedientes que llegan sin detenido, para dar preferencia al estudio hondo y substancial, tal vez debiera decir: Quintaescencial, de los procesos con detenido. Pero, en mi etapa final, cuando la vida me condujo a servir a la Procuraduría de los Derechos Humanos Penitenciarios, aprendí que también en los negocios con detenido hay que hacer selección ética y de justicia, romper lo cronológico de los turnos, para decidir lo más presto posible la situación de los reclusos expectantes de una resolución definitiva están recluidos (sic) en las guayanas..."

Sostuvo más adelante que en una reunión con un Viceprocurador recientemente nombrado, le había manifestado la preocupación de los funcionarios que estaban con cero negocios a Despacho, porque ello significaba superficialidad en el estudio y que desde ese momento sintió "el orgullo de tener cantidades éticas en espera".

Justifica la existencia de tal número de procesos sobre la base de un estudio ponderado de los casos y a numerosos análisis que realizó para hacer cambiar la jurisprudencia especialmente en lo de dosis personal. Dice haber trabajado día y noche con responsabilidad para concluir que:

> "...es máxima infamia el creer que yo pueda demorar un negocio por caminar torcido con la justicia, es decir, por prevaricar, toda tardanza fue por caminar rectilíneamente con la justicia y cada tardanza me dolía, me oprimía y de ella he tomado fuerza para arriesgar mi propia vida exigiendo a los poderes del Estado el respeto por la santa institución judicial".

Declaró sobre la buena conducta anterior del sindicado el doctor Edgar Tobón, quien hizo un relato pormenorizado de todo el tiempo que lo había conocido así como a su familia, y la demostrada vocación y dedicación que ha tenido en todo el tiempo de su vinculación con la administración de justicia. Resaltó igualmente el estudio profundo de sus conceptos y cómo ellos eran de gran extensión, mientras que los de sus colegas superficiales y de escasa extensión, razón por la cual generalmente estaban al día.

Se realizó diligencia de inspección judicial al Despacho de la Fiscalía Décima del Tribunal de Medellín, verificándose la radicación de muchos procesos, para determinar cuánto tiempo habían estado a Despacho en la Fiscalía.

Se anexa constancia de la Procuraduría según la cual el sindicado se desempeñó como Fiscal Décimo del Tribunal desde el 6 de mayo de 1982 hasta el dos de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Se realizó diligencia de inspección judicial a la Fiscalía Tercera del Tribunal de Medellín, en la que se constató el acta de entrega del Fiscal doctor Botero Eastman al nuevo titular doctor Zuluaga Restrepo, y en la que se verificó la entrega de un proceso civil, entrado el día anterior a la entrega (6 de septiembre de 1985), y tres procesos penales ingresados (4, 5 y 6 de septiembre del mismo año).

En la Fiscalía Novena del mismo Tribunal, se verificó que para septiembre de mil novecientos ochenta y cinco quedaron cinco (5) procesos de agosto, cuatro de los cuales salieron el dos de septiembre, y otro el tres del mismo mes y año. En septiembre entraron cuatro (4) procesos nuevos los días 2 y 3, saliendo dos esos mismos días y los otros fueron despachados el día cuatro.

En la Fiscalía Octava se verificó que del mes de agosto habían pasado cuatro (4) procesos y entre el 2 y 3 de septiembre ocho (8) habiéndose rendido concepto en cinco de ellos y quedando tres procesos para el 3 de septiembre.

En la Fiscalía Segunda se verificó que había un proceso con destino y proceso de diversa clase (incluidas inscripciones de abogados) 35 procesos, más diez (10) que entraron entre el 1º y el 13 de septiembre para un total de 46 y en dicho mes se fallaron 90 procesos habiendo pasado para el mes de octubre cinco (5) procesos sin detenido.

En la Fiscalía Cuarta se verificó que habían pasado del mes de agosto veintitrés (23) negocios de variada naturaleza, incluidas inscripciones de abogados. En septiembre entró un (1) proceso el día dos, dando un total de 234 procesos para el 3 de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

En la Fiscalía Primera del Tribunal se verificó que de agosto pasó un (1) proceso que fue fallado el 3 de septiembre del mismo año. El día 2 entraron tres (3) procesos, los que salieron el día siguiente.

En la Fiscalía Sexta pasaron veinticuatro (24) procesos de agosto. El dos de septiembre entraron cinco (5) procesos, para un total de 31 procesos el tres de septiembre.

En la Fiscalía Quinta se verificó que del mes de agosto pasaron 132 procesos.

En la Fiscalía Séptima pasaron de agosto a septiembre doce (12) procesos y el dos entró un (1) proceso más para un total de trece (13) al tres de septiembre.

El doctor Gabriel Giraldo Lema, quien como Fiscal Noveno entró a la Fiscalía al mismo tiempo con el doctor Escobar Mejía, certificó que en el año 1978 los otros Fiscales habían determinado un reparto extraordinario que sería compensado semanalmente y razón por la cual recibieron cerca de 120 procesos, pero que él cuando recibió 90 se negó a seguir aceptando, porque consideró que se los estaba recargando excesivamente.

En nueva inspección judicial al Despacho de la Fiscalía Décima, se verificó que el doctor Escobar Mejía había entregado dos (2) procesos con preso ingresados el 28 y 30 de agosto anterior, los cuales salieron con posterioridad a la dejación del cargo por el sindicado.

Se anexó el Decreto de nombramiento del sindicado para el cargo de Fiscal del Tribunal, y el período que debía iniciarse el primero de agosto de mil novecientos ochenta y uno.

A folio 168 aparece constancia de la Secretaría General de la Procuraduría en la que se informa que el doctor Escobar Mejía fue el primero en ocupar dicho cargo por ser creación nueva, y lo hizo desde el treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Cerrada la investigación por auto del treinta de mayo, se escuchó el alegato del defensor, quien luego de destacar fundamentalmente las virtudes académicas y profesionales del doctor Escobar Mejía termina concluyendo que:

> "...La culpabilidad del prevaricato es exclusivamente dolosa, es decir, producto del interés personal, de animadversión, lucro o cualquier otro motivo mezquino. Y naturalmente se puede hurgar minuciosamente en los hechos que determinan este proceso y no se encontrará vestigio alguno de dolo absolutamente por ninguna parte".

Consideraciones de la Sala:

La administración de justicia es y debe ser un servicio público permanente y por su trascendencia en el acaecer social, debe tratarse de un servicio que debe prestarse ininterrumpidamente y no puede estar sujeto a demoras injustificadas. Esta necesaria realidad ha sido una constante en la legislación nacional, puesto que la administración de justicia es el más importante servicio que el Estado puede prestar a sus asociados. Es por ello que desde siempre el prevaricato por omisión ha sido una conducta típica y atendiendo a su trascendental importancia la nueva Constitución dedica una de sus específicas normas para imponer el obligatorio cumplimiento de sus términos, para garantizar la celeridad de la Administración de Justicia cuando dispone en el artículo 228:

"*La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial.* Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

Por la importancia de las decisiones que se toman por Jueces y Fiscales, es apenas lógico que sean el fruto de la reflexión cuidadosa y del ponderado juicio de quienes administran justicia, pero no puede pretenderse, ni aceptarse que la decisión judicial se convierta en un tratado donde se haga gala de una excesiva versación y menos aún, cuando este exceso se convierte en causal de mora injustificada para otros procesos, porque es evidente que lo ideal es que la decisión judicial esté debidamente fundamentada en la doctrina y la jurisprudencia, pero cuando el exceso de erudición se convierte en el abandono de otros procesos que sufren demoras injustificadas en su fallo, constituye una conducta reprochable, porque es claro que una justicia morosa deja de serlo, para convertirse en injusticia, porque el mínimo derecho que tiene un ciudadano dentro de un verdadero estado de derecho es aspirar a que cuando sea involucrado en un proceso su situación sea definida a la mayor brevedad.

Es claro igualmente que por la importancia que tiene la libertad, los procesos con detenido deben ser resueltos de manera prioritaria, pero ello no quiere decir, que los procesos sin preso puedan quedar estancados definitivamente y sin que exista interés legal en que sean resueltos prontamente.

Pretender justificar una mora con la argumentación que se trataba simplemente de procesos sin detenido, es plantear un sofisma, porque desvertebra la administración de justicia, porque pese a la prevalencia de los primeros, estos últimos no carecen de importancia como para que no sean fallados.

En el caso específico que se juzga existen multitud de procesos con sobreseimiento definitivo, ceses de procedimiento y sentencias absolutorias, en los que las personas vinculadas en calidad de sindicados tenían todo el derecho de que el Estado les resolviera de manera pronta y definitiva su situación judicial.

Puede imaginarse los inmensos perjuicios que muchas de esas personas sufrieron como consecuencia de esta mora injustificada, al no poder conseguir trabajo o no poder tramitar el pasado judicial, porque a pesar de habérselos relevado de responsabilidad en primera instancia, al estar pendiente la segunda, se veían afectados de manera grave en sus justos intereses. Pensar que sólo los procesos con detenido tienen importancia es desconocer la verdadera trascendencia de la administración de justicia y es conculcar el sagrado derecho que tiene el ciudadano de que se le resuelva su situación jurídica de manera pronta y definitiva. Es de tal importancia que ha sido categorizada como derecho humano fundamental en el literal c) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968) al disponerse como derecho de toda persona "a ser juzgada sin dila-

ciones indebidas" y debe destacarse que el Pacto Universal de Derechos Humanos no hace distingos de personas detenidas o no, como parecieran entender algunos que si el ciudadano no está privado de la libertad cesa su derecho a ser juzgado sin dilaciones.

Muchos de los 641 procesos que el sindicado entregó a su sucesora, habían rebasado de manera alarmante los precisos términos para que el representante del Ministerio Público rindiera el correspondiente concepto y fue tal la situación de mora, que originó problemas en la adecuada marcha del Tribunal de Medellín, y en tal forma que varios Magistrados tuvieron que solicitar al funcionario moroso que les fallara los procesos que en estado de abandono reposaban en su despacho y esta injustificada mora ocasionó grave perjuicio a la administración de justicia, pues al parecer algunos de tales procesos prescribieron por la falta de actividad del que representaba precisamente los intereses de la sociedad.

La culpabilidad con que actuó el sindicado salta a la vista, por la alarmante cantidad de procesos represados y porque es el propio procesado quien se jacta de su morosidad cuando en la indagatoria sostuvo:

> "...yo dije ante todos mis compañeros que le solicitaba a él que revisara con preocupación las estadísticas de los que estaban en cero negocios, porque dada la cantidad de procesos que llegaban hasta nosotros las casillas en blanco o en pasivo de las estadísticas mensuales sólo podía significar estudio superficial y mecanismo hacia la cantidad lo cual afectaba a la justicia que tiene que ser cualificada y muy respetuosa, porque ella, la justicia, sólo es buena cuando reverencia el dolor y reverenciar a éste exige por lo menos el compromiso de estudio serio. *De ahí que desde ese momento pregoné mi filosofía: El orgullo de tener cantidades éticas en espera, mientras diurna y nocturnamente yo hacía ofrenda espiritual a mi deber entregando los conceptos a la sazón de todas las reflexiones...*"

Lo anterior nos demuestra la clara conciencia que tenía de su morosidad, con la equivocada concepción de que los funcionarios que estaban al día era porque realizaban estudios superficiales de los procesos y que si él tenía "cantidades éticas en espera" era porque si realizaba estudios serios y ponderados.

Está demostrado dentro del proceso por las inspecciones judiciales que se realizaron a las otras Fiscalías del Tribunal de Medellín, que sus colegas del Ministerio Público se encontraban por la época en que él hizo entrega de su despacho más o menos al día (excepto dos), lo que indica que la cantidad de trabajo que les llegaba a pesar de ser voluminoso podía ser despachado más o menos dentro de los términos.

En las condiciones anteriores, se deberá dictar resolución de acusación contra el sindicado por el delito de prevaricato por omisión previsto en el artículo 150 del Código Penal, y consecuencialmente se dictará auto de detención, pues se trata de un delito que tiene señalada pena privativa de la libertad. Se trata de varios delitos de prevaricato

por omisión, cometidos en concurso homogéneo y sucesivo, perfeccionado en todos aquellos en que los términos para conceptuar habían sobrepasado de los legalmente establecidos para emitir concepto, de una manera exagerada e injustificada.

Dentro de tal concepción y atendiendo evidentemente los volúmenes de trabajo que debe despachar el Tribunal de Medellín, por el crecimiento de su delincuencia y por el mismo trabajo realizado por el procesado no se formulará la resolución de acusación en relación con los siguientes procesados.

Héctor Jaime Arroyave

Nelson Rivera R.

Luis Fernando Muñoz Alvarez

Orlando Torres

Iván de J. Quiceno

Lucía Betancurt

Olga Gil Valencia

Jesús A. Grisales

Hugo Posada R.

John Jairo Ceballos

Fabio León Múnera

Jorge Giraldo

Alonso de J. Cano

Antonio M. Cartagena

Diego Muriel Solórzano

María del Socorro Restrepo

Arturo de J. Mazo

Carlos Cárdenas M.

Nelly Jiménez Sánchez

William Meneses Vahos

Rigoberto Pineda Pulgarín

Luis Fernando Velásquez

N.N.

Julio César Pardo

Néstor Salgado Carmona

Se concederá la libertad provisional, pues evidentemente está demostrado que el procesado ha sido un funcionario correcto, pues ca-

rece de antecedentes judiciales y disciplinarios, y que en el evento de una sentencia condenatoria se reunirían los requisitos para suspender la ejecución condicional de la pena.

El beneficio se concederá con la obligación de consignar en el Banco Popular la cantidad de cinco (5) salarios mínimos mensuales y firmar la correspondiente diligencia de compromiso. Esta consignación deberá hacerse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta providencia.

Con las pruebas practicadas para este proceso, se comprobó que para la fecha en que el sindicado hizo entrega de su despacho, la Fiscalía Cuarta del Tribunal, tenía a despacho 234 procesos para estudio, mientras que la Quinta —para la misma fecha— tenía 132, cifras demasiado voluminosas si se tiene en cuenta la reducida cifra de procesos a despacho de las restantes siete Fiscalías.

En atención de lo anterior se solicitará a la Procuraduría que indague la situación de los titulares de dichos despachos, para si es del caso se ordenen las investigaciones pertinentes.

No puede la Sala soslayar la responsabilidad que le cabe a la Procuraduría en estos lamentables hechos, porque está demostrado que la mora que ahora justifica este proceso se prolongó por varios años y ello nos lleva a preguntarnos, fue que durante 5 ó 6 años no se visitaron tales despachos? o fueron visitados y les pareció irrelevante y sin importancia volúmenes de procesos tan gigantescos? Es preciso entonces que la Procuraduría dilucide los interrogantes planteados y tome las medidas disciplinarias que fueren necesarias.

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:

Proferir resolución de acusación contra el doctor Guillermo Escobar Mejía por el delito de prevaricato por omisión en concurso homogéneo sucesivo, previsto en el Título III, Capítulo VIII del Libro II del Código Penal.

Dictar auto de detención contra el sindicado por el mismo delito.

Conceder la excarcelación con fianza en las condiciones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

Compulsar las copias ordenadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PARTE CIVIL. APELACION. Sustentación

Cuando el vencimiento del término no tolera una sustentación por parte, a la pretensión de reconocimiento de la parte civil, debe agregarse la interposición del recurso y la sustentación del mismo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado: Acta número 065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Decide esta Sala de la Corte sobre el recurso de hecho interpuesto y sustentado por el representante de la parte civil, dentro del proceso adelantado contra el Juez Laboral del Circuito de Popayán, doctor *Harold Londoño Tobón,* en aras a la concesión de la apelación que el profesional formuló contra el auto dictado por el Tribunal Superior de esa ciudad, en febrero veintiséis (26) del año en curso, impugnación denegada por dicha Colegiatura, con providencia de mayo quince (15) postrero.

Antecedentes:

El doctor Henry Ruiz Tosse denunció al funcionario judicial antecitado, por la presunta comisión de los delitos-tipo de prevaricato y abuso de autoridad, en el trámite del proceso ejecutivo laboral de Oscar Alirio Pabón y otros contra la empresa "Ordóñez López Ltda.". Realizadas algunas diligencias preliminares, se inició investigación sumaria, dentro de la cual se acopiaron diversas probanzas. Clausurada la misma, mediante proveído de febrero veintiséis (26) de esta anualidad, el Tribunal Superior de Popayán, acorde con el concepto fiscal, dispone cesar procedimiento en favor del doctor Londoño Tobón, por ausencia de dolo en el desarrollo de los comportamientos a él reprochados. Tal decisión se notificó, personalmente, en la misma fecha, y al día siguiente (27) de febrero, en su orden, al Agente del Ministerio Público y al acusado y por anotación en estado, el primero (1º) de marzo de este año, sin que dichos sujetos procesales hubiesen manifestado inconformidad alguna contra ese auto. El día seis (6) de este último mes, el denunciante, doctor Ruiz Tosse, presenta un manuscrito, a manera de demanda de constitución de parte civil, donde,

además, interpone el recurso de apelación contra la susomentada providencia. Oportunamente, el Tribunal Superior de Popayán niega la concesión del recurso, advirtiendo que el recurrente apenas si detentaba la calidad de denunciante al plantear su pretensión, para, posteriormente, admitir el renombrado libelo, reconociendo al doctor Ruiz Tosse, como parte civil. En mayo quince (15), el aludido profesional eleva un escrito a través del cual manifiesta nuevamente que apela la determinación calificatoria de febrero veintiséis (26) antecitada. Cinco (5) días después, el doctor Ruis Tosse impetra la reposición del auto mediante el cual se le niega la alzada, recurriendo, subsidiariamente, de hecho. En respuesta, el Tribunal Superior reitera su negativa de concederle la impugnación citada, no repone el proveído en que ello se resolvió y ordena expedir las copias necesarias para tramitar el recurso de hecho, ante esta Corporación.

La sustentación:

Tildando de errónea la decisión del Tribunal Superior de Popayán, por confundir los términos "constitución" y "reconocimiento", frente a una demanda de constitución de parte civil dentro del proceso penal, estima el doctor Ruiz Tosse que según conceptos doctrinarios —que reproduce— con la sola presentación del libelo respectivo ya se detenta la calidad de parte y puede, entonces, su signatario-representante, intervenir en el proceso, mayormente cuando el acto del reconocimiento a más de posterior es cuestión meramente accesoria, no siendo óbice para el ejercicio de la personería "...ícita (sic) en la demanda..." Luego, y con remisión a ciertas disposiciones en materia procedimental civil y citas jurisprudenciales, el abogado plasma algunas consideraciones sobre la autonomía y subsidiariedad de las acciones penal y civil, para rematar aduciendo que si la presentación de la demanda tiene el efecto de interrumpir la prescripción de la acción, también lo posee respecto a la ejecutoria de las providencias que resuelven sobre los temas referidos en el artículo 46 del Código de Procedimiento Penal, concluyendo que era atendible su impugnación.

La Corte:

I. Para entender mejor los fenómenos aquí involucrados estima pertinente la Sala hacer una precisión previa sobre si el libelo de parte civil presentado por el doctor Ruiz Tosse —como acto de postulación o derecho de acción— se presentó dentro de una relación de tiempo o plazo legal predeterminado por el código de la materia.

II. En este concreto sentido —y no obstante la tardanza— para la Corte la demanda de constitución de parte civil no fue incoada a deshoras. Las deshoras. Las oficinas judiciales están abiertas al público de ocho (8) de la mañana a doce (12) meridiano y de dos (2) a seis (6) de la tarde. Así lo prevé el artículo 52 del Decreto 1975 de 1989 —norma de interpretación estricta— que entre otras cosas, reitera en la materia, añosos criterios que han persistido a través del tiempo sobre la realidad de los términos judiciales. Quiere decir lo anterior, que por ministerio de la ley, hasta el vencimiento de la jornada judicial que se produce a las seis (6) p.m. —hora hábil final—, pueden las

partes ejercer en las oportunidades legales correspondientes los derechos propios de su índole particular. Un mayor margen de tiempo —así sea por breves minutos o escasos segundos— excede los plazos fijados por el propio ordenamiento.

III. En el acto sub exámine *hay constancias procesales de que el abogado presentó el libelo a las seis (6) p.m., del último día de la ejecutoria del auto que decretaba la cesación de procedimiento en favor del doctor Harold Londoño Tobón; por tanto, hallábase el letrado en oportunidad para interponer el recurso en comento. Esto no admite discusión.*

IV. Con relación a los criterios que se vinculan con la forma de la apelación, la Sala anota:

Abstractamente hablando, son cuatro (4) las condiciones exigidas para la viabilidad del recurso: 1º Capacidad para interponerlo, esto es, que el apelante se halle investido del derecho de postulación y con poder de impugnación procesal; 2º Oportunidad del recurso, vale decir, que la proposición del medio impugnativo se realice dentro de los límites precisos señalados por la ley rituaria so pena de que el derecho se considere precluido; 3º Que la providencia, materia de debate, sea pasible del recurso; y, 4º Que el sujeto agraviado con la medida, sustente su pretensión con señalamiento de las razones por las cuales considera afectado su interés en orden a que no le sea negado su otorgamiento, conforme a las voces del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal.

En esto tenemos:

a) Cierto es que el doctor Ruiz Tosse al momento de presentar la demanda no era parte acusadora, en sentido propio, empero, el hecho de presentar el libelo y su correspondiente pretensión a más de promover el recurso de apelación que impugnaba un concreto acto procesal, le habilitaba para ejercer el ius postulandi, *siempre y cuando resultara admisible su reconocimiento como actor civil. Consecuencia del principio de efectividad del derecho material será el de admitir que la formulación del recurso antes del reconocimiento formal como parte, debe garantizar la posibilidad de impugnar, naturalmente bajo la condición de resultar admitida y ajustada a derecho la demanda;*

b) Fácilmente echa de verse que el recurso fue instaurado en tiempo y dentro de los lindes en que quedaba ejecutoriado el proveimiento impetrado;

c) Por su naturaleza, el tipo de providencia referido admite la alzada. Trátase, pues, de una resolución impugnable o más específicamente de un auto interlocutorio que precisa —por expresa prescripción legal— de un adecuado medio de ataque;

d) La parte inconforme no presentó —como era su deber— la motivación del recurso para hacer conocer las fallas u omisiones de la providencia judicial protestada, ni expuso de manera clara y concreta —en ese escrito— en qué forma y medida la decisión la perjudicaba, para atemperarse a los términos del artículo 207 del estatuto procesal. Bien se observa que se presentó la demanda, pidió el reconocimiento y en este preciso momento apeló la providencia. No obs-

tante, la sustentación del recurso no aparece dentro del continente del libelo, ni siquiera de manera contemporánea con la presentación del mismo, sino, después, en el instante en que el Tribunal Superior de Popayán admitió el escrito de constitución de parte civil y le reconoció personería al doctor Ruiz Tosse como tal. Cuando el vencimiento del término no tolera una sustentación por aparte, ya que como se tendrá ocasión de decirlo con voces de la jurisprudencia, no hay lugar a la interrupción de términos, al reconocimiento de la personería debe agregarse la interposición del recurso y la sustentación del mismo. Así se soluciona, equitativamente, la singularidad que ofrece esta situación o las tardanzas obvias de la expedición del correspondiente auto en que se responde esta pretensión.

V. De lo atrás mencionado, derívase, como consecuencia inequívoca, que si bien el recurrente estaba habilitado para pedir el reconocimiento de parte civil y como corolario de ello y aún simultáneamente interponer el recurso pues estaba dentro del tracto legal correspondiente, también lo es que no sustentó, en la oportunidad pertinente —sino mucho tiempo después cuando no era viable— la fundamentación de aquél. En condiciones tales, el recurso incoado estuvo bien denegado, determinación que en líneas generales será confirmada por la Corte aunque —si bien se vé— por razones distintas a las expuestas por el Tribunal Superior. No está de más agregar que con la denegación de este recurso de hecho cobra ejecutoria la decisión adoptada por el Tribunal, materia de impugnación.

VI. Aduce el autor del recurso, finalmente, que la presentación que hizo de la demanda de constitución de parte civil tuvo el efecto de interrumpir la ejecutoria de la providencia, cuanto que impugnó una de las actividades procesales señaladas en el artículo 46 del Código de Procedimiento. No está en lo cierto. En caso similar, la Corte determinó que el memorial que se presenta el día que vence un término, no interrumpe el cómputo de éste. Báslale, pues, a la Sala recordar aquella fundamentación para desestimar el criterio del letrado:

"...Sucede, empero, que el recurrente, el último día del término para presentar la demanda, presentó sustitución que le hizo el apoderado principal y un memorial en que pide que se le reconozca personería para actuar y que se le haga entrega del expediente. Esto indica, entonces, que al actuar de ese modo, el recurrente buscó interrumpir el término que estaba en trance de vencerse... Habría, pues, que ver si el impugnante logró su objetivo y si, por tanto, puede considerarse que la solicitud de reconocimiento de personería y su anexo, la sustitución, tuvieron el alcance suficiente como para abrir un paréntesis en el plazo que estaba finalizando. Para la Corte es palmario que no, precisamente por el hecho mismo de haberse presentado el último día, es decir, cuando expiraba el término para presentar la demanda... El aserto anterior se basa en que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, el Secretario debe hacer constar la fecha de presentación de los escritos que recibe y pasarlos, salvo norma en contrario, al día siguiente al despacho del Juez, con el expediente a que se refieran, o los agrega a éste, si están a despacho, para que se resuelvan simultáneamente todas las peticiones pendientes... Dicha norma actúa en ajustada armonía con el inciso

3º del artículo 120 ibidem *que dice lo siguiente: 'Los términos judiciales correrán ininterrumpidamente, sin que entre tanto pueda pasarse el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término o que requieran un trámite urgente; en el último caso el secretario deberá obrar previa consulta verbal con el Juez, de lo cual dejará constancia en el expediente...' De los mencionados textos derívase, como consecuencia inequívoca, que el escrito presentado el último día del término concedido, no tiene virtud suficiente para interrumpirlo porque es claro que el negocio sólo puede pasar a despacho, por mandato legal y si el Juez así lo decide, al día siguiente, lo que significa a* contrario sensu, *que el día en que se presentó el escrito el término corre sin solución de continuidad... En fin, no es dable argumentar en contra que se trata de un criterio intransigente, o una aplicación exegética del 'procesalismo frívolo'. No. Los términos, particularmente los señalados por la ley, antes que entenderlos como un simple prurito formalista, son una preciosa garantía para las partes, como que son la aplicación viva de un principio esencial en derecho procesal —el de la eventualidad o preclusión—, cuya inobservancia impediría el normal desenvolvimiento del proceso y sería fuente de innúmeras irregularidades..." (Auto, C. S. de J., Sala de Casación Civil, julio 4 de 1990, Magistrado ponente doctor Marín Naranjo).*

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

Resuelve:

Denegar la concesión del recurso de apelación interpuesto por el doctor Henry Ruiz Tosse, contra el auto de cesación de procedimiento proferido, en febrero veintiséis (26) del año en curso, por el Tribunal Superior de Popayán, en favor del doctor Harold Londoño Tobón, Juez Laboral del Circuito de esa ciudad.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PARTE CIVIL. APODERADO

El apoderado dentro de un proceso puede sufrir daño efectivo y real por la actuación ilícita de un funcionario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor *Fernando Artavia Lizarazo*, contra el auto que inadmitió la demanda de constitución de parte civil, dentro del proceso que adelanta el Tribunal Superior de Bucaramanga por presuntos delitos contra la administración pública imputados al doctor *Pedro José Ribero Ferreira*, Juez Cuarto Civil del Circuito de esa ciudad, y a la señora *Ruby Ferrín de Velasco*, Secretaria del mismo Despacho.

I. Hechos:

El abogado recurrente formuló denuncia contra el Juez y la Secretaria del Juzgado Civil del Circuito de Bucaramanga por diversas irregularidades que en su opinión se han cometido en varios procesos en los cuales actúa como apoderado.

El Magistrado ponente, mediante auto de mayo 21 del presente año, abrió investigación y dispuso la práctica de las pruebas que estimó conducentes, algunas de las cuales ya han sido evacuadas por el Juez Sexto Superior comisionado para ese efecto. El denunciante, actuando en su propio nombre, presentó demanda de constitución de parte civil, pero le fue inadmitida por el Juez, con el argumento de que carece de "legitimidad en la personería", decisión contra la cual el interesado interpuso el recurso que ahora se resuelve.

II. Providencia impugnada:

Luego de explicar la razón por la cual está facultado para resolver sobre la demanda de constitución de parte civil, no obstante ser Juez comisionado, sustenta la inadmisión así:

"Del estudio de la demanda se puede colegir que el doctor Fernando Artavia Lizarazo, no ha actuado en nombre propio en los procesos que adelanta en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito, siempre lo ha hecho en representación de otros, bien como demandante o demandado".

"Los delitos contra la administración pública por considerarse delitos pluriofensivos, generan un daño público, en cuanto se afecta el buen desarrollo del interés jurídico protegido, la función pública, pero también (sic) causan un daño particular concreto a quien resulte afectado con el punible. Este interes (sic) particular debe recaer en la persona directamente perjudicada, es decir, quien recibe el menoscabo con la prevaricación, la concusión etc. No puede aceptarse como en el presente caso, al abogado que ha representado los intereses de esos afectados, porque sobre él no se traduce un daño efectivo y real".

Apoya la determinación en una providencia de la Corte, de mayo 14 de 1981, en la que se dijo textualmente:

"Extender el derecho de acción indemnizatorio a toda persona que hipotéticamente hubiera recibido daño con el delito, sería permitir la interminable constitución de tantas partes civiles cuantas personas se sintieran lesionadas, lo que en verdad no ha querido la ley. No cabe duda que el legislador de conformidad con los artículos 2341 del Código Civil, 24 y 125 del Código de Procedimiento Penal ha establecido este específico derecho de acción a favor de quienes realmente han sufrido daño con el delito, esto es, en beneficio de quienes en forma directa e inmediata se les irroga el perjuicio o de sus herederos".

Posteriormente, al resolver el recurso de reposición el Juez reitera que "el abogado que actúa en representación de otros no recibe un perjuicio efectivo y real con la acción torcida del funcionario". Señala como ejemplos el delito de peculado, en donde además del Estado resultan afectados todos los asociados, para concluir que en ese caso sería interminable la constitución de partes civiles.

Finalmente agrega: "De otro lado lo que existe entre el abogado y su cliente, no es sino un contrato civil de 'mandato', en que una parte se obliga a cumplir por encargo la gestión de uno o más negocios, de otra, llamada mandante. Este contrato genera obligaciones y como tal le queda a quien no cumpla acudir a esa jurisdicción para su cumplimiento, previa demanda desde luego".

III. Sustentación del recurso:

El aspecto central de la inconformidad la plantea el abogado Artavia Lizarazo en los siguientes términos:

"El artículo 104 del Código Penal que a decir verdad recoje (sic) el clamor del artículo 2341 del Código Civil, que son titulares de la acción indemnizatoria las personas, llámense naturales o jurídica (sic) que hubieren sufrido perjuicios derivados del hecho punible, y, reitero su señoría que no puede afirmar categóricamente que, el suscrito no ha sufrido perjuicios mal puedo por tanto irme a constituir en parte civil, resulta ser ella una premisa falsa, desafortunada y por supuesto

sin fundamento alguno y por supuesto huerfana (sic) de toda prueba, véase que las actuaciones llevadas a cabo y que constituyen hechos que se subsumen en tipos penales especificos y que he denunciado se han hecho en consideración a la persona del suscrito abogado no de mis ocasionales clientes, porque no de otra manera se explica los hechos y circunstancias que han rodeado la denuncia y actuaciones, sólo que por tirarme como se dice vulgarmente, también se están tirando a mis clientes quienes podrán venirse lanza en ristre contra el suscrito, losz (sic) que ciertamente al tener conocimiento de las trabas puestas por mis denunciados por lo menos moralmente se han solidarizado conmigo".

Más adelante hace una serie de observaciones sobre las diferentes formas de pactar honorarios y las excusas que utilizan los clientes para no pagar en muchos casos. También relaciona la forma como acordó el pago de su trabajo en los procesos de José Pedraza Habeych contra Carlos Julio Lagos; Nelly Jiménez Ochoa contra Hilda Mantilla Dulcey; y CADENALCO S. A., contra Sabogal y Compañía Limitada, destacando en cada uno la razón por la cual considera que ha sufrido perjuicio.

Termina exponiendo la angustia y los sufrimientos que ha padecido, los cuales acreditan la existencia de perjuicios morales.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la confirmación del auto recurrido, por cuanto considera que "los titulares de la parte civil son las personas naturales o jurídicas o sus sucesores, que hayan directamente recibido el perjuicio. Es exigencia legal que éste lo haya sufrido de manera *directa* el sujeto o sujetos pasivos del delito. La titularidad del derecho de acción indemnizatoria no surge en el evento en que la persona sufra el perjuicio en forma *mediata*, pues como lo recuerda el Juez comisionado en la cita jurisprudencial comentada, la tesis mayoritaria de la Corte es cerrada en esta última situación y no por mero capricho o rigor intelectual. La lógica jurídica y la inconveniencia práctica constituyen su mayor fundamento".

Luego de citar la opinión de algunos autores nacionales, concluye que el censor no sufrió directamente el daño proveniente de los hechos punibles que denunció, por lo tanto comparte la determinación del Juez.

V. Consideraciones de la Sala:

1º Aunque no es objeto del recurso, la Sala no puede dejar de advertir que la investigación se ha adelantado por la lista de hechos denunciados, sin que exista ninguna explicación sobre la razón que permite que todos ellos se averiguen en el mismo proceso, lo cual debe ser aclarado para no contrariar el principio rector consagrado en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal.

2º *Es verdad que la Corte ha dicho que la constitución de parte civil corresponde a "quienes en forma directa o inmediata se les irroga*

el perjuicio o a sus herederos", pero de ahí no puede inferirse que el apoderado dentro de un proceso nunca sufre un daño efectivo y real por el prevaricato de un funcionario, pues es darle a la jurisprudencia un alcance que realmente no tiene.

Si, por ejemplo, el pago de los honorarios depende de que se logre la cancelación de una obligación, o se pacta la entrega de una parte de los bienes que sean adjudicados en una sucesión, etc., no hay duda de que el apoderado adquiere un interés económico directo y personal en el éxito de la gestión, de manera que la conducta ilícita del funcionario que lesiona ese interés le causa perjuicios materiales de manera inmediata. En ese tipo de contratación el abogado se vincula con su cliente en la empresa común de obtener un reconocimiento judicial que los beneficia a los dos, de modo que el actuar del Juez manifiestamente contrario a la ley, les causa simultáneamente daño directo, en igual o diferente proporción, pero cada uno tiene su propia legitimidad para demandar.

Desde luego que el abogado que pretenda constituirse en parte civil debe presentar pruebas de la personería para hacerlo, es decir, aportar elementos de convicción que le permitan al fallador llegar a la conclusión de que es un perjudicado de manera directa. No basta su simple afirmación, pues si su interés surge de un contrato de prestación de servicios profesionales, este debe ser allegado al expediente, o probarse debidamente por los medios pertinentes.

En el caso sub examine, el abogado se limita en la demanda a hacer un relato de las dificultades que ha tenido en los diferentes procesos que cursan ante el Juez denunciado, y a afirmar que su prestigio profesional y sus ingresos se han visto menguados. Posteriormente, en la sustentación del recurso, que no es una adición de la demanda, sostiene que en dos procesos acordó como honorarios los que señale el Juzgado, y en un tercero una suma fija más el cincuenta por ciento (50%) de las agencias en derecho.

Así las cosas, tiene razón el señor Juez al inadmitir la demanda de constitución de parte civil y el Ministerio Público al solicitar la confirmación del auto, pues el libelista no ha demostrado que recibió perjuicios de manera directa por la supuesta prevaricación del Juez. Los elementos de juicio que existen en el proceso conducen a la decisión tomada por el a quo, pues el demandante se queda en simples afirmaciones, que todo lo contrario a lo que piensa él, de ser probados sólo permitiría inferir que se ha visto afectado de modo mediato, ya que en eso consiste no poder recibir en un menor tiempo los honorarios, con la consiguiente devaluación, o la posible y futura disminución de su clientela por esos incidentes.

Bastan las consideraciones precedentes para llegar a la conclusión de que la providencia recurrida debe confirmarse, sin perjuicio de que posteriormente se presente la situación prevista por el inciso tercero del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Confirmar el auto impugnado.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

PENA. Ira

Cuando la investigación recoge abundante y grave prueba sobre la diminuente que consagra el artículo 60 del Código Penal, el juzgador debe esmerarse en la confrontación de ese sustancial aspecto, para reconocerlo o extrañarlo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 060 (agosto 27 de 1991).

Vistos:

Conoce y define la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de nueve de octubre del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y mediante la cual, por el delito de "homicidio agravado y porte ilegal de armas", impuso a *Fanny Sampayo Alvarez*, como pena privativa de la libertad, dieciséis años, cuatro meses de prisión, modificando así la señalada por el Juzgado Doce Superior (julio 13 de 1990), que la había fijado en setenta meses de prisión.

El recurso se interpuso y sustentó oportuna y adecuadamente, lo cual fue declarado así en autos de diciembre 7 de 1990 y marzo 21 de 1991, respectivamente.

Hechos:

Del hogar formado por unión libre entre el doctor Mario Uribe Henao y Fanny Sampayo Alvarez, nació Susana quien, siendo muy joven, contrajo matrimonio con el entonces estudiante de medicina Juan Fernando Correa. Por este no aceptado connubio, en el núcleo familiar de Correa, le surgieron a éste contratiempos económicos y afectivos, lo cual lo llevó a vivir en casa de sus suegros, quienes le prodigaron atención de todo orden y mantuvieron con él un trato especial, pleno de cariño y asistencia. Correa, con este singular apoyo, terminó sus estudios y recibió el correspondiente grado y otro tanto, en odontología, obtuvo su esposa Susana, quien se dedicó a su trabajo profesional en compañía de su padre, el doctor Uribe Henao. Pero con la marcha del tiempo y pese a la existencia de dos hijos, el matrimonio Correa-Uribe, comenzó a resquebrajarse. Vinieron los maltratos de

palabra y de obra, todo porque el esposo se disipó en su vida y llegó a tener una amante, a la cual, con retiros esporádicos de su casa, parecía atendía con mayor dedicación. Y esto se reflejó, en un calamitoso demérito, en las relaciones con los suegros, especialmente con la angustiada madre Fanny Sampayo Alvarez, quien prodigaba singular afecto a su hija y a sus dos nietos. Se puede decir por el sinnúmero de probanzas, que la vida de los dos hogares se volvió insufrible y Correa se mudó agresivo para con su esposa y la progenitora de ésta. Olvidó todos los favores recibidos y las obligaciones espirituales para quienes le habían brindado protección y amor. Y cada día se acentuaba el disgusto, el desafecto, la reprobación, las amenazas, y los insultos, las vías de hecho, en fin, el mal comportamiento. El 31 de mayo de 1989, el menor de los hijos del occiso, por enfermedad, se encontraba bajo el cuidado de su abuela. Correa llegó tarde a su propia casa (9:30 de la noche) y rechazando las buenas razones de su cónyuge, obligó a ésta, con su hijo mayor, a ir donde sus suegros a reclamar y traer a viva fuerza a su otro descendiente. Su conducta final estuvo conforme a esa conflictiva vida anterior. La sentenciada afirmó ser violentada por su yerno, exhibiendo un revólver, con el cual, al perderlo, e intentar aquél tomar un cuchillo, la procesada le causó la muerte de varios disparos. La versión aceptada en el juzgamiento fue la de que el revólver era de propiedad de la señora Sampayo Alvarez y que su accionar no se produjo dentro de la casa de ésta sino en la calle, y que la legítima defensa pura o excedida, no se dio. Como tampoco atenuante alguna.

Actuación procesal:

Así la itinera la Delegada:

"...El Juzgado Cuarenta y Ocho de Instrucción Criminal de Medellín abrió la investigación penal en auto del día dos de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

"Durante la fase investigativa, a más de la indagatoria de la inculminada, se recibieron otros múltiples medios de prueba, entre los cuales vale relievar se encuentran algunos testimonios que dan cuenta de amenazas que había sufrido la sindicada de parte de su yerno, la denuncia que contra él había formulado Mario Uribe Henao por el delito de violación de domicilio, otra por el mismo ilícito elevada por la inculminada, una orden del inspector de permanencia número cuatro de Belén, fechada el 19 de agosto de 1988 en la que se solicita a las autoridades de Policía Nacional brindar protección a la acusada 'en el sentido de que el señor Juan Fernando Correa Arias, no atente cotnra su integridad física y moral ya que constantemente viene recibiendo amenazas por parte de este señor', y la comunicación que el Inspector Octavo Municipal de Policía dirigió al Juzgado Doce Superior de Medellín informándole que la señora Fanny Sampayo se quejó ante ese Despacho por malos tratos que le infligía Juan Fernando Correa A., razón por la cual ambos fueron conminados para que no se ofendieran de palabra ni de obra.

"En auto de doce de junio de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado instructor decretó la detención preventiva de la sindicada, por

los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego, providencia que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Medellín el día diez de agosto del mismo año.

"El treinta de agosto del año mencionado se declaró cerrada la investigación y se procedió a calificar el mérito del sumario el día veintiséis de septiembre siguiente, profiriéndose resolución de acusación en contra de la encartada Fanny Olimpa Sampayo Alvarez por los delitos de *homicidio y porte ilegal de arma de fuego*. Es oportuno anotar aquí que en la parte motiva de la providencia enjuiciatoria, el Juzgado consignó expresamente que los hechos se adecúan típicamente a la descripción contenida en el artículo 324 del Código Penal en cuanto al homicidio, esto es, se trata de un delito de tal naturaleza *agravado*, como quiera que concurren las causales previstas en los ordinales 2º y 7º del mencionado artículo.

"Practicadas las diligencias que se estimaron pertinentes en la etapa del juicio, se celebró la audiencia pública que tuvo comienzo el día doce de junio de mil novecientos noventa. Terminada ésta, el Juzgado Doce Superior de Medellín procedió a dictar sentencia de fecha trece de junio del mismo año, haciendo la declaración de condena que atrás se dejó reseñada. Apelado el fallo, la segunda instancia fue desatada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en los términos a que ya se hizo alusión..."

La demanda:

Con amparo en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, causal primera, cuerpo segundo, se dice:

"...En el presente caso hubo violación indirecta de la norma de derecho sustancial, por error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, que generó la falta de aplicación del artículo 60 del Estatuto Punitivo, irrogándose grave lesión al procesado, lo que incidió en la alta dosificación de la pena como paso a demostrarlo.

"El comportamiento grave e injusto de Juan Fernando Correa, contra su esposa, hija legítima de la procesada, generó ese estado de ira que presidió el comportamiento de la madre, el día de los hechos, cuando el médico quiso ingresar de nuevo a su hogar para ultrajar a su hija. No podemos olvidar que la ofensa injusta inferida a la hija también se irrogaba a la madre que estaba presenciando continuamente todos los hechos agresivos y provocadores realizados contra su hija. Pero esos ultrajes no sólo se quedaban allí, sino que también, se ejercieron en forma directa contra ella, contra su hermana y contra su esposo. El sentenciador *ad quem*, ignoró, incurriendo en falso juicio de existencia, las constancias documentales que obran a folios 383, 15,4 frente del cuaderno original, donde la familia Uribe Sampayo demuestra que tuvo que acudir desde el año de 1988 a las autoridades jurisdiccionales y policivas, impetrando protección debido al injusto y grave comportamiento de Juan Fernando Correa. Si el fallador hubiese apreciado las pruebas mencionadas, habría interpretado cabalmente el móvil del hecho, reconociendo la atenuante del artículo 60. Esas probanzas, condensadas en la denuncia, en las quejas policivas, y en

las solicitudes de protección, demuestran el injusto comportamiento del provocador. En esos documentos se anida la pasión sicomotriz que presidió el comportamiento de la procesada. No se olvide que la vieja ofensa, florece de nuevo, se rememora cuando el acto provocador se repite. En el campo sicológico no puede hablarse de emociones simples, como lo advierte el profesor Mira y López, el hombre es un complejo de emociones donde ora aflora el dolor, ya la ira, ya el miedo, ya el temor.

"Ignoró también el sentenciador *ad quem*, incurriendo en falso juicio de existencia, el testimonio de Jorge Argemiro Eusse, que corre a folio 398 frente, donde describe a Juan Fernando como un hombre de temperamento sumamente agresivo (fl. 399 fte.). Ese temperamento fue el que lo llevó, en más de una ocasión a vulnerar la intimidad domiciliaria y la integridad de la familia Uribe Sampayo.

"El cotejo de ofensas, provocaciones, humillaciones que irrogó en forma grave e injusta el galeno contra queridas familias que lo habían protegido siempre, aparece con nitidez, en los siguientes testimonios ignorados, incurriendo en ostensible error de existencia, por el sentenciador de segunda instancia:

"'Cuando mi papá llegaba bravo le pegaba a mi mamá' (Juan Camilo Correa, fl. 125 vto.). 'Cuando llegaba era a ponerle problema a ella' (Luz Dary García, fl. 127 vto.). 'Como me le puse en el camino para que no entrara me agredió dándome un fuerte golpe en la cara' (Letty Sampayo, fl. 125 vto.). 'Allí él la maltrató a ella físicamente y ella la sacó en pijama a altas horas de la noche y la llevaron a mi casa a amanecer con hematomas en los brazos' (fl. 8 vto., Mario Uribe). 'Doña Fanny describe también el siguiente hecho violento: Una vez vino bañada en sangre porque le jaló las aretas y vino botando sangre horrible' (Fanny Sampayo, fl. 424 fte.).

"También dejó de apreciar el sentenciador *ad quem*, incurriendo en ostensible error de hecho, falso juicio de existencia, el testimonio del Mayor Policarpo Alvarez del Castillo, cuando describe la protección impetrada por doña Fanny Sampayo y por su hija, ante las autoridades de la Brigada, sede donde prestaba los servicios el médico Juan Fernando Correa. El deponente, aduce, que las citadas damas le solicitaron que evitara la venta de un arma que el doctor Correa Arias había solicitado, ya que el citado señor tenía graves problemas familiares y que según ellas les daba mal trato, los pegaba y las amenazaba con matarlas. Advierte el deponente que las citadas damas volvieron a su despacho, manifestando que los malos tratos continuaban, 'inclusive la señora Fanny llevaba la cara moretiada y los brazos mostrándome que había recibido golpes de su esposo' (El testigo se refiere a la esposa del doctor Correa, fl. 377 vto.). Agrega ese declarante, cuyo dicho no fue apreciado en la sentencia, que notó el temblor de las manos y el nerviosismo de las damas que acudían en su ayuda (fl. 378 fte.). Lo anterior significa que la angustia, el desasosiego y la preocupación de la familia Sampayo Uribe, venía de tiempo atrás, situación que no había cesado desde el año de 1988. Si el sentenciador *ad quem* hubiese apreciado también esa prueba testimonial habría auscultado el móvil de la acción y el estado emocional de doña Fanny Sampayo.

"Distorsionó la prueba el sentenciador *ad quem*, cuando explica el móvil de la acción, desconociendo todas las probanzas que hemos analizado. Todos estos errores de hecho, ostensibles, manifiestos, llevaron al Tribunal sentenciador a dejar de aplicar el artículo 60 del Estatuto Punitivo, cuando los elementos estructurales de la figura emergen con claridad de las páginas procesales, esto es, el comportamiento injusto del doctor Correa, la grave injusticia de su acción y la reacción anímica de la procesada..."

Respuesta del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

A esta Delegada no le satisface el escrito de censura ya relacionado. Le encuentra numerosas falencias y de ahí el que estime como solución adecuada la improcedencia del recurso. También conviene reproducir intensivamente este concepto:

"...Lo que sí se opone a que llegue a feliz término en el libelo, es el hecho de que los cargos quedaron solamente enunciados, sin un desarrollo que permita establecer que las razones del impugnante son suficientes para producir la ruptura de la sentencia atacada. Así, debe anotarse que el censor olvidó mencionar cuál fue la trascendencia del error en el fallo atacado, pues sólo hizo referencia a él pero no demostró en qué medida el haber ignorado los medios probatorios enumerados influyó para que el Tribunal descartara la figura del delito emocional que reclama a favor de la sentenciada, ni se preocupó en momento alguno por desvirtuar las bases de la decisión censurada, que valga decirlo, son diversas a las esbozadas por el recurrente.

"No basta, en criterio de esta Delegada, con examinar las pruebas omitidas para hacer luego afirmaciones genéricas de que ellas permiten o reclaman la aplicación del artículo 60 del Código Penal, pues tal proceder no es más que el propio de una alegación de instancia en donde al recurrente no le es exigible el juicio técnico-jurídico sobre las decisiones del juzgador.

"En casación las cosas no pueden tolerarse así. Es de la esencia del recurso extraordinario la demostración de sus alegaciones y en tal medida, frente a lo que se pretende en este específico caso, estaba obligado el demandante a examinar si los medios de convicción probaban la existencia de cada uno de los elementos integrantes de la figura de la ira e intenso dolor, vale decir, que a su propia interpretación de las evidencias, ha debido sumar argumentos que ligaran éstas con el estado de ira en que se encontraba la procesada al momento de los hechos, o con el dolor que la embargaba en el mismo instante; planteamientos que además deberían referirse a lo grave e injusto del comportamiento desplegado por el occiso, y a la relación que pudiera existir entre la conducta del interfecto y la reacción criminosa de la procesada.

"Nada de esto hizo el libelista. Ni siquiera especificó si la acusada actuó influida por la ira o por el dolor; simplemente se remitió a afirmar que existió un comportamiento grave e injusto de parte del señor Juan Fernando Correa Arias, el cual dentro de los alegatos que contiene la demanda podrían dar pie a cualesquiera de las dos situaciones emocionales previstas en el artículo que se estimó inaplicado.

"Y no se diga que este aspecto es intrascendente, porque si bien la ira o el dolor conducen a un mismo resultado penológico, ello no quiere decir que se puedan utilizar como un mismo sentimiento o cual comodines para impetrar la reducción de la pena, porque la circunstancia, para que sea aplicable, tiene que estar debidamente probada y ello sólo se logra a través de la constatación de uno de los sentimientos contemplados en la norma.

"Por lo demás, ignoró el demandante que la base fundamental que tuvo el Tribunal para negar la aplicación de la disposición reclamada, no fue precisamente la de la ausencia de la prueba respecto de los problemas personales y familiares que habían tenido víctima y procesada, sino la presencia de un medio de convicción que acreditaba el sentimiento que impulsó a la sentenciada en su acción, pasión diversa a la ira o al dolor. Dijo así la Corporación de segunda instancia al respecto:

"De veras, recogiendo la tesis de la Fiscalía de este Tribunal, en cuyos apartes desconoce la atenuante en estos términos: *'Ha dicho con absoluta claridad la señora Sampayo, que no la abrigó sino el temor, mas no la ira ni otras situaciones diversas asistieron su actuar.* Y que los hechos se sucedieron en una forma tan rápida que no tuvo más cabida en ella, que procurar salvaguardar su integridad física y la de su familia, sin estar asistida de ninguna otra pasión que compeliera su conducta' (Subrayas fuera del texto).

"Adviértese, además, que en el fallo de segundo grado el Tribunal también analizó —si bien de modo global— los hechos de anteriores rencillas ocurridas con el occiso, a las cuales sin embargo restó toda importancia frente al contenido del artículo 60 del Código Penal, porque estimó que tales acontecereres ya habían superado para la época de los hechos. El comportamiento grave e injusto, en consecuencia, no podía ser el anterior de la víctima, sino el asumido al momento de los hechos en que fuera agredido.

"Nada de lo anterior fue tocado por el demandante quien, de esta forma, se quedó corto en sus ataques..."

Consideraciones de la Sala:

Antes de apuntar una estimación sobre la cuestión debatida conviene hacer una breve reflexión sobre ciertas peculiaridades de la forma de administración de justicia, en casos de esta dolorosa índole. Estos delitos-tragedia, en donde lejos de advertirse la maldad refinada que sacude hoy día a nuestra sociedad, en donde el lucro se ha erigido en principio y razón de ser de la existencia y a él se sacrifica toda otra consideración, empleándose al efecto los más devastadores medios que puedan arbitrarse, antaño eran mirados como tales y estremecían la conciencia del fallador para encontrar fórmulas jurídicas exactas que reflejaran esta forma del padecer humano y del conflicto de los sentimientos. Porque, ciertamente, las relaciones que entran en juego se trenzan con tal complejidad y compendian tan disímiles afectos que es imposible llegar a sacrificar uno de ellos por simple capricho, o por simple deseo de imponer una voluntad o una forma de vida, o por torpeza, o por malformación familiar o cultural. Estos son escalo-

frantes dramas, que no logran adecuar una solución, pues se oscila entre dejar pasar por alto todas las ofensas y atropellos, ambientando así su reiteración y acrecimiento, o tomar partido por una acción violenta en donde, como en el caso en estudio, la procesada sacrifica al padre de sus nietos, sembrando en éstos todo el dolor que puede darse en unos niños que ven atónitos cómo se ultima a su padre y recordarán siempre esa escena de pavura. Es el sentimiento herido de una madre que, consternada, presencia impotente el maltrato de su hija, la avería del mundo apacible de sus nietos y la ausencia y hasta pérdida de aquélla y de éstos. Es, la insufrible situación del suegro, que si se inhibe es un cobarde, un insensible, que deja despedazar a su esposa, a su hija, a sus nietos, pero si asume un papel beligerante, imposibilita más la reconducción de las relaciones y destroza a éstos, a su padre y al cónyuge de su propia hija. Qué hacer, en este turbión de horror, en donde los remedios a la mano (comprensión, tolerancia, amor, conciliación, halago, alejamiento, reproches, intervención de terceros o de autoridades, etc.), se exhiben como fallidos y, además, recrudecen la discordia? Nadie acierta, así esté ajeno a esa turbulencia, con el remedio, o con la fórmula relativamente eficaz. La naturaleza humana, que odia más fuertemente cuando ha amado, no responde a patrones lógicos ni a patrones tradicionales. Las alternativas, en mentes consumidas por la crisis espiritual, se muestran esquivas e igualmente aniquilantes: Malvivir postrado, víctima de la humillación y el miedo que inexorablemente socava el ansia de vivir y remite paulatinamente a la muerte, o se sucumbe al estímulo de las pasiones, ahogándose todo brote de cordura y entrándose en el juego feral del todo por el todo. El nudo no se ha desatado. Se ha cortado, con sus secuelas de muerte, de destrucción múltiple e instantánea de hogares, del surgimiento del lacerante proceso penal y de reclusión intensa.

Antaño, sin contagiarse de libérrimas absoluciones ni tampoco de excepcionales durezas, ajenas unas y otras a la verdad social, jurídica y sicológica del asunto y de las personas, se escrutaban soluciones ecuánimes, proporcionadas, sabias y de gran temperancia. Se hacía justicia a la insensatez de todas las conductas envueltas en esta borrasca de los sentimientos. Por lo mismo que se era implacable con la delincuencia llamada peligrosa o temible y había posibilidades de descubrirla, enfrentarla y reducirla, se podía ser racionalmente piadoso y equitativamente misericordioso, con esta clase de delincuentes pasionales, perturbadores sí del orden social, pero no destructores del mismo. Hogaño, la hiperestesia del delito desbordado, que no desconoce ninguna forma delincuencial y a todas las troca en algo monstruoso y constante, ante la imposibilidad de dar con todos sus autores, reducirlos a prisión y reordenarlos mediante justas sanciones, se descarga todo el furor represivo sobre delincuentes como Fanny Sampayo Alvarez, que, para cualquiera técnico o lego en esta materia, ocupan los niveles más benignos de la criminalidad.

El drama siempre será el mismo. Ahora se desarrolla entre suegra y yerno, pero pudo ser a la inversa, o entre esposa y esposo, o entre hijo o padre, o entre amantes...y en fin, para cada forma de amor, una manera de duelo. Su límite es la vida, o mejor la imaginación de la vida.

El demandante destaca:

a) Juan Fernando Correa se exhibe como el provocador grave e injusto, por su forma de vida familiar, respecto de su esposa y de los padres de ésta;

b) La hora y la forma como se presenta Susana Uribe de Correa a la casa de sus padres, el 30 de mayo de 1989, y su aterrorizada actitud de no querer abandonar el apartamento de éstos, origina un nuevo choque entre Juan Fernando Correa y su suegra Fanny Sampayo, con las consecuencias ya relacionadas;

c) Recuerda el concepto del Fiscal del Tribunal, cuando conceptuó sobre la medida de aseguramiento impuesta a Fanny Sampayo, en el cual señaló: "Lo único que hasta el presente se vislumbra con claridad es el estado de ira";

d) Puntualiza, como ya se dejó visto, un error de hecho manifiesto sobre la apreciación de la prueba. Brota como algo incuestionable el volumen probatorio ignorado por el Tribunal (falso juicio de existencia), el mismo que constituye a Correa como autor de un comportamiento reiterado de grave e injusta provocación, el cual tuvo su definitivo desenlace el día del final encuentro con Fanny Sampayo;

e) Como prueba ignorada que diera lugar a suprimir la comentada diminuente, el censor cita las constancias de folios 4, 15, 383, los testimonios de Jorge Argemiro Elusse, folio 398, aunque se prescinde de su segundo apellido, Juan Camilo Correa —fl. 125—, Mario Uribe —fl. 8—, una manifestación de la procesada —fl. 424— y la declaración del Mayor Policarpo Alvarez Castillo. Todo este conjunto probatorio destaca nitidamente el continuado mal obrar, en palabras, actitudes y hechos, de Correa, su gravedad e injusticia, suficientes para alterar el ánimo de una madre y, desencadenar una violenta reacción, al advertir, como ocurrió la noche de 30 de mayo de 1989, que no había enmienda ni el abuso se contenía.

Y ciertamente que casi todos estos fundamentales aspectos probatorios, no se mencionan específicamente en la sentencia y menos, por el falso juicio de existencia, se comentan. Hay apenas una ligera referencia a lo que demostraban con amplitud las constancias de folios 4, 15 y 383 (la solicitud de protección estatal ante el injusto y grave comportamiento de Correa) y que consistió en restarles trascendencia porque las ofendidas con ese maltrato de palabra y de obra, no persistieron en la acción penal o policiva y "perdonaron" la conducta.

La entidad de estos elementos de convicción echados de menos por el recurrente en el fallo que impugna, así como la pobreza argumentativa que a la ligera consignó en su fallo el Tribunal para un aspecto decisivo de la cuestión, constituye una innegable realidad. *El que no se deje llevar por la sola impresión de la violencia de las finales acciones, sobre los cuales la Sala también expondrá sus puntos de vista, debe ceder ante la contundencia de esos elementos de convicción que favorecen a la sentenciada y que imponían el reconocimiento del estado emocional. Por sí solos proyectan una información nítida sobre los motivos verdaderos de ese punible comportamiento y*

es difícil argumentar en contra de su importancia y repercusión. El análisis en contrario, pero dispuesto de manera ordenada, sería, trascendente no habría borrado por entero la significación de esos indicados medios de persuasión, pero sí dificultado la procedencia del ataque en casación. Mas dándose como hecho irrefutable la omisión que denuncia el impugnador y la obvia importancia que tiene lo omitido en la valoración adecuada de lo sucedido y de sus protagonistas, y ante la carencia de razonables argumentos en contrario, porque esta es otra verdad de apuño, pues la sentencia se muestra en este punto criticable por lo deficiente, no hay más alternativa que admitir el planteamiento del casacionista.

Verificadas las omisiones que originan el falso juicio de existencia, la Sala se ve autorizada para profundizar un poco más en el asunto y explanar unas explicaciones que bien pudo consignar el recurrente pero cuya privación no restan mérito a sus alegaciones y sólo complementan su punto de vista, tratamiento que debe ofrecer la Sala porque ya colocado en el terreno del Juez de casación, puede y debe ahondar en glosas propias sobre defectos de la sentencia. Lo esencial y a cargo del recurrente, se satisfizo y por eso la admisión de sus objeciones.

Que la demanda pudo ofrecer una más completa composición, es apreciación no repudiable del todo; pero, a expensas de su extrema bondad, o de reiterar precisiones evidentes y fácilmente deducibles de sus enunciados, no es dable desechar lo básicamente cumplido, muy acorde con lo que la ley manda para esta clase de pretensiones. Por eso la Sala encuentra, en sus requisitos de esencia, idónea la demanda presentada y le da, además, el crédito de su prosperidad.

El Tribunal, en orden a negar la procedencia de un estado emocional como propio a una atenuación de pena, dijo: "...*Prohijando dicha tesis de la señorita Fiscal colaboradora, considera la Sala* que en el instante mismo de los hechos, y antes, no desencadenó la víctima ninguna provocación grave e injusta, su propósito era inequívoco y sano, iba por su vástago como lo aseveran los testigos Jairo Escobar y Rafael Estrada, cuando oían las voces del ofendido reclamándolo, desesperado quería llevárselo porque estaba enfermo. Es aquí donde racionalmente se debe escrutar ese proceso comportamental de la víctima, para sopesar si provocó o irritó el estado de ánimo de la procesada, pero vemos que la misma señora Fanny Sampayo descarta tajantemente una provocación por parte de la víctima, que su conducta no comportó una alteración de ánimo o conmoción siquica para acometer a su yerno, a quien quería entrañablemente según sus propias palabras y admiraba como marido; por algo aconsejaba a su hija que no 'siguiera dándole motivos a Juan para que él no se enojara más' (cfr. fl. 418); por eso, descartando toda provocación por parte del ofendido, porque albergaba un mejoramiento de las relaciones conyugales, según la propia acusada, no se detiene en rememorar actuaciones o conflictos pretéritos, que ya habían sido superados porque eran 'simples problemas familiares' como lo reconocen los suegros de la víctima al desistir de una querella instaurada en su contra; pero a pesar de ser condonado todo esto, ese amor fraternal continuaba siendo lastimado por las relaciones extramatrimoniales de su yerno con otra dama, como retaliación a lo que él creía era una infidelidad

por parte de su esposa (según referencia que hace el doctor Francisco Javier Restrepo). Este comportamiento del doctor Correa Arias, a pesar de lo insondable que es el aspecto subjetivo para desentrañar la motivación de una conducta, es lo que constituye el móvil para haber acometido la procesada a su yerno, este antecedente así concebido, a no dudarlo *sirvió para que entre hija y madre hicieran ir a la víctima para acometerla injustamente, como realmente sucedió*. Este aserto tiene mucho de cierto para la Sala, porque el doctor Correa tuvo que suspender el turno en la clínica donde ejercía como ortopedista, para atender un llamado de su esposa de que su hijo menor lo requería en casa de los suegros; un comportamiento así concebido, descarta el reconocimiento de la aminorante del artículo 60 del Código Penal, a voces de esta concepción doctrinaria del profesor Antonio José Cancino, cuando puntualiza: 'Si el Juez encuentra que, apesar de haber existido el comportamiento de tercero grave e injusto, quien reacciona lo hace con refinada frialdad, atrayendo a la víctima con halagos y demostraciones que la induzcan a entregarse confiadamente en sus manos, o con artificiosas materialidades que constituyan trampas o celadas, como diría el doctor Lozano y Lozano, no podrá reconocer la existencia de la figura, pues no es el sentimiento de una relativa justa ira el que obra, sino que la *perfidia, el deseo de venganza, la perversidad alimentada* son factores determinantes de la reacción' " (El Delito Emocional, pág. 53) - Subraya la Corte—.

"Pero aquí ni siquiera que con diamantina claridad hubo un comportamiento grave e injusto de la víctima, y si se antoja que en la acusada hubo un proceder que se adecúa a los siguientes apartes doctrinarios transcritos por la Sala, no puede concluirse entonces que la reacción de la señora Fanny Sampayo fue el producto o resultado de un comportamiento grave e injusto del doctor Juan Fernando Correa Arias, quien para la Colegiatura fue injustamente acometido. Por estas razones no procede en favor de la acusada la diminuente consagrada en el artículo 60 del Código Penal..." —Transcripción textual—.

El tema, que exigía otro manejo y enfoque ante las sesudas reflexiones de la defensa en el debate de audiencia pública —fls. 524 y ss.— y la sólida argumentación del fallador de primera instancia —fls. 620 y ss.— fue soslayado, se remitió a una incompleta y torpe apreciación del colaborador fiscal, y, como si esto fuera poco, a glosas superficiales, que así estuvieran más del lado de la omisión de los elementos de convicción consultables, desfiguraron su realidad y se mostraron contradictorios. Sobre esto último, la Corte destacará una obligada réplica.

Si el expediente no abundara en variada y atendible información sobre el comportamiento matrimonial del occiso, con graves repercusiones hacia el núcleo familiar de su esposa, en especial hacia su progenitora, estaría bien que la sentencia se inclinara por conceptos ligeros y desacertados. En efecto, no asomándose como explicación de los sucesos un estado de ira o de pasión excusable, no había porqué abundar en razonamientos para desechar una circunstancia que no ensayaba siquiera una tímida incidencia en lo acontecido. Pero cuando la investigación recoge abundante y grave prueba sobre la diminuente que consagra el artículo 60 del Código Penal, el juzgador debe esmerarse en la confrontación de ese sustancial aspecto, para reconocerlo

o extrañarlo, so pena de que, en casación, esa singular actitud omisiva aparezca como susceptible de ser censurada con éxito, para obtener su enmienda.

La tendencia del Código de Procedimiento Penal es la de procurar, en toda investigación, el total esclarecimiento de los hechos, con sus particularidades. Por eso categoriza el celo que debe acompañar al instructor, por igual, para establecer lo favorable o desfavorable al procesado, y, además, para no cejar en este empeño, así medie una confesión, pues en este caso el esfuerzo tiende a confirmarla o a desvirtuarla, a evitar que con ella se trate de encubrir la acción de otra persona, o que se procure dar un perfil diferente a lo ocurrido, o por ignorancia, falsa apreciación o temor a asumir consecuencias dañosas se procura una posición equivocada frente al real suceso o los hallazgos realizados, o, en fin, sea el producto de un factor patológico o de un error (arts. 293, 358, 360, etc. C. de P. P.). Y si esto se dice en cuanto a la labor de instrucción, no es menos pertinente la exigencia en la fase del juzgamiento. En este ámbito, el Juez tiene que enfrentar, con igual esmero y delicadeza, todo aquello que exhiba atendible respaldo probatorio.

Pues bien, por el hecho de haber escogido la procesada un medio de defensa artificial, imperfecto o torpe, y haber concentrado sobre él todo el posible beneficio de sus pretensiones y esperanzas, no por ello los funcionarios que actuaron como investigadores o asumieron el papel de falladores de instancia, estaban exonerados de abordar con seriedad y acierto toda la problemática que insinuaba el caso. Con destacado esfuerzo crítico se enfrentó el punto de la legítima defensa y tal vez por la bondad de los análisis, al menos desde la óptica escogida por el Juez Superior y el Tribunal de Distrito, la defensa ha rehuido en sede de casación, toda censura al respecto. Ha aceptado el fallo en cuanto a este fundamental aspecto. Pero no cabe decir otro tanto, como ya se advirtió, en cuanto a la disminuente, pues la parquedad razonadora fue tan aguda y sensible (destacar la infortunada aseveración del Ministerio Público de haber "dicho con absoluta claridad la señora Sampayo, que no la abrigó sino el temor, más no la ira" y agregar una contradictoria y supuesta posibilidad de haberse preparado la agresión) que debe concluirse más bien, en la comisión de un error manifiesto en la apreciación de la prueba obrante al respecto, en ignorancia (falso juicio de existencia) de lo que válidamente pudo y debió estimar sobre el particular. Lo más estrujante, como realidad, era el estado emocional en que la procesada se debatía ante el cambio de vida de su hija Susana y su yerno Juan Fernando, que entrecruzaba sentimientos de alegría y pesar, de éxito y fracaso, de amor y repugnancia, de miedo y de inopinada valentía, etc. Esta realidad, se repite, dejó de escrutarse en debida forma y de ahí que la impugnación no se muestre ni fingida, ni supuesta, ni incompleta, ni excedida, ni irracional, ni aventurada, sino, por el contrario, muy puesta en su sitio y arraigada en las patentes demostraciones de autos. Además, *es de una entidad tal y tan fácilmente apreciables sus supuestos de hecho como originantes de un transitorio colapso espiritual, que basta con su enunciación clara para admitir lo que con ello se pretende y cuál ha sido el yerro. Estas son situaciones que no requieren,*

como trata de enseñarlo la Delegada, reiteraciones conceptuales, juegos dialécticos de causalidad, etc., pues todo conduciría a demostrar lo palmar y evidente. Se llega a saber, con lo dicho en la demanda, en qué consistió el desacierto del Tribunal y cuál la razón del mismo.

A la Sala le queda bien fácil despejar el asunto, ya por la ponderada solicitud del recurrente y la destacada prueba que obra en autos, ya por el juicioso estudio de la primera instancia y la inconsistente presentación del tema en el fallo recurrido, y de ahí que con breves consideraciones, ajenas a complicados o virtuosos razonamientos, podrá despachar la cuestión. Así se confirma la tesis de que, en casación, los reproches que suelen prosperar son aquellos que con sencillos enunciados, diáfanas demostraciones y una preceptiva simple, muestran el cuadro completo del tema y auspician una evaluación directa y acertada. Nadie desligado de prejuicios e intereses de parte, puede negar que la familia Uribe-Sampayo se mostró acogedora, colaborante, amorosa con Juan Fernando Correa y que siempre tuvieron buenos ojos y limpia intención para con el matrimonio de éste con Susana. Le respaldaron en la culminación de sus estudios, a uno y otro, y contribuyeron espiritual y materialmente a que unión tan temprana de estos dos jóvenes estudiantes, se mantuviera estable, exitosa y conservara unidad. Así fue durante unos ocho años. Pero, con el tiempo, el ascenso profesional del doctor Correa, y sus desvíos, aparecieron los devaneos amorosos y todo cambió. La paz se trocó en desasosiego, y llegaron los mutuos reproches e intransigencias, las evasiones del hogar, el amor paralelo, y desapareció la armonía tanto entre los esposos Correa-Uribe, como de aquél para con sus suegros, particularmente con Fanny Sampayo, tal vez por ser poco dúctil, por resignarse menos, por resistir a esta mudanza de vida y de afectos, por su querencia a sus nietos, o por apecharse más directamente el conflicto y demostrar su contrariedad por el trato que aquél daba a su esposa. De todo este viacrusis, y es en estas atestaciones donde brota con fuerza innegable la verdadera motivación de acto tan sobrecogedor, dan cuenta las detalladas y adoloridas narraciones de Mario Uribe Henao ("...hace aproximadamente año o año y medio que se han venido presentando los problemas, estos han sido muy frecuentes y ha llegado a un estado de hostigamiento y acosamiento y acorralamiento a la hija con naturalmente reflejo a nosotros los padres, por que ella nos los manifiesta y ha venido varias veces a refugiarse en mi casa. ...él vivió en mi casa... aproximadamente ocho años. Los dos muchachitos nacieron en mi casa ... él la maltrató a ella físicamente y ella la sacó en pijama a altas horas de la noche. ...ha sido causa de muchos maltratos que yo no los he visto pero que me los ha contado ella, físicos y mentales, tal vez los mentales son los peores, tales como *yo te voy a matar*... Físicamente nos ha hecho amenazas como consta en las denuncias de violación de domicilio y mentalmente nos ha enviado o mandado decir que nos tenemos que morir y que él tiene quien nos mate y una vez envió dos sicarios o como se llame el que mata a sueldo..." —fl. 8 vto.—), Susana Uribe de Correa —fls. 38 a 44 y 388 a 394—, la versión de Letty Sampayo A. —fls. 115 a 116 vto.—, las versiones de los odontólogos Jorge Argemiro Jurado —fls. 398 a 400— e Ilse María Oviedo Zapata —fls. 524 y vto.—. Y, en parte, también puede colacionarse el interesado testimonio de Claudia Torres

(mujer separada de cuerpos y bienes, como ella lo indica) y quien fuera el definitivo origen, en forma inmediata, por sus amores con Correa Arias, de esas graves desavenencias matrimoniales, pues no niega que "los fines de semana nos quedábamos juntos" —fls. 117 y 188—, lo cual confirma el ya citado Jurado ("...ella —Susana— estuvo capotiando sus problemas, ella lo que hizo fue bregar a luchar por su matrimonio..."). Igualmente cabe citar al Mayor Policarpo Alvarez —fl. 377— a quien le correspondió oír las sinceras quejas de la procesada y de su hija, y, por último, los documentos relacionados con la violación de domicilio, según queja de la desesperada Sampayo Alvarez —fls. 4, 83 a 85— y la orden de protección para evitar la repetición de malos tratos a Susana de Correa —fl. 15—.

Con antecedentes tales, cualquier funcionario se hubiera puesto en guardia para no perder de vista, en la evaluación del comportamiento de la sentenciada, esta situación como raíz verdadera y potenciada de las finales acciones de violencia. Y más hubiera sido el estado de alertamiento al advertir estas prolijas y desgarradoras informaciones, dejadas de lado, en forma casi absoluta, por la procesada. Al respecto basta ver su relato de folios 11 a 14 y el más escueto de folios 473 a 474. Si algo surge de este contraste es que la procesada, parte por haber adoptado un equivocado plan de defensa, parte por la precariedad del interrogatorio que extrañó la exploración necesaria de esta génesis, no evidenció todas sus razones y dejó huérfanas las más procedentes y válidas. Por ello no acierta el funcionario que para saber la causa impulsora de todo este obrar y toda su proyección, se limita a estudiar la posición asumida por la procesada, al momento del desenlace final, estudio que puede resultar apto para rechazar la justificante, pero abiertamente inidóneo para repudiar la cuestionada diminuente. No está por demás, para ver algunas trazas del estado anímico de Fanny Sampayo Alvarez, aludir a este aparte de su indagatoria: "...para mi eso fue como que pasó un relámpago, uno no sabe como pasan las cosas, ya cuando lo ví con ese cuchillo le disparé, no se cuántos ni como, no sé, eso para mi es una cosa contar otra cosa es estar en eso, uno no sabe ni lo que hace, tal vez por lo que yo también tenía miedo por lo que estaba amenazada por él durante un año amenazada de muerte. Eso pasó como un relámpago no sé..."

Con acierto el Juzgado Superior, en su sentencia de primera instancia, reconoció el estado de grave e injusta provocación y analizó con cuidado las circunstancias propias a él —fls. 620 y ss.—, razones que el Tribunal no pudo refutar, pues en el tratamiento del punto, no se sabe que criticar más, si la torpeza de reducir las características de este fenómeno sicológico al momento en que se produjo la muerte de Correa, para deducir que no se dio la provocación dejando de lado todo un recorrido de casi un año y medio de afrentas, hostilidades, vejámenes, malos tratos, desaires, atropellos, comportamientos matrimoniales indebidos, etc., o el mayúsculo desaguisado de pretender como realidad de lo acontecido y suficiente razón para desechar la cuestionada diminuente, el haber preordenado la agresión.

Doble e inadmisible absurdo, porque: a) El estado pasional se va conformando lenta, inexorable y acumulativamente en razón de las continuas y persistentes ofensas. Alguien podrá pensar que no se

crea un estado de descontrol anímico cuando a largos años de favores se responde al final con injustas persecuciones y con sinsabores de toda índole, o que el abandono y maltrato físico de la hija es cuestión que debe recibirse con alegría, beneplácito y tranquilidad de ánimo, o será sensato olvidar la evidencia de la relajación matrimonial, en Correa, por una inconfirmada, aislada e inconcreta incorrección sexual de la esposa vilipendiada; y, b) Será atendible, como juicio certero y racional, que en Medellín un par de mujeres, una de ellas profesional respetable y otra, de 46 años de edad, urdan la eliminación de su esposo y yerno, que no se mostraba tan manejable, ni tan sumiso, ni de reacciones siquiera normales —ver testimonios de Luis Hernando Velásquez— —fl. 132— Jorge A. Jurado, quienes incluso dan a conocer el uso de droga en el occiso, y surja un enfrentamiento con las características del hecho comentado, y se aluda, abusivamente, a ardid o trama para eliminarlo? Y será factible esto, cuando la esposa que quería dejar su hijo menor, enfermo, al cuidado de su madre, máxime cuando al día siguiente, por sus obligaciones profesionales no podía atenderlo, y ésta se desvelaba en prodigarle atención, sea violentada para recogerle a avanzada hora de la noche, faena que se realiza en los peores términos? Si algo revela esto es que esta última jornada del occiso, correspondió a lo que era su constante en la vida matrimonial y en sus relaciones con sus suegros y que fue tanto el desespero creado, el atosigamiento moral, la insufrible situación, que Fanny Sampayo, se decidió a enfrentar a su yerno y ultimarlo a tiros de revólver, en medio de una obvia agitación anímica.

La negación de este natural estado de turbación, resulta, por estos antecedentes, inadmisible; y, más todavía cuando se observa que, el argumento capital del Tribunal, está contradicho y recogido en la providencia misma objeto de censura, lo cual evidencia, por sí, la horfandad probatoria y discursiva de esta criticada posición. En efecto, el llamamiento a juicio se formuló, en cuanto al homicidio, bajo la calificación de los artículos 323 y 324-1 y 7º del Código Penal. Pero, ya en la sentencia de primer grado, como agravación específica, sólo se conservó lo referente al parentesco, desechándose lo de colocar a la víctima en situación de indefensión o inferioridad. Pues bien, el Tribunal, al confirmar esta decisión, en este punto, no podía sostener que "...entre hija y madre hicieron ir a la víctima para acometerlo injustamente, como realmente sucedió..." Y más se confirma esta apreciación, cuando el Tribunal, al dosificar la pena por esta conducta, impuso el mínimo "...porque no hay razones para agravarla, consultados los criterios dosimétricos del artículo 61 *ejusdem*", cuando el artículo 66 de la misma obra y con el mismo fin, de ser cierto o aceptable tan aventurada opinión, prevé "haber obrado por motivos innobles o fútiles —1—". El tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del hecho cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado... o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente —3—. La preparación ponderada del hecho punible —4—. Abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido —5—. Ejecutar el hecho con insidias o artificios —6—. Obrar con la complicidad de otro —7—, etc.

Total, el Tribunal ideó un argumento para negar la diminuente, el mismo que debía llevarle a intensificar la pena; de donde, rechazar el aumento de ésta y dejarla en su mínimo, equivalía a repudiar lo que había tenido en cuenta para dejar de aplicar el citado artículo 60 del Código Penal, beneficio que venía concedido en el fallo de la primera instancia. Cuál, entonces, la seriedad, entidad y realidad de este argumento y cuál el fundamento para mantener la decisión en este punto?

El cargo prospera.

Compete, entonces, determinar el fallo de sustitución y a ello pasa la Sala.

Este poderoso fenómeno sicológico, tan ajeno a la venganza pura, al ánimo de lucro, al implantamiento de un poder desmedido, a la obtención de ventajas vilandas o, en fin, a simples caprichos, excesos de carácter o fatuas rivalidades, no restringe su incidencia a una especie o modalidad delictiva, comúnmente a los llamados delitos de sangre, pues debe cubrir todo el comportamiento sobre el cual irradia su influjo. Es inimaginable, en el cuestionamiento jurídico, que la severa alteración espiritual de la emoción o de la pasión, se advierta para el resultado pero no para los medios de acción que puedan estimarse como delitos autónomos; y, menos, que la capacidad razonadora se vea afectada, y así lo reconozca la ley, en la infracción de mayor entidad, pero se conserve para la conducta instrumental que la hizo posible o que fue necesario emplear en un determinado momento. El sujeto activo, agitado por esa bizarra fuerza síquica, no puede ejercitar un tranquilo conocimiento ni asumir un adecuado control, sobre las características del arma utilizada para determinar, v. gr., si era ajena o propia, si se daba sobre la misma un amparo legal o carecía del mismo, si era el elemento de acción apropiado o resultaba escalofriantemente exagerado.

La escasa significación de la pena determinada para el porte ilegal de armas, se explica, entonces, por la forma de punición prevista para los concursos delictuales y, principalmente, por la incidencia que sobre la misma tiene la diminuente reconocida.

El Tribunal señaló como pena privativa de la libertad, dieciséis años de prisión, en cuanto al homicidio, más cuatro meses en razón del porte ilegal de armas. Respecto de perjuicios materiales, para la esposa e hijos, los elevó a un mil quinientos (1.500) gramos de oro, y, quinientos (500) gramos de oro, para cada uno de los progenitores del occiso.

En razón de la diminuente, que cobija los dos hechos delictuosos, el homicidio quedará reprimido con *cinco años, cuatro meses* de prisión (la pena no será "ni menor de la tercera parte del mínimo..." —art. 60 del C. P.—) aumentada en *un mes*, por lo atinente al porte ilegal de armas. En total, la sentenciada purgará *cinco años, cinco meses de prisión*.

En cuanto a los perjuicios materiales resulta una inconsecuencia, advertida las modalidades de los hechos, ya suficientemente detalladas, hacer cualquier condenación de resarcimiento en beneficio de Susana

Uribe de Correa. Y, en cuanto a los hijos, por obra del estado pasional deducido, la condena se determina en doscientos (200) gramos de oro, para los dos. Similares razones, aunadas a la índole de las relaciones mantenidas entre Juan Fernando Correa y sus padres, inciden para detraer el monto fijado en la segunda instancia, y de ahí que la cuantía de los perjuicios morales que deben cubrirse a los padres del occiso, por la sentenciada, será de cincuenta (50) gramos de oro, para cada uno.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar parcialmente el fallo acusado, ya mencionado en su origen, fecha y naturaleza, y por tanto, condenar a Fanny Sampayo Alvarez, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas a *cinco años, cinco meses de prisión.* En cuanto a perjuicios, se fijan así: Como materiales y en favor de los dos hijos de Juan Fernando Correa, cien (100) gramos de oro, para cada uno; para los padres del occiso, para cada uno, cincuenta (50) gramos de oro.

No hay lugar, y de ahí que se revoca lo determinado a este respecto, a condenar en perjuicios en favor de Susana Uribe de Correa.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO. Intereses

La aplicación del artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el 4º ibídem, solamente procede cuando en los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital, no se hubiere especificado por convenio el interés

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 65 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Surtido el trámite de instancia, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados *Orlando Ramírez Bahamón* y *Eduardo Alfonso Trujillo Niño*, Exjuez y Secretario respectivamente, del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, contra la providencia de primero de abril postrero, mediante la cual el Tribunal Superior de ese Distrito les dictó resolución de acusación por el delito de prevaricato por acción y ordenó su detención preventiva como medida de aseguramiento negándoles el beneficio de libertad provisional.

Antecedentes:

Luis Milán Trujillo Trujillo recibió en mutuo con intereses de Hernando Falla Duque la suma de cien millones de pesos ($ 100.000.000) para garantizarla constituyó mediante escritura pública número 796 de 26 de abril de 1982 otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Neiva, hipoteca de primer grado sobre el inmueble de su propiedad denominado "Hacienda la Argentina", ubicado en el Corregimiento "El Salado" del Municipio de Ibagué y suscribió a favor del mutuante ocho (8) pagarés por dicho valor con vencimiento el 12 de mayo de 1984.

Convinieron las partes contratantes en señalar intereses corrientes y moratorios a la tasa común del 36% anual previendo que en el evento de que una disposición legal posterior los incrementara, el deudor quedaría obligado a cancelar la diferencia que resultara a su cargo.

Como Trujillo Trujillo no cumplió con sus obligaciones, Falla Duque le instauró ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva

un proceso ejecutivo con título hipotecario y admitida por el Juzgado la demanda se ordenó el embargo y secuestro del bien hipotecado.

Contestado el libelo y propuestas por la parte demandada varias excepciones de mérito en orden a enervar la pretensión del actor, el Juzgado del conocimiento sorpresivamente profirió fallo inhibitorio aduciendo falta de capacidad procesal en el demandante y dispuso la cancelación de las medidas cautelares dictadas y la entrega del inmueble embargado al demandado.

Apelada esta determinación, la Sala Civil del Tribunal Superior de Neiva en sentencia de 25 de agosto de 1989 la revocó tomando las siguientes determinaciones: Declaró no probadas las excepciones propuestas, decretó la venta en pública subasta del bien hipotecado ordenando su avalúo y dispuso que por la Secretaría del Juzgado se liquidara el crédito condenando en costas en ambas instancias a la parte demandada.

Consecuente con dicho pronunciamiento expresó el *ad quem* en la parte motiva que la ejecución debía seguir adelante "a objeto de que el demandante obtenga la satisfacción de su crédito junto con los intereses pactados a la tasa del 36% anual, desde la fecha en que los títulos valores se hicieron exigibles, y las costas del proceso" (fl. 139 del cuaderno número 15).

Por auto de "cúmplase" dictado el 17 de enero de 1990 el Juez Tercero Civil del Circuito doctor Orlando Ramírez Bahamón accedió a la capitalización anual de intereses a partir del primer año contado desde la fecha de presentación de la demanda del acreedor (agosto 28 de 1984) y no en forma trimestral como había solicitado el apoderado de la parte demandante, decisión adoptada conforme a lo previsto en el Decreto 1454 de 1989 reglamentario del 886 del Código de Comercio.

En dicho proveído dijo el Juez respecto a los intereses moratorios lo siguiente:

> "...para el caso que nos ocupa, la tasa de interés vigente a la fecha de la liquidación es la dispuesta en la Resolución 1360 de 1989 (expedida por la Superintendencia Bancaria) que corresponde al 40.45% efectivo anual, es decir, que según la norma del Código Penal (se refiere al art. 235 que trata del delito de usura) en armonía con el artículo 884 del Código de Comercio los intereses moratorios no pueden ser superiores a la tasa antes mencionada más la mitad de la misma. Lo cual nos lleva a concluir que el interés moratorio máximo para esta causa corresponde a la rata del 60.69% anual" (fls. 152 del cuaderno número 1 y 31 del cuaderno número 32).

Ordenó igualmente que por la Secretaría del Juzgado se liquidara el crédito de acuerdo a dichos parámetros señalando como agencias en derecho la cantidad de cincuenta millones de pesos ($ 50.000.000.00).

El 18 de enero de 1990 el Secretario Eduardo Alfonso Trujillo Niño presentó a consideración del Juez y las partes la liquidación de costas que a continuación se transcribe para mejor entendimiento de los hechos investigados:

"Capital inicial	$ 100.000.000.00	
Intereses liquidados al 60.69% anual desde el 12 de mayo de 1984 al 6 de septiembre de 1985	$ 79.908.500.00	
Nuevo capital		$ 179.908.500.00
Intereses liquidados al 60.69% anual sobre el nuevo capital de septiembre 7 de 1985 a septiembre 6 de 1986	$ 109.186.468.65	
Nuevo capital		$ 289.094.968.65
Intereses liquidados al 60.69% anual sobre el nuevo capital de septiembre 7 de 1986 a septiembre 6 de 1987	$ 175.451.736.47	
Nuevo capital		$ 464.546.705.12
Intereses liquidados al 60.69% anual sobre el nuevo capital de septiembre 7 de 1987 a septiembre 6 de 1988	$ 281.933.395.33	
Nuevo capital		$ 746.480.100.45
Intereses liquidados al 60.69% anual sobre el nuevo capital de septiembre 7 de 1988 a septiembre 6 de 1989	$ 453.038.772.96	
Nuevo capital		$ 1.199.518.873.41
Intereses liquidados al 60.69% anual sobre el nuevo capital de septiembre 7 de 1989 a enero 19 de 1990	$ 268.951.123.81	
Nuevo capital		$ 1.468.469.997.22
Resumen de capitalización		
Capital a enero 19 de 1990	$ 1.468.469.997.22	
Impuestos de timbre de los pagarés	$ 692.527.00	
Recibos de la Oficina de Registro	$ 700.00	
Publicaciones del edicto emplazatorio	$ 4.500.00	
Honorarios del secuestre	$ 3.000.00	
Honorarios de los peritos	$ 200.000.00	
Agencias en Derecho	$ 50.000.000.00	
TOTAL	$ 1.519.370.724.22	..."

El apoderado del demandado objetó la liquidación de costas lo mismo que la fijación de agencias en derecho; objeción rechazada de

plano por el Juzgado mediante auto motivado de 7 de febrero de 1990 en consideración a que "no es posible objetar la liquidación de los intereses dentro de la liquidación de costas puesto que los intereses no son costas" y por no compartir las razones alegadas por el objetante en cuanto a la reducción de las agencias en derecho, aprobando sin modificaciones la liquidación presentada por el Secretario del Juzgado (fl. 195 del cuaderno número 1).

Contra dicho pronunciamiento interpuso la parte agraviada los recursos de reposición y subsidiario de apelación los que fueron denegados por el Juzgado en auto de 19 de febrero siguiente, el último de los cuales "por no gozar de alzada ante el superior" (fl. 208 *ibidem*).

Por los anteriores hechos el señor Luis Milán Trujillo Trujillo formuló denuncia penal contra el Juez doctor Orlando Ramírez Bahamón acusándolo de haber proferido decisiones manifiestamente contrarias a la ley puesto que desconociendo abiertamente la voluntad de las partes contratantes en cuanto a la fijación de intereses a la tasa del 36% anual y desoyendo las recomendaciones de la Sala Civil del Tribunal Superior "por sí y ante sí" ordenó mediante auto de simple cúmplase capitalizar los intereses debidos liquidándolos a la tasa usuraria del 60.69% anual.

La fijación de agencias en derecho en la suma de cincuenta millones de pesos, equivalente a la mitad del valor de la obligación, resulta exagerada dando lugar a que por arte de magia el crédito de cien millones de pesos se convirtiera en la escandalosa cifra de $ 1.519.370.724.22.

Agrega que su denunciado le rechazó los memoriales presentados con el argumento de ser improcedentes y desobedeció la sentencia de la Sala Civil del Tribunal "impidiendo la interposición de los recursos legales, todo por favorecer al demandante".

Abierta investigación penal con fundamento en la anterior denuncia, en desarrollo de la cual se vincularon mediante indagatoria al exjuez Orlando Ramírez Bahamón y el secretario Eduardo Alfonso Trujillo Niño y se allegaron las copias del voluminoso proceso civil, el Tribunal Superior de Neiva —Sala Penal— calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de los mencionados sindicados por el delito de prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal, y ordenó su detención preventiva como medida de aseguramiento a partir de la ejecutoria de la providencia enjuiciatoria, la que fue recurrida en apelación por los defensores de ambos procesados.

La providencia impugnada:

Afirma el Tribunal Superior que el Juez Civil del Circuito doctor Orlando Ramírez Bahamón desconociendo categóricamente la voluntad soberana de las partes contratantes respecto a la fijación de intereses anticipados durante el plazo a la tasa del 36% anual e igual monto

durante la mora, constitutiva de ley para aquellas y de imperativo acatamiento para el juzgador; pasando por alto las recomendaciones de la Sala Civil de la Corporación que en este punto ratificó el derecho del demandante a obtener el pago del crédito perseguido y los intereses moratorios a la tasa estipulada y no teniendo en cuenta que el propio demandante en su libelo reclamó el pago del crédito y los "intereses moratorios pactados" que en honor a la verdad fueron por él señalados en un 3% mensual; terminó acogiéndose a los artículos 884 y 886 del Código de Comercio y el Decreto reglamentario 1454 de 1989 para ordenar y aprobar la liquidación del crédito con intereses de mora a la rata del 60.69% anual, capitalizando intereses por anualidades vencidas a partir de la fecha de presentación de la demanda del acreedor, llegando por ese camino a la escandalosa suma de $ 1.159.370.724.22 incluidos los cincuenta millones de pesos fijados como agencias en derecho.

Refiriéndose a las razones consignadas en la providencia que ordenó la liquidación de la obligación y a las explicaciones vertidas por los procesados argumenta que habiéndose pactado expresamente en los pagarés el monto de los intereses moratorios no podía acudirse, para su regulación, al artículo 884, precepto que solamente tiene aplicación en el evento de haberse guardado silencio sobre el particular y por el mismo motivo tampoco podía apoyarse el acusado en las resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria para acreditar el interés bancario corriente.

Reitera que no procedía el incremento de los intereses moratorios conforme a las certificaciones de la Superintendencia Bancaria porque las mismas no tienen el carácter de "disposición legal" a la cual se había sujetado el deudor en previsión de un futuro aumento mostrando su desacuerdo por la capitalización de intereses en la forma establecida en el artículo 886 del Código de Comercio y su Decreto reglamentario 1454 de 1989.

Aludiendo a la fijación de agencias en derecho expresa que los cincuenta millones de pesos equivalentes a la mitad de la obligación, resulta suma exagerada porque si la tarifa señalada en la Resolución II de 1988 correspondiente al Colegio de Abogados del Huila para juicios de esta índole en cuantía mayor de nueve millones de pesos es del 7%; hechos los cómputos de rigor, no excedería de 22 millones de pesos.

Las anteriores consideraciones revelan en opinión del *a quo* "la inequívoca oposición entre lo que se debió aplicar y la resolución que dispuso liquidar el crédito, ordenada y aprobada por el Juez Ramírez Bahamón en ejercicio de sus funciones y elaborada por el Secretario en desempeño de las suyas, con pleno conocimiento de que lo que se declaraba no era lo que se debía, como que ambos conocían a cabalidad según sus propias aseveraciones (y no podía ser menos si obraba en autos) la sentencia del Tribunal Superior que señaló la tasa de intereses en el 36% anual, decisión que desconocieron arbitrariamente y las normas del artículo 884 del Código de Comercio, aplicado en sentido contrario a lo por ella expresado, conculcando de modo manifiesto, sin razón ni justicia los derechos de la parte obligada".

Las alegaciones de las partes:

Los defensores de los procesados solicitan la revocación de la providencia impugnada para que en su lugar se profiera cesación de procedimiento en favor de sus representados por atipicidad de la conducta endilgada o por inexistencia del hecho punible.

Coinciden en manifestar que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior interpretó equivocadamente la voluntad de las partes contratantes que adoptaron un sistema mixto en la fijación de intereses: Pactar un porcentaje mínimo y remitirse a norma suplementaria o complementaria en el evento de que fueran incrementados en el futuro.

"Los suscriptores de los documentos —afirma uno de ellos—, fijaron numéricamente la tasa en el 36% anual para intereses de plazo y moratorios, pero al mismo tiempo pactaron, de que si esas tasas se incrementaban mientras se cancelaba la obligación se liquidaría conforme a esos porcentajes superiores. Esto nos indica que la apreciación o interpretación de la Sala Penal es incorrecta, pues se ha tomado un solo aspecto de la voluntad de las partes, que es ley entre las mismas y debe ser acogida por la justicia civil, tal como lo hizo el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva al liquidar el crédito tantas veces mencionado".

El Juzgado al liquidar el crédito se ciñó estrictamente a la literalidad de los títulos valores conforme a la cual el deudor se obligó para con el acreedor "a reajustar automáticamente la *tasa numérica inicialmente fijada* y éste lo solicitó antes de la liquidación del crédito" con lo que ejercitó un derecho amparado en la ley.

En otro pasaje del extenso alegato expone el nuevo defensor:

"...la tasa del 36% anual *consistía en el mínimo exigible por el acreedor*, debido a que en el momento de concederse el préstamo ese era el máximo interés que podía cobrarse —tanto corriente como moratorio— de acuerdo a las certificaciones de la Superintendencia Bancaria; pero el interés realmente pactado era el *máximo legalmente autorizado al momento de hacerse efectivo el crédito*, que, para la época de la liquidación (enero de 1990) corresponde al certificado por la Superintendencia Bancaria en la Resolución 1360 de 3 de mayo de 1989, esto es, un interés corriente del 36.15% efectivo anual, lo que implicaría, de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio, que dicho porcentaje era susceptible de duplicarse por haberse incurrido en mora".

En el caso *sub júdice* se han presentado criterios encontrados sobre la interpretación de la voluntad de las partes y sobre la aplicación de los artículos 884 y 886 del Código de Comercio y el Decreto 1454 de 1989; disparidad de pareceres que de ninguna manera configuran el delito de prevaricato por acción de acuerdo a reiterada doctrina de la Corte.

El punto de derecho debatido ofrece tal complejidad que admite diversas interpretaciones, siendo una de ellas la que adoptó el Juzgado Civil, circunstancia que desvirtúa la manifiesta contrariedad con la ley, tenida como requisito esencial del injusto de prevaricato.

Critican la actitud asumida por la Sala Penal del Tribunal Superior por haberse ubicado en el campo del juzgador civil como si tuviera la oportunidad y competencia para decidir sobre el proceso ejecutivo y reiteran que la resolución acusatoria quebró el pacto contractual plasmado en los pagarés conforme al cual el deudor se comprometía a pagar intereses a la nueva tasa fijada por la Superintendencia Bancaria.

Obró el Juez Ramirez Bahamón conforme a derecho en la regulación de los intereses pactados y su negativa a conceder recursos a la objeción presentada por el apoderado del demandado encuentra justificación en el hecho de que el objetante involucró intereses con costas y en que el auto que decide la objeción de costas no admite apelación.

El defensor del procesado Eduardo Alfonso Trujillo Niño abundando en citas jurisprudenciales y doctrinarias sobre las formas de coparticipación en el delito afirma que a su patrocinado no puede responsabilizársela como coautor de prevaricato porque "en actos que dependen, en su esencia, *única y exclusivamente del titular del Despacho*, no puede atribuírsele responsabilidad como coautor de los mismos, ya que, como se enunció anteriormente, no tiene poder de decisión, su firma constituye un acto simplemente formal y, dada su calidad de subalterno, *no puede sustraerse a la obligación de suscribir el acta o diligencia so pretexto de no compartir la opinión del Juez;...*" (Subrayas del texto).

El Secretario del Juzgado no puede ser autor de prevaricato porque no firmó auto o resolución que incidiera en la suerte del proceso y el acto procesal susceptible de valoración para determinar si es manifiestamente contrario a la ley, no es la operación aritmética por él realizada al liquidar el crédito, sino el auto previo que la ordena y el que posteriormente la aprueba o desaprueba.

En el evento de llegarse a considerar la tipicidad del hecho y la relevancia en el mismo por parte de su asistido, debe aceptarse que su comportamiento no puede ser tenido sino como el cumplimiento de una orden legítima, previsto como eximente de antijuridicidad por el ordinal 2º del artículo 29 del Código Penal.

A su turno, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal luego de cuidadoso examen del proceso termina solicitando a la Corte la confirmación de la resolución acusatoria y la medida de aseguramiento de detención preventiva proferidas en contra del Exjuez Orlando Ramírez Bahamón por el delito de prevaricato abogando porque se le conceda el beneficio de la libertad provisional mediante caución. Pide en cambio, la revocación de la providencia enjuiciatoria en cuanto al Secretario Eduardo Alfonso Trujillo Niño para que en su lugar se disponga cesar procedimiento en su favor por haber obrado en estricto cumplimiento de un deber legal (art. 29, ordinal 1º del C. P.).

Respecto a lo primero argumenta que "la liquidación de los intereses al 60.69% anual contraviene lo decidido por el fallador de segunda instancia, que los había restringido al 36% anual. Háyase o no equivocado este juzgador sobre el particular, no era del resorte del Juez de primer grado complementar la sentencia del superior.

"El incremento de los intereses por la disposición legal que rigiera al momento de la liquidación no resultaba procedente, porque así no lo pidió el autor en el capítulo de las pretensiones y por lo mismo la sentencia nada dijo al respecto.

"El reconocimiento del anatocismo o capitalización de intereses sobre intereses tampoco procedía, no sólo porque la demanda no lo incluyó en sus pretensiones, sino en razón de que el sentenciador de segundo grado no lo dispuso. Si lo hubiera hecho, al igual que con el anterior evento, habría violado la prohibición de fallar *extra petita*.

"Por consiguiente, el Juez procesado al realizar la liquidación de costas, la liquidación de los intereses y al fijar las agencias en derecho en tan elevada cuantía, actuó contra derecho, concretamente violentó el artículo 305, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil que prohíbe condenar al demandado 'por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda'.

"La experiencia que tenía el Juez procesado en esta clase de actividades judiciales predica, sin hesitación alguna, que *conocía* como el que más que su proceder repugnaba a los dictados legales. Haber resuelto favorablemente la petición del apoderado del actor, fijando intereses moratorios en 60.69% anual y aceptando su capitalización, por un simple auto de cúmplase que, como se sabe, no era susceptible de recurso de apelación y por lo mismo dejaba a la parte afectada sin posibilidad de defensa jurídica, de un lado, y negando después el recurso de apelación contra el auto que aprobó la liquidación efectuada por el Secretario, de otro, patentizan unívocamente la *voluntad* que tuvo el funcionario incriminado de desfavorecer los intereses económicos del demandado".

Y en cuanto a lo segundo expresa que el Secretario sindicado al realizar la liquidación del crédito en la forma ordenada por el Juez y en cumplimiento a un mandato legal contenido en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil no hizo otra cosa que ceñirse estrictamente a la orden impartida por su superior jerárquico y como experimentado conocedor de estas lides judiciales sabía que las instrucciones dadas por su jefe no sólo contrariaban la ley sino el propio fallo emitido por la Sala Civil del Tribunal Superior.

Afirma luego que el Secretario de un despacho judicial no puede ser sujeto activo de prevaricato por acción por cuanto no emite resolución o dictamen con poder decisorio; actos procesales que únicamente competen al empleado oficial con jurisdicción y mando, es decir, con poder decisorio. Pero en cambio, si puede ser sujeto agente del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.

El comportamiento asumido por Trujillo Niño encaja justamente en la descripción normativa de este último tipo penal por haber efectuado la liquidación del crédito a sabiendas de que los rubros demarcados por el Juez eran claramente injustos. Sin embargo, esa conducta típica emerge justificada a la luz del numeral 1º del artículo 29 del Código Penal por haber cometido el hecho en estricto cumplimiento de un deber legal.

Demanda en consecuencia cesar todo procedimiento por concurrir en su accionar una causal excluyente de antijuridicidad disponiéndose la revocación de la medida de aseguramiento y de la orden de suspensión en el cargo de Secretario del Juzgado.

Finalmente reclama en favor del Exjuez Ramírez Bahamón el otorgamiento de su libertad provisional caucionada con fundamento en razonamientos que la Procuraduría Delegada ha venido planteando ante la Sala en casos similares, los que tienen que ver con su criterio interpretativo de las prohibiciones del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el numeral 1º, artículo 439 *ibidem*, invitándola a un replanteamiento doctrinario sobre este tema.

Consideraciones de la Corte:

A manera de preámbulo la Sala se permite dejar muy en claro que con miras a determinar si las decisiones cuestionadas de ilícitas, objetivamente consideradas, resultan ser manifiestamente contrarias a la ley no es necesario examinar los criterios encontrados respecto a la interpretación o aplicación de determinados preceptos legales al caso concreto para saber cuál de ellos se acomoda a la normatividad jurídica vigente por ser esta labor exclusiva del Juez competente.

Pero tratándose de definir si hubo por parte de los funcionarios acusados una manifiesta violación de normas legales, es imperativo comenzar por hacer una transcripción de las mismas.

El artículo 1602 del Código Civil que consagra el principio dispositivo en esa materia dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

El artículo 4º del Código de Comercio establece como principio rector el de que "las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados prefierirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".

Y el artículo 884 de la misma codificación estatuye:

"Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, *éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.*

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria" (Subrayas fuera de texto).

Un claro entendimiento de estos preceptos pone de manifiesto que en asuntos mercantiles el artículo 884 es norma legal supletiva de la voluntad de las partes; o en otras palabras, que su aplicación solamente procede cuando no ha mediado pacto o convención entre ellas respecto a la fijación de intereses remuneratorios y moratorios.

En el caso de autos es incuestionable que tratándose de una operación mercantil (art. 20 del C. de Co.) en la que mutuante y mutuario en ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresamente

pactaron intereses corrientes y moratorios a la tasa común del 36% anual —así se acuda a forzadas interpretaciones para demostrar lo contrario—, resultaba a todas luces inaplicable el mencionado artículo 884, disposición llamada a suplir la voluntad de las partes en caso de silencio de las mismas sobre el particular.

De manera que si el Exjuez sindicado doctor Orlando Ramírez Bahamón ordenó al Secretario y luego impartió confirmación a la liquidación del crédito con fundamento en la norma citada, no obstante que la Sala Civil del Tribunal Superior al disponer que siguiera adelante la ejecución advirtió que los intereses debían liquidarse a la tasa indicada y el propio demandante aludió expresamente a los intereses pactados, incurrió con tal proceder en el delito de prevaricato por acción toda vez que aplicó al caso concreto norma legal que visiblemente regulaba una situación diferente.

Las decisiones por él tomadas y relacionadas con las directrices impartidas al Secretario para la liquidación del crédito y su posterior aprobación, son manifiestamente contrarias a la ley porque desconocieron el claro sentido de la norma que gobierna la materia litigiosa (art. 884 del C. de Co.), la que no podía distorsionar dada la sencillez de su texto, la condición de Juez del sindicado y su dilatada experiencia en este campo.

No se trata de un precepto legal oscuramente redactado o susceptible de diversas y contradictorias interpretaciones, sino por el contrario, de una sencillez literal que condiciona su aplicación al hecho de no haberse especificado por convenio el interés y precisamente éste aparece pactado en la forma ya conocida.

La defensa, apoyada en la cláusula inserta en los pagarés mediante la cual el deudor se comprometió a pagarle al acreedor un futuro incremento de los intereses acordados en el supuesto de sobrevenir disposición legal al respecto, ha pretendido justificar el comportamiento del Juez afirmando que no hizo otra cosa que interpretar la voluntad de las partes contratantes y aplicar al caso las normas legales pertinentes; proceder no configurativo de conducta prevaricadora; pero olvida que precisamente, por haber mediado convenio expreso sobre el particular y dada la claridad de los términos en que aparece redactado el artículo 884, éste resultaba francamente inaplicable al caso.

Procesado y defensor erróneamente asimilan el concepto de "disposición legal" a la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria que tiene como función especifica la de probar periódicamente el interés bancario corriente —a falta de convenio entre las partes— y de esa asimilación concluyen que era viable la liquidación del crédito a la tasa del 60.69% anual habida cuenta que la Resolución de la Superintendencia vigente a la fecha de la liquidación, esto es, la 1360 de 1989 fijaba el 40.46% efectivo anual, incrementado en la mitad en los términos del artículo 235 del Código Penal. Ninguno de ellos menciona, como es obvio, disposición legal posterior que autorizara cobrar intereses superiores a los pactados.

Desconocida categóricamente, como lo fue, la tasa convencional de intereses por la ostensible transgresión del artículo 884, las normas

legales aplicadas en concordancia con él, es decir, los artículos 235 del Código Penal que describe el delito de usura y señala límites al cobro de intereses por el préstamo de dinero y el ejercicio de otras actividades comerciales; el 886 del Código de Comercio y su Decreto reglamentario 1454 de 1989 que tratan de la capitalización de intereses sobre intereses resultaron igualmente quebrantados en su cabal sentido y entendimiento.

Para la Sala es evidente que de la simple lectura del texto legal aplicado al caso, esto es, el artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el 4º ibídem, *resulta para el más inexperto o desprevenido funcionario que su aplicación solamente procede cuando en los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital no se hubiere especificado por convenio el interés; situación procesal perfectamente conocida por el Juez Ramírez Bahamón, pero por él desatendida. Por ello no son de recibo sus explicaciones como las argumentaciones de la defensa que predican haberse limitado a interpretar dicho dispositivo legal en armonía con las estipulaciones de las partes contratantes, dándole de buena fe la aplicación que le dio.*

Viene al caso recordar las siguientes reflexiones:

"No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, pueden constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley y con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esa clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones de la ley, advertir que hay aspectos tan básicos, tan fundamentales y tan simples que no era admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido" (Sentencia de 7 de junio de 1985. G. J., T. CLXXXI, pág. 265).

Establecido entonces, que el Exjuez Civil del Circuito doctor Orlando Ramírez Bahamón profirió, a conciencia y voluntad, resolución manifiestamente contraria a la ley, actitud con la que violó el artículo 149 del Código Penal debe ser convocado a juicio por el delito de prevaricato por acción y cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva, como lo hizo el Tribunal de instancia en la providencia objeto de impugnación y lo solicita la Procuraduría Delegada; encontrándose satisfechos los requisitos contemplados en los artículos 470 y 421 del Código de Procedimiento Penal para un pronunciamiento de esta naturaleza.

Situación jurídica de Eduardo Alfonso Trujillo Niño:

En cuanto se relaciona con la situación jurídica del Secretario del Juzgado, señor Eduardo Alfonso Trujillo Niño existen tres criterios contrapuestos: El propugnado por su defensor que niega la coautoría

en el hecho punible por tratarse de comportamiento atípico; el expuesto por la Procuraduría Delegada que aceptando la configuración de un delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, reclama una cesación de procedimiento en favor del procesado por concurrir en su accionar la causal excluyente de antijuridicidad consistente en haber obrado en estricto cumplimiento de un deber y; el consignado por el Tribunal Superior en la providencia objeto de impugnación que lo considera coautor de prevaricato por acción en razón de haber participado en la realización del hecho punible.

La Sala se inclina por el último planteamiento basada en las siguientes breves consideraciones:

Característica fundamental en los delitos de prevaricato y abuso de autoridad es la de que el sujeto agente calificado obre dentro de la esfera de su competencia funcional emitiendo actos contrarios a la ley.

El artículo 393 del Código de Procedimiento Civil ordena al Secretario del Juzgado la liquidación de costas, entendidas estas como los gastos necesarios hechos por la parte favorecida en el proceso, previa fijación, por parte del Juez, de las agencias en derecho; la que una vez practicada será dada en traslado a las partes por el término legal dentro del cual podrán objetarla.

Si la liquidación no es objetada o la objeción no prospera, el Juez le impartirá confirmación mediante auto que no admite recurso alguno.

En el presente caso, el doctor Orlando Ramírez Bahamón por auto de simple trámite cuyo único destinatario era el Secretario del Juzgado, le ordenó liquidar el crédito teniendo en cuenta los siguientes factores: Intereses moratorios a la tasa de 60.69% anual; capitalización de intereses por anualidades vencidas contadas a partir de la fecha de presentación de la demanda del acreedor y señalamiento de agencias en derecho en la suma de cincuenta millones de pesos; pautas o directrices que el Secretario Trujillo Niño plasmó en cifras numéricas que luego puso a disposición del Juez y de las partes intervinientes (fls. 31 a 33 del cuaderno número 32).

La liquidación de costas constituye acto complejo en el que intervienen dos voluntades: La del Juez que la ordena fijando agencias en derecho y la del secretario que practica la correspondiente operación aritmética con fundamento en los gastos que registra el proceso.

Pero cuando se trata de liquidar el crédito, como en el presente caso, la operación a realizar es de doble contenido: De una parte, la contabilización de intereses y la capitalización de los mismos si a ello hubiere lugar, y de la otra, la concreción de los gastos judiciales útiles que aparezcan comprobados.

La competencia asignada por la ley al Secretario para la realizacuando ellos ostentan el sello de lo ilegal, arbitrario o injusto.
ción de esta labor lo hace autónomo en sus decisiones debiendo apartarse de los parámetros trazados por su superior jerárquico,

El señor Eduardo Alfonso Trujillo Niño en su condición de Secretario del Juzgado Civil del Circuito no podía acatar ciegamente instrucciones impartidas por el Juez, las que en consideración a su dilatada experiencia y conocimiento sobre el tema, no podían serle indiferentes dada su ostensible oposición al convenio celebrado entre las partes, las orientaciones de la Sala Civil del Tribunal Superior; el claro texto del artículo 884 del Código de Comercio —norma expresamente mencionada en ellas— y a la misma pretensión del actor, por lo que con tal proceder quedó incurso en el punible de prevaricato descrito en el artículo 149 del Código Penal, en su condición de coautor toda vez que obrando dentro del marco de su competencia funcional profirió acto manifiestamente contrario a la ley y a la realidad procesal.

Con sobrada razón dijo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior:

> "La orden del superior no era vinculante como para que obligara al subalterno a cumplirla, cuanto menos cuando por sobre ella primaba el mandato imperioso de segunda instancia. Cuando el subordinado no está en obligación de cumplir la orden, pero sinembargo (sic) lo hace, son responsables tanto el superior que la da como el inferior que la obedece. Y si bien es cierto que el orden jerárquico es necesario para la buena marcha de las instituciones, la obediencia no puede ser en ningún momento ciega y pasiva al punto de acatar sin salvedades toda orden por ilegítima que sea".

Así las cosas, se confirmará igualmente la resolución acusatoria impugnada en cuanto enjuició al Secretario Eduardo Alfonso Trujillo Niño por el delito de prevaricato y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Libertad provisional:

La Sala en providencia de treinta y uno de julio pasado, a instancias del Ministerio Público varió su doctrina al respecto haciendo viable la libertad provisional del sindicado de cualquiera de los delitos enlistados en el numeral 4º, artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales, el de prevaricato por acción solamente cuando su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible permitan al Juez suponer fundadamente que no requiere de tratamiento penitenciario, conclusión a la que llegó luego de una interpretación sistemática de la ley, en aras de una mejor administración de justicia y en coincidencia con el pensamiento del legislador que hizo de la excarcelación la norma general y no la excepción.

Consecuente con dicho giro jurisprudencial, estima la Corporación que en el presente caso, no se puede acceder al otorgamiento de la libertad provisional de los procesados Ramírez Bahamón y Trujillo Niño por cuanto su personalidad, la gravedad del hecho punible y las circunstancias en que se perpetró aconsejan hacer efectiva la medida de detención preventiva.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal; oído el concepto del Procurador Delegado y los alegatos de la defensa,

Resuelve:

Confirmar íntegramente la resolución acusatoria impugnada por los defensores de los procesados Orlando Ramírez Bahamón y Eduardo Alfonso Trujillo Niño.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION

Son tan exigentes los motivos de revisión, porque sólo excepcionalmente la cosa juzgada puede ser cuestionada y removida

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 67.

Decide la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada por el apoderado de *José Santiago González Castiblanco,* contra la sentencia ejecutoriada de 11 de mayo de 1990, mediante la cual el Juzgado Veintisiete Superior de Bogotá lo condenó a 18 años de prisión por el delito de homicidio.

De acuerdo con dicho fallo los hechos se refieren a que el 22 de junio de 1982, González Castiblanco llegó tras de su mujer Olga Barrera de González —quien le huía a causa de repetidas amenazas de muerte—, a la casa de la madre de ésta, Elodia del Carmen viuda de Barrera, ubicada en la diagonal 30B Sur número 7A-91 de Bogotá, quien lo interceptó en el antejardín. En vista de ello, González Castiblanco invitó a su suegra a conversar, pero casi de inmediato le propinó dos puñaladas en el abdomen que le ocasionaron la muerte.

González Castiblanco huyó y fue juzgado en ausencia. Capturado el 7 de junio de 1990, dio poder para interponer el recurso extraordinario de revisión.

La demanda:

Al amparo del numeral 3º del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal adúcese como causal de revisión "el hecho nuevo". El recurrente comienza criticando la valoración de la prueba de cargo hecha en el fallo, para luego señalar que "la mayoría de los testimonios incriminan al implicado, pero ninguno es testigo directo ni indirecto de los hechos" (fl. 30), quejándose en seguida de que "un sinnúmero de personas nombradas en el proceso no fueron escuchadas", y de que los términos no se cumplieron regularmente, ni se motivó con suficiencia el auto de proceder, "ni la sentencia hace el adecuado balance probatorio de los testimonios".

Como "hechos nuevos" adjunta las declaraciones de Ramiro Acosta y Julio Higuera Robles, rendidas en julio 10 *último*, ante el Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal de Bogotá (fls. 20 y ss.). Esos "testigos" afirman que en el mes de junio de 1982 tomaban cerveza con José Santiago, y luego lo acompañaron a donde su mujer, pero ésta no estaba, por lo cual se dirigieron a la casa de su suegra, quedándose ellos en una tienda cercana mientras aquél se entrevistaba con su mujer que había salido de la casa. "Entonces al momentico salió otro señor de la casa —dice Ramiro Acosta— y nosotros nos dimos cuenta y se fueron como a discusión entre Santiago, la señora y el señor ese que había ahí. Entonces nosotros estábamos observando de ahí de la tienda cuando vimos que el señor ese sacó un cuchillo o un arma y se le fue a Santiago, entonces Santiago cogió la señora así y se la botó hacia el señor ese (el testigo hace el ademán de colocar una persona hacia el frente en actitud defensiva) y luego Santiago salió corriendo..." (fl. 20).

La versión de Carlos Julio Higuera Robles es la de que "vimos que Santiago le tiró un puño al señor y el tipo sacó un cuchillo y se lo mandó. Santiago cogió a la señora de los hombros y la metió al frente de él, no vimos si sería una puñalada que le dio pero en todo caso la señora cayó al suelo y Santiago salió corriendo y el tipo siguió corriendo con el cuchillo a la pata de él..." (fl. 23).

Se considera:

Es de por sí obvio, y mucho lo han reiterado la jurisprudencia y la doctrina, que sólo excepcionalmente la cosa juzgada puede ser cuestionada y removida. De allí que resulten tan exigentes los motivos de revisión hoy previstos en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, y que, en esencia, corresponden a errores de hecho, a cuestiones más objetivas o "históricas" que jurídicas. Y es que si así no fuera, los procesos no concluirían en la realidad, pues bastaría (concretamente en cuanto al hecho o prueba nueva, que es la que aquí se encara) echar mano a cualquier prueba (de la que más se abusa, por su propia naturaleza, es del testimonio) y enfrentarla a *la que obra en el proceso ya terminado, con el propósito de reabrir un debate ya concluido, cosa que se exhibe insólita y que, sin más, daría al traste con la seguridad inherente a las decisiones jurisdiccionales.*

La prueba que se debe aportar en estos casos al libelo de impugnación, si bien puede ser sumaria, ha de tornar idónea la causal propuesta, lo que significa que el hecho nuevo revelado por la prueba nueva ha de colocar a la Corte frente a una seria probabilidad (casi una certeza, por decirlo así, ya que la mera "duda" o principio del "in dubio pro reo" *es argüible pero durante el trámite del proceso, antes de su culminación definitiva) de la inocencia del condenado, exigencia que dista mucho de cumplir en este caso el actor mediante los testimonios que arrima a la demanda, y que sólo,* muy de lejos, *pretenden delinear una justa defensa de José Santiago, al "escudarse" con su suegra-víctima; aparte de que la prueba recaudada en el expediente repele semejante intervención de un tercero que, cuchillo en mano, atacara al acusado que huyó inmediatamente ocurrido el homicidio.*

En el mismo orden de ideas, no sobra repetir que ni la "falsa valoración", ni la ausencia de motivación, ni los yerros in procedendo, *son materia del recurso de revisión, y sí del extraordinario de casación (con las restricciones que impone la lógica, rigurosidad y técnica que definen dicha impugnación), en el cual —no huelga insistir, para orientar al actor— el proceso no ha terminado, a contrario de lo que ocurre cuando se intenta la revisión.*

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

Resuelve:

Inadmitir la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado José Santiago González Castiblanco, contra la sentencia de origen y fecha anotados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA. CONEXIDAD

La capacidad de un funcionario para conocer determinados delitos, sólo le puede ser conferida por la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 067 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

Por sentencia de trece de marzo de mil novecientos noventa del Juzgado Segundo Superior de Aduanas de Medellín, se condenó a *Roberto María Delgado Restrepo* como responsable del delito de prevaricato por omisión, a *Alfonso de Jesús Ramírez Aristizábal* por el delito de abuso de función pública y se lo absolvió por prevaricato por omisión, *María Rita Arenas de García* y *María Marlene Vásquez Ramírez* fueron absueltas por el delito de contrabando interno y falsedad en documento privado, y a los procesados *Fulvio León Sánchez Palacio* y *Jesús Virgilio Zapata Vargas* por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia.

Mediante providencia del diecinueve de junio de mil novecientos noventa el Tribunal Superior de Aduanas confirmó parcialmente la sentencia de primera, dictándose sentencia condenatoria por falsedad contra María Marlene Vásquez Ramírez y María Rita Arenas de García.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda, se declaró ajustada a las exigencias legales, escuchándose el concepto del Procurador Delegado, quien solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación.

Procede la Corte a resolver lo pertinente, no sin antes hacer una síntesis de los siguientes

Hechos y actuación procesal:

Nombrado un nuevo Director de Rentas Departamentales de Antioquia, encontró en las dependencias a su cargo diversas mercancías al parecer de contrabando, que a pesar de llevar mucho tiempo retenidas, no habían sido puestas a disposición de la justicia aduanera.

Denunciada la irregularidad, procedió a comunicar a la autoridad respectiva en noviembre de mil novecientos ochenta y siete, estableciéndose que parte de la mercancía había sido entregada por orden de Alfonso de Jesús Ramírez, Director de Rentas de Antioquia entre 1983 y 1986, a unos damnificados de Armero.

Como del excedente de la mercancía se dio la orden de ponerla a disposición de Aduanas, pues según lo declarado por varios supervisores, el doctor Roberto Mejía Restrepo les había dicho que esa mercancía quedaría allí bajo su disposición, por tales razones el Juez de Instrucción Aduanero ordenó vincularlo el doce de abril de mil novecientos ochenta y ocho mediante indagatoria.

En su declaración injurada dijo que la mercancía no había sido puesta a su disposición y que de acuerdo con las funciones que les estaban señaladas no era parte de su deber custodiar o adelantar investigaciones respecto a ese tipo de mercancía de contrabando.

Allegado el "Manual de Funciones" por providencia de cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, se profirió resolución de acusación por el delito de prevaricato por omisión, por haber impedido la entrega de la referida mercancía.

Culminada la causa el Juez Superior de Aduanas por sentencia de trece de marzo de mil novecientos noventa condenó a Delgado Restrepo por el delito por el cual había sido llamado a juicio, que sería confirmada por el Tribunal de Aduanas por providencia de diecinueve de junio de mil novecientos noventa.

Los argumentos de la demanda:

Un único cargo plantea la demanda por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 150, 68 y 36 del Código Penal y del Manual de Funciones allegado, y correlativamente por falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del Código Penal y artículos 28 y 63 de la Constitución Nacional.

En la demostración del cargo hace énfasis en los principios de legalidad y tipicidad de las conductas que puedan dar origen a una sentencia condenatoria y la consecuente prohibición de aplicación analógica de la ley penal *in malam partem;* para luego afirmar que el prevaricato por omisión es una ley penal en blanco, que necesariamente tiene que ser complementada con una disposición jurídica para poder determinarse conforme al principio de tipicidad, cual fue el "acto propio de sus funciones" que fue concretamente omitido.

Refiriéndose a esta clase de tipos en blanco, sostiene que la disposición jurídica extrapenal que lo complementa se debe integrar al tipo penal, haciendo parte del mismo y si se tiene en cuenta que por mandato constitucional no puede existir cargo o empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y por tanto sólo por medio de estas normas se "pueden crear funciones públicas y el funcionario cumple con las mismas si se atiene a las que le señala la ley o el reglamento correspondiente. Ningún funcionario puede pues,

omitir funciones que no le han sido expresa y detalladamente asignadas en la ley o reglamento, sobre todo cuando se trata de la deducción de responsabilidad penal".

En desarrollo de este planteamiento, y refiriéndose al caso concreto, sostiene el impugnante que:

> "...es imposible predicar que un funcionario ha omitido, rehusado, retardado o denegado un acto propio de sus funciones si previamente no se ha determinado con certeza jurídica cuáles son las funciones del empleado de quien se trata. En este caso, precisamente, no está determinada o detallada de modo expreso y claro la función que se le imputa al doctor Delgado Restrepo haber omitido, función que de ninguna manera se puede confundir con el conocimiento que él pudiera tener del destino que otros funcionarios —no dependientes suyos, sino del Director— debían darle a la mercancía incautada —y que supuestamente era de contrabando y al final del proceso, en la sentencia misma, se declara que ni siquiera se pudo establecer si era de contrabando o no—".

Critica la afirmación del Tribunal en cuanto sostiene que el procesado "rehusó dar cumplimiento a la orden del Director de Rentas, impidiendo que la mercancía pasara a la aduana...", pero que si esa es la conducta imputada, no puede hablarse de prevaricato por omisión, porque la acción comprendida en la inflexión verbal "impedir" es una actuación positiva.

Considera que la conducta descrita en el tipo penal de prevaricato por omisión es la de:

> "...un acto propio de las funciones y únicamente ésta. No se trata, pues, de la omisión de un deber social o moral, como antes se dijo, pero tampoco de la omisión de un deber jurídico general cualquiera del funcionario, pues entonces sería imposible distinguir entre las faltas disciplinarias omisivas, el abuso de autoridad por omisión, la omisión de denuncia y el prevaricato por omisión".

Afirma que ninguna de las funciones que aparecen en el Manual de Funciones correspondía al procesado en su calidad de Jefe de Resguardo, y por tanto, nada tenía que ver con mercancías de contrabando, que ellas le pertenecen al Director de Rentas.

Concluye afirmando que se completó analógicamente el tipo penal en blanco, incurriéndose por parte del fallador en violación directa de la ley, y termina solicitando se case la sentencia y en su lugar se dicte la absolutoria en favor del procesado Delgado Restrepo.

El concepto del Procurador Delegado:

Comienza por compartir las alegaciones del recurrente, recordando que con premisas similares esa Delegada tuvo la oportunidad de expresarse en la causa adelantada contra el doctor Lácides Pérez Herrera, pero pese a lo anterior considera que no es la oportunidad para

discutir tal problemática, porque del estudio de la actuación se llega a la indubitable conclusión que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia de los juzgadores, ya que en su criterio:

> "...la competencia de la jurisdicción penal aduanera está centrada, como especializada que es, en el conocimiento de los procesos en que se investigue el delito de contrabando, y sólo excepcionalmente y por fines eminentemente prácticos, la extiende al juzgamiento de delitos comunes; pero aún ante esta eventualidad de excepción, imperativo es precisar que tal posibilidad no queda al arbitrio del Juez para que indiscriminadamente escoja los delitos cuya competencia quiera atribuirse, sino aquellos que la ley taxativamente señala, y éstos no son otros que los conexos con el de contrabando.
>
> "Así lo dispone el Estatuto Penal Aduanero y específicamente al fijar la competencia de los Jueces Superiores de esta especial jurisdicción, explícito es en el artículo 33.1, al facultarlos para conocer 'de los procesos por los delitos de contrabando cuya cuantía exceda de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales y de los delitos que se cometan en conexidad con el de contrabando, sin consideración a la cuantía...', siendo competencia del Tribunal Superior Aduanero el conocimiento de estos mismos procesos en segunda instancia, tal como lo dispone el artículo 32 *ibidem*".

A renglón seguido dice que es preciso establecer si existía la conexidad entre el delito de contrabando y el prevaricato omisivo imputado a este procesado, para de allí concluir en la existencia de la competencia del juzgamiento o la incompetencia del mismo; procede luego a hacer una serie de interesantes planteamientos teóricos y la evolución que ha tenido en la doctrina internacional y en la jurisprudencia nacional el concepto de conexidad para sostener en relación al mismo:

> "Afortunadamente y venciendo la inusitada resistencia que en nuestro medio suele existir por los fundamentos teóricos comparatistas, que distan mucho de la copia acrítica y servil, —cuando la verdad es que el saber penal actual profundiza cada día con mayor esfuerzo sobre este campo, para acoger los planteamientos que puedan ser adaptables y útiles para la solución de la problemática interna o, desde luego, para desecharlos cuando se contraponen a la realidad cultural y normativa del Estado respectivo—; la Corte abrió paso a dicha propuesta italiana, acogiendo a plenitud la tesis del profesor de la Universidad de Palermo, como no podía ser de otra forma, pues a pesar de que, como se ha dicho, 'lo conexo' no sea, *ad initio*, un concepto jurídico, esto no significa que deba ser asumido por el jurista 'según el valor empírico sino que debe comprendorse con un valor racionalmente establecido', como lo advirtiera el precitado profesor de la Universidad de Turín (Francisco Carnelutti. Lecciones sobre el Proceso Penal. E.J.E.A. 1950, págs. 193 y 194).

"En efecto, en punto de un delito de robo (con la terminología del C. P. de 1936, hurto diríamos con el estatuto de 1980) y otro de encubrimiento (también con la anterior legislación, receptación hoy en día), los dos, desde luego, cometidos por personas distintas, que no resultaban conexos con la concepción tradicional de este instituto jurídico, pues sólo se admitía para la pluralidad delictual pero respecto al mismo sujeto activo, la Corte en el trascendental fallo de 4 de junio de 1982, con ponencia del profesor Luis Enrique Romero Soto, acogió la denominada por Pagliaro, valiéndose de las raíces griegas, 'conexidad paratática' y afirmó que eran conexos. De ahí en adelante todos los estrados judiciales en el país la han admitido y jurisprudencialmente continúa siendo reiterada. No obstante y aún para colegir, que esta tesis es, indudablemente, acertada y que su adopción constituye un real avance en nuestro decurso judicial, necesario es —en criterio de esta Delegada— establecer si una tal conceptualización de la conexidad tiene fundamento normativo, pues si bien es cierto —que como se expuso en precedencia— la ley penal no la define ni establece en su expresa consagración parámetro alguno para precisar su alcance, también lo es, que para fijarlo impera explorar las posibilidades que la misma ley pueda brindar para ello, pues de lo contrario, se corre el riesgo de que doctrinas como la que ahora nos ocupa, aparente una indebida incrustación del pensamiento foráneo ausente de sustento legal en el derecho patrio, más aún, cuando la terminología y contenido de las clases de conexidad propuestas por el referido profesor italiano (la paratática y la hipotática) no son de pleno recibo por la propia doctrina italiana, que continúa con la tradicional clasificación de teleológica, ideológica, consecuencial y ocasional, con un solo sujeto activo, tal como se constata en la última edición del importante Manual de Derecho Penal de Francisco Antolisei (Novena Ed. de 1982 revisada y puesta al día por Luis Conti, pág. 446 de la Ed. italiana y 366 de la traducción al español de Temis de 1988) o en el moderno Diritto Penale de Ferrando Mantovani edictado por Cedam-Padova en 1979, páginas 403 y 404 o en la doceava edición del Diritto Penale de Giusepe Bettiol puesto al día por Luciano Pettoello Mantovani en 1986 (págs. 585 a 587), etc., limitando el análisis del artículo 61.2, prácticamente, a la problemática punitiva y la conexidad en estos casos para que sea solucionada por la vía de la 'conexidad de procedimientos' con base en el numeral 2º del artículo 45 del estatuto procesal de ese país, como lo hace Leone (Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Introd. de Santiago Sentís Melendo 1963, págs. 398 y 399).

"Reguladas por el Código Penal Italiano de 1930, que entró en vigor el 1º de julio de 1931, las 'circunstancias genéricas de agravación' en el artículo 61, la doctrina, como es lo apenas apropiado, centró la interpretación de esta disposición en punto de la punibilidad estableciendo el ámbito de aplicación de cada una de las hipótesis en ella con-

sagradas. Sin embargo, Pagliaro al analizar la causal segunda en la precitada monografía, viene a darle un doble alcance: Uno punitivo y otro respecto a la conexidad delictual, pues cuando se establece en esa legislación, que 'el delito se agrava siempre que no sean elementos constitutivos o circunstancias de agravación especial', cuando se comete 'para ejecutar u ocultar otro, o para conseguir o asegurar para así o para otros el producto, el provecho o el precio, o la impunidad de otro delito', ahí se están consagrando los fundamentos normativos de las posibles clases de conexidad sustancial deducibles legalmente. Esta novedosa, importante y creativa interpretación, la volvió a reiterar Pagliaro en la segunda edición de sus Principi di Diritto Penale, editada en 1980 por Giuffré de Milán. Así expone este profesor su criterio, que por no estar traducido al español, importa hacerlo para conocer con toda amplitud su pensamiento sobre el tema. Así discurre:

"'*Conexidad teleológica:* Otras hipótesis de conexión sustancial son aquellas previstas por el artículo 61 numeral 2º del Código Penal el cual establece un agravante de pena para el caso de que un delito se haya cometido para ejecutar u ocultar otro, o conseguir o asegurar para sí o para otros el producto, el provecho o el precio, o la impunidad de otro delito. En particular a aquella forma de conexión en la cual un delito es cometido para ejecutar otro se le da comúnmente el nombre de conexión teleológica. Esta está caracterizada por la unidad del proceso finalístico en el cual dos o más momentos sucesivos se encuentran en relación de contradicción con la norma penal. En síntesis la conexión teleológica se puede definir como aquella forma de conexión en la cual los delitos se encuentran entre ellos en relación de medio a fin. El nexo teleológico es compatible con la continuación de los delitos. El momento intelectivo que integra el designio criminoso se puede especificar en realidad en una relación de medio a fin, en este caso dado el peculiar régimen de la continuación el nexo teleológico podrá actuar directamente sobre la pena sólo en el caso que el delito medio sea el delito más grave; el nexo teleológico en cambio es incompatible con la hipótesis del concurso formal de los delitos, en este caso, en realidad, los fines contrarios al derecho no se encuentran entre ellos en relación de medio a fin porque ésta relación presupone necesariamente una relación de sucesión temporal. Todavía es bastante definida la opinión contraria.

"'*Conexión paratáctica:* Las otras formas de conexión previstas en el artículo 61 numeral 2º del Código Penal suelen reunirse o agruparse bajo el nombre de conexión consecuencial, ésta se verificaría por lo tanto en todos los casos en los cuales de dos delitos el uno se haya cometido para ocultar el otro, es decir para conseguir o asegurar para sí o para otros el producto, el provecho, el precio o bien la impunidad del otro delito. Pero un análisis más profundo pone en evidencia que en realidad se trata de dos formas

bien distintas de conexión. Las tres expresiones producto, provecho o precio indican en manera analítica cada ventaja o las ventajas que el culpable se vuelve a prometer del delito y entonces el fin mismo del delito; por lo tanto si el delito A es cometido para asegurar para sí o para otros un determinado producto, provecho o precio y el delito B es cometido para conseguir o asegurar el mismo producto, provecho o precio, se puede decir que ambos delitos concurren a la realización del mismo fin. En esta particular estructura la realización ideológica y la temporal no se establecen directamente entre los dos delitos, sino entre cada uno de los delitos y en un momento sucesivo a la realización del otro, en manera que la relación entre los dos delitos es conceptualmente simétrica, en cuanto los dos delitos están coordinados a la realización del mismo fin. Con expresión derivada del griego se puede hablar de conexión paratática.

"*Conexión hipotática:* Bien distinta es la hipótesis en la cual un delito es cometido para ocultar otro o bien para conseguir o asegurar para sí o para otros la impunidad; para darse cuenta en qué cosa consiste el elemento caracterizante de esta forma de conexión es necesario recordar que al delito se une, se engancha, dada su relación con la norma penal, una situación de deber ser. Esta tiende a cambiarse a una situación de ser, o sea, a una o más series causales finalísticamente ordenadas con la actuación de la ley. Para que pueda verificarse este cambio es necesario principalmente que la noticia del delito alcance a los órganos encargados de la ley penal, se pide además que la serie causal no sea interrumpida prematuramente. La identificación del culpable y su relación con el delito. Al impedir la verificación de uno de estos presupuestos puede ser dirigida la realización de un otro delito. En tal caso se obtiene la conexión en examen la cual es entonces caracterizada para la subordinación de un delito a otro. La relación entre los dos delitos presenta una estructura asimétrica por la cual mientras un delito tiene una justificación ideológica propia el otro presenta un significado solamente si se encuentra en relación con el primero de manera que los dos delitos podrían llamarse respectivamente delito subordinante y delito subordinado. Esta forma de conexión puede llamarse conexión hipotática.

"*Relevancia de las formas de conexión previstas por el artículo 61, numeral 2º del Código Penal.* Acerca de la relevancia jurídica de las tres formas de conexión previstas por el artículo 61 numeral 2º del Código Penal es de anotar que con base a los principios generales sobre las circunstancias, el agravante de pena se verifica en algunas hipótesis también cuando por la falta de la pluralidad de los delitos o por defecto de la efectiva realización del nexo no se puede tener conexión sustancial y por consiguiente, en algunos otros casos a pesar de la existencia de los requisitos previos de las tres formas de conexión exigidos por el artículo 61 nu-

meral 2º del Código Penal no se tiene algún agravante de pena. En estas últimas hipótesis naturalmente la conexión de delitos no existe por defecto de la relevancia jurídica, para orientarse en este campo debe tenerse en cuenta que el agravante del artículo 61 numeral 2º del Código Penal se conforma exclusivamente al elemento subjetivo. De esto sigue el tema de conexión telcológica que cuando el delito fin no sea efectivamente cometido el agravante subsiste aunque tenga defecto de conexión, que las causas de exclusión inherente al segundo delito influyan sobre la subsistencia de la circunstancia agravante sólo si puede, para decirlo así, ser anticipadas al tiempo de la comisión del primero y que el agravante, por consiguiente, la conexión no subsiste cuando el delito fin es culposo. Cuando los dos delitos están coordinados a la realización del mismo fin la falta de alcanzar el fin común a los dos delitos deja subsistir el agravante mientras la comisión de los dos delitos a través de un solo proceso ejecutivo la excluye dado que no se podría determinar a cuál delito se refiere. Siendo en realidad la relación entre los dos delitos perfectamente invertible debemos pensar que la ley ha querido aplicar el agravante a aquél de los dos delitos que seguramente está dirigido por un punto de vista subjetivo a conseguir o asegurar el producto, el provecho o el precio de otro delito, o sea al delito ejecutado después. Finalmente en el caso de que un delito sea cometido para ocultar otro o para conseguir, o asegurar, para sí o para otro la impunidad el agravante subsiste aún si el delito anterior no haya sido efectivamente cometido. Al contrario, sea la conexión paratática, sea la conexión hipotática están excluidas por defecto, por falta de la relevancia jurídica cuando los dos delitos son cometidos por personas diferentes. Esto porque en tal caso, antes que la disposición del artículo 61 numeral 2º del Código Penal se aplican las normas sobre favorecimiento o la receptación' (Pagliaro, Antonio. Principi di Diritto Penale. Parte General. Giuffr'e Editore. 1980. págs. 597-560).

"Estatuída esta causal genérica de agravación punitiva en iguales términos en el artículo 66.12 del Código Penal Colombiano, variando únicamente la expresión delito por la de hecho punible y no previéndose obstáculo normativo, sistemático, filosófico o político-criminal para que la foránea interpretación sobre el artículo 61.2 del Código Italiano no sea de recibo para nuestro estatuto, pues además, sin duda alguna se puede colegir que este agravante encuentra en él su fuente, necesario es concluir, que en la referida disposición interna (art. 66.12) encuentra fundamento legal el criterio hermenéutico adoptado por la Corte en el precitado fallo de 1982 y que por desprenderse de la parte general del Código Penal es aplicable para todos los hechos punibles, resultando ya no sólo posible sino imperiosa la conexidad respecto a aquellos delitos o contravenciones cometidos por distintos sujetos activos, desde luego, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites fijados en la misma norma.

"Como se ve, en consecuencia, la carencia de regulación normativa sobre la conexidad, en cuanto a las hipótesis sustantivas en que pueden concurrir, es sólo aparente, ya que interpretada a la luz del artículo 66.12 del Código Penal, es inocultable que la teoría sobre este instituto debe fundamentarse en esta disposición, cerrándole el paso a la formación de inusitados criterios que casi creando derecho, no rara vez se exponen: La conexidad no puede quedar conceptualizada con criterios de una casi abstracta 'conveniencia' como a veces se lee, pues el primero y obvio cuestionamiento que puede hacérsele a una tal forma de tratarla, es el de no saberse qué puede ser lo conveniente; para qué? y para quiénes? No se sabe, ya que por definición esta expresión antes de fundamentarse en lo objetivo está repleta de subjetivismo, que como tal no es la mejor garantía para el pleno respeto de la seguridad jurídica.

"Así las cosas, lo empírico de lo 'conexo' pasa a lo eminentemente jurídico no siendo libre su conceptualización, y de ahí que —para restringirnos sólo a la hipótesis que interesa para el presente caso— pueda afirmarse con base legal la existencia de la conexidad sustancial ante la pluralidad de hechos punibles y de sujetos-agentes cuando concurren: a) Dos cadenas finalísticas predicables cada una de ellas de diferente sujeto que convergen a una finalidad común (delitos coordinados: Encubrimiento y delito encubierto); b) Dos cadenas finalísticas que se contraponen (concurso recíproco); c) Dos cadenas finalísticas que surgen eventualmente (coparticipación transitoria); y c) Cuando en un mismo contexto de acción se realizan varios hechos punibles (v.gr. un accidente de tránsito).

"Este paso de la conexidad con un solo sujeto activo a la admisión de aquellos casos como pluralidad de sujetos-agentes, vino a complementar en nuestra jurisprudencia la distinción y admisión que en fallo de 14 de diciembre de 1976 se había sucedido con ponencia del doctor Jesús Bernal Pinzón, respecto a la conexidad procesal, también con apoyo en la doctrina italiana conviniéndose doctrinariamente en que para su reconocimiento se requiere: a) Unidad de sujeto activo; b) Comunidad del medio probatorio; y c) Unidad de denuncia 'cuando con ella no se quebranten las normas atinentes a la competencia', como lo afirman los doctores Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett (El Procedo Penal Segunda Ed. págs. 336 y 337), al igual que lo hiciera la propia Corte en el referido pronunciamiento de 1976.

"En relación con esta clase de conexidad ha sostenido la Corte que ésta es posible 'cuando se presente...unidad de denuncia e identidad de imputados' (auto de mayo 30 de 1988, Magistrado ponente doctor Didimo Páez Velandia). No obstante, últimamente, ha afirmado que es el concepto 'de la conveniencia, que apunta a concretar el resultado de la investigación', el que prima frente a la conexidad formal,

pues: 'Los fines de la justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso' varios delitos (Auto de mayo 23 de 1989, Magistrado ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

"Estos dos pronunciamientos —en criterio de esta Delegada , necesariamente, hay que integrarlos y en ninguna medida independizarlos, pues si así se procede podría entenderse que el segundo está recogiendo al primero, en cuanto a los requisitos para que concurra la conexidad procesal y esto no parece lo más indicado. En efecto, es evidente que esta clase de conexidad se ampara en la conveniencia, pero siempre y cuando se fijan unas previas exigencias procesales porque de lo contrario desaparece el principio del Juez natural y se puede abrir paso a una especie de anarquía judicial donde todo dependería del criterio de conveniencia que el Juez tenga en un momento dado y en estas condiciones, los destinatarios de la ley penal quedarían absolutamente desprotegidos sin saber qué Juez puede eventualmente juzgarlos. Si todo se deja al subjetivismo del juzgador, la limitación de competencias carece de razón de ser y es el arbitrio del Juez el que vendría a primar, lo cual por supuesto, no puede ser el máximo de garantía procesal. Es que en el derecho normativo por sí mismo, no se trata de culminar un juzgamiento porque sí, sino antepuesto el cumplimiento de las previas y expresas reglas legales o de exigencias que deducidas de ellas hermenéuticamente establezcan un objetivo presupuesto. Un proceso determinado por una instancia no puede, por ejemplo, ser la justificación de que debe conservarse porque se ha cumplido con 'el fin de la justicia', así haya sido juzgado por un Juez incompetente, pues la conexidad procesal no ha sido establecida por la doctrina y jurisprudencia nacional o foránea para 'legalizar' yerros judiciales sino como un sano criterio político-procesal para que en puntuales casos, previamente señalados genéricamente, se tramiten en un solo proceso varios delitos porque básicamente la unidad probatoria y la identidad de imputados así lo permitan, garantizando en mejor forma el derecho de defensa, evitando posibles decisiones opuestas y obviando un innecesario desgaste estatal al poner en marcha su segundo momento del poder punitivo.

"De ahí que en punto de estos temas resulten oportunas las llamadas de Leone, cuando refiriéndose a la problemática de la conexidad (de procedimientos en su texto), previene tener cautela cuando de fijar el Juez competente, se trata, ya que 'es solamente la ley la que puede determinar los casos en que dicho vínculo existe, pues no hay, ni aún en sede de *ius condendum*, una regla o un conjunto de reglas de segura consistencia para orientar al legislador'. Y agrega 'las derogaciones a la competencia, tienen carácter *taxativo*, y no ejemplificativo' (Giovanni Leone, op. cit., pág. 395).

"c) El caso concreto.

"Con fundamento en estas necesarias premisas teóricas, se impone dilucidar si en este caso es predicable uno de conexidad, sustancial o procesal entre los referidos delitos de contrabando y prevaricato omisivo o no; veamos:

"Se ha establecido la retención de una mercancía, presuntamente de contrabando (interno), por cuenta de las autoridades de Rentas Departamentales de Antioquia. Este es el primer conjunto fáctico planamente individualizado en el proceso. El segundo, corresponde a que el doctor Roberto María Delgado Restrepo —para ese entonces Jefe de la Sección de Resguardo de las Rentas Departamentales—, no puso a disposición de las autoridades competentes parte de dicha mercancía, conducta esta que produjo su procesamiento por el presunto delito de prevaricato por omisión.

"Como se puede apreciar, la única correlación que existió entre los dos conjuntos fenoménicos, presuntamente punibles, fue la unidad de denuncia, ya que al avocar la Jurisdicción Penal Aduanera la investigación por el contrabando, decidió vincular a su vez, al referido funcionario público, por el delito anunciado, y en virtud de la expresada facultad legal del artículo 33 del Decreto 0051 de 1987.

"Sin embargo, no emergió un vínculo entre los dos comportamientos que concretara una comunidad probatoria (excluyente frente a sí, en los dos casos), y menos una unidad de sujeto activo. De este modo, descartaríamos la presencia de la llamada conexidad procesal.

"Por otra parte, las singulares facticidades tampoco tienen presencia contraria frente a los elementos constitutivos de la conexidad sustancial, pues las dos 'cadenas finalísticas' no 'convergieron a una finalidad común' (delitos coordinados), ni se 'contrapusieron' (concurso recíproco), ni surgieron 'eventualmente' (coparticipación transitoria), ni tuvieron un mismo 'contexto de acción' (cronológica). Por el contrario, la separabilidad fenoménica, espacial y temporal de los comportamientos es evidente.

"En efecto, el objeto material del delito de contrabando es un simple referente avalorado de la función, y ésta es en últimas la que estructura el concepto normativo de la omisión. Por lo tanto la función misma no se encuentra vinculada (en forma normativa como concepto de omisión) por 'convergencia' o 'contraposición' a la 'cadena finalística' del contrabando. El vínculo sólo fue material y esta circunstancia pudo haber consistido no en objetos, elementos, bienes muebles, sino, v. gr., en un oficio, escrito o memorandum mediante los cuales se informara al funcionario de la presencia de dicha mercancía, y cuyo no trámite hubiese constituido la omisión (bajo la premisa de la función legal por supuesto). En este último caso no se podría justificar una conexidad material entre el 'memorándum' informativo, y la omisión del funcionario público.

"Luego, entonces, la función (determinante normativa de la omisión) es independiente y autónoma frente al específico objeto material del primer delito (contrabando), razón por la cual no se aprecia una mínima conexidad entre las dos supuestas conductas típicas, escindidas, además por el exigente límite de jurisdicciones diversas (notoria violación de la distribución de las competencias).

"Sostener lo contrario, sería tanto como considerar que existe conexidad entre la conducta negligente de un funcionario público que omite colocar a disposición de la jurisdicción penal un revólver decomisado (objeto material), con el porte ilegal de armas derivado de dicha conducta.

"Por otra parte hay que señalar, que para efectuar el correspondiente juicio de legalidad, no se puede partir de las contingencias procesales (es decir verificando si se consolidó o no un menoscabo material al proceso mismo), pues se estarían desvirtuando los principios constitucionales y legales que en forma previa han definido los incondicionados parámetros normativos de la competencia y las nulidades, en nuestro caso. Es decir que las valoraciones en torno a dicha verificación normativa en el proceso, debe llevarse a cabo en forma ex-ante, y no ex-post, pues en esta última modalidad se estaría subordinando su ámbito de certeza y validez al azar simple del proceso mismo.

"Entonces podemos afirmar que el presupuesto necesario y excluyente para definir los casos de conexidad, es que estos se puedan reducir sistemáticamente en el contexto fáctico de los hechos, con independencia de su formulación procesal, ya que, como se ha reiterado, las reglas atinentes a la distribución de competencias no está condicionada a eventuales factores ex-post ni pueden desconocerse con posteriores y subjetivos criterios de 'conveniencia' desprendidos de los previos requisitos exigibles para la concurrencia de la conexidad sustancial y procesal.

"En otras palabras, la entidad formal de la nulidad por incompetencia no se concibe como una caracterización axiológica del proceso, sino como un juicio sobre una hipótesis legal estructurada en forma previa a través de un enunciado normativo condicionante.

"En el caso que nos ocupa, se quebrantó la distribución de la competencia, ya que el delito (presunto) de prevaricato omisivo no tuvo ningún vínculo de conexidad sustancial o procesal con el de contrabando, que hubiese permitido su investigación conjunta por parte de la jurisdicción especial. Por tanto ésta no era competente para conocer de aquél (presunto), el cual legalmente correspondía a la justicia penal ordinaria.

"Se ha desconocido, entonces, el principio del Juez natural, el cual, como bien se sabe, es una consagración explícita del artículo 26 de la Constitución Nacional, y de los

artículos 1º y 13 del Código de Procedimiento Penal; del mismo modo tal principio es enunciado por el artículo 14 del Pacto de Nueva York, artículo 14.1 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria de dicho pacto; el numeral 1º del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8º de la Ley 16 de 1972, aprobatoria de este pacto, y por tanto, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista por el artículo 305.1 del Código de Procedimiento Penal.

"d) El alcance de la nulidad.

"Si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, la nulidad, hipotéticamente, alcanza inclusive a los no recurrentes, en este caso sólo ampara lo actuado en relación con el impugnante en casación, por cuanto las procesadas lo fueron por la jurisdicción que les correspondía y respecto a los otros funcionarios los delitos por los cuales se les condenó no son susceptibles de este extraordinario recurso y por tanto, la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre ellos.

"e) La petición.

"En consecuencia, impera solicitar a la honorable Sala de Casación Penal, que de acuerdo con la facultad oficiosa para ello, declare la nulidad parcial de lo actuado, a partir del auto que decretó el cierre de la investigación inclusive, y ordene respecto a la actuación seguida contra Roberto María Delgado Restrepo, como consecuencia, la remisión de las respectivas diligencias al reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal de la ciudad de Medellín, a través del Tribunal de origen para los fines legales consiguientes".

Consideraciones de la Sala:

Como ha sido la tradicional jurisprudencia de esta Corporación, se adentrará inicialmente en el estudio de la nulidad propuesta por el señor Procurador Delegado.

Hace el Fiscal de la Corporación una serie de muy interesantes planteamientos en relación con el fenómeno de la conexidad y las variantes que la teoría general ha tenido, especialmente la posible conexidad de delitos cometidos por diversos sujetos activos, para terminar concluyendo que en el caso sub júdice *no se da el fenómeno, y por tanto los funcionarios que fallaron el proceso incurrieron en nulidad por incompetencia de jurisdicción.*

Coincide la Sala con la apreciación del señor Procurador, en cuanto a que concluye su muy interesante estudio sobre la conexidad en que no existe entre los delitos de contrabando y prevaricato por omisión, y basta que se recuerden los hechos, para hacer evidente la veracidad de lo que ahora se afirma. Los funcionarios de rentas departamentales de Antioquia en el ejercicio normal de sus cargos decomisaron mercancía variada, al parecer de origen ilícito en cuanto a su ilegal ingreso al país y en lugar de proceder como hubiera sido lo lógico, puesto que tal actividad escapaba a su órbita funcional, de

remitir dicha mercancía a los funcionarios de Aduanas, la llevaron a las oficinas de Rentas, donde con una indescomunible negligencia de diversos funcionarios permaneció durante mucho tiempo, y al parecer con pérdida de parte de la misma y disposición de ella; hasta que finalmente llegó un nuevo Director de Rentas quien dispuso que por medio de uno de sus subalternos se remitiera a los funcionarios competentes.

La persona encargada de tal misión no la cumplió, incluso se afirma por parte de dos funcionarios de rentas, que se opuso a dicha remisión y es por esa conducta que los funcionarios de Aduanas lo procesaron y condenaron por el delito de prevaricato por omisión, que fue adelantado conjuntamente con el proceso de contrabando que se inició cuando la mercancía llegó finalmente a las autoridades de Aduanas.

La conexidad sustancial, en sus diversas variantes (ideológica o teleológica, consecuencial u ocasional) se da cuando en el actuar del sujeto activo se presenta esa vinculación o conexidad subjetiva que une los varios comportamientos ilícitos que realiza; si no se da este entrelazamiento subjetivo en la mente del sujeto activo respecto de los diversos comportamientos, por ninguna circunstancia podrá afirmarse la existencia de esta forma de conexidad.

La conexidad procesal ha surgido doctrinalmente de la conveniencia de juzgar en un mismo procedimiento, de manera regular delitos que sin estar conectados subjetivamente, fueron cometidos en un mismo espacio geográfico y por tanto se presenta una comunidad de prueba. Sería por ejemplo el caso de dos ladrones que sin conocerse deciden robar separadamente en el mismo banco y a la misma hora. Es claro que en la hipótesis ejemplificativa no existe conexidad de ninguna naturaleza, pero nadie discutiría que existe una comunidad de prueba que justifica que sean adelantados y juzgados en un mismo proceso.

Con las breves nociones anteriormente dadas, es fácil concluir que en el caso sometido a juzgamiento no existe ninguna forma de conexidad, porque se trata de delitos perfectamente autónomos, realizados en espacios geográficos diversos y que la única unión que los entrelaza es la presunta omisión de las funciones en el empleado de rentas, al no haber dispuesto la entrega de la mercancía decomisada a los funcionarios aduaneros y sobre tan precaria relación no puede predicarse la existencia de ninguna clase de conexidad.

Bien se sabe que el principio general del proceso penal es el de unidad de proceso, según el cual por cada delito deberá adelantarse un proceso separado, existiendo como excepciones a tal principio la investigación conjunta de los delitos conexos, que surgen de los fenómenos concursales y de coparticipación o de la fenomenología de la conexidad formal y el de acumulación de procesos o procesal; excepción que significa que en estos casos, pese a tratarse de pluralidad delictiva, se origina un proceso y no varios como lo indica la regla general a que se hace alusión.

Pero esta excepción tiene a su vez su respectiva singularidad, porque bien se sabe que por lo dispuesto en el artículo 85, modificado por

el artículo 5º del Decreto 1861 de 1989 esos fenómenos de unidad procesal que se generan en la investigación y fallo plural de delitos o de partícipes en un solo proceso se rompe cuando se da alguna de las cuatro hipótesis allí previstas.

Ellas son:

1. Cuando en casos de coparticipación interviene persona sometida a fuero de juzgamiento por una jurisdicción especial.

2. Cuando el cese de procedimiento a la resolución de acusación no comprenda a todos los delitos o a todos los coparticipes.

3. Cuando se decrete la nulidad para reponer la actuación con relación a uno de los hechos punibles investigados o de uno de los partícipes.

4. Cuando delitos contra la vida o la integridad personal estén en relación de conexidad con hechos punibles de competencia de la Jurisdicción Civil o Aduanera.

Pero en el caso sub júdice *no se da ninguna de las formas de conexidad que podrían llevar a afirmar la existencia de una investigación y fallo conjunto de varios delitos en un solo proceso y como bien se sabe la competencia, esto es, la capacidad de un funcionario para conocer determinados delitos, sólo le puede ser conferida por la ley, y tratándose de normas de derecho público, esta precisa normatividad no puede ser desconocida por el funcionario jurisdiccional, porque admitir tal posibilidad sería tanto como permitir que fuera la voluntad caprichosa de los Jueces la que determinara de qué procesos conocieran y de cuáles no.*

La incompetencia de jurisdicción está expresamente consagrada como una forma de nulidad legal, en el numeral 1º del artículo 305, de tal manera que, como lo solicita el Fiscal de la Corporación, habrá de casarse el fallo impugnado, para decretar la nulidad a partir del auto de cierre de investigación.

Pese a lo anterior, y más que todo por haber manifestado el Procurador Delegado su acuerdo con los planteamientos de atipicidad que hace el recurrente, debe la Sala hacer una breve precisión sobre el delito de prevaricato por omisión, porque de guardar silencio la Corte ante las manifestaciones que hacen recurrente y Procurador Delegado, podría llevar a confusión a los Jueces que conocieran de esta jurisprudencia.

Es cierto que en el artículo 122 de la Carta se establece con precisión que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento", que era similar disposición de la anterior Constitución, artículo 63, pero es imposible pensar que la ley o el reglamento llegaran a elaborar con absoluta minuciosidad todo lo que en un momento debe realizar un funcionario público, porque si ello fuera así, los famosos Manuales de Funciones serían códigos infinitamente casuísticos y extensos, pero pese a ello, nunca podrían abarcar la totalidad de los deberes que en un momento le pueden corresponder a un funcionario público, sobre todo cuando se trata de cumplir funciones que son ajenas al manejo normal de una oficina

particularmente considerada; en el caso específico que se debate, es absolutamente imposible que un manual de funciones de un funcionario de rentas departamentales contuviera normas relativas al manejo de mercancías de contrabando, de armas o de cualquier otra temática ajena a lo que es el normal funcionamiento de dichas oficinas. Por ello es que los naturales vacíos ante la imposibilidad de que los manuales tengan todas las previsiones, se llenan a través de las órdenes de los respectivos superiores, porque no debe olvidarse que la organización administrativa del Estado está regulada por una estricta jerarquización que establece una situación de dependencia funcional entre superiores e inferiores y que obliga a éstos a cumplir las órdenes recibidas de sus jefes so pena de incurrir en faltas disciplinarias o incluso en actividades delictivas, de acuerdo a la naturaleza y gravedad de la falla.

En el artículo 239 del Código de Régimen Político y Municipal que reglamenta la norma constitucional antes citada, se establece que:

> *"A los empleados nacionales no se les pueden imponer deberes sino por las leyes, por los reglamentos de gobierno* y por las órdenes de sus respectivos superiores".
>
> "A los empleados departamentales *se les pueden imponer deberes por las leyes, por las ordenanzas, por los reglamentos que dicte el Gobernador del Departamento respectivo* y por las órdenes de sus superiores".
>
> *"A los empleados municipales se les pueden imponer deberes por las leyes, ordenanzas, acuerdos, los reglamentos del Alcalde* y las órdenes de los superiores".

Entonces si bien es cierto que Delgado Restrepo no tenía previstas funciones especiales respecto a mercancías decomisadas como de contrabando, también lo es que recibió la orden para hacer entrega de las mismas a los funcionarios de Aduanas y que su omisión en el cumplimiento de la orden dio lugar a que al parecer se perdieran algunas de ellas, y que otras fueron utilizadas ilícitamente por algunos funcionarios de rentas departamentales como existe clara constancia dentro del proceso.

Es claro que la situación del doctor Alfonso de Jesús Ramírez Aristizábal es idéntica a la del recurrente, puesto que fue condenado por el delito de abuso de función pública, que no tiene ninguna relación de conexidad con el delito de contrabando investigado y en tales condiciones es aplicable por extensión lo aquí decidido, tal como se dispone en el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal al establecer:

> "La decisión del recurso extraordinario se extenderá a los no recurrentes según el caso".

Son suficientes las anteriores consideraciones para que la Sala de Casación Penal, estando parcialmente de acuerdo con el Procurador Delegado, case la sentencia y decrete la nulidad por incompetencia de jurisdicción, a partir del auto de cierre de investigación.-

Consecuentes con las motivaciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Casar la sentencia impugnada, por haber sido dictada en un proceso viciado de nulidad, por lo cual se decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación del veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve, visible a folio 523 del cuaderno principal del proceso, únicamente respecto de los procesados Roberto María Delgado y Alfonso de Jesús Ramírez Aristizábal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. COMPETENCIA

En el delito de falsedad documental puede ser distinto el lugar de su consumación, según se trate de documento privado o público

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 67 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

Decide la Corte, la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre los Jueces Quince Penal del Circuito de Santiago de Cali y el Juez Veintiséis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por cuanto los dos se han declarado incompetentes para conocer del proceso que se adelanta contra *Marino Cobos Titimbo* por un delito de falsedad material y uso de documento público falso.

Los hechos:

El señor Marino Cobos, mayor de edad, *soltero*, tenía su domicilio en la ciudad de Cali.

Con el objeto de viajar a los Estados Unidos, reunió en Cali la documentación requerida para obtener la *"visa"*, integrada por una copia de su registro civil de matrimonio con Nancy Gómez, expedida por la Notaría Segunda del Circuito de Cali, extractos del Banco de Caldas de la misma ciudad y un registro en la Cámara de Comercio de un establecimiento denominado Supermercado Cobos.

Al presentarse el señor Cobos a la Embajada Americana en la ciudad de Bogotá, para solicitar su visa, se descubrió que la documentación adjuntada era falsa en su integridad, pues era soltero, el registro de matrimonio no había sido expedido por la Notaría y los demás documentos eran igualmente espúrios.

Capturado Cobos, fue puesto a disposición del señor Juez Cincuenta y Ocho de Instrucción Criminal de Bogotá quien adelantó la investigación y calificó su mérito, profiriendo resolución de acusación contra

el acusado como responsable de los delitos de "falsedad material de documento público agravado por el inciso 2º del artículo 222 del Código Penal que habla del uso de documento público falso..."

Repartido el proceso al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá, este despacho se declaró incompetente para conocer de él, fundando su posición en el hecho de que "...todos los documentos que dieron lugar a la investigación y reputados como espúrios fueron obtenidos en la ciudad de Cali, que allí se llevó a cabo las falsedades a que hace alusión el pliego de cargos, a excepción del uso de los mismos, circunstancia tan sólo de agravación de los tipos penales básicos..."

Consecuente con este modo de pensar, remitió el expediente a la ciudad de Cali y allí por reparto del proceso correspondió al Juzgado Quince Penal del Circuito, funcionario que después de hacer una infundada crítica al aspecto formal del auto del Juzgado de Bogotá, rechazó la competencia con el argumento de que la afirmación del Juez de Bogotá en el sentido de que los documentos públicos falsos fueron elaborados en la ciudad de Cali es una simple "suposición", que el lugar de consumación del reato es incierto y que por ello, la competencia corresponde al Juez de Bogotá, lugar donde se usó el documento y se formuló la denuncia.

Consideraciones de la Corte:

Por competencia se entiende en líneas generales, la facultad que tiene un Juez para conocer de determinado proceso.

Entre los factores o normas reguladoras de la competencia se distinguen la naturaleza del hecho, el aspecto territorial y el fuero derivado de la calidad de la persona.

En el caso que se analiza, los funcionarios están de acuerdo en cuanto a la competencia por la naturaleza del hecho (falsedad material en documento público), pues ambos pueden conocer por disposición de la ley de los delitos contra la fe pública.

La disparidad de criterios surge, en relación con el factor territorial, es decir, con el lugar donde se consumó la infracción.

El delito se consuma por lo general en el lugar donde el sujeto agente realiza la conducta descrita como ilícita en el tipo penal. Tratándose del delito de falsedad documental puede ser distinto el lugar de su consumación según se trate de documento privado o público.

Es sabido y así lo tiene reconocido la jurisprudencia, que el delito de falsedad en documento privado es de dos actos: El de su alteración o falsificación y el de su uso, y que su consumación se realiza, no en el lugar donde se falsifica el documento, sino en aquél donde el sujeto agente lo usa o utiliza para el logro de sus propósitos, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 221 del Código Penal.

En cambio, la falsedad material en documento público, se consuma en el lugar en el cual falsifica el escrito que puede servir de

prueba, es decir, donde se crea el documento o se altera el verdadero, donde se realiza la "editio falsi", *o se confecciona el documento falso o se altera uno verdadero.*

El señor Juez de Bogotá, considera que la falsificación material en documento público se consumó en la ciudad de Cali, donde se elaboraron los documentos de que da cuenta el proceso.

Sostiene en cambio el Juez de Cali, que el lugar de la consumación de la falsedad es incierto y que la afirmación del Juez de Bogotá, no pasa de ser una simple "suposición".

No comparte la Sala esta afirmación y considera en cambio, que la estimación del señor Juez de Bogotá encuentra serio apoyo en la realidad procesal.

Afirma en su declaración indagatoria el acusado Marino Cobos, que vive en la ciudad de Cali donde tiene su residencia habitual. Sostiene, que para conseguir los documentos que le permitieran viajar a los Estados Unidos y que luego resultaron falsos, entró en conversaciones con Luis Mario Cruz en la agencia de viajes Ovni Tours Ltda. de Cali, que Cruz vive en el edificio Sierra que queda en la Plaza Caycedo (Cali). Que tiempo después Cruz le dejó los documentos en la agencia de viajes y que en uno de dichos escritos hizo aparecer como su esposa —sin serlo— a Nancy Gómez Cardona, empleada de la empresa de viajes tantas veces citada, porque tenía conocimiento que en la Embajada Americana no le otorgaban visa si figuraba como soltero. Se allegaron igualmente documentos falsos de bancos de Cali, la agencia de viajes, y la Cámara de Comercio de dicha ciudad, constitutivos todos ellos del delito de falsedad en documento por el cual fue procesado Marino Cobos de quien se afirma, haber participado en su elaboración.

No cabe pues duda, en cuanto que en la ciudad de Cali, se elaboraron los documentos en apariencia emanados de entidades oficiales de dicha ciudad, con relevancia jurídica y capacidad probatoria y que fue allí donde se consumó la infracción.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión atribuyendo al Juzgado Penal del Circuito de Cali el conocimiento de este proceso y a él s..... el expediente. Hágase saber esta decisión al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

Notifíquese y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDAGACION PRELIMINAR. Competencia

Para adelantar esta especial indagación la iniciativa del Juez de instrucción no sufre desmedro en el evento de que una Corporación, sea la que deba conocer de los hechos denunciados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0067 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

Decide la Corte sobre la solicitud de nulidad impetrada por el inculpado *Pablo Emilio Parra Mojica.*

De la petición:

Solicita el memorialista se decrete la nulidad de todo lo actuado en las diligencias preliminares realizadas por el Juez Veintitrés de Instrucción Criminal, "...por la *incompetencia* de este funcionario para la práctica de las diligencias mencionadas". Sustenta su pedimento en la calidad de cargo que ostenta (Procurador Regional del Guainía), cuya investidura indica que la investigación penal está atribuida privativamente a la Corte. No obstante, el referido Juez, "...sin disponer previamente de la orden o comisión de la autoridad competente, procedió citarse a su Despacho en varias oportunidades y recepcionarme versión libre asistido de apoderado y realizar inspección judicial en mi oficina de Procurador..."

En posterior escrito, el funcionario pide, en el evento de que no fuere de recibo la nulidad, se le recepcione la indagatoria en la capital de la República, por la ausencia en Inírida de profesionales del derecho que lo atiendan en la defensa de sus intereses.

La Corte:

1. La indagación preliminar.

Cuando se tiene conocimiento de una posible modificación al mundo material, provocada por una conducta humana, que puede dar lugar a la comisión de un hecho punible, dos son los funcionarios encargados de iniciar la respectiva indagación preliminar: El "...de instrucción que haya tenido conocimiento de la comisión del hecho

punible o aquel a quien se reparten las diligencias practicadas", según reza el artículo 342 del Código de Procedimiento Penal.

Ellos serán los encargados de despejar las dudas sobre la procedencia de la apertura de la averiguación criminal, determinando si en verdad tuvo ocurrencia el hecho del cual se tuvo conocimiento; además, si éste trasciende al ámbito penal, evento en el cual habrá de esforzarse por recaudar las pruebas primarias que permitan individualizar a sus autores.

Como bien puede verse, esta actuación judicial es anterior al proceso penal y está dotada de especiales características, siendo la primera de ellas su reserva, excepto cuando se le haya recibido versión libre al imputado, cuyo defensor "podrá conocerlas" siempre que esté legalmente posesionado. Ello indica que, aparte de la simple cognición, se le sustrae cualquier otro tipo de intervención, como el de solicitar pruebas o controvertirlas. La carencia de réplica probatoria es, por consiguiente, su segunda propiedad. La tercera se deduce de lo anterior: Los intervinientes no adquieren la calidad de partes, por cuanto la defensa apenas puede informarse de las diligencias practicadas, mientras que el denunciante sólo tiene ocasión de examinar el acopio probatorio cuando impugne el auto inhibitorio.

Así las cosas, explícase porqué la competencia para adelantar esta especial instrucción, no es restringida. Baste que el Juez que la acometa pueda cumplir esta tarea, lo que descarta de por sí a los exclusivamente sentenciadores (Superiores o del Circuito) que sólo adquieren su potestad a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación.

Ahora bien, la iniciativa del Juez de Instrucción no sufre desmedro en el evento de que una Corporación sea la que deba conocer de los hechos denunciados, puesto que el fenómeno de la incompetencia surge cuando finaliza la averiguación. Recuérdese que en ese momento deberá decidirse sobre la apertura de la investigación, por medio de un auto cabeza de proceso, o, en caso contrario, fenecer la indagación estatal con un auto inhibitorio. En este evento, y cuando la índole del delito o la existencia de un fuero especial le impidan al Juez de Instrucción dictar la providencia, el artículo 351 del estatuto procedimental ordena el envío de las diligencias al funcionario o Colegiatura respectivos para que tomen la decisión que corresponda.

2. La nulidad impetrada.

Según el memorialista, el averiguatorio está viciado de nulidad por incompetencia del instructor para adelantarlo. Basa su aserto en el fuero especial que lo asiste, y en el instructor especial —esta Colegiatura— que ha determinado la ley para adelantar la investigación penal de rigor, hecho que no respetó el Juez de Instrucción Criminal de Ibirida quien, inconsultamente, realizó una indagación preliminar sin haber sido comisionado por la Corte.

Aunque en principio podría asistirle la razón, esta acuciosidad no pasa de ser una mera informalidad. Como ya se vio, no se está frente a un proceso sino a una investigación preparatoria que no tiene mayor ambición que la de establecer si existen las suficientes razones para iniciar un proceso penal.

En el presente caso, el Juez de Instrucción Criminal de Inírida, ante la denuncia instaurada por el Inspector Municipal de Policía de Inírida, inició la pesquisa consiguiente, recaudando los mayores elementos de juicio, luego de lo cual remitió las diligencias a esta Corporación para que tomara las determinaciones que fueran del caso. Incluso, y teniendo en cuenta que el Procurador había denunciado al Secretario del Juzgado, decidió nombrar en su reemplazo y para esta actuación a un secretario *"ad hoc"*.

Bien puede verse no sólo la pulcritud del Juez en el manejo del asunto sino también su acatamiento a lo dispuesto por el artículo 342 de la sistemática procedimental. La celeridad de los trámites, teniéndose en cuenta la región apartada del país, siguió la directriz de la pronta y cumplida justicia que debe guiar a todo Juez de la República.

Además, respetuoso del fuero que le asistía al Procurador, culminadas las primeras diligencias, presto las envió a esta Corporación para que asumiera su trazado. Con ello evitó innecesarias demoras, cumpliendo a cabalidad con el principio de la economía procesal.

Así las cosas, la nulidad alegada no tiene sustento en el informativo y así habrá de señalarlo esta Corporación.

3. La solicitud de indagatoria.

De otra parte, el requirente demanda de la Colegiatura la recepción de su injurada en la capital de la República. Aduce como sustento, el que en Inírida no se encuentran abogados idóneos que lo puedan representar debidamente. La Corte no tiene ningún reparo a este pedimento pues, ante todo, debe garantizarse en su plenitud el derecho de defensa que le asiste al imputado. Por consiguiente, facilitándosele mejor la protección de sus intereses en esta ciudad, accede a recibirle su versión sin juramento, para lo cual se oficiará a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal para que designe el Juez que habrá de cumplir con esta diligencia. El término será de quince (15) días, contados al recibo de esta actuación.

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

Resuelve:

No decretar la nulidad impetrada y *acceder* a la recepción de su injurada en esta ciudad, solicitada por Pablo Emilio Parra Mojica, para lo cual se oficiará a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal para que designe al Juez encargado de tal menester, cuya comisión será de quince (15) días, contados a partir del recibo de este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Los cargos han de ser presentados con claridad, precisión, sustento jurídico y demostración contundente del yerro acusado, teniendo en cuenta que si bien cada cual goza de autonomía, no puede depender de los demás

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., trece de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0065 (septiembre 4 de 1991).

Vistos:

Fallando sobre causas acumuladas, el veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa (1990), el Juzgado Décimo (10º) Superior de Medellín, condenó a *Julián Peláez Cano* y *Luis Felipe Arias Castaño* a purgar en su orden, las penas principales de cincuenta (50) y sesenta y cinco (65) meses de prisión, como autores penalmente responsables de "cinco delitos de *falsedad agravada* en *documentos públicos*". A más de ello, al segundo de los nombrados también se le sentenció como sujeto activo de "dos (delitos) de *falsedad personal*, dos de *estafa agravada* y cuatro de *estafa agravada y atenuada*..." Revisada en segunda instancia, por vía de apelación, el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en lo fundamental el fallo recurrido, reduciendo las penas de los condenados, disponiendo que la de *Arias* fuera de sesenta (60) meses de prisión y la de *Peláez* de cuarenta y ocho (48) meses y diez (10) días también de prisión, aparte de absolver al primero por el delito de falsedad personal y declarar la prescripción del delito de estafa cometido por el segundo en mil novecientos setenta y ocho (1978), revocándose en cambio, la también prescripción del delito de falsedad personal que se le imputara.

Contra esta sentencia recurrieron en casación los procesados, presentando su apoderado sendas demandas de casación. Respecto de ella, el señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal, solicita su desestimación por desobedecer las reglas técnicas que gobiernan el recurso extraordinario.

Hechos:

En estos términos los resumió el Tribunal:

"*Del primer proceso:*...*Los hechos:*...A raíz del deceso del señor Luis Felipe Arias Gómez, un comerciante radicado en esta ciudad que en vida se identificó con la cédula de ciudadanía número 3.313.627 y con la libreta militar número 896845, ocurrido en el año de 1963, sus herederos iniciaron el correspondiente juicio de sucesión ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito que ordenó su apertura y reconoció a sus hijos como asignatarios forzosos, entre ellos a Luis Felipe. Ya en el mes de mayo de 1982 éste se entrevistó con el señor Bertulfo Antonio Alvarez, quien le cedió en préstamo $ 2.000.000.00 fijando un interés del 3% mensual, y para garantizar su pago mediante escritura pública número 1347 extendida el día 19 ante la Notaría Once del Círculo de Medellín se constituyó un gravamen hipotecario de segundo grado sobre una edificación de cuatro plantas ubicada en la calle 59 con carrera 46, que se había incluido entre los bienes del causante a quien su hijo suplantó tomando sus nombres y apellidos, así como sus documentos de identidad cuando intervino en ese acto. Valiéndose de esa habilidosa trama en el mes de febrero de 1983 Arias Castaño celebró un contrato de mutuo con el doctor Pompilio Morales, agente oficioso de su hija Gloria Lucía y del señor Alberto Aziori Jonás, quien le entregó en préstamo $ 4.800.000.00 ($ 800.000.00 pertenecían a la dama y el resto al varón con un interés del 3% mensual), y para asegurar la oportuna cancelación del crédito el mutuario constituyó una hipoteca de primer grado sobre un edificio de tres plantas situado en la carrera 74 con calle 49B, que también perteneció a su extinto progenitor, a quien una vez más reemplazó cuando se otorgó la escritura pública número 957 ante la Notaría Quince de esta ciudad.

"En los meses siguientes Arias Castaño cubrió oportunamente los intereses a Bertulfo Antonio Alvarez e, inclusive, amortizó parcialmente la deuda que quedó en $ 1.760.000.00, pero en el mes de enero de 1984 suspendió los pagos; lo propio aconteció con Alberto Azicri y Gloria Lucía Morales a quienes les canceló esos emolumentos hasta el mes de febrero de ese año. Su incumplimiento llevó a los acreedores a entrevistarse con el deudor en el Municipio de Marinilla, en las cuales intervino Julián Peláez Cano, un individuo hasta entonces desconocido pero que oficiosamente se convirtió en su asesor llevando la vocería en los diálogos y se comprometió a satisfacer la deuda en un plazo breve. Sin embargo, como quebrantó el compromiso adquirido limitándose a remitirles varias notas proponiendo un nuevo arreglo en términos descomedidos, en el mes de mayo de 1984 el doctor Pompilio Morales obtuvo el certificado expedido por la Oficina de Registro comprobando con sorpresa que los gravámenes hipotecarios habían sido cancelados desde el 8 de marzo por escritura pública número 181 otorgada ante el Notario Unico de Cáqueza (Cundinamarca) por un sujeto que se hizo llamar Alberto Muñoz Arango, quien supuestamente obró en nombre y representación de los prestamistas, por lo cual se instauró la denuncia.

"*Del segundo proceso:*...*Los hechos:*...A raíz de una de las tantas quejas instauradas por Arias Castaño y Peláez Cano por las presuntas anomalías en que incurrieron los funcionarios, los profesionales del

derecho y los prestamistas involucrados en la primera investigación penal y en los distintos procesos penales y civiles promovidos con ocasión de los hechos atrás analizados, el 24 de octubre de 1985 la honorable Corte Suprema de Justicia dispuso la práctica de una 'cuidadosa inspección' a esas actuaciones para comprobar si se habían presentado o no tales irregularidades. La averiguación fue encomendada a la doctora Martha Inés Cano Leyva, Abogada Visitadora adscrita a la Procuraduría Segunda Regional de esta ciudad quien, el 16 de enero de 1986, una vez agotada su gestión, rindió el informe número 001 dirigido a su superior jerárquico en el cual hizo una reseña detallada del trámite cumplido en todos los procesos, destacó las faltas disciplinarias y los posibles delitos que pudieron cometerse en desarrollo de los mismos, y solicitó la expedición de las copias pertinentes para que por separado se adelantara la correspondiente investigación en contra de los Magistrados del Tribunal, los Jueces Penales y Civiles, los Abogados que obraron en nombre y representación de los prestamistas, y de Luis Felipe Arias Castaño 'por las falsedades' detectadas en las escrituras públicas que otorgó cuando celebró el contrato de mutuo con varias personas; las dos últimas fueron remitidas a distintos Juzgados de Instrucción Criminal, pero luego fueron unificados porque se estimó, con sobrada razón, que se trataba de los mismos hechos. De esa manera nació este proceso acumulado con posterioridad al que impulsó el Juzgado Décimotercero Superior..."

Actuación procesal:

Así la sintetiza la Delegada:

"Los anteriores hechos ameritaron la apertura de investigación. Dentro de ella se escuchó en indagatoria a Luis Felipe Arias Castaño y Julián Peláez Cano, quienes fueron cobijados con detención preventiva por el Juzgado Cincuenta y Dos de Instrucción Criminal de Medellín el 24 de julio de 1984 (fls. 168 y ss., cuaderno 1). El Juzgado Trece Superior le impartió calificación al sumario el 25 de enero de 1985 (fl. 389, cuaderno 2). Respecto de los otros sucesos, concernientes al segundo proceso, pero concatenados con los primigenios, quien calificó el mérito sumarial fue el Juzgado Novero de Instrucción Criminal el 29 de diciembre de 1987. Despacho que formuló resolución de acusación por los delitos de falsedad personal y estafa (fl. 637, cuaderno 10).

"Desarrollado el juicio por las vertientes legales y realizada la diligencia de audiencia pública, se dictaron los fallos de primera y segunda instancia ya reseñados. Contra este último se interpuso el recurso extraordinario de casación, de cuyo trámite se ocupa en la actualidad la Corte".

Las demandas:

Como quiera que las dos demandas presentadas por el mismo profesional del derecho guardan identidad en cuanto a argumentos,

causales y peticiones, constituyéndose la una en simple reiteración de la otra, la Sala las abordará conjuntamente, tanto en la exposición de su contenido como en el estudio de sus peticiones.

1. La nulidad.

En lo que se refiere a la nulidad, formula dieciséis cargos, el resumen de los cuales bien puede ser el *primero* en el que alega una violación indirecta del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, por error de derecho al no haberse cumplido con las formalidades del juicio, no haberse tramitado el proceso por las autoridades competentes y haber tenido en cuenta leyes, *ex post facto*, desfavorables, dándoles carácter retroactivo.

Los demás cargos se limitan a desarrollar las pretensas violaciones como el desconocimiento a las pruebas de descargo por ser dilatorias e improcedentes, violaciones que denuncia en los reproches *segundo* y *cuarto*, al tiempo que la incompetencia la desarrolla en el *quinto* luego de señalar en el *tercero*, la falsedad de las escrituras tenidas en cuenta para condenar a su representado y la ignorancia de las partidas eclesiásticas que desvirtuaban la posible falsedad. En el *sexto* se refiere a la ilegalidad de los dictámenes médicos, grafológico y de valoración de perjuicios por vicios en su publicidad y contradicción, mientras el *décimo* lo centra en la también carencia de fuerza legal del dictamen y del reconocimiento fotográfico que permitió la vinculación de Julián Peláez Cano.

En el *séptimo*, por su parte, plantea la falsedad personal como el único delito que podría imputársele a su representado, de donde extrae un error en la denominación jurídica de la infracción, que desarrolla en el *octavo*, advirtiendo que la falsedad personal excluye la estafa, concluyendo en el *noveno*, que las calificaciones realizadas tuvieron como fin el desconocer la nulidad consiguiente, advirtiendo en el *undécimo* que la nulidad por mala calificación no se decretó debido a que el fallador alegó que los autos son ley del proceso.

Los cinco restantes tienen que ver con la audiencia pública a la cual tilda de ilegal puesto que en ella no se permitió la lectura de piezas procesales pedida por las partes, tampoco la participación de abogado *(duodécimo)*, ni del procesado *(décimotercero)*, amén de realizarse las advertencias de ley consagradas en el artículo 498 de la nueva sistemática procedimental, lo cual se constituyó en una presión que inhibió el derecho de defensa, evento que no contemplaba la norma anterior, aplicable al caso de la especie *(décimocuarto)*, rematando en el *décimoquinto* sosteniendo que la audiencia no fue pública sino un simple simulacro, lo que justifica su prédica del *décimosexto* que califica el fallo como una monstruosidad jurídica por haber dado al traste con los derechos consagrados en beneficio del reo.

2. Causal primera.

También aquí presenta una pluralidad de cargos, esta vez cinco, tres de los cuales los sitúa en el marco del error de derecho. Así, el *primero* y el *segundo* los plantea con fundamento en la condena im-

puesta a su poderdante como autor de falsedades en documento público, haciendo caso omiso del yerro en la denominación jurídica de la infracción, con lo cual se violaron los artículos 220 y 222 del estatuto punitivo. El *tercero* no es más sino una proyección de los dos anteriores, sólo que esta vez aduce como vulnerados los artículos 227 y 356 del Código Penal, advirtiendo que alega esta causal "...como una consecuencia natural y lógica de la primera...", debido a su íntima vinculación de causa a efecto que hace similares los argumentos.

El *cuarto* reproche de este grupo lo plantea como una violación directa de los artículos 80 y 85 del Código Penal, por indebida interpretación "...cuando entiende que el aumento 'hasta en la mitad' para el usuario que haya intervenido en la falsificación (art. 222) permite al fallador sobrepasar el máximo señalado en el artículo 222 *ibídem*, haciendo la estimación *únicamente* de ese motivo de agravación, prescindiendo de los de atenuación que concurran, como lo hizo en su fallo recurrido para no acceder a la prescripción solicitada..."

El cargo *quinto* regresa al artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886 pues, según su pensamiento, se pretendió aplicar con retroactividad el artículo 7º del Decreto 1861 de 1989, que resta del término prescriptivo el tiempo durante el cual el proceso haya estado suspendido por motivo de una recusación, desconociendo la época en que ocurrieron los hechos y la propia orden del Tribunal que le imponía al *a quo* la continuación del proceso aunque existiera recusación pendiente.

Concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

Luego de poner de presente las múltiples violaciones a la técnica de casación, tanto en su aspecto general como al interior de cada cargo, el Colaborador Fiscal solicita la desestimación de la demanda. En su momento la Sala se referirá a espacio sobre sus argumentos.

La Corte:

1. La demanda de casación.

La demanda de casación conforma una estructura conceptual que se fundamenta en la robustez de los argumentos jurídicos, el rigor de la lógica y el apego a las exigencias formales propias de este especialísimo recurso. Así, los cargos han de ser presentados con claridad, precisión, sustento jurídico y demostración contundente del yerro acusado. Además, han de guardar armonía con los restantes, teniéndose en cuenta que si bien cada cual goza de autonomía y por ello ha de formularse por separado, su proposición y, por ende, su prosperidad, no pueden depender de los demás así como tampoco subordinarlos a sus propias vicisitudes o éxitos.

Las razones son vigorosas.

En primer término se encuentra el principio de autonomía de las causales, el que se fundamenta en la naturaleza particular de cada una, creada para examinar y corregir un ámbito determinado del

quehacer judicial, bien en lo atinente a su actividad (error in procedendo*) bien en lo tocante a su juicio (error* in iudicando*). Ello implica que respecto de cada cual caben determinados argumentos y se persiguen explícitos efectos, los cuales en veces excluyen los de otras causales.*

Sabido es que en la causal tercera se busca el desquiciamiento de una parte o de la totalidad del proceso viciado de nulidad, lo cual implica que no solamente el fallo pierde su entidad, sino que con él desaparece la porción procesal que se vio afectada por el yerro. Se impone, entonces, el reenvío a las instancias para que los falladores reparen el entuerto, encausando la actuación por los linderos del derecho. No sucede lo propio con las restantes causales. En ellas, la violación de la ley o la incongruencia entre la resolución de acusación y la sentencia, son reparables en sede de casación, pues basta con enmendar el fallo de instancia en la parte pertinente.

En este punto encuéntrase una segunda razón palmaria: El principio de no contradicción. Como muchas veces lo ha expresado la Sala, se configura como uno de los criterios máximos del instituto de la casación, como quiera que los argumentos expresados en el libelo deben conservar una unidad conceptual sin que sea dable el negar y afirmar determinado tópico, al mismo tiempo. Aquí, se ha repetido, no se busca el triunfo de las propias tesis sino la demostración de un yerro judicial protuberante que afecta la estructura del proceso, demostrable a partir de la realidad procesal y no de la personal interpretación del recurrente.

Si ello es así, esta realidad no puede acomodarse a los designios particulares, buscando un beneficio que no consulta la equidad misma, sino los intereses encomendados. La verdad procesal es una y como tal ha de examinarse frente a las decisiones judiciales. No pueden, pues, tolerarse divagaciones, inseguridades, menos aún tergiversaciones o malinterpretaciones. El censor ha de ceñirse al proceso mismo y a la normatividad que lo rige, únicas fuentes de su alegato. Nada más. De ahí que no pueda invocar razonamientos excluyentes o contradictorios. Una cosa no puede ser y ser al mismo tiempo. Aquí se encuentra el linde de la impugnación estudiada y la seriedad de su fundamentación.

Como consecuencia de lo anterior, baste recordar que la casación no es una prolongación del debate de instancia en el que cada parte pretende hacer valer sus conclusiones en oposición a las defendidas por los demás concurrentes. Pronunciada la decisión judicial, resta por establecer si ella es una consecuencia legal de lo probado. Cualquier desviación que violente esta armonía en forma grave ha de denunciarse a través de la casación —siempre que halle acomodo en las causales previstas taxativamente por la ley—, para que remedie la falencia.

Un libelo que olvide tales preceptivas se reduce a un simple alegato que ha de rechazarse por improcedente.

2. La demanda presentada y su ineptitud.

Como bien lo señala el Ministerio Público, los tropiezos técnicos del escrito presentado a consideración de la Sala, son mayúsculos, no

sólo en lo que tiene que ver con su presentación general, sino también en la fundamentación de cada cargo, descuidándose a la par, la lógica, la precisión, la armonía conceptual y el desarrollo argumental. La confusa demanda pese a estar formalmente separada en dos causales, transita indiscriminadamente entre ellas, confundiendo sentidos y motivos, enhebrados con interpretaciones personales, epítetos y un listado de razones que sólo encuentran razón de ser en sí mismas.

Obsérvese.

El primer vistazo a la demanda tropieza con las dos causales aducidas (primera y cuarta, del estatuto procesal de 1971), separadas formalmente. Sin embargo, al examinar los cargos de uno y otro grupo, se descubre que la construcción argumental es igual para los de cada especie, indicativo que para el censor, las causales primera y cuarta son idénticas. Si alguna duda cabe, es el propio recurrente quien la despeja cuando afirma en la sección destinada a la primera causal que "...los argumentos ya expuestos en sustentación de la causal de nulidad...son los mismos que demuestran la violación de la ley sustancial, por lo cual no precisa volver sobre los temas ya establecidos para su estudio, a los cuales con todo respecto me remito..."

El exabrupto es incuestionable.

No obstante, no es el único reparo. Como en el acápite anterior se explicó, el principio de autonomía de las causales no puede olvidarse puesto que cada una tiene su naturaleza diferente, lo que indica un modo distinto de abordarlas. Tal previsión no es tenida en cuenta por el recurrente quien, como se ha visto, transita indistintamente por las causales, incluso tornándolas dependientes entre sí, pues para él "...ambos motivos de casación están, como evidentemente ocurre, íntimamente vinculados entre sí, con un nexo absoluto de causa-efecto..." Tal indistinción se comunica a las censuras que, de igual manera, se ven formuladas simultáneamente en diferentes ámbitos, provocando el natural caos que conspira contra el mandamiento legal de formulación separada, con sus propios fundamentos y normas quebrantadas.

Un examen detallado de los cargos descubre esguinces similares a la técnica de casación.

Lo primero que se advierte es la mezcla de la violación indirecta con la nulidad. Al tratarlas indiferentemente, pese a estar desarrollando los cargos al amparo de la nulidad, borra aparatosamente sus fronteras, oscureciendo su pensamiento. Ejemplo claro de ello son los cargos *primero, tercero, séptimo, octavo, noveno, décimo y undécimo.* Detállese.

En el *primero* abiertamente comienza su argumentación destacando que la sentencia "...violó indirectamente por omisión debido a error de derecho...el artículo 26 de la Constitución Nacional..." La contradicción es evidente e implica el desconocimiento de lo que se entiende por error de derecho. Ha dicho la Sala en múltiples ocasiones que se trata de una falencia en el juicio del fallador, bien porque tuvo en cuenta una prueba ilegalmente aducida al proceso o la rechazó pese a su corrección, fenómenos propios de un falso juicio de legalidad.

También yerra en derecho si no le otorgó a una prueba el valor que le reconoce la ley, caso en el cual se está frente a un falso juicio de convicción. Como bien puede verse, esta violación mediata de la ley sustancial es ajena a las garantías fundamentales consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuyo atropello se produce al desconocerlas, sin que incida el examen del recaudo probatorio hecho por el juzgador.

Pero, además, tampoco el censor es afortunado en la fundamentación. En la poquedad de un párrafo se limita a enumerar las falencias (incumplimiento de las formalidades propias del juicio, incompetencia y aplicación de leyes desfavorables *ex post facto*), transcribir el artículo 26 y citar a la Corte. Unicamente. Queda en suspenso la individualización de la falla judicial al no examinar el problema a la luz de la realidad procesal. La carencia de comprobación de lo alegado implica el rechazo consiguiente.

En el *tercero*, la defectuosa presentación también le resta claridad a su pensamiento. La médula de su tacha se dirige a demostrar que el Tribunal sustentó el fallo sobre documentos falsos, lo que a todas luces indica su incursión en un error de derecho por falso juicio de legalidad, pues basó su decisión en una prueba manifiestamente ilegal.

Ahora bien, aunque la dilógica presentación del cargo se pasara por alto, la enumeración de nulidades que trae, tampoco es de recibo. En lo que se refiere a la primera, la contrariedad del casacionista se basa en la negativa del Juez de practicar una inspección judicial que demostrara la falsedad de la escritura 4067, mediante la cual se dice que Arias le vendió sus derechos herenciales a una hermana suya.

De lo anotado se extrae que el recurrente pretende aducir una violación al derecho de defensa por no haberse practicado la referida prueba, idónea para demostrar la inocencia del inculpado. Sin embargo, para que la causal prospere es necesario que la probanza sea fundamento esencial del fallo, lo que no se da en el presente caso. En efecto, aunque es cierto que en las instancias se le otorgó importancia al citado documento, apenas se constituyó en un refuerzo de la abundante prueba de cargo que demostró los múltiples ilícitos cometidos, empezando por la suplantación de su padre para acceder a préstamos sobre los bienes materia de la sucesión. El que, si fuere el caso, aún tuviera en su cabeza los derechos como heredero, no excluye las conductas reprochables que le valieron el fallo condenatorio.

En cuanto a la escritura 181, mediante la cual se cancelaron las hipotecas que Arias había suscrito usurpando a su progenitor, intento vano para defraudar a los acreedores, es obvio que la confusión de nombres (Luis Felipe Arias Gómez y no Luis Felipe Arias Castaño) es un asunto cortical, pues es palmario que cuando Arias Castaño adquirió las obligaciones, lo hizo a nombre de su padre, razón por la cual tanto su apelativo correcto como la cancelación ilícita, aparecen en ella.

Restaría por examinar lo relativo a la filiación falsa que se le atribuye en los autos y una posible falsedad en la presente actuación, que se desprende de la desaparición de unos folios. Sobre la primera, la sustentación es magra en extremo pues apenas adivera que "...re-

sulta completamente de fehaciencia y desvirtuada por las actas de las partidas eclesiásticas..." Eso es todo. No le parece importante demostrarle a la Corte el porqué las dichas partidas desvirtúan la documentación que obra en el proceso, resaltando la importancia de cada cual y examinándola en relación con el conjunto probatorio.

En lo relativo a la pérdida de los folios, sus consecuencias procesales no son otra cosa que hipótesis personales, sin ningún asidero. El que ella demostraba cómo su poderdante "...ha sido injustamente perseguido durante muchos años, por errores judiciales reconocidos tardíamente..." y que era "...plenamente confirmatoria de los descargos de Julián Peláez Cano...y por eso la suprimieron...", son afirmaciones abstractas que no aportan ninguna prueba sobre una posible mengua a las garantías fundamentales de Arias Castaño.

El *séptimo* no corre con mayor fortuna. Pese a que advierte que se refiere a un error en la denominación jurídica de la infracción, lo que supone que el hecho fue estudiado con propiedad por el sentenciador, fallando únicamente en el *nomen iuris*, se dedica a desvirtuar los argumentos del Juez, enfrentándole su propia interpretación, queriendo demostrar la existencia de otro ilícito.

Para comprobarlo asegura el actor "...que la única acusación que...jurídicamente cabría sería la falsedad personal...pues se pregona...que los procesados suplantaron...al señor Alberto Muñoz Arango...para obtener un *certificado* de cancelación de las hipotecas constituidas por Luis Felipe Arias Gómez...Resultando esta norma (la del art. 226) de mayor *especialidad* que la del canon 227 *ibídem*... porque de ello ningún provecho derivaban los acusados..." Sin embargo, posteriormente advierte que "...la norma tomada por el Juzgador se refiere nítidamente a la falsedad material de un particular en documento público. Esto en cuanto dice relación a la escritura pública 181..."

Como puede observarse, su inconformidad radica en diluir las imputaciones, reduciéndolas a un solo ilícito, el que dicho sea de paso, niega en el cargo *tercero* cuando señala que la escritura pública 181 se refiere a otra persona diferente a la de su poderdante, lo que demuestra su ajenidad al hecho imputado. En resumidas cuentas, la inocencia predicada en el *tercero* se niega en este *séptimo*. Contradicción insalvable que desquicia de igual manera la censura.

En el *octavo*, el rumbo que toma es similar al del anterior. Aquí señala la imposibilidad jurídica de un concurso material de falsedad personal y estafa, por ser excluyentes entre sí. En esta ocasión se refiere al segundo negocio acumulado y precisa que el mandato legal es imperativo al advertir que este tipo de falsedad existirá siempre que el hecho no constituya otro delito. Por tanto, siguiendo su planteo, lo correcto habría sido el sentenciar a Arias Castaño únicamente por la falsedad personal descrita en el artículo 227 a que se ha hecho referencia. No obstante, como ya se vio, esta imputación fue rechazada de plano por el censor en el cargo *tercero*, contradicción palmaria que desquicia el cargo, sin que se constituya en la única falla. Los

pocos renglones destinados a la sustentación no señalan cuál fue la garantía violada, de las varias que se encuentran contenidas en el artículo 26 de la Carta.

Esta falta de precisión desconoce que cuando se acude a la causal tercera, se debe señalar la clase de nulidad, los fundamentos de ella y las normas que considere atropelladas. La exigencia responde al resguardo en la norma de un número plural de garantías, cada cual dotada de su propia esencia: Fallador competente, el debido proceso, el derecho de defensa, el principio de legalidad en el delito o la pena, el principio de favorabilidad y la motivación del fallo, entre otras. Un alegato abstracto impide conocer a cuál de ellas se refiere, oscuridad argumental que impide el estudio de fondo de la censura.

En el *noveno* reproche no mejoran las cosas. Según sus palabras, en las calificaciones dadas en ambos negocios se trató "...de desconocer el hecho jurídico de la nulidad...", sin que explique a cuál vicio de este tipo se refiere. Apenas se limita a reseñar las actividades correctas de Arias, quien presentó para los negocios de mutuo los títulos de las propiedades ofrecidas, amén de entregar documentos que prestaban mérito ejecutivo, pagar cumplidamente los réditos establecidos y ofrecer a los acreedores la mejora de las garantías. Basado en esto concluye que "...los cargos de falsificación material en documento público, estafa y falsificación personal, quedan en el vacío...", por carencia de pruebas. Aparte de que, como en los anteriores cargos, no especifica la garantía que considera vulnerada, contradice flagrantemente lo dicho en el *tercero*, en donde al plantear el error en la denominación jurídica de la infracción, aceptó la culpabilidad de su pupilo, aunque reducida a la falsedad personal. La antinomia es tan evidente como lo deberá ser el rechazo de la censura.

En el *décimo*, los desaciertos prosiguen cuando tilda de "...secreta porque en el expediente no aparece", la prueba tenida en cuenta en el juicio para condenar a Julián Peláez Cano. Tal aserto indica que el fallador consideró probanzas que no fueron allegadas al expediente, clásico error de hecho por falso juicio de existencia. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, primero disvaloró las apreciaciones del fallador sobre el particular, tildando de "hecho minúsculo" la recomendación que Cano hiciera de Arias Castaño, y de "seudopruebas" las tenidas en cuenta por el fallador para condenar a Peláez, a las cuales califica de "ilegales" (dictamen pericial y reconocimiento fotográfico), así, la censura se traslada al falso error de derecho por falso juicio de legalidad, pese a lo cual concluye advirtiendo que estos vicios "...no permite calificar la actuación de válida y cumplida con la plenitud de las formas propias de un juicio".

No se requiere mayor esfuerzo para advertir la confusión argumental del recurrente, quien olvida que las formas propias del juicio "...son el conjunto de exigencias y de garantías procesales que caracterizan un determinado procedimiento y que permiten, por consiguiente, distinguirlo de otros...Para que tal violación tenga esa entidad debe ser manifiesta e incidir sobre lo que constituye la manera específica de su modo de ser con el otro procedimiento" (C. S. de J., diciembre 3 de 1981). Distinto es el caso si del examen del recaudo

probatorio se yerra en su expresión o su evaluación. Son fenómenos diferentes que se encuentran contemplados en causales diferentes, cada cual dotada de su técnica específica y sus especiales consecuencias.

En el *undécimo* persiste en invocar la causal primera al indicar que la mala calificación de los hechos imputados (dos eran idénticos y recibieron denominaciones distintas) no logró que los sentenciadores decretaran la nulidad formal, "...razonamiento equivocado (que) violó por omisión debido a un manifiesto error de derecho, los artículos 210, ordinal 5 y 212 del Código de Procedimiento Penal, que también hacen parte de la plenitud de formas propias del juicio..." De nuevo la dilogía anula la censura.

Sobre los demás cargos, razón le asiste a la Delegada cuando "...observa cómo el censor olvida señalar la clase de nulidad que invoca, los fundamentos de la misma, su incidencia en el fallo que impugna, etc. Ignora que no se trata de una tercera instancia, sino de una fase que no permite las divagaciones y las especulaciones...El simple inventario de irregularidades, que contiene la única aspiración de derrumbar el proceso, no puede tener acogida, máxime cuando no los impregna del vicio que tenga la virtud de deleznar la estructura procesal.

"Las denegaciones de pruebas por 'improcedentes y dilatoras..., se hacían con el afán de desconocer el debido proceso y el derecho de defensa' (cargo 2º). Lo mismo, la negativa de 'todo recurso incidental' (cargo 5º). Los dictámenes para determinar la excarcelación de Julián Peláez Cano y de estimación de perjuicios, tuvieron vicios en su publicidad o en contradicción, que genera su 'absoluta invalidez' (cargo 6º). Las calificaciones jurídicas hechas tuvieron el propósito de desconocer la nulidad (cargo 9º). La negativa de leer piezas procesales en la audiencia genera nulidad (cargo 12) y realizarla sin ser pública 'constituyó un simple simulacro atentatorio del derecho de defensa...' (cargo 15). Toda esa suma de informalidades 'dieron al traste...con todos los derechos consagrados en beneficio del acusado...' (cargo 16).

"Una sumatoria de situaciones procedimentales, sin demostración de la incidencia en el fallo impugnado no tiene la potencialidad de dejar sin piso el proceso. Más parece un inventario de inconformidades que fueron controvertidas en las instancias y se hacen persistir con un ánimo dilatorio, como el que embargó todo el proceso. La falta de seriedad de la demanda es evidente".

3. Ahora bien, el tratamiento dado a la segunda causal tampoco es afortunado. La presentación es abstracta pues se limita a repetir la locución legal "ser la sentencia violatoria de la ley sustancial", callando sobre el sentido en que se invoca. Para superar el obstáculo, se debe acudir al desarrollo mismo de los cargos, encontrándose planteos de error de derecho (aunque calla sobre los falsos juicios correspondientes) en los tres primeros, que no son sino repetición de lo dicho en la causal de nulidad. De nuevo habla de error en la denominación jurídica de la infracción e insiste en la presencia solitaria de la falsedad personal, recalcando su íntima comunión con la

nulidad por violación al artículo 26 de la Carta de 1886, dejando al garete la argumentación por considerar que la expuesta en la causal cuarta es suficiente.

El *quinto* también hace un regreso explícito al referido artículo 26, por pretender aplicar el fallador el artículo 7º del Decreto 1861 de 1989. Resta por examinar el *cuarto* cargo en el que habla de una violación directa de la ley sustancial por indebida interpretación de los artículos 80 y 85 del Código Penal, aunque posteriormente cambia de parecer al adverar que el atropello al artículo 85 es "...por omisión, en forma directa, lo que indica que el sentido invocado, entonces, es la falta de aplicación". El argumento es dilógico pues la interpretación errónea supone que la norma escogida es la correcta, constituyéndose la equivocación del sentenciador en una interpretación que no recoge su verdadero sentido. Por ello no se puede afirmar al mismo tiempo que se interpretó mal la norma y no se le tuvo en cuenta.

El rechazo de la demanda es su medida y así lo ha de declarar la Sala.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. RECUSACION

No hay diferencias entre la invitación al impedimento y la solicitud al funcionario de que se declare impedido y no puede aceptarse que, en uno y otro caso, se eleve a la categoría de RECUSACION, lo que en rigor jurídico no lo es

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 067 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

El presente proceso, adelantado contra *Bernardo Antonio Patiño Fajardo*, por el delito de "falsa denuncia", según la que le formuló Edmundo Castro Escamilla, se encontraba en el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, en el trámite propio a la segunda instancia, por apelación instaurada por la representante de la parte civil, doctora Luz Piedad Gómez de Castro, contra el auto de marzo 15 del año en curso, que dispuso la cesación de todo procedimiento, cuando la misma impugnante presentó un escrito en el que "comedidamente solicito al honorable Magistrado, doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel *se declare impedido* de seguir conociendo el proceso en referencia y de resolver el recurso interpuesto, teniendo en cuenta lo ordenado en el Código de Procedimiento Civil —sic—, en los artículos 103 y siguientes.

"Baso mi petición en el hecho que el honorable Magistrado en providencia aprobada según Acta número 045A de noviembre 28 de 1990, dentro del proceso de falsa denuncia contra el abogado Hernán Darío Zea Llanos, en que también era denunciante el doctor Edmundo Castro Escamilla, por los mismos hechos que se investigan dentro del sumario en referencia, se pronunció con fallo a favor del sindicado (fl. 208). Es decir, ya se pronunció sobre el asunto materia del proceso, por lo que no habría absoluta independencia, ni tampoco estaría libre de preconceptos y vinculaciones con el tema".

Breves consideraciones de la Sala y del Tribunal:

1. *Hay que reconocer, con estrictez, que lo que hace la apoderada de la parte civil es provocar, promover, suscitar la separación del*

funcionario del conocimiento del proceso, y esta figura, sea por la vía de la invitación o de la solicitud, que para el caso es lo mismo, no existe en nuestro procedimiento penal y ni siquiera tiene cabida en el civil. Ya se ha asegurado por esta Corporación que la declaración de impedimento es determinación de la exclusiva incumbencia del funcionario, atributo suyo propio y único, pues sólo a él corresponde auscultar su particular situación y decidir, conforme a la misma, silenciar o manifestar la excusa.

También ha sostenido la Corte:

"...La obligación del funcionario público, cuando advierte uno cualquiera de los motivos consagrados por la legislación como causales de separación, es perentoria: Manifestar su impedimento sin reticencias ni pretextos. En este punto se le demanda rectitud y claridad buscando tan sólo los altos fines a que responde el comentado instituto. Cualquiera de las partes debe, por iniciativa propia, en circunstancias tales, introducir la recusación pertinente, aportando la demostración de rigor. Iguales factores de lealtad y probidad deben existir. Pero la distorsión institucional se presenta cuando las partes se abstienen de formular y probar la recusación, para insinuar al funcionario la conveniencia o justicia de invocar su impedimento. Y aquél resuelve referirse a éste, tramitándose posteriormente el incidente por las normas propias de la recusación.

"El Código de Procedimiento Penal trae dictados legales para uno y otro eventos. Pero no es dable mezclarlos ni tratar de solucionar un impedimento cuando lo que se ha presentado es una recusación o atender a ésta con los preceptos de aquél. UNA PETICION DE UNA PARTE EN EL SENTIDO DE RECLAMAR LA EXTERIORIZACION DE UN IMPEDIMENTO, DEBERIA RESPONDERSE CON LA INVOCACION DEL FUERO PROPIO QUE IMPLICA ESTA FUNCION, SIN INVOLUCRAR LOS MOTIVOS DEL CUESTIONAMIENTO. Y ALLI PARARIA EL ASUNTO, SIN ATRAER LA INTERVENCION DEL HOMOLOGO QUE SIGUE EN TURNO O LA DEL INMEDIATO SUPERIOR. ESTA DOBLE ACTUACION SOLO SE POSIBILITA CUANDO EL QUE PUEDE EXCUSARSE MANIFIESTA EL IMPEDIMENTO. RESULTA TODAVIA MAS IMPROCEDENTE, como ha ocurrido en el caso sub exámine, *QUE LA NO ACEPTACION DE UN INSINUADO IMPEDIMENTO, SE TOME COMO EL RECHAZO DE UNA RECUSACION" (Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez, Auto de marzo 1º de 1984).*

2. El Tribunal, entendiendo que la solicitud de declaratoria de impedimento cobijaba a todos los Magistrados que hicieron Sala cuando se profirió la determinación de noviembre 28 de 1990 (Doctores Jorge Alberto Hernández Esquivel, Fernando Maldonado Cala y Alvaro Moreno Perilla), que fue en lo que se fundamentó la apoderada de la parte civil para su petición, la despacharon de manera unificada, atendiendo a lo mandado por el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de ir aquella sólo dirigida al Magistrado ponente doctor Hernández E. Y, entonces, dijeron:

"...a los funcionarios judiciales no se les solicita que se declaren impedidos, sino que se les recusa, como derecho que tienen las partes

ara asegurar la imparcialidad del juzgador; así lo ha puntualizado la orte Suprema de Justicia en autos de abril 2 de 1979 y diciembre 1º e 1987; sin embargo la Sala, en aras de poner fin a un futuro inciente dilatorio, lo tomará como una recusación en razón de que no es na simple invitación a declararse impedida, sino una solicitud en al sentido;...

"A pesar de que el memorialista no señala la causal concreta de mpedimento, es de suponer, por el contenido del escrito, que se efiere a la circunstancia de 'haber manifestado su opinión sobre el sunto materia del proceso'.

"Es evidente que la Sala, en anterior oportunidad, hubo de pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la providencia emanada del Juzgado Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal, mediante la cual puso fin al proceso que por falsa denuncia contra persona determinada, se adelantara en contra de Hernán Darío Zea Llanos, el que se inició a instancia del señor Edmundo Castro Escanilla, quien actuaba en calidad de denunciante.

"Tampoco remite a duda que los hechos allí juzgados y relacionados en la providencia proferida por la Sala (fl. 218), son similares a los que ahora se investigan dentro de este proceso, donde se señala a Bernardo Antonio Patiño Fajardo como autor del punible; tanta relación tienen que el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal en una sola providencia (fls. 23 y ss.) puso fin a la investigación por los presuntos delitos de calumnia e injuria originados en las tres denuncias que formularon Patiño Fajardo, Uribe Fajardo y Zea Llanos.

"Ahora bien, no basta el haber emitido concepto sobre las circunstancias fácticas, sino que éste debe darse en cumplimiento de tareas distintas a las propias del cargo, pues sólo por excepción las opiniones emitidas por los funcionarios en desarrollo de sus funciones, lo inhiben para conocer del proceso, tal como lo ha plasmado reiteradamente la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de Justicia (cfr. autos de junio 28 de 1983, diciembre 17 de 1987 y 15 de noviembre de 1989).

"En el caso materia de estudio, la Sala se pronunció en cumplimiento de un deber funcional al corresponderle conocer de un recurso de apelación, circunstancia que de ninguna forma determina que no pueda pronunciarse sobre los mismos o parecidos hechos a propósito de otra persona contra la cual se esté adelantando investigación, pues no debe olvidarse que ni siquiera el rompimiento de la unidad procesal impone circunstancia de inhibición para seguir conociendo del proceso contra otros partícipes, a pesar de que ya se hubiese hecho pronunciamiento sobre el hecho punible, tal como lo prevé el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal.

"Ahora bien, como no se trata de los casos especialmente reglados donde es posible el impedimento por haber emitido opinión judicial al respecto (arts. 103, numeral 7º y 535 del C. de P. P.), la Sala rechazará la 'solicitud de declararse impedido' y ordenará el envío del proceso a la Corte Suprema de Justicia para que en sabiduría determine lo que estime conveniente de conformidad con el artículo 110 del estatuto de procedimiento".

Y, en la parte resolutiva el Tribunal, concretamente señaló: *"No aceptar* la recusación formulada por la doctora Luz Piedad Gómez de Castaño..." —sic—.

Se hila de forma sobradamente delgada cuando se hacen diferencias entre la invitación al impedimento y la solicitud al funcionario de que se declare impedido, pues en el fondo una y otra conducen a lo mismo, esto es, a que no motu proprio, *sino de manera provocada, incitada, aquél haya de pronunciarse sobre lo conducente o no de su separación del conocimiento del asunto. Y no se olvide que Diccionarios hay que traen en la sinonimia de la voz "invitar", la expresión "rogar que", "suplicar que", que no se ve de qué manera pueden escapar a encajar en el significado del término "SOLICITAR". De otra parte, la Corte siempre le ha dado a la solicitud y a la invitación, en estas materias, una misma acepción y trascendencia.*

Ahora, que se busca (elevando a la categoría de "RECUSACION" lo que en rigor jurídico no lo es) "poner fin a un futuro incidente dilatorio", no deja de ser sino una buena intención que no consulta la realidad de las cosas, por cuanto si se toman ellas como son, esto es, la invitación al impedimento como tal, y por tanto como fenómeno extraño a nuestro procedimiento, basta, para despachar el asunto cabalmente, rechazar la provocación, sin que la dicha determinación, como ya lo expresó la Corte, tenga que "atraer la intervención del homólogo que le sigue en turno o la del inmediato superior" y sin que, óbvio, el funcionario tenga que "involucrar los motivos del cuestionamiento". Se gana pues así, con estricta sujeción a lo que manda el Código de Procedimiento Penal, el tiempo que se busca ahorrar por otros caminos que no atienden ceñidamente a su ordenamiento. Es más, si con posterioridad y ya con el lleno de los requisitos legales, se verifica ahí sí la recusación, no hay motivo para decir de tal proceder que constituye un incidente dilatorio y el tiempo que en su legal trámite se invierta no hay que tenerlo como malbaratado o desperdiciado. De otra parte, mientras ella ciertamente no se presente, no hay porqué festinarla y menos buscando racionalizar así el predicamento de una recusación que strictu sensu *no se da.*

No ha debido pues el Tribunal proceder de la manera como lo hizo, y si ello es así como lo es por imperio del derecho, no puede la Corte acolitar la irregular actuación, interviniendo en el fondo en el trámite de un asunto al que por ley no está avocada, para avalar así los criticados vicios.

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

Resuelve:

Inhibirse de pronunciarse en el fondo en el presente asunto que dice de una invitación a que la Sala de marras se declare impedida para conocer de este proceso adelantado contra Bernardo Antonio Patiño Fajardo.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO

La Corte no está en la obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 67 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en determinación de febrero 18 del año en curso, dispuso la cesación de todo procedimiento adelantado contra los doctores *Amparo Leonelia Rojas Ospina* y *Harold Insuasty Arce*, a quienes en su condición de Juez Primero Penal Municipal de la Florida y de Juez Quinto Penal del Circuito de Palmira, les formuló denuncia por el delito de *"prevaricato"* la señora Elfa Orozco Rengifo. Contra esta determinación interpuso recurso de apelación el doctor Jorge Gutiérrez Arias, apoderado de la parte civil, el que, habiendo sido sustentado debidamente y en oportunidad, fue concedido el 4 de marzo del presente año.

Y, en sede de la Corte, obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público y fijado en lista el asunto por el término de ley, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal:

Elfa Orozco Rengifo, por valor de $ 240.000.00 dio en venta a Martha Elena Bravo Martínez, mediante escritura pública otorgada el 26 de enero de 1987, en el Círculo Notarial de Florida, Valle, y debidamente registrada, un lote de terreno ubicado en la calle 6ª, antes, hoy 3A, entre la carrera 16 y 17. Al iniciar la construcción en el predio que acababa de comprar, la señora Bravo M., no pudo continuarla porque la obra le fue suspendida por orden de Planeación Municipal, por estar levantándola sobre senda de dominio público. Acudió entonces a su vendedora para que le devolviera el dinero que le había

pagado, pero ésta se negó a reintegrárselo. Así las cosas, la denunció por *estafa* ya que le había vendido un bien a sabiendas de que en él no se podía construir por hacer parte de la vía pública.

De la denuncia conoció la doctora Amparo Leonelia Rojas Ospina, en su condición de Juez Primero Penal Municipal de la Florida, Valle, culminando el proceso respectivo con sentencia condenatoria, que, al ser impugnada, halló confirmación integral por parte del doctor Harold Insuasty Arce, Juez Quinto Penal del Circuito de Palmira, Valle.

Y, por considerar la condenada, Elfa Orozco Rengifo, que con las citadas determinaciones se había vulnerado manifiestamente la ley, les formuló denuncia a las funcionarias que las profirieron.

El 24 de mayo de 1990, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, se abstuvo de iniciar sumario, al considerar que no existía razón para afirmar que los Jueces habían prevaricado. Pero, al ser recurrida la providencia por el apoderado de la denunciante, decidió abrir investigación. Se recepcionaron entonces las indagatorias (del proceso adelatando contra la Orozco R. ya obraban copias de las providencias de fondo de primera y segunda instancia), cerrándose la averiguación el 7 de diciembre de 1990 y calificándose el asunto con cesación de procedimiento, determinación esta que es la que ahora se revisa por la vía de la apelación, como ya se señaló *ab initio* del presente proveído.

Fundamentos de la determinación impugnada:

Los Jueces acusados, "...una vez reconocida la legalidad de la transacción en cuanto a *titulación* se refiere, hicieron consistir el punible de *estafa* en que la señora Elfa Orozco Rengifo indujo y mantuvo en error a la señora Martha Elena Bravo Martínez, ya que encubrió ante ésta que a pesar de poseerse títulos legales sobre el lote, en él no se podía construir habitación alguna ya que existía un impedimento cuando el municipio de Florida (Valle) 'suspendía' cualquier obra ya que parte del terreno quedaba donde se había proyectado la prolongación de una vía de dicha población.

"...En dicho proveído (sentencia de primera instancia de la Juez Rojas Ospina) se lee: '...Por ello acusó (la Bravo M.) a la vendedora Orozco R. de haber viciado su consentimiento cuando planteándole una situación falsa —que podía continuar con la construcción que ella había empezado, que no iba a tener ningún problema y de presentarse ella se lo solucionaría devolviéndole el dinero— fue lo que la llevó a contratar, ya que en otras circunstancias no lo hubiera hecho. Ese fue el medio utilizado por la procesada para la comisión del delito de *estafa*'.

"...Con base en este planteamiento la Juez *a quo* analiza los diversos medios probatorios que la llevan a esta certeza sin evadir ninguno de los señalados por el defensor como favorables a su clienta, y con base en ello se afianza aún más en su decisión cuando ve en ellos la *certeza* del conocimiento que tenía la acusada de que en dicho lote no podía construir a pesar de tener plano 'aparentemente' aprobado por Planeación; así mismo que si bien no pudo traer a los autos

copia de la orden escrita de suspensión de la obra cuando la construía Orozco R., ello se debió a maniobras fraudulentas que hicieron desaparecer la documentación, pero que otros medios lo hacían evidente, tales como el abandono de los cimientos, las declaraciones de los vecinos y que el hecho era de conocimiento *notorio* entre los funcionarios administrativos de Florida y aún del Concejo Municipal.

"...En segunda instancia, el planteamiento esbozado por el doctor Harold Insuasty Arce se acopla al del *a quo* y corroborando la existencia de un engaño por parte de la sindicada en detrimento de la denunciante, confirma el proveído impugnado. Y textualmente expresa: '...Cosa muy distinta fuera que Elfa Orozco Rengifo hubiera advertido a Martha Elena Bravo M. del inconveniente existente para construir en el lote dado en venta y que Martha Elena una vez enterada de esta circunstancia hubiera consentido en la negociación'.

"...Para la Colegiatura es cuestionable el acierto jurídico del fallo en ambas instancias, cuando la Sala plantea la inexistencia de inducción o mantenimiento en error por parte de la vendedora frente a la compradora, cuando los Jueces lo hacen consistir en que la primera le aseguró a la segunda que allí sí se podía construir, esto denota que la adquirente no era *ajena, extraña* o *ignorante* frente al hecho obvio y de notoriedad pública que lo que compraba queda en plena vía carreteable, no sólo ella lo palpó en las tres visitas que hizo al terreno antes de firmar las escrituras, sino también su esposo Manuel Antonio Maya Salazar, y es la mujer quien expresa que antes de la negociación discutió con la vendedora sobre este aspecto y *acordaron* que ante la imposibilidad de construir Elfa Orozco Rengifo devolvería el dinero, tanto es esto así que se formula denuncia penal porque la vendedora no devolvió el dinero de la negociación, siendo esto así, consideramos que ante la ausencia de *'engaño'*, la legalidad de la titularidad del predio vendido y la inexistencia de prueba idónea *aducida al proceso* que justificara titularidad del municipio de Florida en dicho lote, la solución de este caso se desplazaba del derecho penal al administrativo y al civil. Pero quiere dejar en claro la Colegiatura que en ningún momento dentro del proceso penal por alguna de las partes, incluido el defensor, *controvirtió* la inidoneidad del medio engañoso para predicar atipicidad, centrándose la defensa en ampararse en títulos y tradición legítimos".

Pero, concluye el Tribunal, se trata de simples, "disparidades de criterio jurídico" y "para la Sala, bastó leer el proceso de 'estafa' para descartar en estos funcionarios públicos comportamiento doloso y menos vislumbra intereses particulares generados por amistad o enemistad, en la mayoría de los casos".

Breves consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. Argumento de recibo es sostener que no existe nada más disparatado que construir tesis, soluciones o políticas a contrapelo, bien del sentido común o del orden natural de las cosas o del proceder ordinario de las gentes o de su ordinaria sensatez. Aquí se ha querido,

primero por el Tribunal, luego por la Delegada (no entiende la Corte porqué ésta presenta el asunto como si idea de tal guisa fuera original suya, olvidándose adrede de que el Tribunal fue quien primigeniamente la formuló) mostrar las cosas como si Martha Elena Bravo M. hubiera consciente y voluntariamente comprado un bien ubicado en la calle pública, con necia porfía del daño que así se causaba; dicho de otra manera, que ella quiso gastar su dinero ($ 240.000.00), de aquella época y siendo una mujer jamás rica, en algo que sabía que para nada le iba a servir; o, mejor aún, que sin embargo de su estrechez económica, dolida pobreza, le regaló la mentada cantidad a Elfa Orozco R. o le arregló su problema, comprándole un bien en donde ésta no había podido construir por oposición de la autoridad, pero en el cual ella, por la gracia de Belcebú (empero su devoción a Dios) o de quién sabe qué malas artes (en las que no era experta), lograría hacerlo.

Así se expresa el Ministerio Público sobre este particular:

"...A la Delegada le asalta la idea de que en este caso específico no hubo estafa, por ausencia del elemento característico de ella: La inducción en error de un sujeto que produce el acto de disposición patrimonial que le resulta perjudicial (art. 306 del C. P.). En efecto, si se repasa el dicho de la supuesta víctima del engaño —la compradora— relativa a su conocimiento de la operación patrimonial que verificaba al comprar el terreno, ella afirma: '...ya que ella me había dicho a mí que si no me dejaban construir, ella me devolvía mi plata, pero ahora que voy a que me la devuelva me dice que no...' (fl. 1, cuaderno 1).

"La frase anterior textualmente citada, demuestra que la compradora *sabía* de las dificultades existentes en relación con el terreno comprado para levantar allí una construcción, al punto tal que convino y admitió que en el supuesto en que le negara el municipio el permiso resolvería el contrato con la devolución del mismo. Más aún, la denuncia por estafa sólo se colocó cuando la vendedora no quiso reintegrar recibido, defraudando a la compradora. Pero, bien se sabe que la estafa tiene una concatenación estructural precisa en donde el engaño y el error inducido anteceden al acto de disposición patrimonial, pues son precisamente su causa y la razón por la cual se reprime la obtención de un provecho económico sobre tal base. Por ello cuando no media equivocación alguna en el comprador —como en este caso— y al contrario se prevé una forma de resolución contractual (no era además necesaria pues ello va implícito en los contratos bilaterales), como se aduce de la frase citada, y de la denuncia sólo cuando no se atiende lo convenido sobre la resolución de la compraventa, se dirá que no hay error inducido en la negociación. ... Todo lo anterior, lleva a la conclusión de que la decisión de dictar resolución acusatoria y sentencia contra la vendedora, no resulta ceñida exactamente al derecho".

Para la Corte, existen fundamentos para sostener que no es de recibo desconocer que Elfa Orozco R. era consciente de que con la venta del lote de marras causaba *daño* a Martha Elena Bravo M. porque mejor que nadie ella sabía que allí no iba a poder construir; o, dicho de otra manera, que la razón de ser de la compra del mentado bien,

no iba a ser satisfecha porque la autoridad se oponía a ello por estar ubicado el mismo en la vía pública. Tenía, pues, conocimiento de que procedía en forma *antijurídica* o *injusta* y, no obstante, con voluntad libre, realizó el acto de la venta, prometiendo que, de no poder el predio cumplir el fin para el que estaba destinado, devolvería el dinero recibido; mas, como bien conocía que la autoridad lo iba a *impedir*, se infiere, sin esfuerzo, que nunca estuvo en verdad dispuesta a retornar la plata así adquirida, como en efecto aconteció. Es imperioso entonces concluir que obtuvo un *provecho* patrimonial que tenía por fuerza de los hechos que reputar *ilícito*.

Martha Elena Bravo Martínez bien pudo saber, mejor, lo supo, que el bien estaba ubicado en la vía pública; pero, si a pesar de este conocimiento negoció, no fue para así lograr que sus pesos se esfumaran, sino porque recibió promesa *seria*, y *sustancial* dentro del contrato, de que si por tal circunstancia no lograba construir, se le devolvería su dinero. *Sólo por esto contrató*, lo que resulta además lógico, sensato. La llevó pues, Elfa Orozco R. a *error*, haciéndole creer que si llegaba a no poder edificar, ningún problema existiría porque ella le reintegraría su plática. Es apenas natural suponer que, de no haberse presentado tal *engaño* Martha E. nunca habría contratado. Y se impone considerar que ella creyó que, en el fondo, no asumía ningún riesgo contratando en las condiciones dichas, pues su dinero estaba garantizado con semejante promesa; es más, esto la llevaba a pensar que en verdad ningún problema existía finalmente para edificar. Pero hé aquí que aquella no fue sino el *ardid*, el señuelo, la *maniobra* de que se valió la "dueña" del bien público, para salir del problema en que se encontraba, pues si no era asumiendo ella tal compromiso *nadie* le iba a comprar un bien ubicado en calle pública.

Y no se olvide que en el proceso también se afirma que cuando Martha Elena Bravo le comentó a Elfa Orozco que el bien estaba ubicado en la vía pública, ésta le aseguró que no había ningún problema porque para arreglarlo precisamente había cedido siete (7) metros a lo que se ceñiría su dimensión. Fue entonces cuando le hizo la multicitada promesa, no sin antes exhibirle documentos que la autorizaban a vender —las escrituras— y a construir planos aprobados por Planeación Municipal, de los que no falta quien diga que fueron levantados sin sujeción a la realidad.

Sería pues ésta una tercera interpretación de los hechos que, por contrario modo a lo sostenido por el Tribunal y la Delegada, tolera llegar a la consideración de la existencia de estafa, así este delito se estructure sobre supuestos en rigor no exactos a aquellos en que lo edificaron los Jueces acusados. Disparidad de criterios, desde luego; enfoques diversos de un mismo asunto, obvio; pero en manera alguna y en ninguna de las tesis expuestas, inferencia de la que, por la misma, puede desprenderse ilicito de prevaricato, pues no cabe oportunidad de predicar contrariedad manifiesta con la ley.

Recuérdese que en eventos como el presente, la Corte no está en la obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal, sino que le basta con precisar si la determinación de la que se desprende la conclusión prevarica-

dora es o no manifiestamente contraria a la ley u ostensiblemente opuesta a lo fáctico del proceso. Y, por lo visto, quedó claro que cuando los Jueces acusados arribaron a la existencia de la estafa, lo así colegido tiene asidero en la normatividad jurídica y en lo objetivo del proceso, esto es, que le son ajenos predicamentos de arbitrariedad o injusticia.

Sin embargo de ser la inferencia de inexistencia del delito de estafa, la más desfavorable para los Jueces acusados, para el Tribunal ello no comportó que pudiera desprendérseles prevaricato, cuando condenaron por el mismo. Veámos ahora como aborda la Delegada este aspecto del asunto. Así, pues:

"...la prevaricación —art. 149 del C. P.— es una figura de sentido final esencialmente, en donde se requiere que el funcionario exprese en la providencia contraria a la ley su sentido de contrariar el derecho sabido por él. La redacción del tipo penal así lo muestra al decir que se debe proferir resolución o dictamen 'manifiestamente contrarios a la ley', de donde se infiere que si la contradicción del derecho es manifiesta u ostensible, ello significará que el autor voluntariamente se aparte de la ley para romper su buen sentido y hermenéutica, o mejor que subjetivamente se manifiesta en el acto funcional contra la ley conocida. Por esa razón el prevaricato siempre ha requerido un elemento subjetivo especial (antes llamado *'dolo específico'*)...porque su sentido de injusto sólo es entendible si se acepta en él un desvalor de la acción que refleje un voluntario ataque a la corrección de la administración pública. Si no, si apenas se trata de un error, o de una interpretación equivocada, o ignorancia del funcionario, se tendrá una divergencia con la ley, pero no una voluntad personal del empleado de contrariar la ley. Más podría decirse, el error, la interpretación equivocada y la ignorancia hacen parte como aspectos negativos necesarios de la función oficial y judicial en cuanto son parte del proceso de racionalización que es propio de la aplicación de la ley.

"Los Jueces involucrados en este proceso hicieron una interpretación, en sentir de la Delegada, incorrecta del caso, pero para lo cual tenían bases fácticas suficientes como que atendieron al resultado del perjuicio patrimonial y a la existencia de un defecto en la cosa vendida que lo produjo, con lo que se llegó al criterio de la estafa como delito, que técnicamente no se produjo. Sin embargo, ello es frecuente en la praxis judicial colombiana, y en muchos casos por carencia de precisión dogmática y sistemática, se viene a dar en la estafa en casos en donde no existe el error inducido, sino apenas el daño patrimonial a consecuencia de un acto de la naturaleza del examinado.

"...Es cierta la disparidad entre el Juez y el acusador sobre el aspecto fáctico y jurídico, pero por esa contrariedad no cabe imputarle prevaricato a la denunciada, porque aparece en el proceso que la funcionaria ha decidido previo un examen lógico del material probatorio y eso no se puede calificar como contrario a la ley.

"...La última frase de la providencia (del doctor Harold Insuasty A.) que se transcribe muestra que faltó cuidado en la lectura del proceso (y ni siquiera ello) pues la frase que se transcribió antes indica que la compradora sí fue advertida del problema del terreno

para la construcción; pero ciertamente que aún la negligencia en el estudio de la prueba y la situación fáctica o la inferencia extraída de los elementos fácticos con error o desvío, son parte no reprochable de la función de aplicar la ley, que no son delito en cuanto no revelan una voluntad contra derecho del funcionario. Aquí se advierte una imprecisión y descuido en el estudio de la prueba y en la inferencia racional que de ella puede hacerse, pero ciertamente que ello es parte del quehacer de juzgar, que no revela un 'menosprecio por el derecho', sino apenas un descuido o un error de apreciación en manera alguna punibles".

Queda, pues, claro que ni siquiera en el peor de los eventos es dable desprender prevaricato por las determinaciones asumidas por los Jueces acusados, ya que como lo ha sostenido esta Corporación contiene él un ingrediente normativo cuya ausencia comporta irremediablemente una circunstancia de *atipicidad*.

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

Resuelve:

Confirmar la decisión impugnada ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS.
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Al revocar en su fallo de segunda instancia el subrogado de la condena de ejecución condicional, el Tribunal hizo más gravosa la situación punitiva bajo la cual se hallaba el procesado, contrariando de ese modo el mandato constitucional del artículo 31 de la actual Carta Política

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 070.

Libertad (reformatio in pejus). En sede de casación la Corte atiende el pedimento liberatorio fundado en lo dispuesto en el artículo 31 de la nueva Constitución, cuando de ello pende la libertad del procesado. En este caso procede decretar la del condenado, no sobre la base de la pena impuesta en segunda instancia, sino porque el Tribunal revocó el subrogado a la condena de ejecución condicional que había sido reconocido en favor del acusado, haciendo así más gravosa su situación.

Vistos:

El procesado *Gonzalo Zuleta* solicita la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional por cuanto el Tribunal Superior de Neiva no podía agravarle su situación jurídica por tener la condición de apelante único, razón por la cual demanda su excarcelación ya que durante cinco (5) años cumplió presentaciones personales y por ello no requiere de tratamiento penitenciario.

Gonzalo Zuleta otorga poder al doctor Josué Rodríguez Díaz para que lo represente ante esta Corporación en el trámite del recurso de casación y, en escrito adjunto su apoderado en términos similares demanda la libertad de su mandante agregando que el Tribunal no obstante estar vigente la nueva Carta Fundamental, en su fallo agravó doblemente la situación del procesado, esto es, le aumentó en tres (3) meses la pena privativa de la libertad y lo que es peor, le revocó la excarcelación otorgada en primera instancia mediante el reconocimiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Agrega que, al llevar más de un (1) mes privado de su libertad en forma ilegal, surge para él el derecho de invocar el *habeas corpus*, consagrado en el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Consideraciones de la Corte:

Esta Sala ha venido considerando peticiones similares de los procesados o sus apoderados, cuando el reconocimiento del mandato constitucional que se invoca implica la posibilidad de excarcelación provisional del condenado, sin perjuicio de volver sobre el punto con ocasión del fallo de casación, si hubiere lugar a él, o a que el Juez de primera instancia, en firme la sentencia, proceda en los términos del artículo 616 del Código de Procedimiento Penal a su reconocimiento.

El Juzgado Segundo Superior de Neiva mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 1990, condenó a Gonzalo Zuleta a la pena privativa de la libertad de dieciocho (18) meses de prisión *como autor responsable del delito de falsedad en documento privado y falsedad personal, en concurso y le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional previsto en el artículo 68 del Código Penal. El fallo en comento fue recurrido por su defensor y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 14 del Decreto 1861 de 1989) no tenía el grado jurisdiccional de la consulta, razón por la cual el procesado, en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional, tiene la condición de "apelante único".*

El Tribunal Superior de Neiva en providencia de fecha nueve (9) de agosto del presente año, modificó la sentencia de primer grado en el sentido de imponer a Zuleta como pena privativa de la libertad la de veintiún (21) meses de prisión, le revocó el subrogado otorgado y dispuso su captura para el cumplimiento de la pena impuesta, la que se materializó el día 12 del mismo mes y año, es decir, lleva en detención efectiva un (1) mes y seis (6) días.

Frente a la situación así descrita, procede contestar consecuencialmente al solicitante que su invocación a la libertad condicional no puede prosperar en esta sede, pues se trata de una materia expresamente reservada al pronunciamiento del Juez de primera instancia, cuya prosperidad depende, además, del cumplimiento de los requisitos indicados en el artículo 72 del Código Penal.

Tampoco el incremento de la pena dispuesto en el fallo de segunda instancia en detrimento del apelante único —en tanto no repercuta de inmediato en su liberación— permite una modificación que se anticipe a la decisión del recurso de casación del cual se anuncia su proposición formal, sin perjuicio, en su defecto, de encontrar entonces solución frente al Juez de primera instancia como quedó consignado.

Si, de otra parte, la privación actual de libertad del procesado obedece a la imposición que de esa sanción se le hiciera en los fallos de instancia que le sirven de sustento, remota se ofrece la sugerencia contenida en la afirmación del señor apoderado cuando la acusa de

ilegal, mostrándose ajenos los presupuestos del artículo 30 de la Constitución Nacional para apoyo de su insinuación liberatoria.

Ocurre, en cambio, que al revocar en su fallo de segunda instancia el subrogado de la condena de ejecución condicional que había otorgado a Gonzalo Zuleta el juzgado, hizo el Tribunal más gravosa la situación punitiva bajo la cual se hallaba el procesado, contrariando de ese modo el mandato constitucional del artículo 31 de la actual Carta Política, principio cuya vigencia inmediata garantiza al condenado la efectividad de su recurso bajo la seguridad de que no verá tornar más onerosa su situación de único inconforme dentro de la revisión que procura en segunda instancia.

Así, entonces, si frente al fallo de primera instancia y en la inferencia de que no ameritaba la efectividad inmediata del tratamiento penitenciario, la sanción le quedó en suspenso al acusado, a esa situación debe retornar el solicitante de inmediato, pues la interposición de su recurso único, se insiste, no podía llevar a hacer más gravosa la situación aflictiva prevista en el fallo recurrido.

En consecuencia, se tendrá como caución prendaria la suma de $ 51.274.80 que el procesado consignó para obtener el beneficio de libertad provisional representados en el Título Judicial H-0122911 de fecha 2 de mayo de 1988 y continuará sujeto a las obligaciones contraídas en diligencia suscrita ante el Juzgado Segundo Superior de Neiva de fecha 16 de noviembre de 1990, es decir, las previstas en el artículo 69 del Código Penal.

Se librará comunicación telegráfica al Director de la Cárcel del Circuito de Neiva (Huila) a efectos de que ponga inmediatamente en libertad a Gonzalo Zuleta, siempre y cuando no se halle solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

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

Resuelve:

1º *Reconócese* al doctor Josué Rodríguez Díaz como apoderado del procesado Gonzalo Zuleta, en los términos y para los efectos del memorial poder correspondiente.

2º *Disponer* la libertad inmediata del procesado Gonzalo Zuleta por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3º Líbrese la correspondiente comunicación telegráfica al señor Director de la Cárcel del Circuito de Neiva (Huila) con la advertencia de que sólo procederá en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO

Tradicionalmente la Corte ha establecido precisos límites entre los dos yerros, sin embargo, esto no es óbice para que de un estudio detallado de ellos a más de encontrar exclusiones, halle también complementos en su invocación simultánea.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 070 (septiembre 18 de 1991).

Vistos:

Procédese a definir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de *Alirio Duarte Medina* o *Forero* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, calendada a septiembre doce (12) de mil novecientos noventa (1990), en la cual se le impuso, por el delito prevenido en el inciso 1º del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, la pena principal de ocho (8) años de prisión.

Por auto de octubre treinta y uno (31) del año próximo pasado, se admitió la impugnación y en proveído de febrero once (11) siguiente, se declaró ajustada a las exigencias legales la demanda presentada por el recurrente.

En su concepto, el señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal, demanda a la Corte desechar la casación impetrada.

Hechos:

En la carretera que conduce de Puerto Concordia a Puerto Rico (Meta), miembros del Ejército Nacional capturaron a Alirio Duarte Forero, el día veinticuatro (24) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en momentos en que conducía el campero "Nissan Patrol", modelo 1981, de color rojo y placas AO-2770; en el interior del rodante fue hallada una sustancia con peso de diecisiete (17) kilos y ochocientos veinticinco (825) gramos, que correspondió, previo análisis técnico, a cocaína. Tanto el automotor como la materia incautada al igual que la suma de cinco millones de pesos ($ 5.000.000,00), que en dinero efectivo portaba Alirio Duarte, fueron puestos a disposición de las autoridades correspondientes.

Actuación procesal:

Así la reseña la Delegada:

"...El Juzgado Segundo Especializado de San José del Guaviare, con fundamento en los antecedentes procesales abrió investigación y luego de efectuar la diligencia de toma de muestras, peso, identificación y destrucción del material estupefaciente positivo para cocaína con peso neto de 16.964 gramos y vincular al proceso mediante indagatoria a Alirio Duarte Forero, dispuso remitir las diligencias al Juzgado Especializado —Reparto— de Villavicencio —Meta— por competencia... Correspondió al Juzgado Cuarto Especializado de la última ciudad en mención adelantar y perfeccionar la investigación, que resolvió la situación jurídica al indagado con auto de detención por infracción a la Ley 30 de 1986 y, luego de allegar diversa prueba de índole, testimonial, documental, ampliaciones de indagatoria del procesado, y pericial, calificó el mérito del sumario con citación a audiencia a Duarte Forero, por infringir el artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes (fl. 23 del C. O. número 1), proveído que en su oportunidad fue apelado por la defensa... En la etapa probatoria entre otras cosas se allegaron los informes de la Administración Postal Nacional y de la División de Criminalística de la DIJIN de Bogotá (fl. 235 *ibidem*), en relación con el contenido de una muestra en el sobre con parte del material incautado, que recibiera *'sellado'* la Administración Postal y que por 'razón lógica para su análisis se tuvo que abrir' en la DIJIN. Una vez culminado el trámite del juicio, el mismo Despacho que calificó el sumario dictó sentencia condenatoria contra Alirio Duarte Forero, la cual fue confirmada en segunda instancia con las modificaciones y en los términos que se han dejado consignados en precedencia..."

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, el recurrente formula tres (3) cargos, contra la sentencia, dos por errores de hecho y uno de derecho.

Primer cargo: Impugna el casacionista el fallo del Tribunal por "...violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia en que incurrió el Tribunal al no considerar en el fallo los testimonios de Fabio Suntoya Pría, Capitán Néstor Julio Clavijo, Teniente Mario Alberto Hernández López y el soldado Carlos Arturo Salazar Velásquez..."

En la fundamentación del reproche, el actor cuestiona las consideraciones efectuadas por el *ad quem* en la sentencia, iniciando su crítica por el análisis y valuación que la Colegiatura hizo de la diligencia de indagatoria vertida por Duarte Forero, tratando de elucidar las aparentes contradicciones y desacuerdos en que incurre el procesado. Resalta, así mismo, la equivocación del fallador al estimar como coartada del inculpado, dos aspectos:

1º La entrega que le hiciera Luis Rodríguez, conocido con el alias de "patillas", del mercado que transportaba en su vehículo y que al final resultó contener la sustancia prohibida; y

2ª "...que al momento de la aprehensión no demostró interés para que se aprehendiera a quien le había solicitado el favor...", sugiriendo que "...La indagatoria de Duarte es explícita en contar cómo el señor Luis Rodríguez, le pidió el favor de que le transportara un mercado hasta el cruce de Mapiripán y un joven acompañante de Rodríguez 'le echó el costal al carro'. Posteriormente emprendió el viaje y fue capturado con el paquete que supuestamente contenía sustancia estupefaciente..."

En este orden de ideas, advierte que el criterio del Tribunal contradice abiertamente la declaración vertida por Fabio Santoya Pría —el cual transcribe en lo pertinente— para considerar que "...Este testigo conversaba con Duarte cuando se le acercó Luis Rodríguez, alías Luis Patillas y el testigo 'escuchó cuando le dijo que le llevara una remesa para allá abajo' y observó cuando 'un sardino echó el costal al carro'...", concluyendo, finalmente, que dicha deposición "...no fue analizada por el juzgador de segunda instancia..." Agrega, igualmente, que el Tribunal omitió considerar la declaración del Capitán Clavijo Rozo, testigo que en su declaración "...confirma la versión del enjuiciado en el sentido de que sin ninguna malicia y sin prevención, el señor Duarte, transportó un costal al señor Luis Rodríguez, alías Luis Patillas, porque él le pidió el favor de llevarlo hasta el cruce de Mapiripán y el detenido siempre respondió a sus preguntas que no temía porque nada debía, que eso no era de él, que sólo hacía el favor a un conocido de transportarle una remesa y lo hizo sin malicia... Pero no sólo el Capitán Jefe de la Patrulla corrobora lo afirmado por Duarte, porque el Teniente Mario Alberto Hernández López, cuenta que al momento de la captura 'Duarte contó de que él estaba haciendo un expreso, que lo que iba ahí no era de él, que otro señor se lo había dado para que lo transportara'..." A la par manifiesta que la Sala de Decisión dejó de analizar la declaración del soldado Carlos Arturo Salazar Velásquez, testimonio del cual extracta los apartes más relevantes para mostrar su afinidad con las palabras del acriminado.

Por último, el censor considera como las únicas pruebas, reveladoras de la verdad jurídica del proceso, los elementos de convicción que él mismo se encarga de realzar, pues "...Las demás son conjeturas del juzgador en cuanto tiene que ver con lo que ha debido decir o hacer Duarte al momento de su captura aunque es el propio Tribunal quien sostiene que no todos los testigos son uniformes en sus versiones... Creo señores Magistrados que tiene fundamento procesal lo dicho por mi defendido, pues debe creérsele al máximo Jefe de la Patrulla del Ejército, el Capitán Clavijo, el Teniente Hernández, Segundo Comandante, pues debemos reconocer que no hay motivo para dudar de sus declaraciones. Igualmente la declaración del soldado Velásquez (sic) a quien no se le olvida que 'el señor casi se revuelca en el piso diciéndome que era un mercado'..." Como normas inaplicadas, el casacionista señala los artículos 3º, 246, 247, 248, 253, 254, 258 y 295 del estatuto procesal penal.

Segundo cargo: Considera que hubo un error de hecho por haber distorsionado el fallador los hechos que conforman el dictamen pericial de la División Criminalística de la DIJIN, "...al negarse a conceder el valor probatorio que realmente tiene..." Rememora el envío

de las muestras del presunto material estupefaciente incautado, resultando en el análisis que se les hiciera negativa la presencia de alucinógenos, encontrándose en su lugar hidratos de carbono. La inconformidad del actor radica en la oposición del fallador a otorgarle validez probatoria "...porque el químico farmacéutico que practicó el examen deja la constancia de que el sobre había llegado abierto..."

A renglón seguido, destaca la aclaración dada por la Jefatura de la División de Criminalística de la DIJIN en la que explican cómo el sobre fue abierto allí para verificar su contenido, luego de lo cual fue remitido al laboratorio, siendo catalogado esto como pretexto por el sentenciador, calificando el procedimiento de irregular. Critica esto razonamiento anotando que si la prueba estaba autorizada por la ley, rendida por peritos idóneos, es claro que se cumplieron las ritualidades de ley por lo que "...no queda otro camino que aceptar este reconocimiento..."

Concluye que al ser estimable la experticia, "...no está probado en el proceso el elemento material del delito...", primando sobre la prueba positiva y preliminar efectuada por el Juez Especializado de San José del Guaviare, que contiene fallas protuberantes "...como examinar una porción que no se sabe de qué paquete fue extraída...", de donde se colige "...está planteada una verdadera duda...", que debe reconocerse en el proceso. Como disposiciones vulneradas indica los artículos 3º, 246, 247, 248, 252, 253, 254, 255, 258, 259, 266, 267, 272, 273, 276, 277 y 278 del Código de Procedimiento Penal, y 79 y 82 de la Ley 30 de 1986.

Tercer cargo: En este departimiento propone el censor un error de derecho al considerar que el juzgador "...estimó la versión rendida por Alirio Duarte Forero en la indagatoria, como confesión calificada, cuando en realidad de verdad este medio de prueba no existe en el proceso...", exagerando "...el valor legal del medio probatorio en sus verdaderos alcances..."

En la sustentación del reproche transcribe apartes de los estimativos del Tribunal donde se considera la injurada del acusado como si fuera una confesión calificada, incurriendo la Corporación, de manera manifiesta, en yerro y desatino por cuanto "...De la simple lectura de la indagatoria y sus ampliaciones, no se puede deducir que el señor Duarte, haya admitido su participación en el hecho, ni hay salvedad de haber actuado según circunstancia que modificara su grado de participación..." Reitera el libelista que en manera alguna el procesado confesó en forma distinta la autoría del hecho o su participación en el delito. Para que tal confesión existiera —arguye— "...se haría necesario que Duarte, al narrar los hechos hubiera manifestado conocerlos, es decir, informar al Juez Especializado de San José del Guaviare que transportaba un paquete con estupefacientes y acompañada su versión de alguna circunstancia que 'modificara su grado de participación' pero en realidad su confesión no aparece en los autos..."

Al desarrollar las bases de la crítica entreteje una nulidad con estribo en la preceptiva del artículo 380 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto Alirio Duarte Forero no fue advertido del contenido de la susomentada disposición. Cita, además, como normas presunta-

mente quebrantadas por aplicación indebida, los artículos 3º, 246, 247, 248, 249, 252, 253, 254, 258, 296, 297, 299, 300 y 301 del ordenamiento procedimental.

Concepto del señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal:

El señor Agente del Ministerio Público después de examinar cuidadosamente todos los aspectos de la demanda concluye conceptuando que el libelo debe rechazarse por no estar ajustado a la técnica propia del recurso. La Sala se servirá de algunos apartes expuestos por la Procuraduría.

La Corte:

I. Está de acuerdo la Sala con las conclusiones a que arriba el Delegado, pues evidentemente la presentación de los cargos que concreta el actor se resiente de falta de técnica, no prosperando, por tanto, la causal primera de casación, cuerpo segundo, invocada. Así, se tiene:

a) *Primer cargo.*

Hácelo consistir el casacionista en violación indirecta de la ley sustancial por evidente error de hecho al desconocerse una prueba legalmente aportada al proceso, vale decir, que el Tribunal no valoró y se abstuvo de analizar en las consideraciones de la sentencia, los testimonios de Fabio Santoya Pría y de los militares que intervinieron en la operación que culminó con la captura de Alirio Duarte, Capitán Néstor Julio Clavijo, Teniente Mario Alberto Fernández López y el soldado Carlos Salazar.

El desarrollo técnico de esta tarea presupone demostrar ante todo y sobre todo que el sentenciador omitió estimar o evaluar una prueba ostensible en el proceso y cuya oportuna consideración habría mudado las conclusiones mismas del fallo, haciendo posible la absolución del reo o el reconocimiento judicial de una menor cuantificación punitiva. Y cuando todo presagia que la actividad del censor se endereza al logro del propósito anunciado en la demanda, esto es, a la demostración de que se dejó de apreciar una probanza o más de su incidencia determinante en el epílogo de la sentencia, con desapego de la preceptiva propia del reparo, desvía el ataque hacia la crítica probatoria tratando de desentrañar las "supuestas contradicciones" que pone en relieve el Tribunal alrededor de la dicción del acriminado Alirio Duarte Forero amén de polemizar acerca de la evaluación de la Colegiatura que contradice el testimonio de Fabio Santoya Pría.

Según puede corroborarse, el recurrente, con clara transgresión del ámbito propio del *error facti* cuestiona el mérito probatorio otorgado por el fallador a la versión de Duarte y la equivocación sufrida por el Tribunal de Villavicencio frente al examen del contenido verificante de un testimonio, asuntos totalmente extraños al supuesto referido en el libelo, que no es otro distinto a la omisión palpable de unas pruebas existentes en el proceso, las cuales inexplicablemente

ignoró el sentenciador. En suma y contrariando las reglas propias del cargo, el actor se adentra en el estudio de la situación probatoria admitida por el juzgador cuando ha debido indicar cuál o cuáles de las probanzas dejadas de lado se ofrecen con el mérito suficiente para fundar la decisión que pretende.

Obsérvese, en adición a lo ya dicho, que el casacionista cita como normas inaplicadas los artículos 3º, 246, 247, 253, 254, 258 y 293 del Código de Procedimiento Penal. Pero, como atinadamente advierte el Delegado, no establece ninguna relación entre ellos, circunscribiendo su interés a hacer referencia al contenido de tales dispositivos, sin cotejarlos con la imputación concreta de la omisión de una prueba y la alegada violación de la ley sustancial. De manera y forma que la simple enunciación de los artículos —desprovista de cualquier precisión y entendimiento— es labor inoficiosa e inane y sin ninguna eficacia dentro del cargo planteado por el recurrente.

b) *Segundo cargo.*

Sobre la posible desviación de la técnica de casación en que incurre el libelista al plantear este reproche, la Delegada pone de presente la esencia de los errores de hecho y de derecho, constituyéndose el primero en el examen material de la prueba, al tiempo que el segundo se relaciona con su regulación jurídica, origen diverso que impide mezclarlos.

Al respecto, cabe la siguiente aclaración:

Es cierto que, tradicionalmente, la Corte ha establecido precisos lindes entre los dos yerros en comento predicando de cada cual, su diferente estructura, lo que en apariencia impide su alegación simultánea en redor de un mismo hecho. Sin embargo, esto que es una regla general no es óbice para que de un estudio detallado de ellos a más de encontrar exclusiones halle también complementos en su invocación simultánea. Es claro que un error de hecho por falso juicio de existencia no puede aducirse a la par con un falso juicio de identidad pues si no se le tuvo en cuenta es evidente que no pudo habérsele tergiversado ya que un desacierto en su interpretación presupone el haberlo examinado. También resultaría dilógico el señalamiento de errores de derecho por falsos juicios de legalidad o de convicción pues ambos suponen un estudio previo del acervo probatorio.

En cambio, el falso juicio de identidad no excluye la alegación sincrónica de un yerro de derecho cualquiera sea su especie. Obsérvese. Cuando se aduce una desfiguración del contenido de una probanza determinada, el error no descarta una falencia en la debida valoración de la prueba. En este sentido, el que fuera Magistrado de esta Sala, doctor Fabio Calderón Botero, temprano notaba dicha armonía conceptual al advertir que "...cuando la falla emerge del juicio de identidad, es obvio que también se puede impugnar la evaluación legal de la prueba, porque interpretar erróneamente el hecho, o señalar falsamente su coincidencia con un hecho normado, presupone su presencia; y si existe y es objeto del conocimiento, no hay razón para que la mente no pueda equivocarse en la apreciación de varios de sus aspectos..."

En efecto, si en el caso sub examine el fallador distorsionó el dictamen pericial rendido por la DIJIN, dándole un alcance que no tiene a los hechos que de él se desprenden, no repugna a la lógica que, al propio tiempo, lo hubiera menospreciado al darle un valor diferente al que legalmente tiene asignado. No existe, pues, tal contradicción y en este aspecto no merece rechazo la censura. Lo reprochable es el querer construir una misma argumentación en torno a dos falsos juicios, asimilándolos tanto en su esencia como en sus alcances. Adviértase. En un principio el casacionista habla de un "...error de hecho por cuanto el juzgador distorsionó los hechos...", clásico falso juicio de identidad, pero cuando se espera el desarrollo de la argumentación en este preciso ámbito, a renglón seguido precisa que la falencia se debió "...al negarse a conceder el valor probatorio que realmente tiene el dictamen pericial...", indudable error de derecho por falso juicio de convicción.

Así, el menosprecio valorativo lo equipara a tergiversación, imposible equivalencia por tratarse de términos diferentes tanto en su ser como en su alcance. Es cierto que desviar el sentido de un hecho importa hacerle producir unos efectos distintos a los que en verdad tiene. Se falsea, pues, su realidad. En cambio, el justipreciarlo de manera diversa a la que realmente merece, conservando intacta su esencia, es darle una mayor o menor robustez a su presencia en el proceso, en detrimento o favorecimiento de otras probanzas. Es notoria la confusión al asimilar el error de hecho y el de derecho, desacertada similitud que ha de rechazarse.

Ahora bien, si miramos el análisis que hizo el sentenciador, en parte ninguna se vé que distorsionara el sentido de la prueba de laboratorio. En ella se habla del hallazgo de "hidratos de carbono" en la muestra enviada para examen y es precisamente este resultado el que no comparte el fallador, lo que amerita su rechazo, restándole valor probatorio debido a las irregularidades presentadas en las dependencias oficiales, con base en la constancia del químico encargado de efectuar los estudios, quien advirtió que el sobre remisorio había sido abierto antes de llegar a sus manos. Además, sus razones encontraron apoyo en dos dictámenes anteriores, el primero cumplido en el escenario de los acontecimientos por el Juez Especializado quien en presencia de las autoridades policivas y de un representante del Ministerio Público constató que se estaba ante una sustancia que contenía cocaína y del examen posterior realizado por el Instituto de Medicina Legal que confirmó tal aserto. La sana crítica llevó al sentenciador a desestimar el análisis de la DIJIN y poner al descubierto la burda maniobra que buscaba torcer la investigación hacia los terrenos de la impunidad.

Así las cosas, el Juez obró conforme a derecho y esto impone el rechazo de la presente imputación, colaborando a su desquiciamiento las falencias lógicas y conceptuales a que se hizo referencia.

c) *Tercer cargo.*

Con este se acusa a la sentencia del Tribunal de ser violatoria indirectamente de la ley sustancial por error de hecho al considerar el actor que la versión rendida por el inculpado, Alirio Duarte Forero, en la diligencia de descargos, no es propiamente una confesión cali-

ficada, toda vez que él mismo no admitió su participación en el hecho, ni reconoció voluntaria, espontánea o conscientemente el portar estupefacientes con fines penalmente relevantes, estimando que se "...exageró el valor legal del medio probatorio en sus verdaderos alcances..."

En la fundamentación y desarrollo del reproche y sin armonía con el designio propio de la impugnación, el casacionista entrevera al ataque inicial una nulidad que según dice, podría afectar el derecho de defensa o alterar las formas propias del juicio al no haberse advertido al procesado del contenido del artículo 380 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo, esto no constituye más que una muestra de exagerado rigorismo por parte del recurrente. Aunque es cierto que el Juez no le hizo formalmente al acriminado Duarte Forero las admoniciones previas, consagradas en la norma antecitada, en el decurso de la injurada las tuvo en cuenta, respetando las garantías consiguientes. Muestra de ello es el haberle hecho saber el derecho que le asistía de nombrar un defensor y como manifestara que no tenía a quien designar, el Juzgado le eligió uno de oficio. De igual manera, al iniciar el interrogatorio le previno respecto a que la declaración que estaba rindiendo era "...sin fórmula de juramento alguno..." Finalmente, para completar el cuadro de salvaguarda de sus derechos, durante la diligencia estuvo presente un representante del Ministerio Público quien, al igual que el defensor, aceptó como sujeto a la ley, el interrogatorio a que fue sometido Duarte Forero. La pureza de la indagatoria es, consecuentemente, incuestionable.

Ahora bien, a más de que la nulidad alegada no tiene razón de ser es flagrante el contrasentido interno del libelo. En efecto, a la par que invoca un error de derecho por haber desestimado el Tribunal el valor de la exégesis suministrada por Alirio Duarte Forero en la injurada, postula una nulidad por quebrantamiento del derecho de defensa o de las formas propias del juzgamiento. Plantéase así un criterio alternativo al presentado originalmente en la demanda, predicamento inadmisible en casación y desasido de los buenos principios que rigen este instituto extraordinario.

En conclusión, la improsperidad del cargo es manifiesta y así lo declarará la Sala.

Por lo expresado, 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:

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

FUERO. JURISDICCION PENAL MILITAR

El hecho, común o militar, para que pueda ser juzgado con arreglo a la legislación militar debe ser efectuado en servicio activo y en relación con el mismo servicio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 070 (septiembre 18 de 1991).

Vistos:

Mediante sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha septiembre siete de mil novecientos ochenta y nueve, se impartió confirmación al fallo de primera instancia del Juzgado Primero Especializado por el cual fue condenado *Saúl Ojeda Castro* a la pena principal de veintiocho meses de prisión como autor responsable del delito de extorsión.

El procesado ha interpuesto recurso extraordinario de casación y por medio de defensor constituido para el efecto, lo sustentó en debida forma. Compete a la Corte adoptar el fallo respectivo.

Hechos:

De ellos, el Procurador Delegado hace la siguiente síntesis:

"Lo que pasó fue que el 14 de noviembre de 1985, Jesús Antonio Sotelo González fue abordado por tres sujetos que tras identificarse como agentes del F-2 de la Policía Nacional lo sometieron a requisa y hallaron en su poder dos papeletas de sustancia sicotrópica, por lo que le dijeron que sería arrestado y conducido a la Estación de Policía. Sin embargo a Sotelo se le solicitó el pago de doscientos mil pesos como medio de evitar su aprehensión y luego de que éste manifestara su imposibilidad de conseguir semejante suma, hubo acuerdo en que se aceptarían 20.000 pesos, de los cuales entregó ocho y solicitó a su familia, a través de un amigo suyo y mediante llamada telefónica, el envío de los doce mil restantes. Dos de los individuos abandonaron el lugar tan pronto la víctima hizo entrega de los primeros ocho mil pesos. Quedó con Sotelo el procesado Saúl Ojeda en espera del dinero

restante y como su amigo diera aviso a la sección de contrainteligencia del F-2 y se planificara en pocos momentos un operativo, el ahora condenado fue sorprendido en el momento mismo en que una hermana del retenido llevara a éste el dinero mandado y él, a su vez, lo entregara al policía Ojeda".

Actuación procesal:

1. Repartida la denuncia al Juzgado Setenta y Siete de Instrucción Penal Militar, una vez se acreditó que el procesado, en el momento de realización del hecho, se encontraba en descanso y, por lo mismo, no prestaba ningún servicio, ni misión, se dispuso la remisión de las diligencias a la justicia ordinaria.

2. Mediante indagatoria, fue vinculado Saúl Ojeda Castro. Niega la comisión del delito que se le imputa y que hubiera estado acompañado de otros sujetos. Sostiene que aprehendió a un individuo con droga en su poder y como le fuera ofrecido dinero, se aprestaba a recibirlo cuando fue capturado. Dice que en ningún momento pretendió negociar la función.

3. Adelantada la investigación, en cuyo desarrollo fueron oídos en declaración los agentes del F-2 que dieron captura al sindicado, el Juez del conocimiento dispuso cerrar la investigación.

No obstante, por medio de auto de sustanciación consideró que la tipicidad del hecho correspondía a extorsión, que no concusión, disponiendo el envío de las diligencias a los Jueces Especializados, ante los cuales, además, propuso colisión de competencias.

4. Por considerar que el Juez del Circuito tiene la razón, el Juzgado Especializado avocó el conocimiento; dispuso la anulación del auto por el cual se había cerrado la investigación y su consecuente reposición, ordenando, mediante auto de septiembre 23 de 1987, la citación a audiencia del procesado por el delito de extorsión. Allí mismo, se descarta el delito de concusión por cuanto "Ojeda Castro no cumplía servicio alguno en el momento en que retuvo a Sotelo González, ni tenía encomendada misión alguna bien de carácter general o especial".

5. Rituado el juzgamiento, fase en la cual se dispuso la captura de Ojeda Castro, fueron proferidas las respectivas sentencias por medio de las cuales se impuso al procesado, como ya se destacó, la pena principal de veintiocho meses de prisión.

La demanda:

Con apoyo en la causal 3ª contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente acusa la sentencia de haber sido proferida en juicio viciado de nulidad, "con arraigo en el numeral 1º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 464.1, 14 y 291 del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), que ordenan que el juzgamiento del procesado recurrente tendrá que adelantarse ante el Juez competente que, en este caso corresponde a la Justicia Penal Militar, con fundamento constitucional en los artículos 26 y 170 del Código Superior".

Aduce que el procesado obró dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 24 de la Constitución que faculta a cualquier persona para la aprehensión del delincuente cogido *in flagranti*. Así mismo, que a partir de la fecha de vigencia del Código Penal Militar de reciente expedición —Decreto 2550 de 1988—, la jurisdicción ordinaria perdió competencia para juzgar al aquí procesado que es agente de la Policía Nacional en servicio activo, razón por la cual el proceso es nulo.

Concreta el concepto de la violación, sosteniendo que el artículo 14 del Decreto 2550 de 1988 extiende el fuero para el juzgamiento de militares establecido en el artículo 170 de la Carta a los agentes de Policía Nacional en aquellos casos, como el presente, según su opinión, cuando se trata de hecho punible *común* relacionado con el mismo servicio, lo cual, dice, aparece corroborado por el artículo 291 del mismo estatuto castrense que extiende el fuero a delitos diferentes de los contemplados en el Código y que sean cometidos por efectivos de la Policía con ocasión del servicio y en relación con el mismo.

Se adentra en el establecimiento de diferencias entre el Estatuto Penal Militar derogado y el actualmente vigente en relación con el fuero policial, concluyendo que si bien con anterioridad era requisito que el hecho se cometiera en actos del servicio o con ocasión de éste, ahora basta que el delito esté relacionado con el servicio. En este aspecto, cita en apoyo de su tesis el fallo de la Sala Plena de la Corte de 13 de febrero de 1990, principalmente en cuanto se refiere a la extensión del fuero militar a status diferentes al del servicio o en relación con delitos distintos a los contemplados en el artículo 170 de la Constitución.

El criterio del Ministerio Público:

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en dos sentidos debe pronunciarse la Corte al momento de decidir el recurso. El primero absteniéndose de casar la sentencia en los términos propuestos por el demandante y, el segundo, disponiendo la invalidación oficiosa del proceso a efecto de que por parte del Juez competente, se califique y juzgue el hecho como concusión, denominación que es a la que corresponde en vez de extorsión como fue considerado en las instancias.

En relación con el primer aspecto, estima que el recurrente interpreta de modo inapropiado la regulación que al fenómeno del fuero policial se da en el Código Penal Militar de reciente expedición —Decreto 2550 de 1988— y a la jurisprudencia de la Corte, en Sala Plena, por la cual fueron considerados exequibles las disposiciones de este estatuto referentes a la materia y algunas de los Decretos 96, 97 y 100 de 1989.

A partir de estudio metódico sobre la jurisprudencia en mención, concluye el Delegado que ella no permite deducir, como lo hace el actor, que se haya dado cobertura al fuero por manera tal que comprenda cualquier clase de delito común cometido por militar o policía, bajo cualquier tipo de vínculo con el servicio. La sentencia —prosigue— no quiso mudar los antecedentes jurisprudenciales existentes, ratificando, por tanto, el criterio con que venía siendo reconocido el fuero a la policía.

Luego de examinar el ámbito mismo del fuero termina relievando cómo el hecho imputado a Ojeda Castro escapa a él, pues, destaca, no sólo se encontraba por fuera de la actividad funcional, sino que pretextó el cumplimiento de su función para obtener lucro, lo cual, de hecho, dice, no constituye un desbordamiento a consecuencia de la prestación del servicio como para relacionarlo con él.

La petición de nulidad, la funda en la incompetencia del Juez y en la afectación al debido proceso. Es de la opinión que el hecho por el cual fue juzgado Ojeda Castro no corresponde a la denominación de extorsión y, por lo mismo, no ha debido ser adelantado el juzgamiento por el trámite establecido en la Ley 2ª de 1984 y por Juez Especializado. A este respecto, encuentra que en el comportamiento del procesado no sólo se produjo un desplazamiento patrimonial, ilegal e injustificado, sino que se utilizó el manipuesto del ejercicio funcional en términos que producían daño a los principios de legalidad y honestidad que deben caracterizar la administración pública, por lo cual el hecho es concusión y no extorsión, yerro que en cuanto compromete los principios de competencia y formas de la ritualidad determinan la invalidación del proceso.

Consideraciones de la Corte:

Como es advertido por el Procurador en los reparos a la demanda que le sirven de fundamento a su solicitud para que sea desestimada, yerra el casacionista en sus apreciaciones sobre los alcances del Código Penal Militar de reciente adopción —Decreto 2550 de 1988— en tema de aplicación del fuero castrense al personal de policía y los fijados por la Sala Plena de la Corte en su sentencia de 13 de febrero de 1990, mediante la cual juzgó exequibles las regulaciones que el Estatuto en mención hace sobre la materia.

Contrariamente a lo sostenido en el libelo, la puesta en vigencia del nuevo Código Castrense no implica extensión del fuero policial a los extremos de los que se parte para la denuncia de la violación de la ley sobre la que se demanda la invalidación del proceso, consistente en que la realización de cualquier delito común por militar o policía, bajo cualquier tipo de vinculación con el servicio, conduce al discernimiento del fuero. La nueva normación —art. 14—, consagra lo que ninguna novedad representa, que el hecho, común o militar, para que pueda ser juzgado con arreglo a la legislación militar debe ser ejecutado en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Ahora bien; este ámbito de operancia del fuero, en cuanto tiene que ver con el sujeto policial, tampoco resulta modificado por virtud del fallo de Sala Plena que invoca el recurrente. De su mismo texto se establece la tesis ya sentada en orden a considerar que no hubo modificaciones en este campo, sino que, y ese era el tema de pronunciamiento, el fuero sí cobija a los miembros de la policía. Es por eso que, en uno de sus apartes, se lee:

> *"A este respecto se debe recordar que la Corte en sentencia de su Sala Plena de 5 de marzo de 1987, consideró que el fuero militar 'se explica por la naturaleza de la institución*

armada' y dijo que no se extiende al juzgamiento de civiles por los Tribunales Militares pues conforme al artículo 170 superior estos organismos están instituidos exclusivamente para conocer 'de las faltas cometidas por militares en servicio y dentro del mismo'. Como las normas acusadas (Decreto 2550 de 1988, 96, 97 y 100 de 1989) se limitaron a extender el fuero militar, con las anotadas limitaciones y precisiones, al juzgamiento de los oficiales, suboficiales y agentes de la policía por los Tribunales castrenses, la presente decisión, lejos de contrariar la doctrina consagrada en el mencionado fallo, la reitera expresamente" (Subrayas fuera de texto).

Los anteriores conceptos —hecho cometido en servicio activo y relacionado con el mismo servicio—, han sido materia de precisiones por parte de la jurisprudencia de la Corte en Sala Penal y si bien los pronunciamientos en que ellas se hacen dicen relación con el estatuto derogado, en cuanto, reitérase, en el de reciente expedición en ese aspecto no se consagró modificación alguna, esa doctrina mantiene su vigencia.

A este respecto, ha señalado la Corte que cuando el hecho punible de carácter común aparece realizado dentro del ámbito del servicio militar, sin discusión se impone el discernimiento del fuero. Así mismo, ha sido categórica en precisar que para el establecimiento de cuando ello es así, la función castrense debe aparecer nítida, es decir, sin la más leve duda de que se estaba en su desempeño legítimo y que, como consecuencia de su ejercicio, inicialmente no envolvía la comisión de hecho delictuoso alguno, *resultando su realización como algo eventual con respecto a la prestación del servicio.*

También ha sido criterio expreso de la jurisprudencia que si a la función castrense se llega con propósito de ejercerla con fines delictivos y en desarrollo de estos se cumple aquella, sin duda se está frente a una actividad criminosa no comprendida por el fuero (Cfr. Auto agosto 23 de 1989, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Para el caso materia de examen, no cabe discutir que el hecho imputado al procesado Saúl Ojeda Castro se encuentra fuera de la relación de servicio de acuerdo con los criterios antes vistos, por ende, no comprendido por el fuero castrense.

En efecto; de acuerdo con los términos de demostración en el proceso, se establece que el delito tuvo ocurrencia estando el procesado de franquicia, es decir, al margen de su autoridad funcional; así mismo, que se pretextó el cumplimiento de la función policial para obtener ventajas económicas. Con este propósito fue sorprendido Jesús Antonio Sotelo González cuando tenía consigo, o recién había adquirido, droga de tenencia prohibida y utilizando la situación, circunstancia en la que, además, se adujo pertenecer al F-2 con exhibición de la placa de policía, el revólver y las esposas, se procedió a elevar exigencias de dinero, con el resultado ya conocido de la aprehensión por parte de efectivos de contrainteligencia de la misma policía en el momento en que se recibía parte de la cantidad acordada.

Lo anterior demuestra, que las exigencias económicas estaban previstas antes de la captura de Sotelo y que el pretextado ejercicio de la función, sólo obedecía a estos fines ilícitos. Por supuesto, como ya fuera establecido, tal proceder escapa al fuero y hace que la demanda no pueda prosperar.

Ha planteado el Procurador, desde otra perspectiva, la nulidad del proceso. Fúndase, para ello, en que se afectaron las formas propias del juicio en cuanto, a consecuencia de la calificación dada al hecho como extorsión, el juzgamiento fue tramitado por procedimiento que no era el correspondiente (Ley 2ª de 1984), violando, además, la regla de competencia (Juez Especializado), cuando lo adecuado ha debido ser calificar el hecho como concusión, juzgarlo por el procedimiento ordinario (Decreto 050 de 1987) y por el Juez del Circuito.

Recoge esta propuesta, la postura doctrinal de la Corte según la cual, al delito de concusión se llega, no sólo por abuso de la función, entendiendo por tal el desbordamiento o restricción indebida de sus límites o su utilización con fines protervos, sino también a través del abuso del cargo; es decir, cuando se aprovecha esa sola coyuntura por no estar el asunto de que se trata sujeto a la decisión del empleado (Cfr., por todos los pronunciamientos, auto julio 31 de 1985, Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero).

De acuerdo con esto, también será concusión la utilización abusiva de la investidura; esto es, porque se ejecuten actos para los que no se tiene competencia, por estar atribuidos a otras autoridades, o por estar fuera de los límites territoriales en que deben ser cumplidos. Ello, por cuanto como fuera expresado en casación de 10 de febrero de 1981, Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, es la concusión, ante todo, un delito contra la administración pública que se concreta en la violación de los deberes que el funcionario tiene en relación con la misma, especialmente aquellos consistentes en el no empleo de la función para infundir temor en los particulares y obtener, de este modo, provechos o ventajas.

Por eso, así mismo, se sostiene, la ley sanciona no sólo el abuso de la función sino también el del cargo, es decir, la utilización de la autoridad de que se está investido para obtener, mediante intimidación —*metu publicae potestatis*— utilidades indebidas.

Lo anterior implica, entonces, que en apreciaciones como la sostenida por la Procuraduría para reclamar la nulidad, no exista contradicción. Bien puede ser, en el evento del personal militar o de policía, que por su vinculación con el servicio y en relación con él, tenga que admitirse el carácter de delito común de la concusión al cual no le debe ser dispensado el fuero, sin que por ello se desestructure en su configuración. El no desempeño de la función, como viene de destacarse, no modifica, por sí, el status de empleado oficial al de particular. Si al margen de ella, se abusa del cargo o investidura igualmente se incurrirá en concusión.

Desde un punto de vista general, el planteamiento de la Procuraduría, apoyado en las consideraciones precedentes, no admite discusión. No obstante, en la verificación particularizada para el caso, no es exacto.

La circunstancia de que el procesado, en la realización de su actividad criminal, hubiere aducido pertenecer al F-2, con lo cual ocultó su verdadera identidad como miembro de la policía, denota que el acto abusario no estaba referido a su real cargo o investidura, sino a la supuesta. Esto, consiguientemente, introduce una variante al esquema doctrinal con fundamento en el cual el Delegado alega la estructuración de concusión que no de delito contra el patrimonio, como se consideró en las instancias. Esa variante es que no hubo abuso de la investidura pues ella, dentro de las particularidades que en la realización del hecho le imprimió el procesado, no fue relevante. De ahí se explica por qué, entonces, estimó que la eficacia del proceder ilícito pendía de la aducción de calidad que no le correspondía, como era la de ser miembro del F-2, lo cual descarta la utilización del cargo en el hecho.

En este orden de ideas, no pudiéndose predicar que el ilícito fuera realizado con abuso del cargo real ostentado por el sentenciado, ha de convenirse que no existe calificación errada del hecho. Consecuentemente, tampoco violación a la regla de competencia y a la observancia del debido proceso, debiéndose desestimar la declaratoria de nulidad propuesta por el Ministerio Público.

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.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REPOSICION. Punto nuevo

Por "puntos nuevos" han entendido jurisprudencia y doctrina aquellos que aparecen por primera vez en la parte resolutiva

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 67 (septiembre 11 de 1991).

Vistos:

Recopiladas las diligencias decretadas en la etapa de indagación preliminar, decidirá la Corte si abre o no investigación penal contra el Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá doctor *Jaime Omar Cuéllar Romero*, acusado de prevaricato por el abogado Guillermo Nannetti Valencia.

Antecedentes:

En el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá cursa el proceso de sucesión del causante Guillermo Nannetti Concha dentro del cual el abogado Simón Pedraza Esquivel, obrando como apoderado del heredero Guillermo Nannetti Valencia, solicitó la suspensión provisional del proceso aduciendo una prejudicialidad; petición que le fue negada por el Juzgado mediante auto de 9 de junio de 1988 contra el que interpuso recurso de reposición y en subsidio, apeló.

El 21 de septiembre siguiente, el Juzgado se negó a reponer el auto impugnado y concedió ante el superior, en el efecto suspensivo, la apelación subsidiaria; decisión recurrida en reposición por el apoderado de otros herederos, doctor Luis Hernando Gallo Medina a fin de que fuera revocada advirtiendo que en el supuesto de mantenerse la apelación concedida, con fundamento en el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, se ordena la expedición de copias "de todo lo que se refiere al secuestro de bienes dentro de este proceso".

El 30 de enero de 1989 el Juzgado negó la revocatoria de la providencia recurrida en cuanto concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo, pero la repuso en el sentido de adicionarla ordenando que a costa del recurrente se expidieran las copias allí relacionadas.

Enviado el proceso al Tribunal Superior correspondió conocer del mismo al Magistrado doctor Ricardo Roa Acosta quien por auto de 7 de septiembre de 1989 admitió el recurso de apelación y ordenó darle el trámite respectivo; pronunciamiento recurrido en reposición por el abogado Gallo Medina a fin de que fuera revocado por no haber suministrado el apelante las expensas necesarias para la expedición de las copias ordenadas.

La Magistrada Helena Gutiérrez Romero, que reemplazó al doctor Roa Acosta, mediante providencia de 19 de octubre de 1989 repuso el auto dictado por su antecesor y en consecuencia inadmitió la apelación concedida por el Juzgado contra el auto que negó la suspensión provisional del proceso de sucesión, fundada para ello en el artículo 356 del Código de Procedimiento Civil; resolución ésta recurrida en reposición por el abogado Pedraza Esquivel insistiendo en la tramitación de la apelación concedida.

La Magistrada doctora Luz Magdalena Mojica Rodríguez que sustituyó en la dirección del proceso a la doctora Helena Gutiérrez Romero por impedimento aceptado, en auto calendado el 24 de agosto de 1990 rechazó por improcedente el recurso de reposición propuesto contra el auto de 19 de octubre de 1989 y ordenó devolver el proceso al Juzgado de origen.

En memorial presentado el 31 de agosto de 1990 el doctor Simón Pedraza Esquivel pidió reposición de la anterior providencia en cuanto a los "puntos nuevos" contenidos en el injurídico auto dictado por la Magistrada Gutiérrez Romero consistentes en haber *inadmitido la apelación*, situación que contrasta con el auto anterior que sí la admitía. En escrito separado acudió en súplica ante los restantes Magistrados de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior.

Con el advenimiento de la jurisdicción de familia correspondió conocer del proceso al Magistrado doctor Jaime Omar Cuéllar Romero quien por auto de 26 de febrero de 1991 rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 24 de agosto de 1990.

Inconforme el doctor Guillermo Nannetti Valencia con esta última determinación, denunció ante la Corte al Magistrado Cuéllar Romero atribuyéndole el delito de prevaricato por haber proferido decisión judicial manifiestamente ilegal.

Afirma que su denunciado desconociendo el hecho evidente de que la reposición interpuesta por su apoderado contra las providencias dictadas por las Magistradas Gutiérrez Romero y Mojica Rodríguez (octubre 19 de 1989 y agosto 24 de 1990), lo fue respecto a "puntos nuevos" como lo permite el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil: Sin embargo, se negó a reponer la última de ellas con el pretexto baladí de que se trataba de "reposición de reposición". El funcionario denunciado intentó intimidar al abogado Pedraza Esquivel ordenando la expedición de copias con destino al Tribunal Disciplinario por haber faltado a la lealtad procesal.

Consideraciones:

Principio general de derecho consagrado en el inciso final del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, es el de que la misma parte que ha interpuesto el recurso de reposición que no prospera, puede proponerlo otra vez, pero solamente cuando el nuevo auto contenga puntos no decididos en el anterior, como fluye de su tenor literal que dice:

"El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior; caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos".

Por "puntos nuevos" han entendido jurisprudencia y doctrina aquellos que aparecen por primera vez en la parte resolutiva y no considerativa del auto que resuelve la reposición, porque sólo tienen fuerza vinculante las decisiones contenidas en aquella más no en ésta.

La Sala en providencia de 8 de septiembre de 1981 con ponencia del doctor Alfonso Reyes Echandía expresó sobre el particular:

"Los puntos nuevos mencionados en tal disposición (inciso final art. 348) se refieren exclusivamente a las nuevas determinaciones tomadas por el Juez en la parte resolutiva de la providencia que resuelve un recurso de reposición, respecto de ellos proceden los recursos pertinentes —de reposición, apelación o de hecho— precisamente porque constituyen decisiones nuevas de las que apenas se enteran por primera vez las partes al ser notificadas de tal auto".

"Los argumentos adicionales que le sirven al Juez para mantener la decisión recurrida, no son puntos nuevos susceptibles de más recursos, sino el necesario y lógico fundamento del auto que deniega la reposición. Es equivocado confundir, entonces, decisiones nuevas con argumentos nuevos de una misma decisión; en aquél caso se modifica por ampliación la parte resolutiva de la providencia recurrida y por eso es susceptible de nuevos recursos; en éste, solamente se amplía el razonamiento en los considerandos de la providencia para responder adecuadamente a los argumentos del recurrente, pero su parte resolutiva permanece inmodificable precisamente porque se deniega la reposición".

Conforme a dichas orientaciones es equivocada la opinión del denunciante, como la de su apoderado, de considerar como punto nuevo susceptible de ser impugnado mediante el recurso de reposición, el hecho de que en el auto proferido por la Magistrada Helena Gutiérrez Romero, esto es, el de 19 de octubre de 1989, se hubiera dispuesto inadmitir la apelación pues este ordenamiento no constituye una nueva decisión, sino la consecuencia lógica de la orden de reponer, en el sentido de revocar o dejar sin efectos, la providencia dictada por el Magistrado Roa Acosta, admisoria del recurso de apelación, la que fue infirmada porque el apelante, es decir, la parte representada por el abogado Pedraza Esquivel, no suministró lo necesario para la expedición de las copias dentro del término señalado por el Juez (art. 356 *ibídem*).

No de otra manera podría concebirse la parte resolutiva del cuestionado auto redactada en los siguientes términos: "Repónese el auto calendado el siete de septiembre del año en curso, y en consecuencia se inadmite el recurso de apelación".

Con sobrada razón afirmó la Magistrada Mojica Rodríguez que el auto recurrido en reposición, esto es, el de 19 de octubre de 1989 no contiene puntos nuevos susceptibles de impugnación "pues el tema de estudio siempre fue la admisión o inadmisión de la apelación".

De manera que si la providencia recurrida en reposición por el apoderado judicial del denunciante, como la dictada para decidir el recurso interpuesto, denegándolo, no contienen puntos nuevos susceptibles de revocación, reforma o aclaración por haberse ocupado de un tema único: Procedencia o improcedencia del recurso de apelación concedido por el Juzgado, hizo bien el Magistrado denunciado doctor Jaime Omar Cuéllar Romero en rechazar la reposición apoyado para ello en el inciso final del artículo 348 que prohíbe la "reposición de reposición"; prohibición fundamentada en el sistema preclusivo que gobierna el procedimiento civil.

En tales condiciones su proceder resulta atípico porque lejos de contrariar de modo manifiesto la ley, ajustó la decisión cuestionada de ilícita, a la normatividad jurídica aplicable al caso juzgado por lo que la Sala se abstendrá de abrir sumario en su contra, como lo prevé el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal.

No sobra advertir que por estos mismos hechos las Magistradas Gutiérrez Romero y Mojica Rodríguez fueron denunciadas penalmente ante la Corte y recusadas por tal motivo y que no constituye maniobra intimidatoria contra alguna de las partes intervinientes en un proceso la orden de compulsar copias para investigar su conducta porque ella es manifestación de un deber legal del funcionario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, *se abstiene* de abrir sumario contra el Magistrado de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá doctor Jaime Omar Cuéllar Romero en razón de los cargos formulados por el abogado Guillermo Nannetti Valencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FUERO. COMPETENCIA. JUEZ

En los procesos seguidos por delitos de responsabilidad, son la calidad del funcionario inculpado y la naturaleza de la infracción cometida los que determinan el fuero especial y señalan la competencia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 070 (septiembre 18 de 1991).

Vistos:

Procede la Sala a dirimir la colisión de competencias suscitada entre los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, con respecto al proceso seguido contra la doctora *Gloria Luz Barrera Robledo*, Juez Ciento Dos de Instrucción Criminal (Ambulante).

Antecedentes:

El señor Rodrigo Hoyos Hoyos presentó denuncia contra la doctora Gloria Luz Barrera Robledo de Rendón, por los presuntos delitos de prevaricato por acción y abuso de autoridad, cometidos al momento de hacer la calificación de sus servicios como Secretario del Juzgado de Instrucción Criminal del cual ella es titular.

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Medellín, dispuso que la denuncia se remitiera al Tribunal Superior de Antioquia, por cuanto fue formulada contra una Juez nominada por esta Corporación. A su vez, el Magistrado a quien correspondió por reparto, resolvió mediante auto de sustanciación devolvería al Tribunal de Medellín, por cuanto en esa ciudad ocurrieron los hechos denunciados.

De nuevo en el Tribunal de Medellín, la Sala a quien se asignó su conocimiento decidió regresarla al Tribunal de Antioquia proponiendo colisión negativa de competencia con la siguiente argumentación:

"Para el juzgamiento de Jueces que cometen presuntos hechos punibles en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas lo que tiene en cuenta la ley (art. 69-2 C. de P. P.) es la exclusividad de quienes administran justicia y, entonces, la competencia se torna *privativa* ya que solo el Tribunal Superior de Antioquia, por inter-

medio de su Sala Penal, puede conocer del diligenciamiento que ahora comienza porque la señora Juez denunciada ostenta fuero especial. Esta clase de competencia privativa tiene como fuentes, bien se sabe, la naturaleza del hecho punible, el carácter de las personas vinculadas o imputadas (Jueces de la República) a quienes se les puede responsabilizar por ilícitos propios de su función como el *peculado*, la *concusión*, el *abuso de autoridad*, *prevaricato*, etc.

"En esos delitos de responsabilidad es la condición de funcionario público inculpado y la naturaleza de la infracción cometida las que determinan el *fuero especial* y señalan la competencia privativa, sin que ella pueda desplazarse de una Corporación a otra porque no se tiene en cuenta el factor territorial en eventos como éste donde la denuncia se fundamenta en un acto propio de los funcionarios de la Juez querrellada".

El Tribunal Superior de Antioquia aceptó la colisión negativa de competencias y remitió el expediente a esta Corporación para que dirima el conflicto. La determinación se basa en que consideran que la competencia se debe asignar por el factor territorial, razón por la cual el conocimiento corresponde al Tribunal Superior de Medellín.

Textualmente dicen: "En ninguna parte establece la norma (refiriéndose al numeral 2º del art. 69 del C. de P. P.) que de los procesos en comentario deba conocer el Tribunal del cual depende el funcionario sindicado ni que la competencia en tales eventos se determine prescindiendo del factor territorial. Y no puede ser así, porque entonces no podría saberse a cuál Tribunal le corresponde el conocimiento de los procesos contra Fiscales, Jefes de Oficinas Seccionales, abogados de la Procuraduría General de la Nación y Personeros Municipales cuando éstos actúen como Ministerio Público? Además, en tal caso, habría que afirmar que el Tribunal Superior de Aduanas debe juzgar a los Jueces de su Distrito".

"Si el legislador hubiera pretendido que cada Tribunal Superior juzgara a los Jueces de su Distrito, sin consideración del territorio donde ocurre el hecho, lógicamente así lo había consignado en la norma como se hizo en el artículo 5º, numeral 5º del Decreto 099 de 14 de enero de 1971, con relación a los Jueces y Fiscales de Orden Público por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas".

Consideraciones de la Sala:

En la doctrina se señalan como factores para determinar la competencia los siguientes: Objetivo, subjetivo, territorial, de conexidad y funcional.

El factor subjetivo hace relación a la calidad del procesado, en virtud de la cual su juzgamiento se asigna a una determinada jerarquía de Jueces o de Corporaciones. Es una manifestación procesal del fuero, que como es obvio, puede estar por encima del criterio exclusivamente territorial, de ahí que MANZINI, el autor que citan los Magistrados del Tribunal de Antioquia, diga que la competencia por razón de la

persona es una "excepción a las reglas de la competencia por razón del territorio", afirmación que puede verse en la página 44 del mismo tomo que mencionan en la providencia.

En el artículo 69, numeral 2º del Código de Procedimiento Penal, se otorga a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el juzgamiento, entre otros funcionarios, de los Jueces Superiores, de Circuito, de Instrucción Criminal, de Menores, de Distrito Penal Aduanero, Municipales y Territoriales, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. Como es evidente, la norma delimita la competencia por dos aspectos: Uno, que el Juez pertenezca a ese Distrito Judicial, y otro, que el delito lo haya cometido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. No hay ningún motivo para introducir en la determinación de la competencia del caso que nos ocupa el factor territorial. Jurisprudencia de la Corte ha reiterado, que en los procesos seguidos por delitos de responsabilidad, son la calidad de funcionario inculpado y la naturaleza de la infracción cometida los que determinan el fuero especial y señalan la competencia.

A juicio de los señores Magistrados del Tribunal de Antioquia, la norma no establece que deba conocer el Tribunal del cual dependa el funcionario sidicado, por eso tienen en cuenta el factor territorial, criterio que no comparte la Corte, porque lo que se infiere dentro de una interpretación sistemática del Código es que el Superior Jerárquico del Distrito juzga a los inferiores del mismo Distrito.

La circunstancia accidental de que un funcionario deba practicar una diligencia o tomar una decisión fuera del territorio de su Distrito, no significa que la competencia privativa por razón del fuero asignada al Tribunal Superior para su juzgamiento cambie, pues como ya se dijo, el territorio no es un factor que haga variar la competencia en este caso.

El interrogante sobre la competencia para juzgar a los Fiscales, Jefes de Oficinas Seccionales, etc., no tiene ningún fundamento pues la interpretación lógica de la norma conduce a que el Tribunal competente para juzgar a los Jueces, lo es también respecto del Ministerio Público.

Ahora, no es cierto que en ese caso habría que afirmar que el Tribunal Superior de Aduanas debe juzgar a los Jueces de su Distrito, pues basta leer el numeral 2º del tantas veces citado artículo 69, para darse cuenta que esa competencia esta asignada al Tribunal Superior del Distrito Judicial en el cual está radicado el Juez de Aduanas.

Atendiendo a lo dicho, se dirimirá este conflicto atribuyendo el conocimiento del proceso al Tribunal Superior de Antioquia. En consecuencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero: Dirimir la colisión de competencias suscitada entre los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, declarando a este último como competente para seguir conociendo del proceso.

Segundo: Por la Secretaría de la Sala se remitirá copia de esta providencia al Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). JUEZ (SALVAMENTO DE VOTO)

A los Tribunales Superiores de Distrito Judicial corresponde el juzgamiento de los Jueces, sin dejar de lado el lugar de la comisión donde la acción u omisión adquieren relevancia penal

De conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, presento el texto de la ponencia sometida por el suscrito a consideración de la Sala y que no fuera admitida en su oportunidad, como salvamento de voto.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Vistos:

Procede la Sala a dirimir el conflicto negativo de competencia surgido entre los Tribunales Superiores de Medellín y de Antioquia, con igual competencia jerárquica, quienes se han declarado incompetentes para conocer de estas diligencias que se surten en la etapa preprocesal.

Hechos:

La doctora Gloria Luz Barrera de Rendón, Juez Ciento Dos (102) de Instrucción Criminal —Ambulante— fue denunciada penalmente por los delitos tipos de prevaricato y abuso de autoridad por Rodrigo Hoyos Hoyos, empleado del despacho a su cargo, por haberlo calificado injustamente ante lo cual quedó fuera del escalafón de la Carrera Judicial. Considera el quejoso que la calificación de marras fue contraria a la realidad y obedece a una "inhumana persecución" que ha desatado en su contra, la antecitada funcionaria del orden judicial.

Criterio de los colisionantes:

Estima el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que "...Para el juzgamiento de Jueces que cometer presuntos hechos punibles en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas lo que tiene en cuenta la ley (art. 69-2, C. de P. P.) es la exclusividad de quienes administran justicia y, entonces, la competencia se torna privativa ya que sólo el Tribunal Superior de Antioquia, por intermedio de su Sala Penal, puede conocer del diligenciamiento que ahora comienza porque la señora Juez denunciada ostenta fuero especial. Esta clase de competencia privativa tiene como fuentes, bien se sabe, la naturaleza del hecho punible, el carácter de las personas vinculadas o imputadas (Jueces de la República) a quienes se les puede responsabilizar por ilícitos propios de su función como el *peculado*, la *concusión*, el *abuso de autoridad, prevaricato, etc*..."

A su vez el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, considera que en ninguna parte establece la ley "...que de los procesos en comentario deba conocer el Tribunal del cual depende el funcionario sindicado ni que la competencia en tales eventos se determine prescindiendo del factor territorial. Y no puede ser así, porque entonces no podría saberse a cuál Tribunal le corresponde el conocimiento de los procesos contra Fiscales, Jefes de Oficinas Seccionales, Abogados de la Procuraduría General de la Nación y Personeros Municipales cuando éstos actúen como Ministerio Público? Además, en tal caso, habría que afirmar que el Tribunal Superior de Aduanas debe juzgar a los Jueces de su Distrito (sic)... Si el legislador hubiera pretendido que cada Tribunal Superior juzgara a los Jueces de su Distrito, sin consideración al territorio donde ocurre el hecho, lógicamente así lo habría consignado en la norma como se hizo en el artículo 5º, numeral 5º del Decreto 099 de 14 de enero de 1991, con relación a los Jueces y Fiscales de Orden Público por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas..."

La Corte:

1. El Poder Jurisdiccional del Estado o la actividad propiamente judicial no puede ser ejercida de manera indiscriminada o absoluta por cualquier Juez. Concretos aspectos asignados al contenido de la jurisdicción (sujetos, objeto, lugar, tiempo, etc.), limitan su ejercicio. Surge así la noción de competencia, la cual se define como la medida de la jurisdicción en donde cada órgano judicial conoce, *in concreto*, y por predeterminación normativa de ciertos asuntos con prescindencia de los restantes órganos judiciales penales.

2. En general —y son pautas ecuménicas conocidas— las leyes procesales distribuyen la competencia, atendiendo plurales factores: Por razón de la materia (índole o gravedad del delito); por razón del territorio (lugar donde el delito se ha cometido); por razón funcional (fases de desarrollo de la relación procesal penal) e incluso por razón de la investidura del sujeto, activamente representada en el momento

del delito. Materia, lugar, aspecto funcional y persona son, pues, los criterios rectores clásicos que determinan el fenómeno de la competencia penal.

3. En tratándose de la producción del punible y para efectos de fijar la competencia penal prevalece en nuestra sistemática, la regla del lugar donde se realizó la actividad del agente: *forum comissi delicti*. Así lo preceptúa y manda el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal. Predomina, pues, el criterio del espacio territorial y ello impone su consideración y su acatamiento obligatorio frente a otros criterios subsidiarios de determinación (*forum domicilii, forum notitiae criminis, forum deprehensionis, etc.*). No puede expresarse de manera más diáfana esta verdad procesal.

4. Descendiendo al caso materia de conflicto, se tiene:

a) La empleada acusada es persona aforada como consecuencia de la función pública que desempeña. El juzgamiento de su conducta corresponde al órgano judicial señalado en el numeral 2 del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que el delito imputado se realizó dentro del rol propio de sus funciones;

b) La comisión del comportamiento punible a ella atribuido, tuvo ocurrencia, según se conoce, en la ciudad de Medellín. Esta circunstancia locativa —como realidad plenamente verificada— determina la competencia penal independientemente de la entidad o corporación que haga el correspondiente nombramiento.

La razón es palmaria. Es claro, como atrás se dijo, que cuando se trata de determinar la competencia, prima el factor territorial, pues la conducta endilgada como punible, cuando interrumpe el normal discurrir de la sociedad, se sitúa primero en un ámbito tempo-espacial, afectando bienes jurídicamente tutelados, cuya existencia se posibilita dentro de un determinado marco circunstancial. Y es que el delito no sucede en un contorno imaginario, construido al capricho del intérprete. Por el contrario, la conducta reprochable responde a una realidad perceptible que marca su destino, tanto en su desarrollo mismo como respecto del funcionario que lo ha de conocer. Solamente, cuando la escasez noticiosa impide precisar con claridad el sitio de ocurrencia, se acude a otras pautas que como tales, conservan su subsidiariedad, salvo fueros especiales que son un producto excepcional de la voluntad del legislador;

c) Si desatendiéramos esta regla que nos impone no sólo la normatividad existente sino la lógica misma, dejaríamos libre el camino para que la interferencia de factores secundarios diluyeran el territorial, alejando la solución del conflicto de la realidad misma que es en donde viven y se nutren las normas. Así, por ejemplo, no resulta claro que para otorgar la competencia se tenga en cuenta la situación personal del nominador, persona ajena al hecho en cuestión. No es materia de discusión que él únicamente guarda nexo con el sujeto activo por haberse constituido en la herramienta eficaz que hizo posible su entrada a la administración de justicia. Nada más;

d) Diferente el caso en tratándose de la jurisdicción disciplinaria, pues aquí la relación se estrecha por haberse constituido el uno (el

superior) en calificador excepcional de sus condiciones como funcionario en cuanto a eficiencia, capacidad, rectitud, etc. No resultaría claro que se le otorgara la potestad de juzgar y condenar en esta jurisdicción, a funcionario ajeno a la respectiva circunscripción judicial. Aquí, la inmediación administrativa prima sobre cualquiera otra consideración, pues tiene en cuenta a quien por este particular vínculo se encuentra en mejor posición para sopesar limitaciones y fallas y, por ende, hallar las mejores soluciones. Razón tuvo el Constituyente de 1886 para preceptuarlo y considera la Sala que tal criterio ha de seguir vigente pese a que la nueva Carta no lo contemple;

e) En conclusión, si no existe duda ninguna acerca del lugar de comisión de la acción delictiva y si la ejecución del hecho no se proyectó en distintos lugares (conducta en un sitio, evento en otro), débese concluir en la determinación territorial de la competencia penal (art. 74 del C. de P. P.);

f) No está demás anotar que la Sala no encuentra contradicción o antítesis entre la preceptiva del artículo 69, ordinal 2 del Código de Procedimiento Penal y lo prevenido por el artículo 74, *ejúsdem*. A los Tribunales Superiores de Distrito Judicial corresponde el juzgamiento de los Jueces —cualquiera sea su nomenclatura— que realicen conductas en ejercicio de sus funciones por razón de ellas, sin dejar de lado, el lugar de la comisión donde la acción u omisión adquieren relevancia penal;

g) Esto sentado, corresponde al Tribunal Superior de Medellín, el conocimiento de las presentes diligencias tanto por haberse producido el delito de que se trata dentro del enclave territorial de aquella ciudad, como por el carácter improrrogable de la competencia penal, teniendo legitimidad dicho órgano judicial para entender aquellos, con exclusión de otros.

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

Resuelve:

Primero: Dirimir la colisión de competencias planteada asignando el conocimiento del diligenciamiento al Tribunal Superior de Medellín.

Segundo: En firme esta decisión remítase lo actuado a dicha Corporación.

Tercero: Comuníquese lo así resuelto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez.

PENA. CONFESION

El procesado se coloca en posición incompatible con la aminorante punitiva, cuando, lejos de aceptar una responsabilidad mermada por la ocurrencia de un factor disminuente en su obrar, pretende la absoluta exoneración por la presencia de una causal de inculpabilidad o excluyente de la antijuridicidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos:

El siete de noviembre del pasado año el Tribunal Superior de Antioquia confirmó sin modificaciones la sentencia del Juzgado Cuarto Superior de Medellín que condenó a los procesados *Carlos Arturo Sossa Duarte, Danilo Alberto Cárdenas y Alfredo Echavarría Urrego* a 16 años, 2 meses de prisión, cada uno, como coautores del delito de homicidio agravado en la persona de Gloria Elvira Paniagua Legarda y le negó a Sossa Duarte la rebaja de pena por confesión; decisión por ésto recurrida en casación.

Hechos y actuación procesal:

Los que dieron origen a la formación del proceso aparecen reseñados por el *ad quem* de la siguiente manera:

"En las primeras horas de la mañana (entre seis y ocho de la madrugada) del día trece (13) de mayo de la pasada anualidad (1989), encontrábase la dama Gloria Elvira Paniagua Legarda dedicada al aseo de la parte frontal y externa de su residencia situada en la carrera 104 y distinguida con el número 104-59 de la nomenclatura oficial de la población de Apartadó (Antioquia). Hasta allí llegaron varios individuos, quienes sin mediar palabra y aprovechando de su concentración en el quehacer, accionaron en su contra armas de fuego, de las que estaban provistos, en repetidas oportunidades, produciéndose su muerte en el propio lugar de los acontecimientos. Cometido el delito se alejaron del sitio los siniestros personajes, sin que de momento se lograra su identificación o aprehensión. No contaron éstos con que habían sido vistos y muy especialmente uno de ellos. Cuatro días más

tarde del acontecer, se trajo al proceso la noticia en el sentido de que los autores del atroz crimen habían sido dos jóvenes varones residenciados en la calle primera del barrio 'Policarpa Salavarrieta'; pero todo continuó en la oscuridad hasta cuando Héctor Wilson Velásquez, habitante del barrio 'Vélez' donde estuvo el escenario de los acontecereres, casi dos meses después, valientemente desenmascaró a Carlos Arturo Sossa Duarte como uno de aquellos que accionaron los revólveres que segaron la vida de la infortunada Gloria Elvira. Así, entonces, se dispuso la captura de éste, lo que se logró el día siete de julio del calendario citado, otorgándosele todas y cada una de las garantías legales que la ley le da desde este mismo momento, y quien no actuó en solitario..."

Iniciada la investigación por el Juzgado Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal de Apartadó fue oído en declaración indagatoria el sindicado Carlos Arturo Sossa Duarte alias "La Jirafa" quien confesó haber dado muerte a la indefensa mujer aduciendo haber obrado por la coacción y amenazas de que era objeto por parte de los sujetos Danilo Alberto Cárdenas y Alfredo Echavarría Urrego, sus compañeros de trabajo de una empresa de ingenieros contratistas de dicha localidad, desconociendo los móviles por los cuales lo obligaron a disparar contra su víctima aclarando, eso sí, ser la única persona que accionó arma de fuego.

Héctor Wilson Velásquez Bedoya refirió que en la madrugada de autos encontrándose acostado en su habitación escuchó tres disparos de arma de fuego levantándose de inmediato observando a través de la ventada cuando dos personas pasaban frente a ella distinguiendo por sus rasgos físicos y vestiduras a una de ellas conocida en el sector como "La Jirafa"; sujeto al cual reconoció posteriormente en fila de personas.

Por estos hechos el Juzgado Cuarenta y Siete de Instrucción Criminal de Apartadó profirió resolución acusatoria contra los tres incriminados por el delito de homicidio agravado por el aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima; pronunciamiento consentido por los sujetos procesales.

Durante la audiencia pública el procesado Carlos Arturo Sossa Duarte después de relatar los sucesos como lo había hecho en la diligencia de indagatoria, sorpresivamente cambió de versión alegando haber sido compelido a matar mediante orden impartida por los altos mandos de la organización guerrillera las FARC, a la cual dijo pertenecer junto con sus compañeros Cárdenas y Echavarría; situación que obligó al Fiscal del Juzgado a interrogar de nuevo al acusado.

El 31 de agosto de 1990 el Juzgado del conocimiento, esto es, el Cuarto Superior de Medellín puso fin a la instancia condenando al recurrente Carlos Arturo Sossa Duarte y a los procesados ausentes Danilo Alberto Cárdenas y Alfredo Echavarría Urrego a la pena principal ya mencionada como coautores de homicidio agravado; fallo apelado por el primero de ellos y su defensor y confirmado íntegramente por el Tribunal Superior de Antioquia mediante el que es objeto del recurso de casación.

Esa Corporación denegó la rebaja de pena por confesión reclamada por el defensor del procesado Sossa Duarte argumentando que "respecto de esta aspiración tiene esta Sala para indicar que, como toda norma la citada (art. 301) ha de obedecer requisitorias. Si bien es cierto la confesión de Carlos Arturo Sossa Duarte se hizo en la primera intervención judicial, cuál requisito; y la misma fue en parte fundamento de la decisión, también exigencia, no menos lo es que no fue persistente en su confesión (la varió en audiencia pública acerca de los orígenes del hecho punible); de otro lado no fue solamente su confesión el fundamento de la sentencia, pues que no puede perderse de vista la fuerza de convicción que deviene de la declaración jurada de Héctor Wilson Velásquez Bedoya, en la medida en que éste se ajustó a la realidad de los acontecimientos en lo que pudo percibir de éstos y a quien no acompañaba ánimos perjudiciales en contra del imputado. Fue precisamente este último quien corroboró la acusación de Velásquez Bedoya, independientemente de saber o no quién era o a quién se debía que hubiese sido aprehendido luego de determinado tiempo de haberse cometido el desafuero y cuándo creía que quedaría en la impunidad su actividad...Pero no sólo por ello es que no es susceptible de rebaja la confesión de Sossa Duarte, sino también por aquello de la cualificación de sus decires..."

Demanda de casación:

Con fundamento en la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, vigente, se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 301 *ibídem* y 8º del Decreto 3673 de 1986 en concordancia con los artículos 5º de la misma codificación y 26 de la anterior Constitución Nacional (hoy 29 de la Carta Política).

Proviene el quebranto, según el demandante, de la concurrencia de manifiestos y evidentes errores de hecho por defectuosa apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras. Como pruebas defectuosamente apreciadas señala las manifestaciones vertidas por el sindicado recurrente durante el curso del proceso, la declaración del testigo Héctor Wilson Velásquez Bedoya y el dictamen de balística emitido por el Instituto de Medicina Legal - Seccional de Medellín (fl. 103 del expediente) y como prueba no apreciada menciona la diligencia del reconocimiento fotográfico en la que el citado testigo no pudo identificar al sujeto Danilo Alberto Cárdenas (fl. 140 *ibídem*).

Los anteriores yerros refundidos en un solo cargo buscan probar que el Tribunal Superior no dio por demostrado, a pesar de estarlo, que la confesión rendida por Sossa Duarte desde su primera versión constituye el fundamento único de su propia condena y de la impuesta a sus compañeros Cárdenas y Echavarría, lo que hace acreedor al confeso a una doble rebaja de pena: La tercera parte por cuenta del artículo 301 y "hasta la mitad" por disposición del artículo 8º, inciso segundo, del Decreto 3673 de 1986.

Refiriéndose a los argumentos expuestos por el fallador de segunda instancia para negar la diminuente punitiva del artículo 301, afirma el recurrente que la sentencia de condena tuvo como exclusivo

fundamento la confesión de su asistido, la que se mantuvo incólume desde su primera versión ante las autoridades de policía hasta la audiencia pública, y no precisamente la declaración jurada del joven Velásquez Bedoya, prueba ésta defectousamente apreciada por el fallador al asignarle unos alcances y un valor incriminatorio que no tiene, porque el deponente se limitó a identificar y reconocer a uno de los autores del hecho punible (Sossa Duarte) sin lograr aportar ningún dato o información respecto a los demás copartícipes (Cárdenas y Echavarría) ni menos identificar a Danilo Cárdenas cuando tuvo la oportunidad de hacerlo en la diligencia de reconocimiento fotográfico visible a folio 140.

Arguye que de no haber mediado la confesión de su cliente "a la manera como lo hizo", otros hubieran sido los resultados de la investigación y el sentido de la sentencia reiterando que el juzgador tergiversó las declaraciones del procesado "al convertir las justificantes o exculpaciones vertidas por el inculpado, como obstáculos no posibilitantes de la aplicación del diminuente del 301 del Código de Procedimiento Penal, a favor de éste".

Alude al dictamen de balística obrante a folio 103 del expediente, como prueba defectuosamente apreciada por los juzgadores porque de ella "de ninguna manera podía deducirse elemento probatorio contra los procesados"; pero ni siquiera explica en qué consistió el error de apreciación probatoria.

Concluye solicitando la infirmación parcial de la sentencia acusada para que se le rebaje la pena al recurrente en la proporción establecida por los artículos 301 del Código de Procedimiento Penal y 8º del Decreto 3673 de 1986.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, identificándose con los planteamientos del recurrente coadyuva la demanda pidiendo la infirmación parcial del fallo impugnado por cuanto la negativa del Tribunal Superior a conceder la rebaja de pena del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, constituye grave desacierto "pues de la simple lectura de las manifestaciones del procesado aprehendido se deduce con suficiente contundencia que en todas sus intervenciones procesales confesó ser el autor material de los disparos que ocasionaron la muerte de Gloria Paniagua y que actuó en tal forma, bajo coacción. Lo que el procesado modificó en la audiencia pública fue el origen de la imposición que lo compelió a delinquir, pues ya no se la atribuyó a los dos compañeros de trabajo que también participaron de la ejecución delictual, sino que la fijó en los altos mandos de las FARC, grupo guerrillero al cual, según dijo, pertenecen los tres implicados.

"En las condiciones descritas, ninguna modificación se introdujo a las circunstancias confesadas, lo que pone en evidencia la equivocación del fallador en cuanto adopta una conclusión no concordante con la realidad que ponen de manifiesto las aseveraciones vertidas al proceso por el encausado".

Advirtiendo que resulta inane cualquier referencia al artículo 8º del Decreto 3673 de 1986 en consideración a que para la época de sucedidos los hechos ya se encontraba derogado por el Decreto 050 de 1987 que en su artículo 301 recogió la misma disposición en términos casi idénticos, transcribe apartes de conocida doctrina de la Corte relacionada con la eventual incidencia en este campo de la confesión calificada por alguna circunstancia de inculpabilidad o justificación del hecho punible argumentando que no basta con que una prueba de esa naturaleza haya sido calificada con una causal de inculpabilidad para eliminar la posibilidad de detraer la consecuencia punitiva de un delito pues lo esencial es determinar la entidad de la confesión como soporte de una condenación.

En el caso *sub exámine*, la incriminación contra Sossa Duarte provino de la suposición fabricada por el testigo Velásquez Bedoya de haberlo visto pasar frente a su casa en compañía de otro individuo después de haber sonado los disparos homicidas; pero como bien anota el recurrente no fue dicha declaración la que permitió la condena del sindicado "pues la prueba de la autoría en cabeza de éste y de la intervención de otras dos personas, emerge de la confesión de aquél, no de la incidencia que permitió capturar al confeso".

Agrega que el efecto probatorio producido por la confesión del acusado no puede desconocerse por concurrir indicios que corroboran la autoría del hecho y el señalamiento de copartícipes "porque lo cierto es que de no existir la confesión nada se habría podido esclarecer sobre el mismo punto, con base en los otros elementos de convicción obrantes en el proceso. Y por la misma razón resulta intrascendente que no se hubiera dado la menor importancia al reconocimiento mediante fotografías, ni que la demanda no desarrolle la tergiversación del experticio balístico".

Consideraciones de la Corte:

A juicio de la Sala constituye grave error, plantear simultáneamente y respecto al mismo procesado, una doble disminución de pena como lo prevista para situaciones claramente diferenciadas, el artículo 8º del Decreto 3673 de 1986, norma que ya había sido modificada para la época de los hechos por leyes posteriores, entre otras los Decretos 050 de 1987 (C. de P. P.) y 1199 de 1987.

Debe entenderse por tanto, que la impugnación en el presente caso, se circunscribe al posible quebranto del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal que regula el tema en estudio.

La confesión privilegiada de que trata el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, a más de reunir las exigencias del mismo y las propias de este específico medio de convicción, debe ser suficiente para sustentar un fallo de condena.

Entre aquellos requisitos cabe destacar para efectos de la detracción de la pena por confesión que ésta se hubiere producido durante la primera versión judicial rendida por el procesado, que no concurra ninguna situación de flagrancia y que se haya constituido en el fundamento esencial de la sentencia condenatoria por tratarse de

una prueba de cargo en contra del acusado y no de un medio de persuación demostrativo de circunstancia excluyente de culpabilidad o de justificación del hecho punible.

Precisamente sobre este último aspecto la jurisprudencia de la Corte se ha mostrado reiterativa y uniforme en el sentido de negarle poder morigerador a la confesión del procesado cuando pretende la integral justificación de su conducta, como fluye de los siguientes pasajes:

"En cuanto al requisito de que la confesión debe ser fundamento de la sentencia, se observa en primer término que el legislador no hace distinción entre la confesión simple y la calificada en la norma que se estudia (art. 301), lo cual en principio no permite excluir ninguna de ellas, siendo obvio que las hipótesis de confesión simple son las de más opción en el reconocimiento de la rebaja punitiva.

"A pesar de que esta norma podría entenderse intimamente ligada a aquella que regula el proceso abreviado (474) y que sólo admite ese trámite expédito en casos de confesión simple, es indudable que en el ámbito del artículo 301 caben algunos casos de confesión calificada que generan el reconocimiento del atenuante, en cuanto contienen la aceptación de la realización del hecho o de su participación pero, por ejemplo en condiciones de ira (60) o en exceso (30), circunstancias que expresadas así por el procesado pueden ser el fundamento de la sentencia en cuanto son aceptadas plenamente.

"Parece ser que las confesiones calificadas que impliquen exclusión de responsabilidad por justificación o inculpabilidad no pueden ser atendidas en cuanto no son fundamentos de la sentencia condenatoria" (Auto 1º de diciembre de 1987. G. J., T. CLXXXIX. Segundo semestre, pág. 569).

Posteriormente expresó:

"La Sala debe insistir en que ésta caracterización no es lo que hace improcedente, en este perfil de análisis, la confesión, pues así concurra con abundantes y varios medios de convicción, si aquella sirve de fundamento de la sentencia, tiene que reconocerse la disminución prevista para tal evento, siempre y cuando que la manifestación del procesado resista la consideración de tratarse de un reconocimiento de su participación delictiva, que le acarrea responsabilidad, así se refleje ésta en una forma disminuida de pena por obra de otras circunstancias o factores (diminuente de la provocación, exceso en la justificante, etc.) y se haya cumplido en tiempo procesal oportuno".

Y concluyó:

"En síntesis, si la posición del procesado fue la de pretender la integral justificación de su comportamiento, no es factible atender a la preceptiva del ya citado artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, pues mal puede ser fundamento de una sentencia de condena lo que pugna por imponer un obrar conforme a derecho, que no puede aparejar ningún juicio de responsabilidad" (Casación de 15 de agosto de 1989. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

En el caso sometido a consideración de la Sala es incuestionable que el procesado Sossa Duarte confesó desde su primera versión judicial la autoría del hecho punible alegando haber obrado bajo insuperable coacción ajena ejercida por sus compañeros de trabajo y andanzas guerrilleras Danilo Alberto Cárdenas y Alfredo Echavarría Urrego, posición que sorpresivamente cambió durante el plenario atribuyendo la muerte de la infortunada mujer a una orden perentoria de los altos mandos del grupo guerrillero al cual pertenecía, so pena de atenerse a las fatales consecuencias de una desobediencia, calificando así su confesión con la circunstancia de inculpabilidad prevista en el ordinal 2º, artículo 40 del Código Penal.

De manera que cuando el procesado lejos de aceptar una responsabilidad mermada por la concurrencia de un factor disminuente en su obrar, pretende a todo trance la absoluta exoneración por la presencia de una causal de inculpabilidad o excluyente de la antijuridicidad del hecho punible se coloca en posición francamente incompatible con la aminorante punitiva del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, como puntualizó el Tribunal Superior con apoyo en la doctrina de la Corte.

Pero es que además, la confesión rendida por Sossa Duarte no fue tenida por dicha Corporación como fundamento único de la sentencia de condena por encontrarla poco creíble en cuanto al origen y naturaleza de la coacción o amenaza que lo compelió a delinquir y respecto a la circunstancia de haberse atribuido la autoría de los disparos fatales pues de los resultados de la prueba técnica de balística obrante a folio 103 del expediente, emerge que "un proyectil, elaborado a base de solo plomo, fue disparado por un tipo de arma; y el otro, constituido de núcleo de plomo y blindaje de cobre, lo fue por otra. Que se sepa, ya por informaciones del propio sindicado u otra persona-testigo, Sossa Duarte no tenía dos revólveres. Uno de los prementados cartuchos fue recogido del lugar de los hechos, y el otro lo fue de la bóveda craneana (sic) de la infortunada Gloria Elvira". Luego más de una persona intervino en la consumación del hecho punible.

El censor adujo violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas que llevaron al fallador a inaplicar el artículo 301, planteamiento que en sentir de la Procuraduría Delegada resulta un acierto técnico por parte del impugnador.

Sin embargo, a juicio de la Sala, no se remite a dudas que ninguna de las hipótesis del error de hecho se da en el presente caso porque, con excepción del reconocimiento fotográfico obrante en autos a folio 140, las demás pruebas mencionadas en la demanda (confesión, testimonio y dictamen pericial) fueron apreciadas y valoradas conjuntamente por el sentenciador para llegar a las conclusiones de que da cuenta la sentencia.

Sabido es que el error de hecho versa sobre la existencia material de la prueba en el proceso y se manifiesta por falsos juicios de existencia y de identidad; evento este último más aproximado al que el recurrente denomina "defectuosa" apreciación de las manifestacio-

nes exculpativas del procesado, las afirmaciones del testigo Velásquez Bedoya y las conclusiones del dictamen de balística, respecto a los cuales tímidamente afirma haber sido tergiversados sin entrar a explicar ni menos demostrar el sentido y alcance de dicha expresión.

Existe error de hecho por falso juicio de identidad cuando se distorsiona o falsea el contenido del hecho que revela la prueba; situación que no se presenta en el caso de autos en el que las manifestaciones del sindicado como las del testigo y los resultados del dictamen, lejos de haber sido tergiversados, falseados o mutilados en su real contenido, fueron confrontados y valorados por los juzgadores para llegar a conclusiones que no pugnan con la lógica ni la experiencia.

El resultado negativo del reconocimiento fotográfico del sindicado Danilo Alberto Cárdenas por parte del declarante Velásquez Bedoya visible a folio 140, no podía tenerse en cuenta en la sentencia por su marcada irrelevancia probatoria toda vez que el testigo fue explícito en afirmar que de las dos personas que pasaron frente a su casa después de los disparos solamente podía identificar al sujeto apodado "La Jirafa", como efectivamente lo hizo. De modo que el no haberlo hecho respecto a otro de los copartícipes en nada demerita la firmeza de sus inculpaciones.

Significa lo anterior que el ataque a la sentencia dirigido a demostrar la existencia de plurales y manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en autos, que llevaron al Tribunal sentenciador a inaplicar el artículo 301 del Estatuto Procesal Penal vigente, no está llamado a prosperar.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Carlos Arturo Sossa Duarte, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PROCESADO. Identificación

El nombre con el cual se haya conocido o dado a conocer el procesado, cuenta de manera secundaria, importante sí que no se dude respecto de su determinación física

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., primero de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 72 (septiembre 25 de 1991).

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado en tiempo oportuno y debida forma (diciembre 13 de 1990 y abril 9 de 1991) contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué (octubre 11 de 1990), por los delitos de "homicidio y hurto calificado", en la persona y bienes de Carlos Arturo Cabrales y pertenencias de Bernardo Sánchez León, y en la cual, como coautores, se impuso a *Wilson Ortiz Guzmán* o *Wilson Andrade Guarnizo* y *Oscar Humberto Espinosa Parra*, dieciocho (18) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

Unicamente impugnó el fallo Wilson Ortiz Guzmán o Wilson Andrade Guarnizo.

Hechos:

Este es el relato consignado en la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Superior y fechada el 14 de junio de 1990:

"...Resumen los autos que en la noche de 13 de junio de 1989 los ciudadanos Carlos Arturo Cabrales Amaraya y Bernardo Sánchez León se encontraban tomando cerveza en un establecimiento de la calle 16 con carrera 3ª y pasadas las doce de la noche, ya amanecer el 14 resolvieron ir a la carrera 2ª entre calles 15 y 16 de la ciudad al restaurante El Maizal, cuando llegan a este sitio se encontraron que unos individuos armados de cuchillos atracaban al señor Jaime Arias Bonilla, amigo de Sánchez, quien angustioso les invocó ayuda cuando le preguntaron qué pasaba, lo que motivó que los atracadores con cuchillo en mano se lanzaran contra ellos ante lo cual se abrieron, siendo perseguido el hoy occiso Carlos Arturo Cabrales Amaraya por Wilson Ortiz Guzmán o Wilson Andrade Guarnizo, a Bernardo Sánchez

León lo siguió Oscar Humberto Espinosa Parra armado igualmente de cuchillo, mientras que Jaime Arias Bonilla corrió hacia la puerta del citado restaurante 'El Maizal' y que al término del despiadado ataque resultó mortalmente herido Cabrales Amaraya de tres cuchilladas que le propinó Wilson quien a su vez le despojó de un fino anillo, Bernardo Sánchez León fue despojado de una cadena de oro pero logró esquivar las cuchilladas que le lanzaba Oscar Humberto Espinosa Parra; Carlos Arturo Cabrales Amaraya alcanzó a ser llevado al hospital donde falleció a consecuencias de las heridas recibidas. Minutos luego fueron capturados los atracadores quienes fueron reconocidos plenamente en esos momentos por sus víctimas Sánchez León y Arias Bonilla..." —versión textual—.

Actuación procesal:

De ésta anotó el Delegado Tercero en lo Penal:

"El Juzgado Veintisiete de Instrucción Criminal de Ibagué inició la investigación penal pertinente en auto de fecha diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve, con base en el acta de levantamiento correspondiente. Por su parte, con fundamento en la denuncia que se había formulado, lo propio hizo el Juzgado Octavo Penal Municipal de la misma ciudad, en proveído del catorce de junio del mismo año, funcionario que además recibió diligencia de indagatoria a los incriminados. El primero de ellos manifestó llamarse Oscar Humberto Espinosa Parra, en tanto que el segundo dijo responder al nombre de Wilson Ortiz Guzmán, tal como además firmó la diligencia correspondiente.

"Ortiz Guzmán dijo también estar casado con la señora Martha Patricia Rueda Silva a quien se llamó a rendir declaración jurada y aseveró ser 'la esposa de Wilson Ortiz Guzmán', si bien se abstuvo de declarar en torno a los hechos materia de investigación.

"El expediente pasó luego al Juzgado de Instrucción Criminal ya citado, que en auto del veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve dispuso la detención preventiva de los indagados por los hechos punibles de homicidio y hurto.

"Según se desprende de las constancias procesales, a Wilson Ortiz Guzmán se le identifica también con el nombre de Wilson Andrade Guarnizo, razón por la cual el 23 de agosto de 1989 su defensor dirigió un memorial al Juzgado de Instrucción solicitando la ampliación de indagatoria de su mandante, con el propósito de que 'aclare lo relacionado con su nombre', diligencia que no fue practicada entonces por el Juez.

"En proveído del trece de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado de Instrucción Criminal declaró cerrada la investigación y dispuso correr el traslado de ley a las partes. Vencido éste, se procedió a la calificación del mérito del sumario el once de octubre siguiente, profiriéndose resolución de acusación en contra de Wilson Ortiz o Wilson Andrade Guarnizo y Oscar Humberto Espinosa Parra,

por los delitos de homicidio y hurto, decisión que al ser apelada recibió confirmación el día veinticinco de enero de mil novecientos noventa.

"Rituado el juicio en legal forma, en la diligencia de audiencia pública celebrada el primero de junio de mil novecientos noventa se interrogó al enjuiciado Ortiz Guzmán o Andrade Guarnizo sobre la concurrencia de dos apellidos diversos que lo identifican, a lo cual manifestó que en verdad se llama Wilson Andrade Guarnizo, explicando que voluntariamente se cambió de apellidos para que sus padres no se enteraran de que estaba privado de la libertad. Como ello no le surtió efecto, luego dijo a su padre que hablara con el abogado para 'que hiciera saber mis propios apellidos que son Andrade Guarnizo'.

"Culminada la audiencia de juzgamiento, se dictó la sentencia de primer grado en los términos conocidos, la misma que fue confirmada por el Tribunal".

La demanda:

Se formula un único cargo, fundamentado en la causal tercera ("Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad") que consagra el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto se anota "que jamás se estableció si se juzgaba a Wilson Ortiz Guzmán o a Wilson Andrade Guarnizo y si son personas distintas o si se trata de una misma persona... en resumidas cuentas, tenemos en el proceso a una persona de sexo masculino, mayor de edad, vecina de Ibagué, con dos nombres, de estado civil casado con Marta Rueda Silva, sin prueba cierta de su real y verdadera identidad, lo cual constituye una abierta transgresión del artículo 127 del Código de Procedimiento Penal, que necesariamente genera una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso".

El impugnador reclama que, como en la indagatoria, el procesado indicó como padres suyos a Arturo Ortiz y Ana María Guzmán y a Martha Rueda Silva, como su esposa, sin que se les citara al Juzgado, pues "ninguna de estas tres... personas declaró en el proceso". Así mismo, "jamás se acudió a la Registraduría del Estado Civil para comprobar si a esta persona se le había expedido tarjeta de identidad o cédula de ciudadanía y bajo qué nombre realmente y bajo qué procedencia familiar". Destaca, de otro lado, como desatendidas dos peticiones (en el sumario y en la causa) que buscaban ampliar la indagatoria del procesado para esclarecer esta situación incierta; y que, en la audiencia, el enjuiciado apareció como Wilson Andrade Guarnizo, hijo de Arturo y Ana María Guzmán.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

La acusación comentada aparenta más solidez que real importancia. Los principios invocados, resultan confundidos y las citas que al respecto se señalan carecen de la trascendencia que el memorialista les atribuye, bien porque no corresponden a la realidad, bien porque no pueden invocarse en el sentido expresado en la censura.

El punto central de la cuestión, lo ha delimitado y respondido en forma acertada el Procurador Tercero Delegado. Se trata, simplemente, de haber equivocado, en el mejor de los casos, identidad con individualización. El primero, en verdad, conviene establecerlo dentro de las posibilidades que para ello se den, pero, de no ser factible cumplir con ello, no por esto se impide ni el adelantamiento de la investigación, ni su definición en sentencia, ni el cumplimiento efectivo de ésta. Lo que sí es imprescindible es contar con la individualización del sujeto pasivo de la acción penal, esto es, que la persona ejecutora del hecho, sea la misma que figura en el proceso y a la cual se refiere y debe aplicarse la sentencia pronunciada. Provechoso resulta, se repite, que el procesado desde un principio sea conocido de manera precisa y cierta por sus nombres y apellidos así como por el número de registro del documento respectivo que se le haya expedido a este fin. Pero la negligencia, la astucia, etc., pueden conspirar contra esto y de ahí que, en ocasiones, el procesado sea un verdadero indocumentado, o que utiliza y se hace conocer con varios nombres y apellidos y llega a poseer y usar varias cartas de identidad. En estas circunstancias la justicia, con el condicionamiento que se quiere imponer, limitaría su eficacia y entronizaría así, por justiciables avezados al delito, un factor de entorpecimiento y frustración. De ahí entonces que el nombre con el cual se haya conocido o dado a conocer el procesado, cuenta de manera secundaria, importando si que no se dude respecto de su determinación física, esto es, que quien haya sido sometido a juzgamiento sea el mismo que participó en la conducta punible. Será suficiente, en este punto, la singularización morfológica que sobre el particular se haga y, especialmente, su reseña dactilar obtenida en la investigación.

Es pertinente, por lo ilustrativo y exacto, reproducir estas observaciones de la Delegada:

"...Una de aquellas provisiones que ciertamente configuran la estructura del proceso penal colombiano moderno, es la previa individualización —que no identificación— del acusado, puesto que solamente a través de la seguridad de quien habrá de ser el sujeto pasivo de la actividad procesal se puede dar comienzo a ella, en tanto que en caso contrario corresponderá a las autoridades competentes la búsqueda de elementos que permitan determinar, entre varios al presunto autor de un hecho delictivo.

"Ello no implica, sin embargo, como parece entenderlo el casacionista, que el ordenamiento procesal colombiano imponga la comprobación de la identificación del acusado como requisito preliminar al proceso o necesario dentro de él. La exigencia se refiere a la individualización del mismo, esto es, que se tengan suficientes elementos de juicio para determinar que, pese a sus posibles cambios en sus condiciones civiles, el procesado efectivamente corresponda en su particularización, a quien se señala como el posible infractor.

"La norma cuya infracción predica el libelista, tiene un contenido bien diverso del que entiende éste, pues se refiere es al deber de establecer la identidad del procesado que es tanto como decir la obligación que surge para el funcionario de determinar que el sometido al proceso es el mismo a quien se acusa, si se tiene en cuenta

que la definición del vocablo es, según la Real Academia de la Lengua, 'calidad de idéntico' o 'hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o se busca'.

"El debate que propone el censor es, pues, diverso. Pretende que se declare la nulidad de la actuación no porque el sentenciado sea distinto a quien realmente cometió el delito, sino porque éste suministró datos inexactos, lo que no elimina su responsabilidad ni comunica a la actuación vicio alguno.

"Equivocada, entonces, es la demanda en este aspecto. Aquí no hubo falta de identidad del procesado. El señalado con la acusación fue quien compareció a juicio y es el sujeto a quien se impuso la pena. El que haya suministrado a las autoridades diversos apellidos a los suyos no afecta para nada su responsabilidad en tanto que, además, ha reconocido ser la misma y única persona que utilizó tales señas con propósitos suficientemente claros de ocultar su identificación.

"Por otra parte, se descubre en el contexto de la demanda que el censor reclama la práctica de pruebas tendientes a la identificación del acusado y al hacerlo bajo la causal de nulidad, parecería ser que entiende la omisión del funcionario como vulneración del derecho a la defensa. Esto resulta también equivocado. Aún en el supuesto de que se recaudaran los elementos de convicción que extraña el libelista, nada nuevo se aportaría al proceso ni se cambiaría la situación procesal del sentenciado, lo que demuestra que en este evento carece de legitimidad para adelantar el recurso. Pero, además, esta Agencia del Ministerio Público no encuentra vicio alguno que haya debilitado u obstaculizado el derecho de defensa del acusado, quien siempre contó con las oportunidades de solicitar pruebas, rebatirlas, intervenir en ellas, la adecuada asistencia legal, etc., factores estos que le permitieron actuar cuando a bien lo quiso, para procurar el amparo de sus intereses..."

Por último, la Sala adiciona los siguientes comentarios:

a) La cónyuge del procesado, Marta Patricia Rueda Silva, si fue llamada por el Instructor a declaración pero invocó, para abstenerse, de la garantía que desarrolla el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal. Pero, si hay un dato cierto para la certidumbre de la ejecución de la sentencia, vale decir, que quien aquí figura como Wilson Ortiz Guzmán o Wilson Andrade Guarrizo, ha convivido con Martha Patricia Rueda Silva. Otrosí, ante las actitudes asumidas por este procesado, resultaba hasta inocuo tratar de citar a quienes mencionaba como sus progenitores;

b) Si bien no se respondió de inmediato a la petición del defensor, para ampliar la indagatoria de su asistido, lo atendible a este respecto es que a la postre este resultado se obtuvo en la diligencia de audiencia pública —fls. 79 y 80—, en la cual el punto fue esclarecido integralmente por el procesado, incluyendo los motivos por los cuales varió su apelativo. No se cuestiona, pues, que quien apareciera en un principio como Wilson Ortiz Guzmán es el mismo Wilson Andrade Guarnizo, dualidad de nombres surgida de la propia posición del procesado, quien, conforme a la actitud asumida por algunos de sus

conocidos o amigos, parece venía utilizando ese primer nombre, pues a éste hacen referencia en sus testificaciones (ver, por ejemplo, versión de Jaime Gallo Arellano —fl. 103—); y,

c) La controversia que trata de suscitar la comentada objeción, decrece en importancia por las circunstancias propias de esta investigación. En efecto, no es lo mismo, en orden a la confusión que se trata de suscitar, el empleo de varios nombres por parte de un sindicado a quien no se ha logrado aprehender, que la situación de autos, en donde tan pronto ocurrieran los hechos, los testigos presenciales y la autoridad intervinieron, produciéndose el prendimiento de los dos agresores (Ortiz o Andrade y Espinosa) y a éstos, en forma incontrovertible, se refiere la prueba de cargo considerada en la sentencia de condena. Igualmente, sin solución de continuidad, a los capturados y sometidos a indagación, se les tomaron las huellas decadactilares —fls. 92 y 93—, diligencia que debió repetirse al ingresar a la cárcel del Circuito Judicial de Ibagué. Y por si fuera poco, los rasgos escriturarios de Wilson Ortizo Guzmán o Wilson Andrade Guarnizo, revelan una evidente uniprocedencia.

No es atendible, entonces, dudar que se trata de una sola persona, *la misma* que diera muerte a Carlos Arturo Cabrales y se apoderara de bienes de éste y de Bernardo Sánchez, con la coautoría de Oscar Humberto Espinosa Parra, cuyo registro dactilar ya se posee en forma incuestionable y al cual se puede acudir en cualquier momento, si es que se persiste en cuestionar aspecto tan claro y definido.

Se rechaza el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve, no casar* la sentencia recurrida, ya mencionada en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION. CASACION

Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte al advertir que, en sede de revisión solamente tienen acogida los llamados errores in iudicando

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 73.

Vistos:

Se decide el recurso de revisión que mediante apoderado especial interpone el sentenciado *Orlando Flórez Triana* contra la sentencia de septiembre 7 de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, decisión que culminó el proceso seguido en su contra por los delitos de acceso carnal violento y corrupción, con la ratificación del fallo del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué que le condenó a la pena principal de sesenta meses de prisión.

Hechos:

Prevalido de la amistad que tenía con varios niños de su vecindario en el barrio La Florida de Ibagué, el impugnante Orlando Flórez Triana se dedicó entre los meses de diciembre de 1987 y febrero de 1988 a someterlos al acceso carnal homosexual y otras prácticas eróticas, prometiéndoles a cambio la entrega de obsequios, cuando no amenazándoles y golpeándoles para vencer su resistencia, hechos que una vez denunciados por la madre de una de las pequeñas víctimas suscitó la huida del ofensor, quien sólo vino a ser capturado en Bogotá hacia el mes de enero de 1990, cuando ya el proceso seguido en su contra había concluido.

La demanda:

Invocando la causal 3ª de revisión prevista en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, impetra el actor la invalidación del fallo definitivo recaído en contra de Flórez Triana y la consecutiva revisión del proceso, argumentando que los testimonios de quienes acusaron al procesado se demuestran falsos con fundamento en aquellos que acompañan la demanda, pues de estos últimos emerge que para la época de los sucesos el penado se hallaba ausente de la ciudad

de Ibagué, y como consecuencia en imposibilidad de ejecutar los delitos por los cuales se le acusa, acreditándose que las imputaciones hechas en el curso del proceso sólo fueron el producto de la grave enemistad existente entre la denunciante y la familia del acusado.

También como fundamento de la revisión que pide, sostiene el actor que la sentencia se produjo dentro de un juicio viciado de nulidad por incompetencia de los funcionarios que la profirieron, pues si para la época de ocurrencia de los hechos, tenía el procesado una edad inferior a los 18 años según se comprueba con el acta de su registro de nacimiento, el conocimiento del asunto debió asumirlo la jurisdicción de menores.

Las pruebas allegadas:

A la demanda se acompañó un certificado expedido por la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, acreditando el día 29 de diciembre de 1971 como fecha de nacimiento del procesado, y suscintas versiones extrajuicio rendidas por Germán Machado, José Ignacio Vargas, Jairo Hernando Quintero, Roberto Salazar, Orlando Zamora, Gustavo Ríos, María Adelina Machado y Benilda Sánchez, quienes en términos generales afirmaron haber tenido noticia que Orlando Flórez "no estaba en la ciudad (Ibagué) en el año de 1985", porque para esa fecha "se fue para Bogotá a trabajar", añadiendo algunos que "los hechos" del juzgamiento "fueron por enemistad de las dos familias", mientras restringieron otros su información a la buena conducta de Flórez a quien han conocido como un muchacho trabajador.

Dentro de la etapa probatoria propia de este recurso extraordinario se decretaron y recepcionaron los testimonios de José Ignacio Vargas —fl. 90— y Orlando Zamora Orozco —fl. 95—, ratificando el primero su conocimiento sobre el desplazamiento de Flórez a Bogotá en el año de 1985, pero aclarando que jamás supo cuanto tiempo había permanecido en esta capital, pues su conocimiento provenía de la información que le habían suministrado los abuelos de Orlando, a cuyo lado había transcurrido su infancia, explicando que no veía al procesado desde hacía unos siete años, distanciamiento justificado en buena parte porque el testigo se ausenta largas temporadas de Ibagué para dedicarse a las labores del campo.

El segundo declarante señor Zamora Orozco sostiene que conoció al acusado porque fue su trabajador durante unos trece meses, teniendo luego conocimiento de su viaje a Bogotá en el año de 1985, época desde la cual no lo ha vuelto a ver, limitando su conocimiento a las referencias que recibe por parte de la abuela de Orlando.

Alegaciones:

El señor apoderado del recurrente limitó su intervención a insistir en su formulación escuela de revisión, porque a su juicio "es incuestionable que Orlando Flórez Triana, para la fecha que se dice se sucedieron los hechos se encontraba radicado en Bogotá, siendo por ello materialmente imposible su autoría en el mismo, concluyéndose fácilmente la versión de que pudo ser una venganza que se le montó

por grave enemistad entre las familias de los intervinientes en el proceso", insistiendo, sin orientación a una solicitud concreta, en que la edad demostrada del procesado para la época de los hechos, era inferior a los dieciocho años.

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del actor y en su lugar solicita de la Sala se abstenga de ordenar la revisión que de este proceso se impetra, comenzando por señalar que el actor ignoró las rigurosas exigencias técnicas propias de esta impugnación extraordinaria, pues pese a invocar la causal tercera de revisión como fundamento de su recurso, entró a mezclar "antitécnicamente otros motivos que no invocó", desplazando su argumentación hacia la causal quinta e impidiendo con ello, de entrada que la revisión prospere, añadiendo como nuevo e insalvable defecto la formulación de una nulidad, vicio de procedimiento que la legislación no incluye como causal dentro de este recurso extraordinario.

Adentrándose, sin embargo, en el tema del hecho propuesto como novedoso, demanda su desestimación frente a las versiones de quienes depusieron dentro del proceso asegurando la presencia del acusado en la fecha y los lugares en que el delito tuvo ocurrencia, concluyendo que lejos de la proposición de un hecho nuevo lo que él pretende es la existencia de una contradicción que orientada a la revaloración de las pruebas de cargo, torna la alegación inadmisible dentro de esta acción extraordinaria.

> "Para alegar la falsedad de las pruebas —concluye—, deben proponerse medios de convicción que efectivamente desvirtúen las mismas con argumentos sólidos que no admitan dudas en cuanto a la calidad de espurias de las evidencias que sustentan el fallo, como sería el caso de una sentencia que así lo declarara, o prueba documental de tal naturaleza que dejara en serios aprietos la veracidad —por ejemplo— de las declaraciones que se atacan. La mera contradicción entre dos declarantes, los cuales rindieron testimonio bajo la gravedad del juramento, sin aparentes motivos para adulterar la verdad, no comprueba con la fuerza que se requiere en revisión, la falsedad de los medios de prueba".

Consideraciones de la Corte:

1. *Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte al advertir que en sede de revisión solamente tienen acogida los llamados errores* in iudicando, *pues sólo ellos "...consolidan una oposición o disparidad manifiestas entre la verdad formal o la verdad probada que presenta el proceso y la verdad de lo que aconteció en la vida real o realidad histórica del hecho imputado" al punto de conducir "...a demostrar que de haberlos conocido a tiempo el juzgador, el fallo no hubiera sido de condena, porque la inocencia o irresponsabilidad del procesado frente al delito eran indubitables". Por idénticas razones, ajenos se muestran a esta acción aquellos errores que no obstante ser de hecho, tan sólo comportan yerros jurídicos que repercuten en la violación indirecta de la ley, pues tanto éstos como los errores* in procedendo, *tienen previsto como específico medio de impugnación la casación*

(Revisiones de junio 15 de 1982 y mayo 3 de 1983 con ponencia de los Magistrados doctores Fabio Calderón Botero y Alfonso Reyes Echandía, respectivamente).

Siendo ello así, improcedente a todas luces resulta la propuesta que a manera de solicitud subsidiaria y sin invocación de una causal concreta de revisión entraña la demanda sobre la base de la menor edad del sentenciado, frente a la cual variarían la competencia para el juzgamiento y la naturaleza de las medidas tomadas en su contra, pues como también de modo reiterado lo ha venido sosteniendo esta Sala, "el fenómeno jurídico de la inimputabilidad no es, de suyo, causal de inocencia o de irresponsabilidad", dado que al restringir el debate al tema de la punibilidad, resulta por su naturaleza ajeno a los fines de este recurso extraordinario (cfr. sentencia de junio 16 de 1987, Magistrado ponente doctor Guillermo Dávila Muñoz).

Pero además de su ajenidad frente a la acción de revisión que se invoca, desatinada y extemporánea se muestra también la alegación de nulidad traída por el actor a esta sede, si ni siquiera repara en las circunstancias propias del tránsito de normas, pues ocurridos los hechos y fallado definitivamente el proceso entre los meses de diciembre de 1987 y septiembre de 1989, la competencia de la justicia ordinaria se hacía evidente para rituarlo y definirlo, dado que la edad penal tan sólo fue elevada al tope de los 18 años mediante Decreto 2737 de 1989 que expedido en noviembre de ese año, resulta posterior en dos meses a la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

2. Con relación a la causal de revisión que el demandante invoca y en su alegato final dice tener por demostrada porque la nueva prueba acreditó la falsedad de los testimonios sobre los cuales descansa el fallo de condena, tendrá que responder la Sala en coincidencia con el criterio de la Delegada, que aún superando el desacierto de una formulación confusa, lejos quedaron las nuevas versiones de acreditar la imposibilidad en que se hallaba el acusado para la ejecución de las conductas que ameritaron su condena, como distante la infirmación de los dichos que acusaron plural y abiertamente a Flórez Triana.

La confusión que ostenta la demanda entre las causales 3ª y 5ª de revisión resulta en este aspecto innegable, pues mientras que de modo expreso se invoca la ocurrencia de un hecho nuevo consistente en la inoportunidad en que se hallaba el acusado para la comisión de los delitos que se le atribuyen, pronto deriva la sustentación en la advertencia de que los testimonios de cargo allegados al proceso constituyen pruebas falsas, pues la acusación se enderezó por la denunciante para satisfacer su antaña enemistad con la familia del ahora condenado.

Desconoció de ese modo el actor que en revisión cada causal se inspira en su propio e independiente origen, y obedece a disímiles motivos, lo que hace indebida su unificación argumental, pues mientras que para la 3ª es *hecho nuevo* aquel que no conocido por el Juez durante los debates, evidencia a su surgimiento una verdad histórica diferente de aquella que plasmada en la actuación, resultó determinante para la adopción del fallo definitivo; la *prueba falsa* que en la causal 5ª se alude, es justamente aquella que por hallarse, en cambio,

dentro del proceso, y haber sido del dominio del juzgador, resultó definitiva en la decisión de la causa, pese a la mutación de su contenido, y que conllevando una relevante desfiguración de la verdad, resultó suficiente para determinar un fallo injusto.

Sin embargo, y si en el mejor de los casos se aceptase que como lo adujo la demanda, la causal realmente invocada fue la 3ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal fundada en la falta de oportunidad en que para delinquir se hallaba el procesado, jamás la prueba arrimada a este trámite apoyó la alegación propuesta, pues como ha quedado visto, ni el testitmonio de José Ignacio Vargas, ni la declaración rendida por Orlando Zamora hicieron referencia a las actividades que el acusado realizaba por los días en que se ejecutaron los delitos, pues relatando cada uno que en el año de 1985 Orlando Flórez se desplazó a Bogotá por motivos de trabajo, ninguno de los dos acierta a dar noticia sobre la localización y actividades del ahora sentenciado durante aquellos meses del año de 1987 en que tuvieron ocurrencia las ofensas, explicando Vargas que hace más de siete (7) años ni siquiera ve al acusado, mientras Zamora perdió con él contacto a partir de 1985, situación que les impidió dar razón satisfactoria y pormenorizada de todo aquello cuanto desde entonces hiciera.

Información tan superficial jamás podría con éxito oponerse a la credibilidad que sostiene el principio de la cosa juzgada, tornándose más bien y como así lo acusa el Ministerio Público en un inoportuno e infructuoso intento de reabrir los debates de instancia, pretensión que por completo ajena a la acción de revisión propuesta, derivará fallida de modo irremediable.

Otro tanto sucede, para terminar, con la proposición referencial apenas de la 5ª causal de revisión que el actor refundió con la 3ª, porque la enemistad que adujo entre la denunciante y la familia Triana no pasó de constituir una tímida alusión tanto en los términos de la demanda como en las referencias testimoniales de los señores Vargas y Zamora, sin que se haya acreditado que ese distanciamiento emocional llegó a falsear la prueba, posibilidad tanto más remota en la medida en que siendo varios los menores ofendidos, tampoco se acreditó una comunidad de intereses que los vinculara con la denunciante, ni se explicó de modo diferente al dicho de las víctimas la presencia de los rastros que en algunos de ellos dictaminó el forense como consecuencia de la agresión sexual.

> "...sin la demostración de su falsedad —ha dicho la doctrina de esta Sala—, es impertinente discutir en el recurso de revisión la firmeza de la cosa juzgada...La falsedad debe aparecer manifiesta, ostensible, indubitable. Si lo que discute el recurrente no es la falsedad de la prueba sino su credibilidad, la Corte carece de competencia para confrontar el juicio crítico del juzgador con el juicio crítico del recurrente. Por la razón muy clara de que nuestro sistema probatorio otorga al juzgador de instancia amplia capacidad para apreciar los hechos del proceso, sin más que observe en su tarea el método de la sana crítica. Conceder un mayor o menor grado de credibilidad a un hecho probatorio es menester de los juzgadores de instancia, exclusivo de sus competencias

y facultades discrecionales" (Cfr. Revisiones de mayo 30 de 1978, Magistrado ponente doctor José María Velasco Guerrero, y agosto 4 de 1987, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

El cargo no prospera.

Nada obsta lo anterior para que al margen de la decisión principal que en los términos expuestos se anuncia, y reconociendo que frente al Decreto 2737 de 1989, la edad que del procesado se acredita a la fecha de los hechos le coloca bajo tratamiento que compete a los Jueces de Menores, atendiendo el criterio ya precedentemente sentado por esta Corporación se remita el asunto a esa jurisdicción, a través del Juzgado que venía ejecutando la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, acogiendo el criterio del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Negar la revisión que del presente proceso fallado en contra del acusado Orlando Flórez Triana se intenta dentro de esta actuación, y

Segundo: Disponer la remisión del expediente a través del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, con destino a los Juzgados de Menores de esa ciudad, para los fines anotados en la parte considerativa.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ESTAFA

Es indiferente si para ello se requiere o no de la relación personal y directa entre el estafador y el estafado, pues en tal situación, la inducción o el mantenimiento en error pueden ser directos o personales o indirectos o genéricos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 75.

Vistos:

En sentencia de tres de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Bogotá al confirmar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Once Superior en contra de *Gabriel y Fernando Camacho-Roldán Rubio y Arturo Restrepo Jaramillo*, dispuso su modificación en el sentido de fijar como pena principal a *Gabriel Camacho-Roldán Rubio* la de cinco (5) años de prisión y multa de diez mil pesos, como responsable de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, en concurso y, a *Fernando Camacho-Roldán y Arturo Restrepo Jaramillo* la de tres (3) años de prisión, como responsables del delito de falsedad en documento privado.

Así mismo, dispúsose absolver a Fernando por el delito de estafa y revocar la condena de ejecución condicional otorgada a Gabriel.

Los defensores de los procesados y el apoderado de la parte civil, en representación de Margarita Escallón de Mallarino, Gubriel Mallarino y Miguel Mallarino Escallón, interpusieron recurso extraordinario de casación; concedido en relación al interpuesto por la defensa, fue denegado en lo atinente al representante de los intereses privados, quien a su vez, recurrió de hecho ante esta Corporación, la cual en decisión de cuatro de mayo de mil novecientos noventa, resolvió que la determinación del Tribunal era correcta.

Agotados los trámites concernientes al recurso admitido, en cuyo desarrollo se ha solicitado la declaratoria de prescripción de la acción penal en relación con los delitos de falsedad en documento privado, compete a la Corte resolver.

Hechos:

De ellos es fiel síntesis la que ofrece el Procurador Delegado en su concepto, en los siguientes términos:

"Los señores Gabriel y Fernando Camacho-Roldán, apareciendo como representantes legales de la sociedad 'Camacho Roldán y Cía.' (de la cual eran Gerente Administrativo y Gerente Técnico) recibieron varias sumas de dinero a título de mutuo con intereses pactados a las tasas del 36, 37 y 38% anual, a diversas personas. Producida una situación financiera de insolvencia de la casa comercial en referencia, que llevó a un concordato preventivo, algunos de los acreedores de la firma en mención decidieron instaurar las denuncias penales que estimaron pertinentes, por falsedad y estafa.

"De ellas, se conocieron las de Margarita Escallón de Mallarino, que culminó con una reapertura del proceso, y finalmente con cesación de procedimiento por una segunda calificación sin prueba para dictar resolución de acusación.

"La de Alicia González González, que prestó la suma de dos millones setecientos mil pesos sobre los cuales le pagaron intereses pactados hasta el día 1º de agosto de 1982. Luego de ello se presentó el concordato preventivo potestativo de la firma en agosto del mismo año.

"Jorge Benito López Uribe, amigo personal de Gabriel Camacho, igualmente les prestó la suma de 3 millones de pesos, en condiciones semejantes a las ya anotadas en precedencia.

"A más de lo anterior, conviene decir que los Camacho Rubio (sic), no obstante de tomar los préstamos a nombre y con pagarés de la firma comercial Camacho Roldán y Cía., consignaban realmente el dinero en la cuenta corriente número 1405598 del Banco de Bogotá, sucursal de Los Héroes, que figuraba como cuenta de la sociedad 'Fondo Aliado de Inversiones', y como titulares los señores Alberto Parra Valencia y Fernando Agredo Rojas. La cuenta había sido abierta y autorizada para figurar a nombre de terceros, para lo cual se tomaron los datos de los clientes del mismo banco. A través de la misma se recibían los préstamos, y se abonaban los intereses que tomaba y debía pagar 'Camacho Roldán', lo cual fue consentido por el Gerente del Banco Arturo Restrepo Jaramillo".

Actuación procesal:

1. Con fundamento en los anteriores hechos, se originaron varias acciones. La referente a la denuncia de doña Margarita de Mallarino que culminó con cesación de procedimiento, luego de una inicial reapertura. Una en relación con la estafa de que se hiciera víctima a Alicia González González, tramitada ante el Juzgado Doce Penal del Circuito, en la cual se profirió llamamiento a juicio en contra de Gabriel y Fernando Camacho Roldán y, finalmente, la adelantada por el Juzgado Once Superior en que se dictó auto de proceder contra Gabriel y Fernando Camacho Roldán Rubio y Arturo Restrepo Jaramillo, como coautores de falsedad en documento privado y estafa;

esta última, imputada exclusivamente a Gabriel Camacho Roldán en perjuicio de los intereses patrimoniales de Jorge Benito López Uribe.

2. Ejecutoriados los respectivos enjuiciamientos, la causa adelantada en el Juzgado Doce Penal del Circuito fue acumulada a la del Once Superior, profiriéndose el correspondiente fallo único. En él, se condena a Gabriel Camacho Roldán por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, en concurso, a la pena principal de treinta y seis meses de prisión; a Fernando Camacho Roldán, a la pena de veinticuatro meses de prisión por los delitos de falsedad en documento privado y estafa y, finalmente, a Arturo Restrepo Jaramillo a la pena de diez meses de prisión como cómplice de falsedad en documento privado.

3. En la decisión materia de este recurso extraordinario, el Tribunal confirmó el anterior pronunciamiento, modificándolo en el sentido de incrementar la pena impuesta a los procesados; a cinco años en el caso de Gabriel Camacho Roldán y a tres en lo referente a Fernando Camacho Roldán y Arturo Restrepo Jaramillo, al primero de los cuales, Fernando, se le absuelve por la estafa y, al segundo, Arturo, se le modifica la participación de cómplice a coautor.

4. En trámite el recurso de casación en la Corte, los defensores de los procesados elevaron solicitudes para que se declarara prescrita la acción y, consecuentemente, se ordenara la cesación de procedimiento en lo referente a los delitos de falsedad en documento privado. Para ello, aducen el transcurso del término establecido en los artículos 80 y 84 del Código Penal. De estas peticiones se dio traslado al Agente del Ministerio Público, quien conceptuó favorablemente.

Las demandas:

A consecuencia de las solicitudes a que se hizo mención anteriormente, el defensor de Restrepo Jaramillo se abstuvo de presentar demanda; el de Gabriel Camacho-Roldán Rubio, sólo lo hizo en relación con el delito de estafa y el de Fernando Camacho-Roldán con posterioridad a su presentación, elevó petición de prescripción.

En este sentido, la Corte se referirá sólo a la demanda cuyo estudio es posible, es decir, la presentada en nombre de Gabriel Camacho-Roldán Rubio contra el fallo en que se le condena por el delito de estafa.

Al amparo de la causal cuarta de casación, contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por el cual se rige este caso, el actor acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por error en el *nomen juris* dado a los hechos en que figura como perjudicada Alicia González González, pues ellos no corresponden en su denominación a la estafa.

Esta nulidad es parcial, en razón a que el juzgamiento a Gabriel Camacho-Roldán Rubio, por el delito de estafa, es doble. También comprende los hechos en que se relaciona a Benito López Uribe como víctima, los cuales, ciertamente, no son materia de impugnación.

En lo esencial el cargo se hace consistir en que, de acuerdo con la prueba existente en el proceso, Gabriel Camacho-Roldán no cometió delito de estafa, sino la defraudación de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. Se transcriben apartes de la ampliación de denuncia de doña Alicia González González, practicada en el periodo probatorio de la causa, en la cual refiere no haber conocido a Gabriel Camacho-Roldán antes de hacer los depósitos en la firma gerenciada por éste; así mismo, la declaración de la hija de aquella, Sandra Ruth González Bedoya, quien da cuenta cómo se enteraron, a través de Elvia de Velásquez, de los términos de negociación con la firma Camacho Roldán, razón por la que se pusieron de acuerdo para hacer los depósitos.

Con fundamento en estas pruebas, se sostiene por el impugnante, queda establecido que Gabriel Camacho-Roldán no desplegó conducta alguna calificable como estafa, en sus versiones de inducción en error por medio de artificios o engaños, o mantenimiento en error, cualquiera de las cuales requiere una acción positiva por parte del sujeto activo no estructurante de la defraudación contemplada en el artículo 361 del Código, razón por la que, el comportamiento, ha de ser ubicado en ella.

En consecuencia, solicita la casación del fallo a efecto de que se decrete la nulidad de lo actuado, a partir del auto por el cual el Juzgado Doce Penal del Circuito calificó el mérito del sumario, iniciado con base en la denuncia formulada por doña Alicia González González.

Respuesta del Ministerio Público:

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, la censura a la sentencia, formulada en nombre de Gabriel Camacho-Roldán Rubio, debe desecharse por el doble motivo de que ha debido ser propuesta no como nulidad por errónea calificación, sino como violación directa de la ley sustancial, y porque, en el evento de ser examinada como nulidad, no se aprecia que se hubiera incurrido en error de calificación.

En relación con el primer aspecto, luego de minuciosas consideraciones en torno a si el error en la denominación del hecho en el auto calificatorio entraña error *in procedendo* o *in iudicando*, los mecanismos para su enmienda y las facultades de la Corte cuando es propuesta en casación, en aplicación retroactiva del Código de Procedimiento Penal de 1987, solicita el rechazo del cargo, el cual, en su criterio, ha debido ser propuesto por vía de causal primera.

Al considerar el cargo, en el marco de la causal aducida —la nulidad—, estima que tampoco puede prosperar. Como sofística aprecia la argumentación del impugnante, al sostener la ausencia de maniobras engañosas por parte de Gabriel Camacho-Roldán Rubio sobre las víctimas, quienes dicen no conocerlo con anterioridad a las operaciones financieras realizadas con él. Se parte en este sentido, prosigue, del ya superado criterio de la exigencia de relación personal entre la víctima del error y el estafador, no posible de ser predicado hoy día a consecuencia del desarrollo adquirido por las prácticas de comercio y

la vida social, siendo, entonces, apenas suficiente la comprobación de la influencia de los medios de artificio y engaño sobre el sujeto errante.

Con examen de la situación reflejada en el proceso, concluye que "la verdad es la de que si no hubiera habido influjo de los artificios creados por Gabriel Camacho en el mercado de captación de dineros del público, no había habido la entrega de dineros en manos de don Gabriel Camacho. Esa relación existe, entre los medios de fraude colocados en general y la víctima, y por tanto en la entrega del provecho ilegítimamente obtenido por el procesado, y con ello cae toda la argumentación presentada".

El alegato de no recurrente:

El apoderado de la parte civil, en representación de los intereses de Benito López Uribe, durante el término de traslado a los no recurrentes, acudió con la presentación de escrito en que se opone a la declaratoria de prescripción solicitada por los defensores de los procesados y a la nulidad demandada en nombre de Gabriel Camacho-Roldán Rubio. Lo primero, por considerar que el tema es ajeno al recurso de casación y en cuanto a la nulidad, por considerar confusa su proposición.

No obstante, solicita se acepte la causal primera, parece ser, la alegada por el defensor de Fernando Camacho-Roldán Rubio, a efecto de que la Corte en la sentencia de reemplazo haga las condenaciones respectivas para distribuir los perjuicios sufridos por sus también poderdantes Mallarino Escallón.

Consideraciones de la Corte:

La prescripción: Sin duda, erígense las solicitudes elevadas por los defensores de los sentenciados, en procura de su declaratoria, en cuestión a decidir previamente a los pronunciamientos sobre el recurso de casación. Esto, por cuanto la pérdida de competencia que acarrea la extinción de la acción por el transcurso del tiempo, en situaciones como la revelada por el proceso, donde si bien una es la sentencia, varios son los delitos y los recurrentes, hácese incidente frente a los eventuales efectos de la decisión a adoptar por la Corte y, en general, porque, como ha sido sostenido, una vez verificado el transcurso del tiempo fijado en la ley para la operancia del fenómeno, la jurisdicción pierde toda posibilidad para pronunciarse sobre el contenido del proceso, no pudiendo sino limitarse a reconocer el estado de prescripción.

En este sentido, claro es que no asiste razón al apoderado de la parte civil, en representación de los intereses de Benito López Uribe, cuando en su alegato como no recurrente, entre las varias proposiciones que formula, hace la de que debe la Corte abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el punto, en razón a que él es extraño al trámite de este extraordinario medio de impugnación. Entiéndese, al respecto, que si el fenómeno en cuestión posee alcances del tipo del

señalado en el párrafo precedente, la situación surgida es inversa: No puede decidirse el recurso, sin antes establecerse la vigencia de la potestad punitiva.

Aducen los defensores, como sustento de su petición, que, con posterioridad a la sentencia de segunda instancia, hoy recurrida en casación, se ha operado el fenómeno prescriptivo para el delito de falsedad en documento privado por el que fueron hallados responsables sus clientes.

Ciertamente, habiéndose proferido auto de proceder en contra de los procesados, entre otros, por el delito de falsedad en documento privado, cualquier término, para efectos de la prescripción, ha quedado interrumpido con su ejecutoria, la cual ocurrió el 17 de enero de 1985, debiéndose reiniciar su contabilización por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 del Código Penal (art. 84 del C. P.), sin ser inferior a cinco años, en ningún caso.

En este orden de ideas, tiénese que a la fecha de presentación de las solicitudes elevadas por los defensores, 31 de enero de 1990 en el caso de Arturo Restrepo Jaramillo; 25 de julio del mismo año en relación con Gabriel Camacho-Roldán Rubio y 13 de noviembre, en cuanto se refiere a Fernando Camacho-Roldán Rubio, el lapso límite de cinco años se había operado. Por eso, como lo advierte el Procurador Delegado, habrá de declararse la prescripción solicitada, en relación con el delito de falsedad en documento privado atribuido a los procesados.

El recurso: Independientemente de la posibilidad de alegar el motivo de nulidad propuesto por el censor, dentro del marco de la violación directa de la ley sustancial, por corresponder en su esencia a error de selección de la norma llamada a regular el caso, y que así deba hacerse, según la Delegada, a partir de la vigencia del Decreto 050 de 1987, es lo cierto que, rigiéndose este asunto por las previsiones del Código de 1971, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 677 del nuevo estatuto, en cuanto en él la llamada errónea calificación constituía causal específica de nulidad (art. 210-5), tal como ha sido alegada, así se procederá a su examen.

En este sentido, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento en relación con las muy juiciosas apreciaciones del Delegado, conforme a las cuales solicita rechazar el cargo por hallarse en él equivocada la vía de proposición, en razón a que si el error de calificación es *in iudicando* y sólo por preservación de la congruencia entre acusación y sentencia se le tomaba como *in procedendo*, lo cual en el nuevo Código posee una distinta regulación; hoy día, en estricta técnica, debe alegarse como causal primera.

No obstante, indiscutibles resultan los razonamientos en que se apoya para solicitar de la Corte el rechazo del cargo, cuando de él se ocupa dentro del marco de la causal invocada por el censor, es decir, la nulidad.

En efecto; sofístico resulta el planteamiento, según el cual la conducta por la que fue juzgado Gabriel Camacho-Roldán ha debido ser la prevista en el artículo 361 del Código Penal, aprovechamiento de

error ajeno o caso fortuito y no la de estafa, toda vez que en el depósito de dinero que hiciera doña Alicia González González a la firma de aquel, resultando patrimonialmente perjudicada, no medió, de parte del sentenciado, maniobra capaz de inducir o mantener en error a la depositante, quien junto con su hija manifiestan haber realizado los depósitos por la referencia que sobre sus rendimientos obtuvieron de otras personas, sin que hasta ese momento conocieran a don Gabriel.

Adviértese en esta hipótesis, cómo *el censor toma partido por una muy* sui géneris *construcción legal de la estafa, en donde es indispensable la relación* directa *y* personal *entre el estafador y el estafado, de manera tal que donde esa relación no adquiera demostración, la estafa se desnaturaliza, como se plantea en el libelo, dando lugar al delito del artículo 361 antes citado.*

En concepción de tal alcance, por supuesto, no es coincidente esa exigencia de la relación directa y personal de los sujetos, con la formulación típica que de la estafa hace el artículo 356, donde por virtud del principio de relación causativa que vincula los diferentes aspectos integrantes de la conducta, lo indispensable es que la obtención del provecho ilícito por el sujeto activo, correlativo al perjuicio del sujeto pasivo, sea consecuencia del error determinado por artificios o engaños, en lo cual lo verdaderamente relevante es la influencia de los artificios en la víctima para la producción del resultado, siendo indiferente si para ello se requiere o no de la relación personal y directa entre el estafador y el estafado, pues como lo advierte el Procurador, en tal situación, la inducción o el mantenimiento en error pueden ser directos o personales o indirectos o genéricos.

Para el caso en examen, evidente resulta que el sentenciado Gabriel Camacho-Roldán, con carácter genérico, colocó en el ámbito de la actividad correspondiente a la captación de dinero medios artificiosos, como simular solvencia económica, escapar al control de los depositantes a través de la apertura de cuentas corrientes de manera irregular, ofrecer estímulos especiales a los ahorradores, etc., mediante los cuales logró que, quienes creyeron en ellos, colocaran a su disposición parte del patrimonio que les pertenecía, perdiéndolo.

Estos medios artificiosos, si bien no fueron instrumentados en relación directa hacia la persona estafada, en cuanto fueron colocados para afectar víctimas potenciales y genéricas, de los cuales salieron los perjudicados en este proceso, estructuran el delito de estafa, pues, insístase, la relación personal exigida por el casacionista, irrelevante resulta en la formulación del tipo.

Así, entonces, no habiendo lugar a discutir la relación entre los medios artificiosos desplegados por el sentenciado y su influencia en la estafada para la realización del acto de disposición patrimonial, la circunstancia de que entre ellos no se haya dado relación personal, no da lugar a que pueda predicarse engaño espontáneo en la víctima y, por ende, error en la denominación jurídica del hecho, como para admitir la prosperidad del recurso.

Consideración final: En relación con las solicitudes que, como consecuencia de la declaración de prescripción de la acción materia de este pronunciamiento, hace el defensor de Gabriel Camacho-Roldán en

orden a que le sea reconocido el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, negado en las instancias con base en el *quántum* punitivo impuesto, el cual resulta modificado por virtud de la declaratoria de prescripción, según el defensor, haciéndolo viable, se tiene lo siguiente:

Como en desarrollo de la competencia que le asiste a la Corte para decidir el recurso extraordinario de casación, dispone la cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal que se adelanta por la falsedad en documento privado, le deviene la de redosificar el *quántum* punitivo de la sentencia, aún no ejecutoriada, por el delito de estafa según las circunstancias que fueron precisadas en las instancias y que en definitiva le corresponde, procede a ello la Corte. Según la sentencia, el Tribunal inexplicablemente tomó como delito de mayor gravedad el de falsedad en documento privado, desconociendo el factor punitivo que es el determinante, y partió de tres (3) años porque halló demostradas las circunstancias de agravación de los numerales 2º, 4º, 7º, 9º, 11 y 12 del artículo 66 del Código Penal y respecto de la estafa, el del artículo 372 numeral 1º, incrementado ese mínimo en dos (2) años y multa de $ 10.000.00, para un total de cinco (5) años de prisión como pena privativa de la libertad (fl. 60, C. T.).

Indudablemente que al redosificar la pena ha de serlo en las circunstancias ya referidas pero esta vez respecto del delito de estafa en concurso material y homogéneo y como no es posible partir del mínimo por disposición del artículo 61 *ibídem*, igualmente invocado en el fallo, se tiene: A los dos años iniciales, se suma uno (1) por la cuantía en atención a no haberse partido del mínimo, y seis (6) meses más por las circunstancias de agravación señaladas del artículo 66 del Código Penal, para un total de 3 años y 6 meses, aumentados en seis más por razón del concurso (art. 26), pues son varias las estafas, quedando como pena privativa de la libertad la de 4 años de prisión y $ 10.000.00 de multa, la pena no privativa de la libertad deducida en las instancias y que resulta aquí inmodificable pues en nada se afecta por la redosificación en razón de la prescripción. En este sentido se ajustará la pena impuesta, sin que su *quántum* permita otorgar el subrogado impetrado.

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: Declarar prescritas las acciones penales que por el delito de falsedad en documento privado fueron adelantadas en este proceso contra Gabriel y Fernando Camacho-Roldán así como contra Arturo Restrepo Jaramillo. En consecuencia, disponer la cesación de procedimiento en favor de dichos procesados únicamente por el delito de falsedad en documento privado que les fuera imputado.

Segundo: Como corolario, declárase que la pena principal que le corresponde al procesado Gabriel Camacho-Roldán Rubio como res-

ponsable del concurso de delitos de estafa por el que se le condenó en las instancias es la de cuatro (4) años de prisión y diez mil pesos de multa ($ 10.000.00).

Tercero: No casar la sentencia impugnada respecto del procesado Gabriel Camacho-Roldán Rubio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Invariablemente he venido sosteniendo en Sala Penal que las circunstancias de agravación punitiva pergeñadas en el artículo 66 del Código Penal, deben ser deducidas en el auto que califica el mérito del sumario y en jamás de los jamases en el cuerpo de la sentencia, so pena de quebrantar el derecho de defensa. Como este criterio lo rechaza la mayoría me veo precisado a manifestar mi voto disidente. En este aspecto, me remito a la dialéctica contenida en mis anteriores salvamentos de voto.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado.

Fecha *ut supra*.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO.
PORTE ILEGAL DE ARMAS

Todos los casos en que se haya aplicado el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, deberán ser revisados de acuerdo con el criterio expuesto por los juzgadores de instancia en la sentencia (En igual sentido auto de 16 de octubre de 1991, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 075.

Vistos:

El procesado *Luis Alberto Quezada Gómez* invoca el principio de favorabilidad de la ley y su libertad por pena cumplida, por cuanto fue condenado por la conducta prevista en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, norma que perdió su vigencia ya que el Gobierno Nacional "lo derogó" al no someterlo a consideración de la Comisión Especial para convertirlo en legislación permanente. Por ello, el tiempo efectivo en reclusión y la rebaja de pena por trabajo resultan superiores al mínimo de la sanción que le corresponda de conformidad con las normas ahora vigentes.

Consideraciones de la Corte:

Por hechos ocurridos en día 12 de agosto de 1989, *el Juzgado Tercero de Orden Público de Santafé de Bogotá, condenó a Quezada Gómez a la pena privativa de la libertad de* doce (12) años y seis (6) meses de prisión *como autor responsable del delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional (art. 13 del Decreto 180 de 1988, en concurso con los delitos de falsedad material de particular en documento público (art. 220 del C. P.) y uso de documento público falso (art. 222, inciso 2º ibídem)"*, según fallo de fecha 2 de noviembre de 1990.

El Tribunal Superior de Orden Público, mediante sentencia de fecha 12 de abril del presente año, reformó el fallo de primera instancia en el sentido de imponer a Quezada Gómez como pena privativa de la libertad la de once (11) años de prisión *por hallarlo responsable*

de violación del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, en concurso con el punible de "uso de documento público falso", pero en la modalidad prevista en el inciso 1º del artículo 222 del Código Penal.

El artículo 8º transitorio de la Constitución Nacional, enseña que "los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente acto constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante Decreto, si la Comisión Especial no los imprueba".

Según certificación de la Secretaría General de la Comisión Especial, el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, que fuera aplicado en este caso por los juzgadores de instancia, fue retirado por el Gobierno Nacional del proyecto presentado a consideración de la Comisión Especial, razón por la cual, vencido como está el plazo de noventa (90) días que le otorgaba la disposición transitoria antes transcrita al Gobierno Nacional para convertirla en legislación permanente, sin hacerlo, dicho artículo ha dejado de tener vigencia y, automáticamente, entraron en vigor las normas que fueron suspendidas por él.

Para el caso concreto está vigente el Decreto 3664 de 1986 ya que el Gobierno Nacional presentó proyecto a consideración de la Comisión Especial y ésta lo aprobó en sesión del día 25 de septiembre último, siendo adoptado en sus artículos 1º y 2º como legislación permanente mediante el Decreto número 2266 de fecha 4 de octubre del presente año, cumpliéndose a plenitud con lo normado en el artículo 8º transitorio de la Constitución Nacional y, en consecuencia, los artículos 201 y 202 del Código Penal han quedado sustituidos por la nueva legislación.

Como en este asunto se impuso pena a Quezada Gómez de conformidad con lo preceptuado por el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, norma que se repite ha dejado de regir, la aplicable lo es la contenida en la disposición antes citada que consagra "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, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años y en el decomiso del material correspondiente".

"La pena mínima anteriormente dispuesta se elevará al doble cuando concurran las circunstancias determinadas en el inciso 2 del artículo 1º de este Decreto".

Visto lo anterior todos los casos en que se haya aplicado el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, deberán ser revisados por el Juez de primera instancia, al tenor de lo preceptuado en el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal, o por el funcionario que esté conociendo del asunto, exclusivamente y en forma provisional, para los efectos de la libertad del procesado, o la Corte en el transcurso del recurso extraordinario de casación, para los mismos fines, de acuerdo con el criterio expuesto por los juzgadores de instancia en la sentencia en la que se dio aplicación a la norma de estado de sitio ya comentada y que ha dejado de regir.

En cuanto a las rebajas de pena por trabajo, Quezada Gómez no aportó certificaciones pertinentes, y con apoyo en la simple afirmación del detenido de tener derecho a 45 días de rebaja, no puede la Corte realizar cómputos al respecto. Lo anterior, ya que según la misma certificación de la Secretaría General de la Comisión Especial, el Gobierno Nacional no sometió a su consideración el artículo 4º del Decreto 2490 de 1988 ni el Decreto 1203 de 1987, normas estas que excluían a los procesados por delitos de competencia de la Jurisdicción de Orden Público, de los beneficios de la libertad provisional, condena de ejecución condicional, libertad condicional y cualquier rebaja de pena.

En síntesis, el peticionario no tiene derecho por ahora al beneficio de libertad provisional por cuanto no aportó la documentación completa que se requiere para acreditar sus labores dentro del establecimiento carcelario, y el tiempo que lleva en reclusión (veinticinco —25— meses y veintisiete —27— días) son insuficientes para acreditar el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, de acuerdo con las normas que deban ser aplicadas en su caso. Por ello mismo, la Sala considera impertinente entrar a realizar una nueva dosificación de la sanción, en forma provisional para los efectos de la excarcelación, y así mismo pronunciarse sobre los demás requisitos que exige la norma antes citada para la procedibilidad del subrogado de la libertad condicional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *niega* al procesado Luis Alberto Quezada Gómez el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica. PENA. Discrecionalidad

No prospera el cargo cuando se plantean censuras para cuestionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 75 (octubre 9 de 1991).

Vistos:

En sentencia de once de julio de mil novecientos noventa, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso confirmar la de primera instancia proferida por el Juzgado Veinticuatro Superior, por medio de la cual condenó a *William Rodríguez Camargo* a la pena principal de doce años de prisión como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, en su forma de tentativa; a *Luis Fernando Martínez Payanene* a veinte meses de prisión por hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas y absolvió a *Mario Aguilar Amaya,* con la modificación en el sentido de disponer la condena al pago solidario de 300 gramos de oro, por concepto de perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra esta decisión, el defensor del sentenciado Rodríguez Camargo ha interpuesto el recurso extraordinario de casación.

Hechos:

De ellos, en el fallo impugnado, se hace la siguiente síntesis:

"Cuenta el proceso que en la mañana de tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989), llegaron a la compraventa 'La Potencia', localizada en el barrio San Francisco de esta ciudad, tres (3) sujetos y en el instante en que uno de los clientes reclamaba un televisor se le lanzó uno de dichos individuos, el que con arma en mano manifestó que se trataba de un 'atraco' situación que llevó al empleado Alirio Fotasoca Cárdenas a tomar ligeramente un revólver que accionó en dos ocasiones contra el agresor hiriéndole en el rostro y pierna izquierda; seguidamente el atacante disparó su arma contra la humanidad del dependiente haciendo blanco en la región cervical izquierda para emprender la huída en un Renault junto con sus dos compañeros de delincuencia.

"Enteradas las autoridades del hecho, montaron un operativo obteniendo como resultado la captura de tres sujetos, a la postre los aquí investigados, así: William Rodríguez Camargo, quien se transportaba en un bus de servicio público, encontrándose herido en la cara y pierna izquierda; Luis Fernando Martínez Payanene, quien iba en dicho automotor y al observar a las autoridades trataba de escapar por una de las vías cuando portaba un arma de fuego sin el permiso de la autoridad competente y Mario Aguilar Amaya quien orientaba un vehículo marca Renault 12, color verde de placas EX-6882".

Actuación procesal:

1. Adelantada la investigación correspondiente, por el Juzgado Setenta y Cuatro de Instrucción Criminal, se calificó el mérito del sumario. Por medio de esta decisión, se profirió resolución acusatoria en contra de Mario Aguilar Amaya por hurto calificado y agravado, en grado de tentativa; contra Luis Fernando Martínez Payanene también por hurto calificado y agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas y, finalmente, contra William Rodríguez Camargo, por hurto calificado y agravado en concurso con lesiones personales seguidas de pérdida funcional.

2. El Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la decisión antes referida, le impartió confirmación. Allí mismo, dispuso modificarla en el sentido de declarar que el hecho por el cual se resuelve acusar a William Rodríguez Camargo es el de tentativa de homicidio agravado y no lesiones personales como se afirmó en el auto materia de impugnación.

3. Tramitado el juicio y celebrada la respectiva audiencia pública, se dictó la correspondiente sentencia de primera instancia. En ella, como anteriormente fuera advertido, se condena a William Rodríguez Camargo y a Luis Fernando Martínez Payanene a las penas principales de ciento cuarenta y cuatro y veinte meses de prisión, respectivamente, en tanto se absolvió a Mario Aguilar Amaya.

4. Esta decisión, mediante el fallo motivo del recurso extraordinario que aquí se resuelve, fue confirmada.

La demanda:

El recurrente, con invocación de la causal primera de casación, por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial de modo directo por aplicación indebida, propone cinco cargos, cuyo resumen es:

Primero. Aplicó el Tribunal indebidamente el artículo 324, numeral 2º del Código Penal y, consecuentemente, dejó de aplicar el 323, no sólo porque los disparos de que da cuenta el proceso y con los que resultó herido Alirio Fotasoca Cárdenas "se hicieron *no* para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible (hurto), ni para ocultarlo o asegurar su producto", sino porque habiéndose, con fundamento en ello, deducido el agravante del numeral 1º del artículo

350 del Código Penal —violencia sobre las personas— no puede, sin violarse el principio de *non bis in idem*, imputarse el agravante del artículo 324, numeral 2º *ibidem*.

Segundo. Se aplicó indebidamente el artículo 61 del Código Penal, puesto que el Tribunal no indica el mínimo a partir del cual graduó la pena a Rodríguez Camargo, excediéndose, pues este sentenciado, de acuerdo con la constancia del folio 282 del cuaderno original número 1, resarció voluntaria aunque parcialmente los perjuicios causados con la infracción.

Estima el fallo inequitativo, por cuanto, sostiene, si al sentenciado Martínez Payanene se le impuso como pena la de veinte meses de prisión por el concurso entre los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, este último no imputado a Rodríguez Camargo, "lo lógico y jurídico sería que el aumento de la pena básica que le corresponde por su conducta de acuerdo con el cargo primero, no puede sobrepasar de doce (12) meses de prisión".

Tercero. Igualmente, según el actor, se dio aplicación indebida al artículo 372 del Código Penal, numeral 1º, al deducirse en contra de Rodríguez Camargo este agravante sin aparecer acreditado en el proceso que el televisor pretendido por los sentenciados, como objeto del ilícito contra el patrimonio, poseyera un valor superior a los cien mil pesos.

Cuarto. En relación con este cargo, se hace consistir en que no fue aplicado el artículo 374 del Código Penal, siendo procedente, si se toma en cuenta que los tres procesados indemnizaron en suma superior a la solicitada por la parte civil, lo cual habría hecho que la pena tuviera que ser fijada en treinta y seis meses de prisión y no en ciento cincuenta y cuatro como fue impuesta en las dos instancias.

Quinto. Se sostiene por el impugnante la aplicación indebida del numeral 2º del artículo 350 del Código Penal, el cual resulta incompatible con el homicidio simple en grado de tentativa que sería el hecho a imputar a Rodríguez Camargo, toda vez que los disparos realizados fueron con posterioridad a la reacción del empleado del establecimiento que resultó herido con lo que terminó la acción del procesado, siendo esa violencia sobre las personas la calificante deducida para el hurto.

Así mismo, considera que al deducirse el agravante del numeral 10 del artículo 351 del Código Penal y al mismo tiempo el del numeral 7º del artículo 66 *ibidem*, por su carácter excluyente, se violó el principio *non bis in idem*.

La respuesta del Ministerio Público:

Desde una consideración general, para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, la demanda debe ser desestimada, en razón a los diferentes desaciertos técnicos que exhibe su elaboración, básicamente porque el impugnante "queriendo hacer varios planteamientos de violación directa de la ley sustancial, concluye haciendo ponderaciones probatorias que desplazan la impugnación hacia la violación indirecta, cayendo de este modo en contradicción interna y sustancial dentro de los mismos cargos que formula".

En examen particularizado a cada uno de los cinco cargos contenidos en el libelo, se precisan aún más los motivos de improsperidad. Así, con referencia al primero, es destacado cómo el actor busca demostrar la existencia de un delito complejo entre el homicidio agravado por la causal 2ª del artículo 324 y el hurto por ejercicio de violencia sobre las personas, con planteamientos superficiales que dejan inconmovible la jurisprudencia sobre el punto. En relación con el segundo, se evidencia la no integración de la proposición jurídica completa. En el tercero y el cuarto, se incurre en el gravísimo defecto de desarrollar argumentaciones propias de la violación indirecta de la ley, habiéndose invocado la directa y, finalmente, con respecto al quinto, acusa él una parcial formulación.

Consideraciones de la Corte:

En el orden proposición, serán examinados los diversos cargos que, contenidos en la demanda, se formulan a la sentencia.

Primero. Fundándose en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 324-2ª del Código Penal y falta de aplicación del artículo 323 *ibídem*, en cuanto se erró en la adecuación de la norma "ya que los disparos se hicieron no para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible" y se violó el principio *non bis in idem* en razón a que deducido, sobre el mismo supuesto, el agravante en el hurto (violencia a las personas por los disparos realizados), no podía, así mismo, ser imputado a la tentativa de homicidio, resulta innegable que, como reparo a la sentencia, no puede prosperar.

Evidente, como es advertido por el Procurador, resulta ser la falta de técnica en que incurre el casacionista al construir el cargo. Olvida que habiendo invocado violación directa de la ley sustancial, el discurso demostrativo de ella queda circunscrito a ámbito muy específico, como es el del estricto razonar jurídico, sin que sea dable desconocer los hechos en los términos en que han sido probados en el fallo, para, a partir de su cuestionamiento, pretender la demostración del yerro del juzgador, en intolerable mezcla de las dos vías de violación de la ley sustancial.

Es que, sin razón plausible, se aparta del texto de la sentencia, en la cual se da por probado el agravante en el homicidio, para sostener que los disparos *no* fueron hechos para preparar, facilitar o consumar otro delito, con lo cual se abandona el campo de la violación directa invocada para adentrarse en el de la violación indirecta que es al que corresponde los cuestionamientos fácticos. Por supuesto, en estos términos, queda en la indefinición lo pretendido por el actor, no siéndole posible a la Corte, de oficio, entrar a enderezar el curso de los planteamientos errados de los impugnantes, por lo que ha de admitirse que la censura, por este primer aspecto, debe fracasar.

En relación con el segundo, consistente en que afirmado el agravante en el hurto, de la violencia sobre las personas, a consecuencia de los disparos, él, así mismo, no puede ser deducido para el homicidio, no sólo resulta propuesto de manera confusa, sino que carecería de fundamento de los términos en que habría de ser inferido el propósito del impugnante.

Del examen de este planteamiento, se establece la negación de la autonomía de los agravantes señalados, por modo tal que deducido uno, queda excluida la posibilidad de imputación del otro sin transgredir el principio *non bis in idem*. No obstante a tal conclusión no puede arribarse en función a consideraciones estrictamente formales, con prescindencia de la configuración fenoménica y jurídica de cada uno de ellos.

En este sentido, como ha sido aceptado, el agravante en el homicidio, cuando éste se comete para preparar, facilitar o consumar otro delito, es de naturaleza subjetiva y se predica cuando obra como móvil o contenido de la voluntad en la acción de matar sin que sea necesaria la materialización del otro hecho punible. De esta manera, si además de la muerte, se realiza el hecho final propuesto —hurto en este caso—, tiénese que cabe la agravación del homicidio referida al *propósito* en su ejecución y la del delito final, *como fenómeno material*, con plena autonomía jurídica y real.

Este doble fundamento de las circunstancias en examen, el cual les da individualidad, necesariamente lleva a tener que negar la violación del *non bis in idem* alegada, pues, como lo recuerda el Procurador, no es lo mismo el móvil de la acción que es lo tenido en cuenta para agravar el homicidio, que la violencia ejercida sobre las personas o cosas que califican el hurto, delitos autónomos, con carácteres propios de incremento de la punibilidad que no desaparece por aparecer unidos mediante una relación concursal.

Se desecha el cargo.

Segundo. La pretensión en demostrar que el sentenciador violó directamente los artículos 61 y 67 del Código Penal al fijar en concreto la pena a William Rodríguez Camargo, por parte del censor en este cargo, tampoco puede tener éxito.

Limitándose a sostener que la pena fijada excede la que correspondería por concurrir la circunstancia genérica de atenuación prevista en el numeral 7º del artículo 64 del Código Penal, disposición que si bien menciona, no lo hace por estimarla transgredida, sin duda lo lleva a dejar sin integrar la llamada proposición jurídica completa que le imponía señalar la totalidad de las disposiciones infringidas por el fallo, tanto las aplicadas como dejadas de aplicar, en manifiesta inobservancia de las pautas técnicas que orientan el ejercicio del recurso.

Por esta vía, su planteamiento no permite establecer cuál es la petición que formula de llegar a prosperar el reproche, dando la impresión de que lo pretendido es el examen por parte de la Corte de la tasación punitiva en desempeño de una labor como Tribunal de instancia, lo cual, por supuesto, resulta extraño en este recurso extraordinario.

Estas mismas deficiencias, conducen al censor a no tomar en cuenta el contenido mismo de las disposiciones que dice transgredidas. Ellas, prevén criterios generales y abstractos que han de ser tenidos en cuenta por el sentenciador, en ejercicio del arbitrio judicial, al momento de fijar la pena en concreto. Esos criterios, en el caso del

artículo 61 indicado, imponen al Juez tomar en consideración la gravedad y modalidad del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente. En cuanto dicen relación con el artículo 67, a que sólo se impondrá el máximo de la pena en el evento de que exclusivamente concurran circunstancias de agravación y el mínimo si sólo son de atenuación, por lo cual, plantear censuras del tipo de las que se hacen en este caso para cuestionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial, hallándose ella dentro de los marcos que la generalidad legal antes destacada autorizan, constituyen un despropósito.

Parece ser, y en ello se coincide con el Procurador, que en lo esencial lo perseguido en desarrollo de este cargo por el actor, es censurar el no reconocimiento del atenuante genérico del numeral 5º del artículo 64 del Código Penal en cuanto, sostiene, su cliente por consignar la suma de $ 100.000.00 resarció voluntariamente el daño, aunque en forma parcial. Sin embargo, los confusos términos en que se hace el planteo, como ya se destacó, llevan a que no se invoque la violación de esta norma y, además, a tener que escoger vía distinta a la señalada de la violación directa pues lo que habría allí sería una omisión en la consideración de los comprobantes del resarcimiento, lo cual equivale a un falso juicio de existencia alegable al amparo de la violación indirecta.

Se desecha la censura.

Tercero. En este cargo, nuevamente el actor se aparta de la técnica propia del recurso, busca demostrar la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del agravante previsto en el numeral 1º del artículo 372 del Código Penal que alega, con razonamientos propios de la violación indirecta de la ley, desconociendo, como ya le fuera reprochado en la respuesta al primer cargo, que estas dos formas de ataque corresponden a contenidos y técnica de impugnación distintos e inconfundibles, siendo deber de quien a ellas acude su observancia irrestricta.

Esta transgresión, se concreta en que el impugnante, dentro del marco de la infracción directa, cuestiona el tema relativo a que en el proceso no milita la prueba demostrativa de la cuantía del televisor que intentaron adueñarse los procesados, razón por la cual el Tribunal no podía deducir el agravante específico por el valor del objeto del reato, de donde se establece que la inconformidad es con la contemplación de las pruebas, tema que, por supuesto, corresponde ser aducido dentro del marco de la violación indirecta.

No prospera el cargo.

Cuarto. Plantéase por el recurrente la exclusión del artículo 374 del Código Penal, pues dejó de considerarse que en la tentativa de hurto no puede ser predicada la restitución del objeto del delito y que los tres procesados indemnizaron en cuantía superior a la pretendida por la parte civil, razón por la cual, en su opinión, la pena impuesta ha debido ser reducida, por lo menos, en la mitad.

Así concebido el cargo, refleja un doble ataque a la sentencia sobre una misma circunstancia, haberse resarcido voluntariamente el

daño, alegada en el segundo cargo y en el presente, con la pretensión de que se le reconozca atenuación genérica (numeral 7º, art. 64 del C. P.) y específica, todo lo cual es improcedente. En efecto, las dos disposiciones indicadas de manera expresa, prevén su exclusión recíproca en cuanto en una se establece su viabilidad "en cuanto no hayan *sido previstas de otra manera*" (art. 64) y la otra (art. 374) de acuerdo a los criterios fijados en el Libro Primero, Título IV, Capítulo Segundo del Código, donde aparece incluído el artículo 64.

Esta contradicción, además, resulta ostensible en los términos de argumentación empleados, pues inicialmente se acepta la parcialidad del resarcimiento y luego, al invocarse el artículo 374, su totalidad, como que ello es presupuesto para ser reconocida.

Ahora bien, en cuanto se dice que no fueron consideradas las consignaciones de los procesados en cuantía superior a la pretendida por la parte civil, resulta innegable que el cuestionamiento es a la prueba en cuanto se omite su contemplación y ello, por supuesto, corresponde a la otra vía de violación de la ley sustancial que es la indirecta donde ha debido ser alegada de acuerdo a los términos de proposición del reproche, el cual, obviamente, así concebido, debe rechazarse.

No prospera el cargo.

Quinto. Tergiversa el impugnante el fallo, en la sustentación de este cargo. Ciertamente, como lo afirma, el agravante del numeral 2º del artículo 350 del Código Penal no puede ser deducido frente al delito de homicidio simple, pero en la sentencia por parte alguna el Tribunal así lo hace. Allí, tal agravante, como es apenas lógico, aparece referido al delito de hurto, lo cual hace que el error aducido no haya tenido ocurrencia.

Así mismo, tampoco existe la violación al *non bis in idem* que se alega, consistente en la deducción del agravante del numeral 10 del artículo 351 del Código Penal y simultáneamente el del numeral 7º del artículo 66 *ibidem*, cuando de este último nada se dice en el fallo impugnado.

Se rechaza 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 el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD. Mora. DERECHO DE DEFENSA

La mora sólo atenta contra el debido proceso, cuando obedece a un arbitrario desconocimiento de los términos judiciales

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diez de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Correño Luengas.*

Aprobado: Acta número 75 (octubre 9 de 1991).

Vistos:

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de dieciocho de enero del presente año, confirmó en su integridad la proferida por el Juzgado Veinticuatro Superior de la misma ciudad, por medio de la cual se condenó al procesado *Camilo Bernal Izquierdo* a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en María Dolores Ballesteros y lesiones personales en Yolanda Ballesteros, consumados a título de culpa.

Contra la providencia del Tribunal, interpuso oportunamente el señor defensor del procesado el recurso extraordinario de casación que ahora debe resolver la Sala por haberse agotado el trámite de rigor.

Los hechos:

Aproximadamente a las diez de la noche de 18 de noviembre de 1986 el automóvil Simca conducido por Camilo Bernal Izquierdo al pasar por la carrera 5ª con calle 32 atropelló a las jóvenes María Dolores y Yolanda Ballesteros, ocasionando la muerte de la primera y lesiones en la segunda.

Tanto el Juez de la primera como de la segunda instancia atribuyen el hecho a la impericia del conductor, al exceso de velocidad, y a las malas condiciones de mantenimiento del vehículo. Estos factores llevaron a los juzgadores a considerar delictuosa la conducta del acusado, a título de culpa.

Demanda de casación:

Al amparo de las causales tercera y primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el impugnante formula a la sentencia los siguientes cargos:

Primer cargo:

Nulidad de orden constitucional, violación del debido proceso por "no observancia de los términos señalados por la ley para su adelantamiento..."

Apoya el cargo en el hecho de "...que los términos de la instrucción del sumario, se adelantaron casi por dos años sin beneficio procesal ninguno cuando esa labor ha debido cumplirse en el término máximo de noventa días, según las voces de los artículos 317 y 472 del Código de Procedimiento Penal..." Según el recurrente, esta mora en la tramitación del sumario, quebranta las garantías del debido proceso que consagra el artículo 26 de la Carta.

Acorde con su modo de pensar, solicita que se case la sentencia, se decrete la nulidad de lo actuado y se rehaga el proceso.

Segundo cargo:

Nulidad de todo lo actuado, por no practicarse las pruebas decretadas en la etapa sumarial, lo cual constituye una violación al debido proceso. Sin embargo, el casacionista no sustenta el cargo, manifiesta que "prescinde" de él "por ser en cierto modo repetitivo de lo que se deja expuesto en el cargo anterior".

Tercer cargo:

Afirma el libelista, que se quebrantó de manera indirecta una norma penal sustancial: El artículo 329 del Código Penal.

Para sustentar el cargo, priva de toda validez al dictamen emitido por el técnico del DATT, quien después de examinar el vehículo conducido por el acusado, pone de presente el defectuoso funcionamiento del sistema de frenos del automotor. Sostiene que esta prueba pericial no fue decretada por el Juez y que se omitió recibirle juramento al perito. Al carecer de validez la prueba, no puede imputársele al acusado una conducta imprudente, como lo hizo el Tribunal por conducir un vehículo en malas condiciones de funcionamiento.

Dentro del mismo cargo, critica el casacionista la apreciación y valoración que el juzgador hiciera del informe de accidentes rendido por las autoridades de Tránsito, el testimonio de Yolanda Ballesteros sujeto pasivo de las lesiones y las declaraciones de Moisés Mosquera y Luis Ernesto Gómez expresando que dichas pruebas no merecen credibilidad y que con base en ellas no puede predicarse el exceso de velocidad y por ende la imprudencia como causa generadora de culpabilidad.

Insiste, en que el testimonio de Yolanda por provenir del perjudicado con la infracción debe considerarse como inexistente, ya que además se recibió sin las formalidades legales.

Critica finalmente, la apreciación que hiciera el Tribunal de los medios de prueba, que tuvo en cuenta para deducir la inexperiencia del conductor, expresando que si se hubiese solicitado informe al respecto a las autoridades de Tránsito, la conclusión hubiera sido diferente.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida.

En relación con el primer cargo, empieza la Delegada por sostener, que la irregularidad anotada por el demandante (prolongación del término de instrucción) en verdad no se aviene con la expresa reglamentación legal pero no tiene el carácter de sustancial, pues no compromete la estructura fundamental del proceso, ni vulnera las garantías básicas, que constitucional y legalmente corresponden a las partes.

Expresa, que esa mora si es injustificada, sólo podría acarrear sanción disciplinaria para el funcionario responsable, pero sin que ella pueda constituir causal de nulidad ni bajo el amparo de la anterior Constitución, ni de la actual, por no lesionar en forma alguna las garantías del debido proceso.

Sobre el segundo cargo, expresa la Procuraduría, que la actitud del demandante al prescindir de él, por "supérfluo" y "repetitivo" relleva poca certeza y seriedad en la impugnación extraordinaria.

En relación con el quebranto indirecto de la ley sustancial formulado como tercer cargo en la demanda, considera el Ministerio Público, que la censura no puede prosperar.

Conceptúa, que si bien el dictamen emitido por el funcionario del DATT, no se allegó a los autos con la plenitud de los presupuestos de ley, él por ser expedido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, se presume auténtico y las deficiencias procesales en la forma como fue aducido al proceso, no desvirtúa su capacidad probatoria bajo los postulados de su sustancial carácter jurídico.

Expresa, que tampoco existe el error en la apreciación que hiciera el funcionario de la prueba testimonial, pues de ella dedujo el Juez mediante acertados razonamientos el exceso de velocidad en "aprehensión valorativa" que no encuentra parámetros tarifarios en el Estatuto Procedimental invocado en la demanda, razón esta que impide su contraste por la vía de error de derecho.

En cuanto a la reclamación por la prueba omitida planteada en el mismo cargo, no procede según la Fiscalía, "por la vía propuesta en el acápite de la impugnación".

Conceptúa, además, que el reproche que se hace al testimonio de Yolanda Ballesteros carece de fundamento, porque no existe prueba en el proceso que la demerite, como tampoco hay elemento de prueba que permita deducir que dicha declaración fue recepcionada sin la presencia del funcionario como parece insinuarlo el recurrente. De ahí, su concepto desfavorable a las pretensiones del casacionista.

Parte no recurrente:

En oportunidad se hizo oir la apoderada de la parte civil, como sujeto no recurrente, oponiéndose a las peticiones del demandante.

Expresa sus razones, para desvirtuar la pretendida causal de nulidad, considera censurable la posición del actor al formular cargos para luego prescindir de ellos y finalmente, une su pensamiento al del señor Procurador para defender la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

Como lo afirma el Ministerio Público y lo reitera la parte no recurrente, la irregularidad procesal que aduce el censor (dilatar el Juez el término de instrucción del sumario) no puede constituir causal que lleve a invalidar el proceso por las razones que a continuación se anotan:

Es cierto, que la investigación no se concluyó ni calificó dentro del término apremiante que para esta etapa dispone la ley.

Pero, no es menos cierto, que son muy raros los sumarios que se instruyen dentro del término que la ley señala, por diversos factores, como las difíciles condiciones en las cuales laboran los Jueces, el recargo de trabajo, la carencia de medios, la falta de colaboración oportuna de las autoridades de policía o de los auxiliares de la justicia, las distancias, etc., circunstancias que impiden en mucho casos la rápida decisión en los procesos, ocasionando una mora que sólo podría atentar contra el debido proceso, cuando ella obedezca a un arbitrario desconocimiento por parte del Juez de los términos judiciales con lesión o cercenamiento de los derechos que en ellos puedan ejercitar los sujetos procesales.

Con razón ha sostenido la Corte, que "...la validez del trámite que en sus aspectos generales y omnicomprensivos se denomina el debido proceso, persigue como garantía constitucional la adecuada protección del procesado en sus derechos. De ahí que violaciones del procedimiento penal estimables como secundarias o inocuas, que apenas afirman la existencia de una mera irregularidad, no tengan como consecuencia obligada la anulación" (Sentencia de octubre 19 de 1979).

Si bien se admite, que existió mora en la tramitación del sumario, tal circunstancia en el caso de estudio, no estuvo encaminada a limitar o a obstaculizar la defensa del sindicado, ni a desconocer o impedir el ejercicio de sus derechos. En la investigación el acusado Camilo Bernal estuvo presente, haciéndose oír por intermedio de su apoderado, sin que la dilatación del término legal le irrogase perjuicio. Tan cierto es lo anterior, que el casacionista al sustentar el cargo, no afirma la existencia de lesión alguna en el derecho de defensa, sino un posible dolor moral del sindicado ante la prolongada espera a que era sometido sin que se calificara su situación jurídica.

Varios Jueces intervinieron en la etapa del sumario y puede ser en gracia de discusión que alguno de ellos hubiese faltado a los imperativos éticos que le imponían el cumplimiento del deber dentro de los términos legales; pero, esta circunstancia no está prevista como causal de nulidad y si no lesiona el derecho de defensa ni las garantías que otorga la ley al acusado, ella se convierte en una irregularidad

intrascendente que no lesiona el debido proceso, ni puede en forma alguna invalidar la actuación. La censura no está llamada a prosperar.

Segundo cargo:

Falta de seriedad en el ejercicio de su misión denota el casacionista al formular un segundo cargo al amparo de la causal tercera de nulidad para luego, sin sustentarlo, prescindir expresamente de él, por considerarlo supérfluo y repetitivo del anterior. Ningún pronunciamiento hará en consecuencia la Sala.

Cargo tercero:

Por la vía de la violación indirecta, critica el casacionista la apreciación que hiciera el Tribunal del dictamen pericial proveniente del funcionario del DATT, con base en el examen practicado al vehículo, por considerar que esta prueba se allegó al proceso sin las formalidades legales, por no haber sido decretada por el Juez y haberse rendido sin la solemnidad del juramento.

Una detenida lectura del expediente, pone en evidencia la ausencia de este error de derecho y que pregona el casacionista.

Al folio 58 del sumario se observa el auto del Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Criminal, por medio del cual se ordenó un avalúo e "...inspección judicial del vehículo marca Simca que se encuentra en los patios del DATT..."

Si bien es cierto, que para este acto se designó inicialmente como perito a Pablo Vicente Chaves, este ciudadano no obstante ser citado (fl. 60) no se presentó a tomar posesión del cargo, razón por la cual el mismo Juzgado (fl. 62) solicitó al señor Director del DATT practicar la diligencia y el "examen de órganos de control del carro Simca".

La Jefatura de la División Legal de la Dirección de Tránsito y Transportes de Bogotá, cumplió esta diligencia y emitió el dictamen visible al folio 81 que viene suscrito por Carlos Julio Cuadros, perito técnico del DATT, respaldado con su firma y autenticado con el sello de la entidad.

Así procedió el Juez en acatamiento a lo dispuesto en los artículos 298 y 338 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, disposiciones que guardan plena armonía con el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, aplicable de acuerdo al principio de integración y según el cual los Jueces pueden solicitar de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a las entidades u oficinas públicas "sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso", dictamen que en estos casos requieren ser rendidos bajo juramento, formalidad que por tratarse de peritos oficiales "se entenderá prestado por el solo hecho de la firma".

Anótese sobre este aspecto, que el informe del perito técnico una vez allegado al proceso, fue conocido por los sujetos procesales sin que el apoderado del sindicado nada objetara sobre su validez.

No prospera el cargo.

Dentro de la misma censura, critica el casacionista la aceptación y apreciación por el Juez del testimonio de Yolanda Ballesteros, que en concepto del recurrente carece de valor por ser sujeto pasivo en el hecho punible investigado, aspecto que califica como ostensible error de derecho.

Olvida el casacionista, que en la apreciación del testimonio del ofendido, el juzgador goza de un necesario y prudente arbitrio dentro de la sana crítica para aceptarlo como digno de credibilidad o rechazarlo por mendaz o interesado al analizarlo en armonía con los demás elementos de juicio que ofrezca el proceso.

Ha dicho la Corte, que "...la declaración del ofendido es un verdadero testimonio, esto es, una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso suministrada por quien en su calidad de víctima fue parte de los mismos. Si se logra establecer que las condiciones de su percepción fueron adecuadas, que no hubo trastornos durante el período de conservación del recuerdo y que no existe interés en perjudicar a una persona, el dicho del ofendido adquiere gran valor probatorio, tanto más si se encuentra apoyado por otras pruebas, como declaraciones, o indicios, etc., que incidan sobre los mismos hechos o que muestren la capacidad delictiva de sus presuntos autores..." (Sentencia, Corte Suprema, octubre 26 de 1978).

Y en el caso de estudio, las declaraciones de la ofendida Yolanda Ballesteros contestes y uniformes, fueron confrontadas con las demás pruebas aducidas a los autos —testimonios— informes y dictámenes técnicos para darles credibilidad como un medio probatorio más, sin que este proceder del Juez pueda ser calificado de error y menos de ostensible y manifiesto.

Por otra parte, las declaraciones de Yolanda Ballesteros según consta en las actas de las diligencias respectivas, fueron recepcionadas por el Juez, aspecto que por tratarse de documentos oficiales auténticos no pueden desconocerse como parece insinuarlo el casacionista.

Aduce además el censor, errores de derecho por parte del Tribunal en la apreciación y valoración que éste hiciera del informe de accidentes proveniente de las autoridades de Tránsito y de los testimonios de Moisés Mosquera y Luis Ernesto Gómez.

Pero, al sustentar el cargo el casacionista no demuestra ninguna clase de error circunscribiendo su alegato a una crítica al valor probatorio dado por los Jueces de instancia a las pruebas indicadas, sin demostrar que exista una ostensible oposición entre aquello que indican los elementos de convicción y el juicio que de ellos se formó el fallador.

El error de convicción, no nace del enfrentamiento del criterio jurídico del actor con el del Tribunal, sino que es necesario que se demuestre la equivocación manifiesta y la incidencia de ese error en la sentencia.

Lo anterior, es suficiente, para concluir que los reparos formulados a la sentencia impugnada, resultan infundados porque la valoración y apreciación que del material probatorio hace el casacionista bajo su personal punto de vista y conveniencia, no puede prevalecer sobre el juicio crítico del fallador consignado en una sentencia donde se analizó con propiedad y lógica la prueba y que además está amparada por la presunción de legalidad y acierto. No prospera el cargo.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada de fecha, naturaleza y origen consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURISDICCION PENAL MILITAR. FUERO

Los excesos, extralimitaciones o abusos cometidos por los integrantes de las fuerzas del orden, mientras realizan los deberes inherentes a su encargo, no eliminan su condición de tal, ni desvirtúan su status oficial

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 073 (octubre 2 de 1991).

Vistos:

Por sentencia de primera instancia del Comando de Policía Metropolitana de Bogotá, de cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa (1990) y del Tribunal Superior Militar, de treinta (30) de abril del mismo año, fueron condenados a la pena principal de ocho (8) años de prisión, los agentes de la Policía Nacional, *Luis Alfonso Herrera Ramos y Víctor Miguel García Rico*, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de Miller Angel Rivera.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentadas las correspondientes demandas, fueron declaradas ajustadas a los requisitos de ley y se escuchó el concepto del Fiscal de la Corporación, quien solicitó se casara la sentencia.

La Corporación procede a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Se suceden el once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), en un potrero del barrio Estrella, donde fue encontrado el menor Miller Angel Rivera, quien presentaba varios disparos de arma de fuego en la cara y la cabeza, algunos de ellos con tatuaje, siendo sindicados de tales hechos los agentes Saúl Valdivieso Patiño, Víctor Miguel García y Luis Alfonso Herrera Ramos.

Por el relato de testigos presenciales se sabe que el menor fue capturado e introducido en la patrulla policial con rumbo desconocido, escuchándose poco después varias detonaciones de arma de fuego.

Actuación procesal:

Por auto de once (11) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), se dio comienzo al proceso penal por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) de Instrucción Criminal de Bogotá.

Fueron indagados Saúl Valdivieso Patiño, Luis Alfonso Herrera Ramos y Víctor Miguel García.

Por Resolución 080 de 1989, se convocó a Consejo de Guerra Verbal a los sindicados.

Demostrada la muerte del sindicado Saúl Valdivieso, se decretó el cese de procedimiento por providencia de treinta (30) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Realizado el Consejo de Guerra Verbal, los veredictos fueron de responsabilidad por mayoría. Se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa (1990), y de segunda, el treinta (30) de abril del mismo año.

De las demandas:

Presentadas dos demandas en favor de los intereses de los dos procesados, se sintetizarán simultáneamente, porque tres de los cargos son comunes.

Considera que el fallo fue dictado en juicio viciado de nulidad, puesto que está demostrado en el proceso que los policías no actuaron por razón del servicio y en tales condiciones la competencia no le correspondía a la justicia castrense, sino a los Jueces Superiores.

Plantea un segundo cargo por nulidad al considerar que conforme al artículo 657 del Código Penal Militar, la Resolución de Convocatoria al Consejo de Guerra Verbal, debe contener, entre otros requisitos, un análisis de las pruebas que sirven de fundamento a la imputación, y que en este caso particular, el Juez de primera instancia no dio cumplimiento a tal exigencia, como tampoco había explicitado si actuaron como autores o como cómplices, ni cuáles los actos de participación o complicidad.

Que como esta resolución equivale a la de acusación del procedimiento ordinario, por tanto, debe existir claridad en cuanto a la imputación, y al no cumplir con estos requisitos mínimos considera que se incurrió en causal de nulidad.

Presenta un tercer cargo, también por presunta existencia de una nulidad, respecto del cuestionario puesto a consideración de los vocales, cuando se los interroga sobre la posible responsabilidad en el homicidio, por haber disparado armas de carácter oficial, cuando no existe ninguna prueba indicadora de cuál haya sido el arma utilizada en la ejecución del homicidio.

Pero que siendo tan evidente la falla del cuestionario el defensor de los procesados no protestó, ni hizo caer en cuenta de este error, situación que lo lleva a concluir que la defensa de García fue en extremo defectuosa.

En la demostración de los cargos haciendo referencia a ciertas pruebas, destaca que los agentes estaban asignados a otro sector de la ciudad, cercano al sitio en que acontecieron los hechos y que al haber sido cometido fuera del área que les correspondía patrullar, los sucesos tuvieron ocurrencia por fuera de las funciones del servicio policivo, máxime cuando se trataba de una patrulla estacionaria.

En la fundamentación del segundo cargo, insiste que:

> "...en la redacción de la Resolución de Convocatoria de Consejo Verbal de Guerra —sus cargos y las pruebas que lo sustenten— deben ser de claridad absoluta, con cargos concretos y sin ninguna duda o ambigüedad que dificulten o conculquen el derecho de defensa o las demás garantías constitucionales, como lo ha enseñado la jurisprudencia".

Para terminar concluyendo que se ha presentado una violación a las formas propias del juicio y que por tanto debe ser declarada la nulidad solicitada casándose la sentencia impugnada.

En relación al tercer cargo, enfatiza la ausencia de medios de convicción que hagan referencia a la utilización de los revólveres de dotación oficial, y que el afirmar tal situación, sin fundamentación, es desconocer la realidad procesal en contravía de los intereses de los procesados y destaca nuevamente la defectuosa defensa de que fueron objeto los inculpados.

En demanda presentada en favor del procesado Herrera Ramos, además de los cargos antes mencionados que son planteados de manera similar, agrega un cuarto, también por la presunta existencia de una nulidad por defectos en la defensa pero en relación a otros hechos, pues considera que en el Consejo, el defensor de Herrera aceptó que contra el mismo existían varios indicios, pero no analizó las pruebas en que se fundamentaba para afirmarlo y que ello frente a su precaria intervención en relación con la acusación, fue lo que llevó a los vocales a una respuesta afirmativa de responsabilidad.

En la fundamentación de este cargo sostiene que el defensor del procesado:

> "...en forma contraria a la realidad procesal y al deber de lealtad que le imponía el cargo, expuso en Consejo Verbal de Guerra que contra éste (Herrera Ramos) obraban varios indicios, hecho que unido a la precaria intervención, no obstante que en la Resolución de Convocatoria no se indicó, ni se analizaron las pruebas en que se fundaba para adoptarlo ni mucho menos señaló concretamente si el acusado Herrera Ramos fue autor o cómplice del homicidio, condujo a dos de los vocales a responder afirmativamente el cuestionario relacionado con el procesado Herrera Ramos, donde se sigue que fue inadecuada y deficiente la defensa..."

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal:

Solicita el Agente del Ministerio Público, que se case la sentencia, fundamentándose en las siguientes argumentaciones:

"No obstante que la presentación y análisis de este reproche no está ampliamente desarrollado, esta Delegada considera que se reúnen los presupuestos indispensables para admitir que le asiste razón al impugnante cuando predica la nulidad del proceso, con base en la falta de competencia de la jurisdicción que lo adelantó.

"Es un presupuesto conocido que el Decreto 2137 de 1983 consagra en favor de los miembros de la Policía Nacional un fuero de juzgamiento condicionado a que el delito que se investigue se haya cometido por causa, con ocasión del servicio, o en ejercicio de funciones inherentes al mismo. De ahí que la Sala de Casación Penal de la Corte haya reiterado que la garantía formal no puede otorgarse ni por el hecho de pertenecer a la institución, ni por las circunstancias de cometer la infracción durante la prestación del servicio; sino que es indispensable la presencia de un nexo entre la tarea policiva y el hecho punible. Así lo expone la alta Corporación en el proveído erróneamente citado por el impugnante.

"Ahora bien, desde el punto de vista procesal, obviamente, la aplicación de la institución exceptiva de juzgamiento sólo puede hacerse efectiva si los presupuestos de su vigencia cuentan con respaldo probatorio.

"En el caso *sub examine*, se estimó que el homicidio de Miller Angel Rivera se había cometido 'con ocasión del servicio', pues en el momento de los hechos, los sindicados pertenecían a la Policía Nacional y se encontraban asignados a una tarea de patrullaje estacionario en el barrio El Tesoro, cercano al lugar en donde posteriormente se encontró al occiso. Sin embargo, ningún elemento de juicio pone de presente relación alguna entre el homicidio y las funciones que a la hora de la comisión de éste, cumplían los procesados. Como acertadamente lo advierte el casacionista, al contrario de lo afirmado en los cuestionarios, no se tiene noticia de que los acusados se hubieran visto en la necesidad de aplicar contra la víctima un procedimiento policivo y tampoco se conoce un mandato superior que hubiera dispuesto alguna actuación contra el joven muerto, hasta el punto que los condenados niegan rotundamente su participación en el hecho, cosa que no habría ocurrido de haber procedido conforme a sus funciones oficiales.

"De otra parte 'la ocasión', para que fundamente el reconocimiento del fuero, no debe tomarse a partir de la condición de agente de policía y de las circunstancias que surgen de ella, como son la utilización de ciertos implementos como el uniforme, el arma y el vehículo de dotación oficial, porque en tales condiciones todos los desafueros de los miembros de la Policía Nacional, cometidos inclusive por fuera de las labores asignadas ameritarían un juzgamiento privilegiado, ya que la simple condición de agente serviría de 'ocasión' a la comisión de delitos. No. La justa comprensión del término

debe partir de la razón de ser del fuero policivo, que no puede ser otra que la de permitir que personas sometidas a la misma disciplina sean las que juzguen situaciones surgidas en el cumplimiento de los deberes oficiales. Por ello la 'ocasión' debe tener como marco delimitante de la conducta sometida a fuero de juzgamiento, el desarrollo de una específica tarea policial, en los casos en que la misma prestación del servicio no puede señalarse como causante del hecho".

"Vistas así las cosas, del recaudo probatorio allegado a este diligenciamiento penal, no aparece demostrado que el homicidio hubiera acaecido 'con ocasión' del servicio de policía que presentaban los inculpados. Por lo tanto, el juzgamiento de ese hecho punible no ameritaba tratamiento exceptivo".

"El criterio expuesto no difiere de los reiterados planteamientos que sobre el tema ha proferido la honorable Corte. Así, en asuntos semejantes, esa Corporación ha afirmado:

" 'Salir a patrullar con la misión de «pasar revista a los puntos críticos de la ciudad», y resolverse por aprehender ilícitamente a dos transeúntes y luego a uno de ellos e intentar matar al otro —son cargos contra los aquí sindicados—, es actividad que no guarda relación ninguna con el servicio y por lo tanto carece de fuero, porque repítese, en casos como este, los miembros de la policía se comportan como simples particulares. Ratificando este criterio dijo la Sala en auto citado por el Comando que dedicarse a actividades delictuosas distintas a las lícitas encomendadas, así se esté en uno de los llamados «servicios especiales en traje de civil», es acto realizado fuera del servicio y por supuesto ninguna relación tendrá con éste' (8 de agosto de 1988) (C. S. J., febrero 22 de 1989. Doctor Guillermo Duque Ruiz)".

"Así mismo, el 20 de junio de 1989, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, la Sala de Casación Penal de la Corte dijo:

" 'No puede hablarse de realización del hecho por causa o con ocasión del servicio o de funciones inherentes al cargo, puesto que la captación o retención a impulso de decisión exclusivamente personal, por fuera de los casos previstos en la Constitución y las leyes, desborda los cauces normativos'.

"Lo anterior es evidente cuando la retención irregular se practica con el propósito de eliminar a la persona, porque esta finalidad caracteriza todo el recorrido de la actuación y la convierte en ajena al servicio desde su origen, aún prescindiendo de considerar el incumplimiento de los requisitos legales".

"Así, pues, conducta semejante está desvinculada de las funciones, se sitúa al margen de la legitimidad e, inclusive,

contradice los principios que informan la existencia de la institución policiva, destinada como se halla a garantizar la vida, honra y bienes de los asociados".

"Para que el conocimiento del proceso corresponda a las autoridades militares es necesario que los hechos tengan relación con el servicio, según lo ha dicho reiteradamente la Corte, y este presupuesto falta cuando el agente obra como lo hace un particular puesto en la tarea de desplegar una determinada actividad ilícita".

"Así las cosas, es forzoso concluir que los presupuestos legales y procesales requeridos para conceder un juzgamiento privilegiado y excepcional de la conducta observada por los agentes García Rico y Herrera Ramos, no se han cumplido. Ello significa que el proceso fue adelantado sin que de parte de la justicia castrense existiera la competencia respectiva. De esa manera, no queda resquicio de duda sobre la existencia de la causal de nulidad consagrada en el artículo 464.1 del Código Penal Militar, que afecta la validez de la actuación, como lo argumentó el censor, desde el auto que dispuso el cierre investigativo, debiendo disponerse la reposición de lo invalidado ante los Jueces de Instrucción y Superiores de Bogotá".

"Con la conclusión anteriormente expuesta, inocuo resulta detenerse a estudiar los restantes cargos formulados contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, por cuanto todos estaban orientados a obtener la anulación del trámite y a la reparación de otras supuestas irregularidades advertidas por el recurrente; objetivo que se ve plenamente satisfecho al prosperar la primera censura".

La Corte:

I. *No acompaña razón al recurrente —ni tampoco a la Delegada— cuando se proponen demostrar el viciado procedimiento a que fueron sometidos Víctor Manuel García Rico y Luis Alfonso Herrera Ramos, por resultar incompetente la Justicia Penal Militar para conocer de su comportamiento criminal. En el acto* sub examine *—delanteramente lo consigna la Sala, como impresión de conjunto— los coacusados perpetraron el homicidio de que se les acusa y por el cual fueron condenados, siendo titulares de una delimitada esfera de competencia y hallándose por voluntad del Estado en ejercicio de un cargo dirigido a la realización de un fin público. Por eso a la órbita penal militar correspondió la aprehensión del conocimiento de sus conductas y es ésta y no otra, la que tiene atribuciones para dicho juzgamiento, cual ha ocurrido en este proceso, sin que pueda entenderse que la jurisdicción común u ordinaria tenga el* imperium *suficiente para demandar del orden institucional, el conocimiento exclusivo de este asunto. En la materia, la Corte tiene una opinión contraria a la planteada de consuno por el actor y el Ministerio Público, con diferencia, desde luego, de sustancia y contenido. Pasará, pues, la Sala a lo suyo.*

II. *Las funciones públicas en virtud de un empleo, cargo o comisión, cualquiera sea la naturaleza del acto a cumplir o la categoría del funcionario que las desempeñe, no se asumen ni se ejercen en forma arbitraria o desmedida, al capricho de su titular. Por el contrario, sus funciones están sujetas —como materia de una detallada vocación— a una serie de exigencias de fondo y de forma harto bien reguladas por el régimen jurídico de la Administración, dándose por descontado que el atropello y la realidad de esos desmanes encuentra respuesta en concretos sectores del ordenamiento jurídico. Los excesos, extralimitaciones o abusos cometidos por los integrantes de las fuerzas del orden mientras se desplazan en sus recorridos o realizan los deberes inherentes a su encargo, no eliminan su condición de tal, ni desvirtúan su status oficial. Aún errando en su conducta o aún ofendiendo la dignidad humana con procederes que, como el aquí examinado, resultan inadmisibles y contrarios a derecho, son agentes del Estado, que, dentro de ciertos límites ejercen un servicio público jurídicamente preestablecido.*

Actúan, es cierto, por fuera de la ley al extralimitarse en su propio poder y en el contenido de la actividad funcional, mas de ello no se sigue que el problema nuclear de su cualificación pierda su criterio selectivo para hablar de un círculo común de autores, sustrayendo el entendimiento de su conducta a sus Jueces naturales.

No obstante, no todo desafuero por estos servidores estatales se ha de presumir como realizado con base en tal calidad. Para que dichos actos contrarios a derecho se le endilguen al agente del orden en razón de su investidura, se requiere, por mandato de la sistemática militar, de dos condiciones fundamentales: Estar en servicio activo y cometer el hecho punible en relación con el mismo servicio. No basta, por consiguiente, que ostente la calidad específica que le determina la ley y se encuentre ejerciéndola en forma activa; no sólo ha de estar desempeñando dichos deberes concretos en el momento de cometer el ilícito, sino que éste ha de producirse como consecuencia de un exceso en sus obligaciones legales por parte del agente o, por menos, su acción típica ha de realizarse como proyección de los compromisos generales que le impone su cargo.

III. *Explícase:*

El artículo 2º de la Constitución Nacional, en su último inciso, prescribe que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Más adelante, en su artículo 218, precisa que "la Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz".

Ahora bien, la Corte puntualizó en años recientes que el poder de policía, "...entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad jurídica discrecional... es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas gene-

rales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tiene que ver con el orden público y con la libertad" (Sala Plena, sentencia de abril 21 de 1982).

En la misma ocasión indicó que los oficiales, suboficiales y agentes de policía son ejecutores de este poder y de la función de policía, por lo que sus actuaciones, si bien son discrecionales, como que se basan en el despliegue, por orden superior, de "...la fuerza material para lograr los fines propuestos por el poder de policía...", de todas formas "...están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son el ejercicio concreto de la función de policía, derivado de la competencia atribuída por el poder de policía limitan el campo de acción de un agente de policía..."

IV. *Este principio halla trascendencia en la ley cuando señala a la Policía como cuerpo armado correspondiéndole "...la conservación del orden público interno", entendiéndose por tal el que "...resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas", según reza el artículo 2º del Código Nacional de Policía.*

Dos, pues, son las funciones que cumple la Policía Nacional. La primera de ellas, ex ante, consiste en proteger a todas las personas que habitan en Colombia, evitando cualquier tipo de violaciones a sus derechos constitucionales. La segunda, en cambio, es una misión ex post de carácter represivo, que persigue la supresión de las causas que provocaron el atropello al convivir social, reestableciendo la armonía consiguiente. En lo que se refiere al derecho punitivo, su tarea consiste en impedir la realización de hechos punibles, o en su defecto, capturar a los responsables; de otro lado, su preparación científica la capacita para servir de auxiliar técnico en la investigación criminal.

V. *Por consiguiente, de cualquier acto de esta especie que contravenga la ley, cometido por un agente del orden, en servicio activo, ejerciendo en forma concreta la potestad oficial que le confiere la normatividad ha de conocer la jurisdicción penal militar, en guarda del fuero que le ha sido asignado, conforme lo preceptúa el artículo 14 del Código Castrense, que dispone su aplicación tanto para los militares en servicio activo como para los miembros de la Policía Nacional, "...que cometan hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio..." (resalto fuera de texto).*

El mandato es indubitable.

El representante del orden debe tener tal calidad, encontrarse en pleno uso de sus funciones, y estaría ejerciendo en el momento de cometer el acto delictivo, de tal manera que un exceso en su cumplimiento sea la causa del ilícito. En estos términos, ha de entenderse lo que se conoce tradicionalmente como ejercicio del cargo o con ocasión de él. Piénsese en el uniformado que aprehende a un ladrón y que desbordando sus deberes, lo lesiona o le causa la muerte.

No sucede lo propio si se encuentra en franquicia, en uso de permiso, o suspendido de sus actividades pues en estos eventos, su condición de representante de la autoridad se encuentra interrumpida

y, por tanto, actúa como cualquier ciudadano, adquiriendo plena competencia la justicia ordinaria para investigar y juzgar su conducta ilícita.

VI. *Una situación especial merece examinarse con detenimiento pues puede dar lugar a confusión en su tratamiento procesal. Háblase de quien, pese a encontrarse ejerciendo su actividad de guardián, actúa contra el ordenamiento jurídico ejerciendo una acción paralela, caso en el cual, si se tiene en cuenta la relación de causalidad que gobierna este fuero, también actúa como ciudadano común.*

Detállase.

Cuando se habla de ejercicio de sus funciones, se indica que la actividad delincuencial desarrollada por el infractor se desprende de ellas, es decir, mantienen una relación de causa-efecto, constituyéndose el delito en una extralimitación punible de dichas funciones. Por tanto, cualquier acción diferente a su potestad, es ajena a su jurisdicción y, por ende, al fuero mismo que lo asiste. Es el caso de un agente que abandona su puesto asignado y, en ejercicio de una venganza privada, se desplaza a otro sitio para quitarle la vida a un enemigo. Aquí no se está propasando reprochablemente en sus funciones sino cometiendo un acto, por completo extraño a ellas, al no guardar ninguna relación con el servicio. En este evento, actúa como un hombre común al que, por tanto, debe perseguir la justicia ordinaria.

Sin embargo, esto requiere de una explicación adicional.

Es de sobra conocido que atendiendo necesidades superiores del servicio la Policía se ve precisada a delimitar estratégicamente el área territorial de la urbe, dividiéndola en zonas o enclaves para ejercer con mayor apremio y mejor eficacia técnica, las labores de vigilancia, control y prevención que reglamentariamente le competen. Pero esto no significa que los agentes en servicio activo que cumplen su labor de ronda por una circunscripción espacial determinada no puedan traspasar esas líneas divisorias para atender requerimientos ciudadanos o para impedir la realización de conductas asociales o disolventes. Tan disparatada conclusión no se tiene en pie frente a la filosofía de la institución y las necesidades del servicio.

Entiende la Sala que los uniformados que actúan por fuera de estos límites territoriales, y en ejercicio de su potestad policial, conservan el poder derivado de la Administración y, por ende, continúan siendo agentes estatales que cumplen actividades originarias en la función pública pero también en la oportunidad del ejercicio, tema este último que merece un aditamento conceptual.

Repárese.

En pretérita oportunidad, por "ocasión del servicio" la Sala entendió que era "...la oportunidad temporo-espacial en que se hallaba colocado el sentenciado —agente en servicio activo— para que se realizara el ilícito", al tiempo que señalaba tres requisitos fundamentales para que se estructurara el fenómeno: "...la condición de Agente de la Policía Nacional, en servicio activo, con funciones inherentes a

su status..." *(sentencia de julio 14 de 1988, Magistrado ponente doctor Valencia Martínez), con lo que recalcaba la relación causal que debía existir entre la función misma y el ilícito a que daba lugar.*

Como puede observarse, aquí el ámbito es más amplio que en el ejercicio del cargo. Puede suceder que el representante del orden encuentre restringidas sus funciones a determinada tarea —v.gr. escoltar a un alto funcionario del Estado—, y observe la comisión de un delito. Es obvio, que su deber genérico como policía le obliga a impedir la violación del orden jurídico. Por consiguiente, pese a que en el momento su labor no es la de salvaguardar a la comunidad en general, prima su status de policía. Entonces, si cumpliendo esta potestad que le otorgó el Estado, comete un delito (tortura al presunto delincuente para que delate a sus compinches), no queda la menor duda que la competente para conocer del asunto es la justicia penal militar.

Diferente resultaría, si encontrándose en cumplimiento de sus funciones como escolta, evade sus obligaciones para cometer un ilícito (por ejemplo abandonar transitoriamente la custodia encomendada y participar en un hurto); en el momento de hacerlo, resulta claro, no es el agente de policía el que está actuando, sino el particular que realiza una acción reprochable que "...no es inherente a su status...", o lo que es lo mismo, no se desprende de él, no proviene de su actividad policial. En este evento, la justicia ordinaria es su Juez natural.

Por tanto, la comisión del ilícito típicamente castrense siempre debe constituirse en un exceso de obligaciones de este tenor, con la comunidad. Ello quiere decir, que cualquiera otra actividad debe ser considerada como particular. De esta clase serían el asesinato indiscriminado de civiles, la extorsión contra homosexuales o prostitutas ejercida al tiempo con las labores de vigilancia, los hurtos cometidos en la escena del crimen mientras se realiza la investigación preliminar y, en general, toda gama de delitos que no se desprendan específicamente de sus tareas como agentes del Estado. La investidura, recalca la Sala, no puede tomarse como pretexto para cometer tropelías en contra de la sociedad.

Y es que "...la función castrense debe aparecer nítida, esto es, que no se dude que se estaba en el desempeño legítimo y que, como consecuencia de su aplicación, que inicialmente no envolvía la comisión de un hecho delictuoso alguno, ocurrió eventualmente el hecho criminoso... Pero si por el contrario se está dentro de una sana y recta aplicación de la función militar y en cumplimiento de la misma se origina y desarrolla la conducta punible, por lo mismo que ésta tiene con aquella un vínculo sustancial, debe inferirse la vigencia y reconocimiento del cuestionado fuero" (C. S. de J., auto de agosto 23 de 1989, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Más concretamente, esta Colegiatura precisó que si se tienen en cuenta las obligaciones constitucionales de la Policía Nacional, "...no puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares, si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima

de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de un botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse" (C. S. de J., auto de marzo 13 de 1989, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

Estas preceptivas son las que guían a la Corte en el estudio del presente caso, para concluir que, el delito que se les imputa a los procesados, fue cometido en relación con el servicio.

Obsérvese.

a) Es un hecho procesal debidamente demostrado que los agentes Víctor Manuel García Rico, Luis Alfonso Herrera Ramos y Saúl Valdivieso —quien fallecería con posterioridad a la consumación del ilícito— se hallaban prestando el primer turno de vigilancia al amanecer del día diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa (1990), en la radio-patrulla distinguida con la sigla 0546, labor de vigilancia que comprendía los barrios "El Tesoro", y áreas circunvecinas, de esta ciudad. Conócese por el relato de algunos que Miller Angel Rivera - menor de apenas dieciséis (16) años— fue capturado y conducido en la patrulla policial con rumbo desconocido dándole muerte posteriormente y retornando los uniformados a sus labores habituales por lugares adyacentes, con las luces del vehículo apagadas para no ser detectados. Por el día (11) siguiente, en un potrero del barrio "Estrella" —sitio cercano al lugar donde prestaban servicio de vigilancia los inculpados— fue hallado el cadáver de Rivera, el cual presentaba múltiples impactos de proyectil de arma de fuego en la cabeza y en la cara. La prueba recaudada durante el desarrollo del proceso señala únicamente a los susomentados agentes como los responsables de la muerte violenta del adolescente;

b) *Los coacusados estaban al momento de la realización del hecho punible que se les endilga, legalmente revestidos de autoridad, detentando, legítimamente, la titularidad de la función pública asignada por la ley. Poseían —como es de rigor— uniforme, insignias y distintivos propios de su escalafón o rango, amén de portar el armamento adecuado al cumplimiento de su peculiar misión. Además, se transportaban en un vehículo perteneciente a la Policía Nacional e integraban, cumpliendo órdenes superiores, una patrulla volante de vigilancia. Además, la captura del occiso se produjo a raíz de su huida ante la presencia de los uniformados, lo que le daba el carácter de sospechoso. Hallábanse, pues, la noche del acaecer, en servicio activo y en ejercicio del llamado Poder de Policía;*

c) *En su virtud y en tal orden de cosas, descarta la Sala que los procesados se encontraran, la noche del suceso, como simples particulares o ciudadanos comunes, ajenos a toda función policiva, sin capacidad ninguna de resolución en el ámbito de su competencia y en fin, privados del ejercicio natural de su actividad. Así mismo, repudia la posibilidad de que aquellos vistieron fraudulentamente prendas militares para cometer atropellos usurpando, claro está, actos propios de la autoridad y la titularidad que legalmente a otros corresponde.*

Como se ve, la Jurisdicción Penal Militar era la competente para conocer del presente asunto, lo que de suyo implica la improsperidad del reproche.

VII. En lo que se refiere al cargo *segundo*, tampoco le asiste razón al censor. En efecto, predica que al convocarse el Consejo Verbal de Guerra, no se dio cumplimiento "...a la obligación de manifestar si obraron como autores o cómplices, ni cuáles fueron los actos de participación o de complicidad que se le imputaban a cada uno de ellos, ni mucho menos la mencionada resolución analizó las pruebas en que debía haberse basado cualquiera de los cargos".

Sin embargo, la lectura cuidadosa de la pieza procesal cuestionada, dice otra cosa. En el análisis de la prueba, la providencia señala en primer término que los procesados "...se encontraban haciendo primer turno comprendido desde las 00:00 hasta las 06:00 horas, en la patrulla estacionaria de siglas 046 en el barrio el tesoro (sic)...", advirtiendo a renglón seguido que si bien respecto del agente Saúl Valdivieso Patiño no se pudo establecer el servicio asignado para la fecha de autos, "...de las diferentes diligencias se concluye que prestó primer turno como refuerzo... y estuvo de patrulla con los agentes García y Herrera..."

Ubicados de esta manera los agentes del orden en el sitio de los acontecimientos con el fin de desvirtuar su coartada de falta de presencia, pone de resalto que pese a que no se cuenta con prueba testimonial que indique las circunstancias en que fue muerto Miller Rivera, la prueba indiciaria remedia la carencia. Habla, entonces, de la presencia de dicha patrulla en una venta de tinto del barrio Lucero Bajo, y de que sus ocupantes "...habían recogido a Miller luego de que éste subía a la otra acera, regresando a la venta de tinto con el joven acostado dentro de la patrulla pero que éste levantó la cabeza y al rato continuó la patrulla por la carretera a la estrella (sic), sin que volviera a bajar más y sin que supiera más de él hasta cuando apareció muerto con 3 disparos en la cabeza".

Más adelante se refiere a los testimonios que rindieron los acompañantes del occiso que en líneas generales coinciden con los demás de cargo, agregando detalles anteriores al suceso, como la reunión de Miller con dos amigos, su caminata en busca de cigarrillos, el encuentro con la patrulla de policía, su huída temerosa ante su presencia, la separación del grupo dejando a Miller solo, el sonido de seis tiros, y el descenso subsiguiente de la patrulla por la carretera, con luces apagadas.

Finalmente, la providencia habla de la investigación adelantada por el personal de la SIJIN, destacando de ella, las versiones que les tomaron a los implicados, en las que niegan cualquier participación en el homicidio, la manifestación verbal del agente Valdivieso que señala al conductor de la patrulla como el autor de los disparos, la llamada anónima que recibieran en la subestación de policía en la que "El Justiciero" daba cuenta del homicidio de Miller, los diferentes testimonios que hablan de la presencia de García en sitio diferente

en el momento de ocurrencia del suceso, y, por último, la ambigüedad en unos casos, y en otros, la contradicción de la coartada esgrimida por los procesados, a cargo de sus propios compañeros.

Lo anterior sirve de sostén al proveído para adverar que el fundamento de la decisión a tomar es la prueba indiciaria, de carácter grave, que obra en contra de los implicados, destacando la presencia de la patrulla en el lugar de los acontecimientos, la coincidencia entre los testimonios de cargo y la investigación adelantada por miembros de la SIJIN, el señalamiento que hizo Valdivieso de García como el autor de los disparos y, finalmente la antinomia entre las disculpas de los reos y las de otros miembros de la institución policial.

Ello lleva al juzgador de primera instancia a señalar que "...estos indicios, apreciados en su conjunto tienen la fuerza suficiente para respaldar la presente Resolución de Convocatoria...", para culminar con una referencia a los elementos del reato investigado. Como bien puede verse, el análisis de las pruebas presentes en el proceso fue ponderado y si bien no menciona explícitamente el grado de participación de los procesados, del contexto se extrae que los tres tripulantes de la patrulla actuaron como coautores en el homicidio. Si alguna duda quedara pendiente, fue despejada en los cuestionarios sometidos a los vocales, en los que claramente se les pregunta si cada uno de los acusados son responsables de haber causado la muerte de Miller Angel Rivera, "...cuando en el desarrollo de un procedimiento policivo disparó su revólver de dotación oficial, con intención de matar..."

La acusación posee los elementos necesarios para que la defensa adelante su tarea, lo que indica la sinrazón del cargo propuesto.

VIII. El *tercer* reproche no corre con mayor fortuna. En primer lugar, habla de la deficiencia en la confección del formulario presentado a consideración de los vocales, "...por cuanto sin existir en el proceso prueba alguna en el sentido de que los inculpados hubieran utilizado las armas de dotación oficial...", se les preguntó por tal aspecto.

En verdad, el proceso no arroja ninguna luz sobre la clase de armas de fuego utilizadas para causar la muerte de Miller Rivera. Sin embargo, la necropsia estableció que las heridas que le causaron la muerte fueron realizadas por instrumentos de este tipo, configurándose con el de un nuevo indicio en contra de los procesados que, como ya se vio, portaban sus revólveres de rigor, como representantes del orden.

Por consiguiente, aunque esta afirmación sobre la calidad de las armas no tiene respaldo procesal, se constituye en una mera informalidad que no tuvo el suficiente vigor para perjudicar los intereses de los procesados. Recuérdese que la imputación en su contra se elevó sobre una pluralidad de indicios, sin que la dotación oficial hubiera sido su piedra angular.

Ahora bien, el que el defensor de Herrera no hubiera puesto de presente esta irregularidad, tampoco tiene la gravedad que le endilga el casacionista, puesto que su labor se circunscribía a desvirtuar los

múltiples indicios que obraban en contra de su poderdante o, por lo menos, a crear la duda necesaria para provocar del *iuri* la consiguiente absolución.

IX. En cuanto al *cuarto* reproche, corolario del anterior, corre con igual suerte que sus predecesores. El que la defensa hubiera reconocido la existencia de los indicios que comprometían la suerte de los acusados, no conspira contra "...el deber de lealtad que le imponía el cargo...", pues claramente se lee en el acta respectiva, que de inmediato advirtió que "...no llenan lo que trae la norma del codigo (sic) Penal Militar".

De otra parte, aunque sus argumentos pueden ser cuestionables, como el reivindicar el añoso concepto peligrosista ("...el hampón así sea menor de edad es una persona peligrosa para la sociedad") como justificante de la conducta policial, también se refirió a la investigación disciplinaria que los exoneró de todo cargo, a la inexistencia de la plena prueba para condenar, a la manipulación de la madre del interfecto por parte de los investigadores de la SIJIN quienes le señalaron como sospechosos a los agentes, al resentimiento en contra de la Policía Nacional que tienen los que acompañaban a Miller, momentos antes de su homicidio, y a la ambigüedad de la señora que vendía tintos quien, en la ratificación de su testimonio, "...manifiesta que el joven no era el mismo que iba en la patrulla...", culminando con el calificativo de "descarriado" para la víctima.

La defensa, por consiguiente, fue adecuada, lo que provoca el fracaso de este último cargo.

Con base en lo precedente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURISDICCION PENAL MILITAR (SALVAMENTO DE VOTO). FUERO (SALVAMENTO DE VOTO)

Para que se dé la competencia de la Justicia Castrense, no sólo es necesario que se trate de un miembro activo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni que esté de servicio, sino que además de los anteriores requisitos la conducta motivo del juzgamiento debe haberse realizado con ocasión del mismo, o en relación con él

A continuación exponemos respetuosamente las razones que nos llevan a disentir de la decisión mayoritaria:

Es indudable que les asiste razón al impugnante y al Procurador Delegado cuando plantean la existencia de una nulidad por incompetencia, pues el juzgamiento fue realizado por la justicia castrense y tal como sucedieron los hechos, el funcionario competente para investigarlos debió serlo el de Instrucción Criminal y para dictar el fallo el Juzgado Superior de esta ciudad.

Y ello debe ser así, porque como lo ha reiterado profusamente esta Corporación, para que se dé la competencia de la justicia castrense, no sólo es necesario que se trate de un miembro activo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni que esté de servicio, sino que además de los anteriores requisitos, la conducta motivo de juzgamiento debe haberse realizado con ocasión del servicio, o en relación con él; porque la competencia de la justicia castrense es una previsión a nivel constitucional, como excepción al principio general de la justicia ordinaria, y surge sobre las bases de la especialidad y características propias de la vida militar, ésta de por sí, bien diferente a la llevada por los civiles, y que tiene sobre tales perspectivas su justificación para que los militares se juzguen entre sí, pero única y exclusivamente en los casos en que está de por medio el servicio militar. En tales condiciones, es perfectamente posible, como sucede en el caso presente, que la conducta delictiva habiendo sido realizada por un miembro activo de la Policía Nacional durante la prestación del servicio, finalmente no haya sido ejecutada con ocasión del servicio ni en relación con él. Otra interpretación llevaría al absurdo, de que el miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía, por el simple hecho de estar de servicio, se dedicase a cometer todo tipo de tropelías y luego pudiera reclamar para sí la prerrogativa del fuero castrense,

que como bien se ha dicho por esta Corporación está reservado para dichos sujetos, pero siempre y cuando la conducta tenga relación funcional con el servicio.

En el caso que se analiza está demostrado que los procesados habían sido destinados a prestar servicio estacionario en el barrio El Tesoro y tenían órdenes precisas de no abandonar dicho sitio, sin embargo, desobedeciendo las instrucciones recibidas en este sentido se fueron para otro lugar, detuvieron a su futura víctima y luego la llevaron al sitio donde finalmente la sacrificaron. Es claro en tales circunstancias que los hechos motivo de investigación fueron realizados en principio por ser miembros activos de la Policía Nacional y por haber estado de servicio, pero no existe y no puede existir ninguna conexidad funcional del servicio policivo con el homicidio cometido en la persona de un ciudadano, así se tratara de uno de aquellos que tienen antecedentes judiciales y de policía.

Y no puede compararse la situación que se examina, con la que fue resuelta en la jurisprudencia citada con ponencia del doctor Saavedra Rojas, porque se trata de casos absolutamente disímiles y con este salvamento de voto no se contradice lo que allí se afirmó, cuando la Sala sostuvo:

> "...no puede entenderse como un acto propio del servicio el homicidio que miembros de la Policía Nacional realicen sobre particulares, si el hecho no ha sido cometido en una específica situación que lo vincule al cumplimiento de las obligaciones legales, como sería el caso de una incursión armada en un inmueble para rescatar a quien ha sido víctima de un delito, o de un enfrentamiento entre policías y particulares que pretenden huir con el producto de un botín hurtado anteriormente, o de múltiples situaciones similares que pueden efectivamente presentarse" (C. S. de J., auto de marzo 13 de 1989. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas).

Porque en el caso *sub júdice* los procesados evadieron sus obligaciones de servicio en que habían sido colocados y por fuera del mismo, sin motivo alguno, capturaron a su adolescente víctima para asesinarlo de la manera más despiadada. En tales condiciones no hay ninguna relación con el servicio y de allí nuestra postura por la incompetencia de la Justicia Penal Militar.

Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas.

DERECHO DE DEFENSA. SUMARIO

Durante todo el desarrollo del sumario el procesado debe estar debidamente asistido por un abogado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., quince de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 073 (octubre 2 de 1991).

Vistos:

Por providencia del diecisiete de julio de mil novecientos noventa del Juzgado Superior de Villavicencio, se condenó a *Raúl Arturo Garay Quevedo* a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Pablo Abel Briñez.

La anterior decisión fue confirmada en esgunda instancia integralmente, por sentencia del diez de octubre de mil novecientos noventa.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda, fue declarada ajustada y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

La Corporación procede a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Tuvieron ocurrencia en las horas de la madrugada del veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, al presentarse una discusión entre Pablo Abel Briñez Palacios y Raúl Arturo Garay Quevedo, en el Municipio de Granada, al recibir el primero de los nombrados una herida por arma cortante en el tercer espacio intercostal izquierdo que le produjo la muerte casi instantáneamente.

Actuación procesal:

El Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso el primero de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Indagado Garay Quevedo, se le dictó auto de detención el ocho de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Por auto del diecinueve de enero de mil novecientos noventa se le formuló resolución de acusación por homicidio simple.

Realizada la audiencia pública el seis de julio de 1990, se dictó sentencia de primera instancia el diecisiete del mismo mes y año, y de segunda el diez de octubre de mil novecientos noventa.

La demanda de casación:

Dos cargos plantea el libelista contra la sentencia que impugna, el primero por presunta violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la interpretación y valoración de las pruebas. Sostiene que:

> "...el falso juicio de legalidad se hace aún más notorio cuando el fallador de segunda instancia, no aprecia en conjunto las pruebas recogidas, otorga el valor de plena prueba de responsabilidad al testimonio de Gustavo Sánchez Clavijo, divide ilegalmente la confesión del sindicado desechando su sincera y comprobada atenuante de punibilidad que plantea y le niega el valor que legalmente corresponde una prueba documental, concretamente a la constancia del juzgado instructor consignada en la diligencia de indagatoria, relacionada con la herida observada al procesado y causada por el hoy occiso, quien además fue el provocador de la trifulca".

Posteriormente dice que el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal obliga al análisis en conjunto del acervo probatorio y que el Tribunal desobedeció este mandato legal, limitándose a analizar un extracto de la declaración de Gustavo Sánchez Clavijo y de la indagatoria sólo la confesión de la autoría, sin valorar la prueba documental.

Considera que la segunda instancia ha debido cotejar la indagatoria con los testimonios de Argenis Palacios y con el de Nelcy Alba Acevedo para así darse cuenta de la veracidad de los descargos del inculpado y además apreciar la prueba documental.

Critica que el Tribunal haya dado valor de plena prueba al confuso y contradictorio testimonio de Gustavo Sánchez Clavijo, fraccionando su relato y desconociendo las inconsistencias que presenta. Que en las referidas condiciones se cometió error de derecho al no apreciar en conjunto las pruebas acopiadas.

Considera igualmente que se dividió ilegalmente la confesión y se negó valor a la prueba documental y que la confesión sólo puede ser dividida cuando exista prueba que la infirme.

Considera que tampoco varios indicios existentes fueron apreciados, tales los testimonios de varias personas que colocan al occiso como persona problemática y agresiva.

Que con los errores de apreciación probatoria se dejó de aplicar el numeral 4º del artículo 29 y el inciso primero del artículo 30 para terminar solicitando se case la providencia atacada y se dicte sentencia de sustitución condenando al procesado, pero reconociéndole la atenuante del exceso en la legítima defensa.

Al amparo de la causal tercera, plantea un segundo cargo al considerar que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad por haberse vulnerado del derecho de defensa del procesado "desde la propia diligencia de indagatoria y durante toda la etapa sumarial, Raúl Arturo Garay Quevedo estuvo asistido por un defensor de oficio analfabeta ... La designación de un analfabeta como defensor de oficio contraría la finalidad del legislador, cual es la de brindarle la mejor defensa al sindicado, en el caso de estudio tan sólo operó como un formalismo, pero sin llegar a su esencia. Sería tal como indagarlo sin defensor, ya que éste ni siquiera podía leer la indagatoria, requisito indispensable para la validez del acto. No podemos confundir la honorabilidad con la honestidad, la segunda implica honradez, la primera es mucho más amplia en su significado, máxime en la interpretación que le asignó el legislador", y que habiendo sido inicialmente designado para la indagatoria se prolongó su actuación durante todo el sumario.

Termina pidiendo la nulidad del proceso, que sea estudiado en primer lugar.

Concepto del Agente del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no se case la sentencia, con base en las siguientes argumentaciones:

> "Resulta indesconocible, con el simple acto de mirar la injurada del acusado, que éste no fue asistido en tan importante diligencia por un experto en derecho. Allí, evidentemente, se designó como apoderado a un ciudadano del lugar, de quien no se dejó constancia acerca de sus condiciones de instrucción —como no tiene que hacerse forzosamente— o de su profesión o actividad. Tampoco se sentó en el acta que tal persona fuese analfabeta, como lo presenta el demandante.
>
> "En la ampliación de indagatoria, por su parte, se observó similar procedimiento, porque ante la falta de abogado que asistiera al procesado, se recurrió para que prestara sus servicios de defensor a una ciudadana.
>
> "En ambos casos, sin embargo, no puede prestarse a duda la honorabilidad de los particulares que cumplieron sus encargos, no solamente porque no se cuenta en el proceso con elementos de juicio que la desvirtúen, sino porque la designación partió del funcionario jurisdiccional quien tuvo necesariamente que tener en cuenta esta condición para proveer a la defensa del imputado. Equivocado se presenta el censor en este aspecto, pues aun cuando alguno de los apo-

derados hubiese sido analfabeta —como lo sugiere— ello no le resta en modo alguno su honorabilidad. Pensar tan cerradamente, es caer en alegaciones sin fundamento.

"Ahora bien, el propio Código de Procedimiento Penal, en su artículo 139, autoriza que durante la diligencia de indagatoria podrá servir el cargo de defensor 'cualquier ciudadano honorable siempre que no sea empleado público', por lo que se debe concluir que el método utilizado por el Juez instructor no puede censurarse, ante la constancia que obra en las respectivas diligencias de que no se encontraba en tales momentos abogado que asumiera tales funciones.

"Censurable si resulta, ciertamente, el que el propio Juez no se hubiese preocupado por designar un abogado titulado que asumiera las funciones de defensor durante la etapa instructiva, primero porque según obra en el mismo proceso en el Municipio de Granada cuando menos un abogado tenía oficina, según se aprecia en la posesión del primero de los defensores contractuales que designara el acusado y segundo porque aún en el caso de que en la población no ejercieran su profesión abogados, se ha podido acudir —como ha debido hacerse— al servicio de Defensoría Pública de Oficio para que nombrara un profesional que prestara el encargo.

"Para determinar, no obstante, si se ha vulnerado el derecho a la defensa, preciso resulta ante todo establecer su naturaleza y alcances. La carta constitucional que aún nos rige, ha establecido como una de las garantías procesales, la *observancia plena* de las formas establecidas en la ley para los juicios. Una de estas formas, en el procedimiento penal colombiano, la constituyen los diversos mecanismos procesales que aseguran la defensa del encartado cuando enfrenta acciones penales, dispositivos que tienen múltiples manifestaciones desde la simple designación de apoderado, hasta la posibilidad de que éste acuda a los Tribunales en demanda del reconocimiento de los derechos vulnerados.

"Pero no solamente a la actuación de los apoderados puede referirse el derecho a la defensa. Este tiene, además, otras manifestaciones que se dirigen hacia los funcionarios del Estado y los particulares, como es la obligación para el primero de investigar con igual celo las circunstancias favorables y desfavorables al acusado, no someterlo a precisiones indebidas, etc., y respecto de los particulares, la obligación que se les establece de colaborar con las autoridades jurisdiccionales, la posibilidad de que sirvan el cargo de defensores ante determinadas circunstancias y otras no menos importantes.

"Por ello no puede examinarse solamente el comportamiento del sindicado y de su defensor para concluir que, si éste no se designó oportunamente, se violó en consecuencia y en todo caso el derecho a la defensa del procesado. Muy por el contrario, como la preservación de tal garantía compete a

diversos intervinientes en el proceso, en cada caso particular se han de examinar cuidadosamente los autos para determinar si en ellos se causó lesión o no a los intereses del particular sometido a juicio.

"No quiere decir lo anterior, sin embargo, como muchas veces se ha entendido, que la no designación de defensor en la etapa del sumario carezca de relievancia para los efectos de la defensa, pues concebido el proceso penal bajo un criterio eminentemente inquisitivo —como el actual— resulta no sólo peligroso sino también antidemocrático, el garantizar una adecuada asistencia exclusivamente en la etapa del juicio.

"Pero, como ya se dijo, el derecho a la defensa tiene múltiples manifestaciones en la actuación penal y así, *su violación con capacidad anulatoria* solamente podrá predicarse frente a aquellos casos en los cuales uno o varios de los mecanismos contemplados en la ley hayan sido desconocidos de tal manera que irroguen un efectivo o potencial perjuicio al procesado.

"Afirmar que el derecho a la defensa sólo cobra importancia en la etapa del juicio, es tan equivocado —por general y abstracto— como aseverar que siempre que un procesado carezca de apoderado en la etapa sumarial se produce lesión de la garantía. El derecho a la defensa como generador de nulidad es, como pocos, un concepto puntual, que no admite generalizaciones, fórmulas rígidas ni teorizaciones, porque es ante todo una dinámica política y procesal que se remite no solamente a la actuación específica en que se pueda ejercer, sino también a las particularidades del asunto, a las condiciones económicas, políticas, geográficas que rodean el hecho e incluso a las condiciones personales de los intervinientes en el proceso. Por eso, para determinar si se produjo su violación y si ella es de la suficiente envergadura que amerite la anulación de lo actuado, se impone que su análisis se haga caso por caso mirando en cada uno sus pormenores.

"En el proceso sometido a estudio de la Delegada, el compromiso de la garantía constitucional y legal no está en la diligencia de indagatoria y su posterior ampliación, porque en ellas se acudió —y no en forma maliciosa— a los mecanismos previstos en el Código de Procedimiento Penal para suplir la ausencia del apoderado letrado. Lo que sí resulta irregular, hay que reconocerlo, es el adelantamiento de toda la fase investigativa sin la designación de un defensor para el acusado.

"Empero, no se advierte en esta etapa un perjuicio real o potencial para los intereses del incriminado, no solamente porque a él no se le limitó su capacidad para pedir pruebas, participar en su práctica, presentar alegatos y realizar todos los actos que la ley le permite, sino porque —es justo también hacer mérito de ello— la actividad desarrollada por el Juez

instructor estuvo ceñida a parámetros adecuados en tanto que procuró por todos los medios a su alcance practicar las diligencias tanto perjudiciales como favorables al incriminado, si bien muchas de ellas no pudieron llevarse a feliz término por diferentes causas no imputables al funcionario, diligente en este asunto, quien encomendó a las autoridades correspondientes la realización de las pesquisas que se imponían para formarse un recto criterio. Contra todo ello conspiró el destino. Unos testigos no se encontraron en el municipio, otros afirmaron desconocer lo que había sucedido, otros más —al parecer por temor— se escondieron de las autoridades.

"Siempre hubo, por demás, respeto a las normas procesales, salvo la designación de un profesional del derecho que asistiera al imputado, se dijo, habiéndose ocupado el Juez instructor de cumplir cabalmente sus obligaciones de juzgador imparcial, llegando incluso a analizar las alegaciones que el incriminado remitió al Despacho con ocasión del cierre de la investigación y no de manera simple, sino entrando a estudiar sus argumentos y dando razones para apartarse de los planteamientos defensivos.

"No puede llegarse al punto de afirmar que la actividad imparcial del instructor hizo innecesaria o suplió la falta de defensor, pero sí puede aseverarse que no se violentó la garantía del acusado, quedándose la irregularidad en el plano del formalismo, pues podría aventurarse, además, que la presencia del apoderado en nada habría cambiado la situación procesal, pues él tampoco podría —como no lo lograron las autoridades— hacer comparecer a los testigos, no cabían muchas diligencias por practicar fuera de las que intentó el funcionario, no muchos más argumentos podrían brindarse en pos de la protección de los derechos del ciudadano procesado en esta etapa sumarial.

"Ciertamente que no todas las pruebas posibles se practicaron, pero sí se realizaron esfuerzos para hacerlo y ello no se quedó en el plano de la simple formalidad, pues si se examina cuidadosamente el expediente, se encontrará que el funcionario instructor encargó incluso al DAS y a la Unidad de Indagación del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial, similares actuaciones, todas ellas tendientes al cabal esclarecimiento de los hechos, como la localización y comparecencia de los testigos presenciales, la averiguación de los motivos y circunstancias del hecho y demás aspectos con él relacionados, así como la recopilación de informes que orientaran la investigación.

"Por manera, pues, que en este específico evento, la no presencia del defensor en la etapa del sumario si bien constituye una irregularidad que no debe repetirse en actuación judicial alguna, no trascendió hasta la constitución de una causal de nulidad, pues para que ésta opere se requiere que

—como se ha insistido tantas veces por la Corte— la ilegalidad denunciada cause un perjuicio a los intereses de la parte presuntamente agraviada.

"El cargo, por tanto, no prospera.

"Primer cargo:

"Errores de técnica se aprecian en este cargo, a tal punto que impiden la prosperidad de la censura. Para comenzar, hay que decir que la vía escogida es incompatible con los planteamientos que posteriormente se hacen para demostrar la procedencia del ataque y tanto así que en alguna de las partes de la demanda es el propio censor quien se ocupa del punto tratando de presentar argumentos que apoyen su posición, al afirmar:

"'Aunque el testimonio, como la indagatoria, son pruebas que no se hallan sometidas a tarifa legal, sino al principio de la persuación racional del juzgador, al éste fraccionarlos, darles un valor inadecuado o dejar de otorgarles el valor que legalmente les corresponde, incurre en error de derecho, que por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial puede sustentarse en sede de casación'.

"Falló aquí el censor. En un entendimiento equivocado de la teoría del error casacional, estimó que el desconocimiento de medios de convicción o los falsos juicios de identidad que se realizan sobre las pruebas, constituyen errores de derecho, cuando en verdad ellos dan origen a uno de hecho porque la equivocación del sentenciador no se dirige entonces a la norma que contempla los medios de convicción, sino a la materia misma de éstos.

"El no considerar en la sentencia *todas* las pruebas recaudadas, es tanto como excluir del juicio *algunas* de ellas, vale decir, incurrir en errores de existencia, o sea, desconocer la presencia de medios de prueba obrantes en la actuación. Esto configura un error de hecho, no uno de derecho, como fue planteado por el demandante al alegar que 'el falso juicio de legalidad se hace aún más notorio cuando el fallador de segunda instancia, *no aprecia en conjunto las pruebas recogidas*, otorga el valor de plena prueba...' (Subrayas fuera de texto).

"Y persiste en su error el libelista, porque más adelante se queja otra vez de que las pruebas no fueron tomadas en conjunto e incluso afirma que el juzgador acogió una porción del testimonio incriminatorio y otra parte de la indagatoria del acusado, dejando por fuera fracciones de cada una de ellas, lo que traduce igualmente un error de hecho.

"Lo mismo sucede cuando invoca idéntica clase de error al quejarse de que las versiones de Argenis Palacios y Nelcy Alba Acevedo no fueron cotejadas con la indagatoria del

incriminado. La exclusión de pruebas, los falsos juicios de existencia que recaen sobre ellas, sólo tienen cabida en el marco del error de hecho.

"Pero aún pasando por alto esta falencia técnica, existen otras que igualmente impiden la prosperidad de la demanda. Resulta un contrasentido exponer que el fallador desconoció algunas de las pruebas existentes en el plenario y a renglón seguido afirmar que éste es un error de derecho 'ya que en este caso se vulneraron postulados procesales, como el de la sana crítica', presentando además como argumentos sustentatorios del recurso una serie de aseveraciones que responden a la visión que tiene el censor de los medios de convicción, obiamente (sic) contrarios a los de los sentenciadores de instancia.

"Y es que olvidó el libelista que lejos de adoptar los sentenciadores el testimonio de Sánchez Clavijo como única y definitiva prueba de la responsabilidad del acusado, se ocuparon de realizar un análisis de su contenido confrontado con las demás pruebas del expediente, incluso los indicios que construyeron, llegando a la conclusión de que deberían dar una mayor credibilidad —y suficiente— al dicho del testigo presencial que a las explicaciones del procesado. No se rompieron aquí los preceptos de la sana crítica; todo lo que hay es una visión enfrentada entre la opinión del censor y el análisis de los juzgadores, confrontación insuficiente para sustentar un ataque en casación.

"El error puede surgir en el demandante por estimar que la prueba documental y parte de la testimonial se habrían podido apreciar al menos como un indicio, en postura que no tiene respaldo alguno, pues la naturaleza de las pruebas no depende de su poder de convicción sino de sus contenidos y formalidades intrínsecas. Pero, interpretándolas equivocadamente como indicios, lógico resulta que no se advierta de su valoración cuando el juzgador les ha dado la entidad que tienen y como tales las ha confrontado con otras evidencias, para dar a éstas —como sucedió en este caso— una mayor fuerza probatoria.

"Es también inconsistente como argumento afirmar que el Tribunal dividió ilegalmente la confesión del acusado 'y le niega el valor que legalmente corresponde a una prueba documental, concretamente la constancia del Juzgado instructor consignada en la diligencia de indagatoria', aceptando que en el actual Código de Procedimiento Penal no existe tarifa probatoria alguna. Porque, ¿cuál es el valor que *legalmente* corresponde a la prueba documental? ¿Cuál es la norma que ordena al Juez conceder determinado valor de convicción a los documentos? Ciertamente ninguna. Si ello es así, mal puede existir por ese motivo un falso juicio de legalidad en torno a la prueba, que es tanto como reconocer que no se puede plantear un ataque por error de derecho sobre este punto.

"El cargo, en consecuencia, no prospera.

"En concordancia con lo anterior, la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal se permite solicitar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, *no casar* la sentencia impugnada".

Consideraciones de la Sala:

Como ha sido tradicional en las manifestaciones jurisprudenciales de esta Corporación, se estudiará en primer lugar el cargo de nulidad presentado como segundo cargo, pues como se ha sostenido de manera reiterada, de prosperar sería innecesario hacer consideraciones respecto de los cargos restantes.

Sostiene el libelista que existe nulidad de carácter constitucional, por haberse vulnerado el derecho de defensa (art. 26, Constitución derogada, art. 29 de la recientemente expedida), porque en la indagatoria se le designó un defensor de oficio analfabeta y durante todo el sumario estuvo sin la debida asistencia letrada, y en la causa sólo vino a tener un defensor en la diligencia de audiencia pública.

Argumenta que además la persona que lo asistió en la indagatoria es un analfabeta y que en tales condiciones no le podría garantizar de manera concreta el derecho instituido constitucionalmente.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, en vigencia de la derogada Constitución, acepta la existencia de una irregularidad y argumenta que ha debido realizarse el esfuerzo para designarle un defensor de oficio, pues el nombrado en tal calidad para la causa era residente en Granada y en tales circunstancias se demuestra que sí había abogados en dicha localidad para desempeñar tal oficio, pero solicita no se case la sentencia porque considera, sobre la base de que el Juez tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, se hicieron todos los esfuerzos posibles para dilucidar todo lo concerniente a los hechos y que en tales circunstancias la irregularidad reconocida no afectó sus derechos sustanciales y que por tanto no puede aceptarse la nulidad solicitada.

Argumenta además que no existen constancias procesales de que el defensor de oficio inicialmente nombrado para la indagatoria haya sido un analfabeta y que en tales circunstancias, el Juez actuó como se lo permite la norma procesal, esto es, designando a una persona de reconocida honorabilidad de la localidad donde se realiza la diligencia.

Discrepa la Sala de los razonamientos de su Colaborador Fiscal, porque la vulneración del derecho de defensa es parte de la estructura vertebral del proceso penal, y por tanto es de aquellas nulidades que la doctrina denomina insubsanables y así aparentemente no se haya producido perjuicio a los intereses sustanciales del proceso, debe decretarse; además porque es labor casi visionaria afirmar que la ausencia de defensa no afectó los derechos del procesado, resultando imposible vislumbrar lo que no ocurrió en la realidad, y qué hubiera sucedido en el proceso si el sindicado hubiera tenido un verdadero defensor.

Es claro que en el proceso nada se dice sobre la cultura de la persona que lo atendió en la primera indagatoria, pero es indesconocible que existe un indicio claro de esta posibilidad y basta mirar la terminación de esta diligencia para observar que quien lo asistió estampó su huella digital, que como muy bien se sabe es el obedecimiento de lo normado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Penal que dispone que "toda acta debe contener las firmas autógrafas de las personas que hayan intervenido. Si la persona no sabe, no puede o no quiere firmar se le tomará impresión digital y en todo caso firmará por ella un testigo, de lo cual se dejará constancia".

En relación con esta problemática debe ante todo advertirse que de acuerdo a las previsiones del artículo 139 sólo es posible designar a quien no es abogado cuando no hubiere abogado inscrito y que tal designación sólo podrá serlo para la indagatoria y no a otra conclusión puede llegarse de la claridad con que el mencionado artículo dispone:

> *"El cargo de defensor* para la indagatoria cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella *podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable que no sea empleado público" (Lo subrayado es de la Sala).*

Y está demostrado que en el Municipio de Granada sí había abogados inscritos, puesto que el abogado de oficio que se designó para la causa dio como dirección de su oficina, una de dicha localidad; en tales condiciones el nombramiento de una persona no abogada no era posible en este caso concreto, además de que esta salvedad a la garantía de una defensa técnica ejercida por un letrado sólo es factible para la diligencia de indagatoria y no para toda la investigación.

Si bien es cierto que la función del defensor en la diligencia de indagatoria es hasta cierto punto pasiva, en cuanto no puede formular preguntas, ni insinuarlas y su participación se reduce a evitar que se utilicen formas prohibidas de interrogación o que de cualquier manera se vulneren los derechos consagrados para los procesados, es evidente que la realización de esta actividad requiere en principio de una adecuada formación jurídica, respecto de la cual se ha establecido una excepción, ante la absoluta imposibilidad de que en todos los lugares de la República existan abogados residenciados, pues, de lo contrario, se harían irrealizables esta clase de actuaciones y de allí que se haya previsto, que en tales circunstancias el cargo, para esa sola diligencia, pueda ser desempeñado por un ciudadano honorable que no tenga la precitada capacidad jurídica; pero es apenas obvio concluir, que por lo menos debe ser una persona que tenga un mínimo de cultura, esto es por lo menos alfabeta, porque precisamente el analfabetismo se convierte en una valla que separa a estos ciudadanos de la técnica y de la cultura predominante en la actual sociedad y es imposible que en tan manifiesta inhabilidad cultural se pueda llegar a garantizar debidamente los derechos de quien es procesado por un delito.

La presencia física de un analfabeta en una diligencia judicial es una verdadera negación de la defensa en cuanto a garantizar los derechos que realmente deben ser protegidos, porque ni siquiera al final de la misma podría leer la declaración para efectos de verificar si allí consta lo que realmente el sindicado dijo y en este caso, la situación

de ausencia de defensa se evidencia más, si se tiene en cuenta que dicha diligencia no tiene constancia de que la misma hubiera sido leída para los participantes y de esta manera se hubieran enterado de su contenido.

Como si lo anterior no fuera suficiente, es claro que la asistencia de un iletrado sólo puede serlo para el acto de la indagatoria y por tanto durante el desarrollo del sumario el procesado debe estar debidamente asistido por un abogado, no sólo en las diligencias de instrucción, sino en el momento de cierre de la investigación para efectos de presentar los argumentos defensivos en favor de los intereses de su representado.

Está demostrado que al momento del cierre fue el procesado quien en su precariedad cultural y técnica presentó un memorial alegando en su favor, pues carecía de defensor y ello bajo ninguna circunstancia puede tenerse como la presencia y respeto del derecho constitucionalmente consagrado.

Pero en el juicio la situación fue más o menos similar, porque si bien hubo defensa desde el punto de vista formal puesto que se nombraron defensores de oficio y de confianza, la defensa como garantía constitucional no existió por cuanto el único acto defensivo que se aprecia a todo lo largo del proceso en favor del implicado fue la intervención en audiencia pública, que consideramos, constituye una actuación tardía, de irrelevantes consecuencias, la cual bajo ninguna circunstancia podría llevar a la Sala a predicar que suple y corrige la ausencia de defensa durante todo el proceso.

Establecido el derecho a la defensa en la antigua (art. 26) y en la nueva Constitución (art. 29), se hace imperativa la declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto de cierre de investigación para que se corrijan las irregularidades destacadas.

Por lo anterior se casará la sentencia y se declarará la nulidad mencionada.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Casar el fallo impugnado y en consecuencia, decretar la nulidad de todo el proceso, desde el auto de cierre de investigación, para que se rehaga el proceso en las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO). SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO)

Cuando el sumario se ha adelantado con reconocibles muestras de imparcialidad y se ha logrado conformar una estructura completa, el proceso debe mirarse como válido y tenerlo por debido

Si se considera nuestra realidad social, el contenido y alcance de nuestras instituciones jurídicas (aspectos constitucionales y penales) y el desarrollo que tuvo este proceso adelantado contra Raúl A. Garay Quevedo, debió estimarse como aceptable su tramitación y, por tanto, rechazar la prosperidad de todo cargo en contra de su validez y eficacia.

No lo ha valorado así la mayoría de la Sala y de ahí la necesidad de consignar, así sea someramente, las razones del disentimiento, estas son: 1. De antiguo, con abundante y sólida argumentación, se ha sostenido que lo que más cuenta en esto del derecho de defensa, es la intervención togada desde el momento de la resolución de acusación. Al fin y al cabo las características de nuestro sistema procesal no permiten mirar al Juez de Instrucción (elaboración de la tesis) como alguien interesado solamente en acusar, o únicamente en defender, o exclusivamente vocacionado a imponer sus preconceptos, ideas, tendencias, humores, etc. Es persona que tiene que mirar con igual celo tanto lo favorable al procesado como lo desventajoso a éste, condicionándose uno y otro resultado a que se consulte la realidad, la verdad, la justicia. Por esta obligación y compromiso de aportar todo lo que es pertinente a una averiguación, al esclarecimiento de un hecho delictuoso, a la determinación de las peculiaridades del proceso y del ofendido, con sus obvias secuelas, es por lo que no puede mirar ni el origen, ni el contenido, ni el efecto de una probanza, para decir que se allega por ser conveniente a alguna de las partes en conflicto o se repudia por ser dañinas a una de ellas. Basta, se repite,, que tengan importancia para el descubrimiento del ilícito perpetrado para verse el Juez en la ineludible obligación de aportar al sumario ese elemento de convicción. De allí lo racional de advertir como indemne el principio y ejercicio del derecho de defensa, así el incriminado no haya contado con un profesional del derecho que lo asista y represente durante el sumario, criterio que confirma la previsión legal de poder asignar para este cometido a persona no versada en materias jurídicas, pero que por su honradez, buen juicio y común preparación, esté en condiciones de saber cuándo se atropella a alguien, cuándo se le niegan oportunidades y cuándo podía esperarse y recabar un mejor desarrollo del averiguatorio. Y, además, por esto se permite la amplia y cons-

tante participación del propio sindicado, su enteramiento de toda actuación por cumplirse o del modo como fueron realizadas algunas, o las determinaciones tomadas por el Juez.

Cuando el sumario se ha adelantado con reconocibles muestras de imparcialidad, explorando todas las posibilidades y se ha logrado conformar una estructura probatoria completa, sólida y equilibrada, así el defensor, tenga éste los méritos que tenga o carezca de todos, el proceso debe mirarse como válido y tenerlo por debido. Si ocurre lo contrario, diversa será la conclusión y entonces sí será necesario advertir y declarar la violación del derecho de defensa.

Así lo ha entendido la jurisprudencia y valga referenciar, al respecto, pronunciamientos como los siguientes: Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez —septiembre 9 de 1986—; Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez —julio 24 de 1990—; Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz —septiembre 18 de 1990—; Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez —abril 22 de 1991—; y, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez —junio 27 de 1991—.

2. En este expediente, la censurable diligencia que se cumpliera con José Ignacio Zorrilla, como defensor, y que estampó como identificación su huella dactilar —fl. 17— fue respuesta convenientemente con Anaquilia Gómez de Aponte —fls. 65 y ss.—, defensora de oficio con la cual se continuó el trámite.

No hay que hacer demasiado hincapié en actuación que no se tuvo en cuenta para el llamamiento a juicio, único defecto, y defecto transitorio que no alcanzó a inferir perjuicio al procesado, que pudo detectarse en la fase instructoria.

Esta se muestra tan completa, tan exhaustiva —ver informes de fls. 77 y 85—, que en el recurso de casación no pudo indicarse cómo, concreta y admisiblemente, debió mejorarse la instrucción de haber contado con un profesional del derecho asistiendo a Garay. El único testigo que mencionado no compareció fue un tal Luis Torres (a. garipiari), a quien se buscó infructuosamente por parte de las autoridades, de manera reiterada y sobre cuyo paradero ni aún el mismo Garay pudo hacer precisiones. Advertida esta realidad, es imposible imaginar, como fenómeno factible y concreto, que con la presencia de defensor experto en derecho, se hubiera dado con su paradero? Cómo, si se ignora todo de él (se sabe sí que también se peleó con Briñez) señalar que con su versión (desconocida) se hubiera logrado entendimiento distinto de lo establecido en autos, por obra de la propia versión Garay y de todos aquellos que tuvieron oportunidad de enterarse de algo de lo sucedido y comparecieron y declararon? Cómo ignorar, si todo está debidamente respaldado en el sumario, que el occiso, quien era persona irascible y agresiva, era sin embargo un minusválido que "caminaba con un bastoncito, tenía un pie partido y el otro descompuesto"; que el inicial altercado era con "garipiarí" pero al mismo acudió (seguramente por maltrato de palabra) Garay y que aquél (Pablo Abel Briñez) armado de cuchillo le hizo dos lances a

Garay, logrando este desarmarlo y con este mismo cuchillo herirlo, por dos ocasiones, en forma mortal, situación que el propio Garay ha reconocido?

Aquí están todos los elementos demostrativos de cómo se inició el enfrentamiento, quiénes participaron en él y de qué manera. Y también está dado, por la instrucción realizada, la situación que cualquiera, en la etapa de la causa, *pero en la causa*, pudo invocar en favor de Garay, v.gr. el estado de ira, o la preterintención. Entonces, si todo está dado, cómo afirmar, sin incurrir en flagrante contradicción, que ha faltado mucho por hacer, pero sin que se pueda precisar nada al respecto? En otras palabras, se hipotetiza una omisión probatoria, pero no es dable determinarla ni relacionar la misma con la sentencia de condena pronunciada. Lo único que puede arbitrarse ahora, y eso por la mayoría de la Sala, es que no tuvo abogado titulado como defensor en el sumario, circunstancia tan común en procesos tramitados aún en capitales de departamento, y que ni aún la defensoría pública, como institución nueva y en vía de aplicación, logrará cumplir en todos los procesos adelantables en el país. Por eso se tendrá que acudir, so pena de impedir la averiguación y fomentarse la impunidad, que los procesados tengan una asistencia de menor entidad y mérito.

De no, estaremos en el terreno de la más cerrada dialéctica abstracta en contra de la realidad, que a ratos no deja de fastidiar, pero que tiene que enfrentarse con soluciones prácticas y equitativas. O, peor aún, decretando la nulidad por la nulidad, esto es, que se declara no porque se diera lo que ella prohibe y precave, sino por el supuesto legislativo de que en algún proceso puede acontecer. En el caso concreto es imaginar ni más ni menos, que se atropelló al sindicado, o que se dejaron de practicar pruebas que no eran practicables o que se practicaron, o que únicamente por faltar el defensor —abogado en el sumario, fue que devino el fallo de condena—.

Tampoco la disidencia se deja conmover porque en la población donde se presentaron los hechos se den más de cinco abogados inscritos o que frecuentan el lugar, porque habría que suponer que todos estaban en condiciones de asumir la defensoría de oficio, o que podía contarse con ellos de manera expedita y oportuna, para la práctica de cualquiera diligencia. La realidad enseña, aún en centros en donde opera constantemente buen número de abogados, en que éstos o están en otros menesteres, o ya tienen un número de asistencias de oficio que los exonera de ser llamados a una actividad de esta índole, o no es dable hallarlos con la facilidad que el adelantamiento del proceso demanda. Y en poblaciones lejanas, suele acontecer que el número de abogados que suelen ejercer allí su profesión, no lo hacen todos de manera constante, sino de modo esporádico. Habría, pues necesidad, en este terreno, no de acudir a suposiciones (todos los abogados podían actuar) sino de demostrarse que pudiendo realmente hacerlo, el capricho del funcionario impidió esta intervención. Pero la apreciación no puede brotar en este sentido, sino en dirección muy distinta.

3. La actuación en la causa (tramo de la antítesis, que concluirá en la sentencia —síntesis—) fue asumida por un profesional del de-

recho, quien basta leer el acta de audiencia pública, se desempeñó con sobrada suficiencia y tuvo elementos probatorios adecuados para ejercer su cargo. Que no haya logrado su propósito es otra cuestión, la misma que se muestra indiferente a los factores que destaca la mayoría de la Sala.

La demanda, muy deficiente por cierto, no debió prosperar, y menos arribarse a la conclusión que se llegó, con base en estrictísimos raciocinios (teoría y especulación) que no se compadecen ni con la realidad de nuestras instituciones, ni de nuestras doctrinas, ni con la de este proceso, ni con la no menos estrujante que evidencia la geografía nacional, la cual no permite contar con todos los recursos que se computan en la idealización de un proceso penal.

Con el respeto que es del caso, nos apartamos de la solución tomada.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Gustavo Gómez Velásquez, Juan Manuel Torres Fresneda.

Fecha *ut supra*.

CASACION. Técnica

Cuando se alega violación directa de la ley sustancial, es deber del recurrente aceptar explícita o implícitamente los hechos en la forma en que fueron reconocidos por el juzgador

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 76 (octubre 16 de 1991).

Vistos:

Agotada la correspondiente tramitación, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Yesid Clavijo Rodríguez* contra la sentencia de nueve de julio del pasado año, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a veinte (20) años de prisión como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, en concurso de hechos punibles.

Hechos:

Los que dieron origen a la formación del sumario aparecen reseñados por el *ad quem*, de la siguiente manera:

"Narra el proceso levantado que, alrededor de la media noche del día seis de diciembre del año de 1988, en las inmediaciones de las avenidas Boyacá y Primero de Mayo, el hoy acusado (Yesid Clavijo Rodríguez) en compañía de su amigo Elías Avilés Ramírez, tomó un taxi conducido por Ernesto Cruz Marín, a quien se le ordenó dirigirse hacia la carrera 30 con avenida Primero de Mayo. Dice el relato procesal que, momento antes de llegar al lugar indicado, el acusado Clavijo desenfundó un arma de fuego, mientras le ordenaba al conductor detener la marcha del vehículo. Logrado esto, procedió a dispararle en la frente, al mismo tiempo que lo arrojaba al pavimento y tomaba la conducción del taxi en el cual huyó con su acompañante. Consta que Cruz Marín fue trasladado, momento después por agentes de la Policía, al hospital La Hortúa, donde vino a fallecer horas más tarde, dada la gravedad y carácter mortal de la herida recibida. Dice igualmente el proceso, que el acusado en cuestión, al apoderarse del automotor, fue capturado días después —el 22 del mes en cita— cuando se

encontraba al frente del timón y transitaba por la avenida Jiménez con carrera 7ª de esta ciudad, por haber sido reconocido el taxi por el esposo de la dueña del mismo".

Actuación procesal:

Capturado y sometido a indagatoria el sindicado Yesid Clavijo Rodríguez confesó la autoría de los hechos manifestando que la noche de autos antes de llegar al sitio convenido "yo saqué un arma de fuego y encañoné al taxista y sin voluntad el arma se me disparó, bajé al señor del carro y yo arranqué con el carro..." agregando que su compañero Elías Avilés Ramírez nada tuvo que ver en ellos. El revólver había sido sustraído de su casa para cometer una "picardía", esto es, un hurto porque andaba necesitado de dinero.

Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juzgado Setenta y Tres de Instrucción Criminal de Bogotá por auto de 22 de mayo de 1989 calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Yesid Clavijo Rodríguez por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso con el de homicidio agravado (arts. 349, 350, 351, 323 y 324 del C. P.) y cesación de procedimiento en favor de Elías Avilés Ramírez.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Sexto Superior de esta ciudad puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de veinte años de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago, en concreto, al equivalente en moneda nacional de 900 gramos oro por concepto de indemnización de perjuicios; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Con expresa invocación de la causal primera de casación, "primer cuerpo", se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 324 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 325 *ibidem*, puesto que la conducta del procesado debió subsumirse en el homicidio preterintencional de que trata esta última disposición.

Razona así el impugnador:

> "Plenamente se encuentra probado que Yesid Clavijo Rodríguez, es de una personalidad psicópata y que esta clase de personas aunque la psiquiatría forense no las considera anormales y, por lo cual, no se les debe aplicar medidas de seguridad, sino penas; también es conocido, que el psicópata actúa bajo pautas fijas de conducta que él mismo delinea o se traza y, que para el caso de nuestro estudio, Clavijo siempre ha manifestado que él se ideó una picardía, consistente en hurtar el vehículo pero que no previó el resultado, que no quiso lesionar o matar, que la muerte del conductor fue sin querer, porque se le fue el tiro o se le disparó el arma

pues él tan sólo buscaba hacer la picardía y que no pensó que la víctima se le fuera a oponer o iba a reaccionar. En total, que el resultado fue imprevisto porque se le disparó el arma y él no quería hacerlo. Y, en este punto es que surge la diferencia con los falladores de primera instancia, ya que estos han sancionado el hecho de la muerte del conductor, tipificándolo dentro de los punibles de los artículos 323 y 324 del Código Penal... la personalidad del sujeto activo o agente, no es la propia del común de las gentes y que por alteraciones psíquicas que tienen por causas ciertos hechos como la deprivación parental (pérdida de padres o seres queridos y aquí se da el hecho de la pérdida violenta del padre del procurado y por él observada), actúan según una propia idoación que se sale de los márgenes comunes y por lo tanto, por esto al menos no se le puede dar un tratamiento como al común de los humanos para adecuar su procedimiento posterior al hurto dentro del dolo eventual o indeterminado, ya que el procesado siendo un psicópata se imaginó, se trazó para él, una picardía, consistente en un hurto y sin consecuencias previsibles; tanto es así, que el procesado una vez ocasionada la muerte, siguió utilizando el vehículo según lo planeó, y, sin ocultarlo hasta su captura".

Luego expresa:

"En total, el psicópata Clavijo, y, por esta condición que deforma su personalidad, su imaginación, su creación y producción de los hechos, se imaginó un hurto sin consecuencias y lo llevó adelante, con tan mala suerte que los hechos fueron más allá de su voluntad, de su querer, como suele ocurrir en estos actos, pero se repite, hay una diferencia psíquica en el agente, que es un insano mental, un psicópata y, si su insanía no ha dado los parámetros para un inimputable, si debe tenérsele en cuenta su deforme personalidad, para que no sea ubicada su conducta de homicidio dentro de las normas tipificantes de los artículos 323 y 324", sino que debe ubicarse su conducta dentro de la adecuación típica del homicidio preterintencional.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia porque el libelo adolece de protuberantes fallas de técnica en la presentación y fundamentación del cargo que lo hacen improsperable.

Argumenta que habiéndose planteado violación directa de la ley por aplicación indebida de unos preceptos y falta de aplicación de otros, el ataque se desenvuelve sobre el cuestionamiento de los hechos que dio por demostrados el sentenciador faltándose de tal modo al principio de orden técnico conforme al cual, quien alega quebranto directo de una norma de derecho sustancial debe aceptar de antemano

la situación fáctica que sirve de soporte a la sentencia acusada no pudiendo desviar la impugnación hacia una crítica probatoria, propia de la violación indirecta.

> "Cuestionar la tipicidad de la conducta que en opinión del casacionista corresponde al punible de homicidio preterintencional, con argumentos dirigidos a pretender demostrar que otro hecho distinto —el homicidio producido—, no fue doloso sino culposo, ligando artificialmente lo que es un concurso de delitos (homicidio y hurto) en donde cada entidad punitiva conserva su autonomía, para menguar la imputación penal del homicidio en la forma de la preterintención resulta realmente sofístico en casos como el presente, por lo que se deberá rechazar la idea contenida en la demanda que se examina".

Y agrega:

> "Además aducir la personalidad psicópata del procesado, para argumentar que a pesar de no ser considerado como inimputable, 'no se le puede dar un tratamiento como al común de los humanos, para adecuar su comportamiento posterior al hurto dentro del dolo eventual o indeterminado', es una apreciación muy objetiva (sic), carente totalmente de respaldo legal".

Consideraciones de la Corte:

La gravedad de los hechos investigados y la crudeza con que fueron confesados por el procesado Yesid Clavijo Rodríguez hicieron que fuera sometido a examen psiquiátrico por perito del Instituto de Medicina Legal quien luego de detenida y cuidadosa observación del paciente dictaminó que presentaba una personalidad sociopática caracterizada porque "el sociópata tiene capacidad para comprender las ilicitudes y puede autorregular su comportamiento de acuerdo con esa comprensión", concluyendo que al momento de ejecutar los delitos por los cuales se le juzga no padecía trastorno mental o inmadurez psicológica que le impidieran comprender la ilicitud de sus actos.

Refiriéndose a la personalidad sociopática del examinado, explicó el psiquiatra forense:

> "El quería realizar una 'picardía'. Hurtó el arma. Consiguió un amigo. Hizo parar al taxi y se dirigieron al SENA. 'Saqué un arma de fuego y encañoné al taxista y sin voluntad el arma se me disparó'. Es dudoso lo de falta de voluntad. El sociópata tiene voluntad. Amenazó al compañero y retuvo el taxi durante dos semanas hasta cuando fue detenido. Nada de esto es trastorno mental. Es una conducta sociopática..." (fl. 160 del expediente).

Descartada científicamente la insanidad mental del procesado que lo hubiera ubicado en el terreno de la inimputabilidad haciéndolo destinatario de medidas de seguridad en vez de penas y, aceptado por

los juzgadores el hecho de que Clavijo Rodríguez obró con suficiente capacidad que le permitió darse cuenta de la ilicitud de sus actos, pilares sobre los cuales descansa la sentencia de condena, sin embargo, el censor una vez más aduce inaplicación del artículo 325 del Código Penal que trata del homicidio preterintencional porque su patrocinado no previó el resultado dañino puesto que el arma se le disparó sin querer; planteamiento apoyado en la personalidad psicopática reconocida por el perito psiquiatra y por él calificada como una deformación de su conducta.

Cuando se alega violación directa de la ley sustancial, en cualquiera de sus hipótesis, es deber del recurrente aceptar explícita o implícitamente los hechos en la forma en que fueron reconocidos por el juzgador y sobre esa base plantear la censura con razonamientos de estricto derecho criticando únicamente la exclusión evidente de la norma al caso concreto, su indebida aplicación, o su equivocada interpretación.

Razones de técnica impiden que la impugnación por ésta vía se haga cuestionando las pruebas o los hechos que de ellas se derivan con miras a que estos se enjuicien de diferente manera o como lo fueron en la sentencia pues por ese equivocado camino se corre el riesgo de desviar el ataque hacia la violación indirecta de la ley creando confusión en el entendimiento de la demanda.

El censor desoyendo estos requisitos de orden técnico planteó y sustentó el reproche a la sentencia desconociendo los hechos que le sirven de soporte haciendo una presentación de los mismos, distinta a la plasmada por el fallador, con alcances opuestos y consecuencias jurídicas distintas a las que éste le atribuyó.

Tema ampliamente debatido en las instancias fue precisamente el relacionado con el título de culpabilidad con que obró el procesado pues al paso que la defensa pregonó ausencia de dolo en el homicidio, los juzgadores de uno y otro grado, afirmaron su responsabilidad en el mismo en forma intencional porque no siendo considerado como inimputable "es claro que cometió las ilicitudes por las cuales se le juzgó, con suficiente capacidad que le permitieron (sic) darse cuenta de la ilicitud de sus actos, como se desprende del mismo relato que presenta, cuando explica sus antecedentes, circunstancias concomitantes y subsiguientes al reprochable crimen (fls. 33 y ss., y 126 y ss. *ibídem*) y de las mismas manifestaciones que hizo en la diligencia de audiencia pública (fls. 265 y ss. *ibídem*), que, de suyo descartan la ausencia de dolo respecto al homicidio, mucho menos, de una eventual culpa".

Toda la argumentación del recurrente se circunscribe a cuestionar las conclusiones a que llegó el perito psiquiatra sobre la personalidad sociopática reconocida al acusado, caracterizada por la capacidad que éste tiene para comprender las ilicitudes y poder autorregular su comportamiento de acuerdo con esa comprensión; crítica sustentada en apreciaciones subjetivas del impugnador reñidas con la lógica y la experiencia como las de considerar que un arma como la de autos (revólver calibre 38) se le disparó sin accionar su mecanismo, o que no previó el resultado dañino de sus actos pese a que para cometer

"la picardía" de apoderarse del taxi se proveyó de arma de fuego con el objeto de afrontar con ventaja y seguridad las dificultades que se le presentaran, como atinadamente anota el Tribunal Superior.

De modo pues que cuando el quebranto directo de la ley por exclusión evidente de la norma sustancial llamada a subsumir la conducta del sujeto agente se plantea y desarrolla por la vía equivocada y sobre la base de simples enunciados o apreciaciones puramente personales del recurrente opuestas a las razonadas y lógicas argumentaciones de los falladores fundamentadas en la verdad procesal que arroja el expediente, la acusación a más de desenfocada se torna totalmente infundada debiendo ser desestimada.

No prospera el cargo formulado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Yesid Clavijo Rodríguez de fecha, origen y naturaleza consignadas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen.

Didimo Páez Velandia, Tiberio Quintero Ospina, Conjuez; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS.
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El artículo 31 de la Constitución Nacional emplea una forma verbal (agravar), que cobija tanto el quántum como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintidós de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 73 (octubre 2 de 1991).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa, impuso a *Orlando Ibarra Russi*, por el delito de "abuso de confianza" en perjuicio de Ilba Esther Obando viuda de Rodríguez, veinte (20) meses de prisión y multa en cuantía de veinte mil pesos ($ 20.000.00), así como la correspondiente interdicción de derechos y funciones públicas y lo concerniente al pago de los perjuicios. Se revocó, también, la condena de ejecución condicional, concedida por el juzgador de primera instancia.

El recurso de casación se admitió en auto de cuatro de marzo y la demanda se declaró ajustada a las formalidades de ley en proveído de treinta y uno de mayo, ambas fechas del año en curso.

Hechos:

Ilba Esther Obando, quien para el año de 1983, convivía con Edgar Russi Russi, persona esta que tenía sociedad con su familiar Orlando Ibarra Russi en la comercializadora de vehículos "Autos Ibarru Ltda.", entregó a este último en consignación para la venta, un vehículo de su propiedad de servicio público, marca Ponny, modelo 1980, placas SD-7909. El consignatario vendió el automotor a Luis Alzate Rendón, por la suma de un millón de pesos, pero rehusó entregar el valor que correspondía a su dueña, quien no pudo, por esta circunstancia, cancelar la reserva de dominio que en favor del Banco de Bogotá existía, entidad que inició el correspondiente cobro de su acreencia, por vía judicial.

Actuación procesal:

Así sintetiza el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"...En cumplimiento del auto cabeza de proceso proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito en dos oportunidades, así: El 7 de abril de 1987 se profirió en favor de Ibarra Russi el primer sobreseimiento temporal (fls. 263 a 273); y el 5 de noviembre siguiente, se decretó la cesación de procedimiento, conforme al artículo 473 del Decreto 050 de 1987 (fls. 331 a 334). Sin embargo, en virtud de la apelación interpuesta por la parte civil contra esa determinación, el Tribunal Superior de Bogotá la revocó el 6 de febrero de 1989, y llamó al procesado a responder en juicio por el delito de abuso de confianza (fls. 20 a 33, C. del T.).

"Durante la etapa probatoria de la causa se decretaron pruebas, entre ellas, se recaudó el oficio que obra al folio 550 del expediente, en el cual el Jefe de Registro de Automotores del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Bogotá, D. E., informa que el automóvil Hunday, modelo 1980, motor GNS-028342, es de propiedad de Ilba Esther Obando viuda de Rodriguez, desde el 28 de febrero de 1983 y que tiene reserva de dominio a favor del Banco de Bogotá.

"Verificada la audiencia pública, el Juzgado Octavo Penal del Circuito dictó la sentencia a su cargo condenando a Ibarra Russi a doce (12) meses de prisión, mil pesos ($ 1.000.00) de multa, interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de dos millones ochocientos mil pesos ($ 2.800.000.00) como indemnización de perjuicios, como autor del delito de abuso de confianza, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional. No obstante, este beneficio le fue revocado por el Tribunal que, conforme al artículo 372.1 del Código Penal le incrementó las penas de prisión y la de interdicción de derechos y funciones públicas a veinte (20) meses y la de multa a veinte mil pesos ($ 20.000.00), como consecuencia de la impugnación promovida por el defensor contra el pronunciamiento de primer grado..."

Conviene agregar a lo anterior lo siguiente: La sentencia emitida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, fue recurrida por el apoderado de la parte civil, por razón de la pena impuesta, la cuantía de la multa fijada y el otorgamiento de la ejecución condicional de la condena; el defensor también introdujo la correspondiente impugnación. El Juzgado accedió a la pretensión de este último no así a la del primero, puesto que sólo procuraba aspectos relacionados con la sanción y con la efectividad material de ésta —fls. 605 y ss.—.

La demanda:

Se acusa la sentencia por ser "violatoria por vía indirecta de la ley sustancial, en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho sobre prueba documental aportada al proceso, lo que determinó la aplicación indebida de normas de derecho sustancial. Tal error recayó igualmente sobre la versión de la misma denunciante" —Decreto 1861 de 1989, art. 15—.

En cuanto al error de hecho se anota que como el vehículo estaba gravado con reserva de dominio —fl. 550—, ello comporta el no haberse comprobado el carácter de sujeto pasivo de la denunciante. Además, con apoyo en "el documento obrante a folios 4 y 473 del cuaderno número 1, así como la *versión juramentada de la propia denunciante, puede constatarse que el bien no le fue entregado a Ibarra a título no traslaticio de dominio, muy por el contrario, la denunciante reconoce haber entregado el automóvil con el traspaso en blanco, y en los documentos a que hacemos referencia se constata que la sociedad vendió un automóvil; no sirvió simplemente como intermediaria*".

Se puntualiza, entonces, la existencia de dos negociaciones: Una entre la empresa gerenciada por el sentenciado y la denunciante, y otra, entre aquella y el comprador final del vehículo. Esto permite al demandante aseverar que "no existió entonces una simple consignación, con lo que ni siquiera puede afirmarse que el delito entregado fuera el objeto material, ahora, que la compañía no haya cancelado el valor correspondiente a la primera negociación, y que dicho pago estuviere condicionado a la segunda negociación, son situaciones propias de un proceso civil, jamás de un proceso penal pues, se refiera, el sindicado jamás fue simple detentador del vehículo".

Recálcase, finalmente, el grave error sobre un juicio de existencia de un documento público y un falso juicio de identidad sobre documento público y declaración de la ofendida.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1. La demanda, para el Ministerio Público, no deja de exhibir ciertos vicios de técnica. Así, los cargos se muestran contradictorios pues "de una parte, pretende que se desconozca a la denunciante como titular del derecho de dominio sobre el vehículo en referencia; pero, de otra, alega que sí lo transfirió el dominio a su cliente, por lo que, transgrediendo el principio lógico de no contradicción, al mismo tiempo atribuye y niega una cualidad respecto del mismo sujeto", la de ser propietario por el gravamen de la reserva de dominio; "no se encuentra la demostración de la forma en que fue distorsionada la prueba que el libelista cita, ni cuál la incidencia que tal proceder tiene en las decisiones contenidas en la sentencia que ataca, como tampoco contiene una argumentación que tienda a la comprobación de la violación de cada una de las normas sustanciales y procesales que cita como infringidas. Más bien, al proclamar el incumplimiento de las normas procedimentales que regulan la prueba documental y testimonial, parece dar a entender que criticara la legalidad de las pruebas que cita, reproche incompatible con la traición del contenido material de alguno de tales elementos o de su alcance"; y, en el análisis se "menciona indistintamente el vehículo o el dinero producto de la venta de éste, como objeto material de la infracción, cuando en realidad el segundo de tales elementos es el único que ostenta esa condición, además de que ningún reproche contiene a la sentencia por la venta del automotor ya que el procesado tenía plena autorización para realizarla, sin que ello implique que hubiera actuado como propietario

del mismo, porque, conforme a la legislación civil, la venta de cosa ajena está permitida y el contrato que la contiene no tiene la aptitud de transferir el dominio, sino el de crear para el vendedor el deber de transferirlo y el derecho del comprador de exigir su transferencia".

Pero estos reparos, que corresponden a una muy escrupulosa disección de las censuras, no impiden, y así lo ha afrontado la Delegada, entrar en el fondo de las alegaciones. Los reparos muestran secundaria entidad y no afectan la estructura general del libelo, logrando éste clarificar lo pretendido, así como su fundamento.

2. El fenómeno de la reserva de dominio, no fue aspecto ignorado u omitido en el fallo. A folio 580 (pág. 11 de la sentencia de primera instancia) se menciona concretamente el punto, lo cual se completa con las manifestaciones de Luis Alzate Rendón (recordadas también en el fallo a fl. 577). Igualmente, en el vocatorio a causa, proferido por el Tribunal, se anota lo concerniente al proceso promovido por el Banco de Bogotá, por el gravamen que pesaba sobre el automotor —fl. 30—.

Cuando los correspondientes fallos no abandonan la argumentación de la resolución acusatoria, o el de segunda no excluye, ni repudia, ni hace incompatible por la índole de sus razonamientos, el análisis expresado en la sentencia de primera instancia, el casacionista no puede limitar su refutación a lo cuestionado por el Tribunal. Es necesario que aborde el tema, en toda su extensión, el cual lo fija, en estas circunstancias, esos indicados pronunciamientos.

A esta anotación debe agregarse que la ausencia de especiales glosas no puede atribuírse a criticable abandono de una obligación dialéctica, sino a que el asunto no tenía incidencia alguna en la definición de la conducta delictuosa realizada por Ibarra Russi.

3. Un gravamen como la reserva de dominio, no hace desaparecer la condición de dueño respecto de quien lo ha otorgado o consentido. Y menos cuando ha perdido los derechos que tenía sobre la cosa, o se trata de desconocerlos o aniquilarlos por comportamientos criminales de terceros. Una es la relación que el ofendido tiene para con éstos, y otra, muy diferente, la de aquél para con quien es titular de la reserva. Esta, además, tampoco impide negociar el bien ni reclamar todas las consecuencias patrimoniales que siguen a una operación de esta índole. Luego vendrá la cancelación correspondiente de esa garantía real que, de no darse, podrá dar pie a que el adquirente, por la vía civil o penal, proteste contra ello o busque su desaparecimiento o la reparación de los daños sobrevinientes a la conducta de quien, estando obligado a transferir sin limitaciones la propiedad, no cumple el compromiso y permite o se obstina en que éstas perduren. Pero, se repite, esta circunstancia en nada refluye, máxime tratándose de delito investigable de oficio, en cuanto a enervar las acciones civiles o penales que pueda y quiera intentar quien tenga un dominio con estas características, para perseguir a quien le impide su posesión, o le ha hurtado, estafado sus derechos, o por obra de un abuso de confianza, los ha quebrantado.

4. La entrega de un traspaso en blanco puede probar tanto la venta a quien así se entrega el vehículo objeto de la transacción, como demostrar contrato bien diferente, como el de comisión. Es más, cuando se recurre a persona o empresa que suele servir de intermediaria en las ventas, se tiene entendido que será llenado con el nombre de la persona o entidad a quien finalmente se haga la venta. Sin recibir el dinero correspondiente, sería osado entender el traspaso en blanco como que el consignatario pueda llenarlo en favor suyo, exclusivamente, y tenerse por dueño del mismo. Quien pretenda, con esta base probatoria, adjudicarse un título de propiedad, con base en la compraventa, debe unirse de una demostración mayor, o sea, el documento que acredite haber pagado la suma correspondiente a esta transacción. Faltando esta definitiva comprobación, el traspaso en blanco nada dice como refutación apodíctica en contra de las deducciones asumidas por el Tribunal, máxime cuando a éstas las apoyan otros elementos de convicción, los mismos que el recurrente se abstiene de mencionar y refutar, pudiendo subsistir el fallo a expensas de éstos.

5. La sentencia también colaciona el testimonio de Luis Alzate Rendón, el comprador del vehículo, quien advera con toda claridad que Orlando Ibarra Russi, dijo tener el vehículo en consignación y nunca se mostró como dueño único y exclusivo de este automotor. También se afirma en este pronunciamiento, que "sin dificultad alguna se puede apreciar cómo se fortaleció aún más la prueba que incrimina al procesado en cuestión en la etapa del juzgamiento, puesto que se logró obtener la declaración juramentada de Edgar Russi, primo del sentenciado en primera instancia y quien fuera su socio en 'Autos Ibarru', persona esta que se encargó de desmentir a aquel cuando enfatizó que no es verdad lo referente a que llevó a la aludida firma comercial el taxi aquí involucrado para la venta, sino que lo hizo *motu proprio*, la dueña del mismo y concubina suya, Ilba Esther Obando, habiéndose enterado por boca de ésta que a pesar de haberlo vendido Orlando —puesto que se le había entregado en consignación— no le devolvió el correspondiente dinero a la denunciante, quedándose con él". Por último, se invocó la capacidad delictiva del sentenciado, puesto que sobre aquél había recaído anteriormente un fallo de condena por el delito de "estafa".

Lo anotado es suficiente para rechazar los cargos de la demanda.

Ahora, *en virtud de lo dispuesto en la nueva Constitución, es necesario analizar si el fallo se ajusta a esta nueva normatividad y puede subsistir por no contrariarla.*

A este respecto es necesario estudiar la nueva estructura jurídico-penal a que ha dado vida el artículo 31 de la Carta, que manda: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

"El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

Conviene si advertir que la segunda instancia agravó la pena privativa de la libertad (de doce meses de prisión, la mudó a veinte meses) y la de multa (de un mil pesos, la cambió a veinte mil pesos). También que revocó la condena de ejecución condicional concedida por el Juez de primera instancia. Estas agravaciones, que antes des expedirse la Constitución Nacional de 1991, podían dispensarse, hoy, en virtud del artículo 31 de la Carta, se prohiben. La favorabilidad de la norma da lugar a su inmediata aplicación, bien porque en una impugnación así se solicite, bien porque la Corte debe observar, oficiosamente, el fenómeno, y determinar las condignas consecuencias. Como el apelante, en la primera instancia, fue el procesado, ello quiere decir, conforme a la preceptiva constitucional vigente, que recupera su integral vigencia el fallo de primer grado. Y en esto, aparece como natural, queda comprendido lo referente al subrogado, pues la revocatoria debe mirarse como una agravación de pena, ya que el precepto comentado no emplea voz que insinúe sólo el aspecto cuantitativo de la pena (v.gr. aumentar) sino una forma verbal (agravar) que comporta la noción de mayor rigor, severidad, drasticidad o empeoramiento. Y esto, evidentemente, cobija tanto el quántum de la pena como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Notable diferencia media entre purgar de inmediato una pena y suspender su aplicación y, esta diferencia, constituye un fenómeno de agravación.

El asunto es más notorio cuando el aumento de pena lleva a prescindir, por mandato de la ley, de la posibilidad de ejecución condicional de una condena, o, cuando, como en el caso sub júdice, se advierte que las razones para intensificar la cuantía de la pena fueron las mismas que se consideraron para revocar el subrogado.

Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir íntegralmente al contrariar parte del mismo y de manera ostensible lo dispuesto por la Constitución en cuanto a agravaciones pronunciadas en la segunda instancia, la misma que pudo abrirse campo, por la apelación introducida por el procesado. —Se impone, en este punto, ajustar tal sentencia a los nuevos dictados de la ley de leyes y por eso, oficiosamente, la Corte procederá a casar parcialmente dicho pronunciamiento en cuanto el ad quem aumentó las penas y privó al procesado del beneficio de la condena de ejecución condicional—.

Algunos advierten como fundamento de esta necesaria enmienda, la incidencia de la ley favorable y otros un fenómeno de nulidad. Ambas tesis no dejan de tener respetables partidarios por la índole de los argumentos que cada uno de éstos expone en favor de sus tesis. Sin embargo, la Sala ha optado por solución diferente en vista de que mal puede hablarse de una nulidad que no antecedió al pronunciamiento del fallo emitido y que destacara una franca contradicción con la ley vigente al momento del fallo emitido por el Tribunal y, además, porque pecaría contra el principio de la economía procesal imponer la devolución del expediente para el pronunciamiento de la sentencia pertinente. Tampoco puede hablarse, sin acudir a una interpretación demasiado extensiva aunque muy afín con la solución que la Sala adopta, entender el fenómeno como propio al evento de la

ley permisiva, pues los casos en que esta suele concretarse no se acomodan totalmente a la hipótesis comentada. Lo que se advierte es que, por la naturaleza del recurso interpuesto, la Corte está en capacidad de poder enmendar la sentencia y dándose un desajuste de ésta con la nueva preceptiva constitucional, que obliga de manera imperiosa a determinaciones concretas —art. 4º ibidem—, inmediatas —art. 85 ibidem— y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art. 228 ibidem), resulta ineludible acodar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado no puede diferírsele un remedio de perentoria aplicación, anunciándole un remedio como es el de su futura enmienda por obra del Tribunal, al cual se remitiría el expediente para que dicte nuevo fallo, conforme a la Constitución vigente, porque un quebranto de ésta exige una corrección pronta, por parte de quien esté conociendo del asunto, la misma que a nadie sorprende y traduce la adecuada recomposición que todos, en una sana interpretación, exigirían de esta máxima Corporación.

En consecuencia, en virtud de este último razonamiento, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve:*

1. *Casar* el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en contra de Orlando Ibarra Russi, por el delito de "abuso de confianza, ya indicado en su fecha y contenido, y en su lugar *condenar* al procesado a las siguientes penas: A doce (12) meses de prisión y multa de un mil pesos ($1.000.00), sanción pecuniaria que se consignará a órdenes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del fallo; a la interdicción de derechos y funciones públicas por el término de duración de la pena principal; al pago en favor de Iiba Esther Obando viuda de Rodríguez, por concepto de perjuicios la suma de dos millones ochocientos mil pesos ($ 2.800.000.00).

2. *Conceder, en los términos de la sentencia de primera instancia, el beneficio de la condena de ejecución condicional, para lo cual se dará precisa y oportuna aplicación al numeral 5º del fallo del Juzgado Octavo (8º) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, febrero veintiuno (21) de mil novecientos noventa (1990) —fls. 570 y ss.—.*

3. Cancélense las órdenes de captura libradas por el Tribunal y en relación con el procesado Ibarra Russi.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ESTAFA

Es imperioso que entre la maniobra engañosa y el aprovisionamiento exista una estrecha relación de causalidad, hasta el punto que lo uno no puede ser sino consecuencia de lo otro

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 77 (octubre 23 de 1991).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el representante de la parte civil, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha noviembre 29 de 1990 y por la cual se absolvió al señor *Héctor Julio Fandiño Pinzón* del delito de estafa, revocando la sentencia condenatoria del Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad.

Episodio procesal:

El 15 de febrero de 1977, los señores Luis Alberto Cifuentes y Héctor Julio Fandiño celebraron una promesa de permuta sobre bienes inmuebles y según la cual Fandiño prometía hacer el traspaso de tres fanegadas de un lote de mayor extensión, urbanizable y ubicado en el municipio de Bosa, y a cambio recibiría Cifuentes un apartamento señalado con el número 202 del edificio Caranday de Bogotá, una casa en el barrio San Isidro ubicada al sur de la ciudad, una camioneta marca Willys modelo 1964 y $ 600.000.00 en efectivo, todo para un gran total de $ 1.600.000.00 pesos, valor global de la pretendida permuta.

No se señaló fecha alguna para otorgar las correspondientes escrituras y hacer el traspaso del vehículo, porque por parte del señor Fandiño el lote que se prometía permutar formaba parte del activo de la sucesión de su padre y en cuyo juicio figuraba como único heredero, pero en el cual no se le había hecho la adjudicación correspondiente. Por parte del señor Cifuentes, éste no tenía título de propiedad del apartamento 202 que prometía permutar y además dicho bien estaba hipotecado a favor del Banco Central Hipotecario.

El día 12 de agosto del mismo año, se celebra entre los mismos ciudadanos una nueva promesa de permuta y aquí Fandiño promete trocar cuatro fanegadas del lote de la urbanización de Bosa por tres apartamentos distinguidos con los números 201, 202 y 902 del edificio Caranday.

Se calcula un precio total de la permuta de $ 3.100.000.00 y Fandiño se compromete a otorgar la escritura del lote, veinte días después del registro de la sucesión de su padre que aún no había concluído y Cifuentes veinte días después de que los apartamentos fueran deshipotecados y tuviese títulos de propiedad sobre ellos.

Cifuentes se reservó el derecho de vender a terceros los apartamentos respondiendo en todo caso a Fandiño por un valor de $ 3.100.000.00.

Todo da a entender, que estas promesas de permuta no tuvieron cumplimiento y el 15 de diciembre de 1978, aparecen los mismos ciudadanos celebrando una promesa de venta donde Fandiño se compromete a vender a Cifuentes por $ 2.100.000.00 pesos el 50% del mismo lote sobre el cual se ha iniciado una urbanización en el municipio de Bosa, terreno que forma parte del activo de la sucesión no concluída y que el comprador Cifuentes se compromete a pagar, así: $ 1.100.000.00 pesos en efectivo y Fandiño declara recibidos $ 500.000.00 pesos con el apartamento 202 del edificio Caranday una vez que Cifuentes adquiera sobre él, el derecho de dominio, $ 350.000.00 pesos con la casa en el barrio San Isidro y $ 150.000.00 pesos con una camioneta Willys que se compromete a traspasar al prometente vendedor.

Se acuerda como fecha para la celebración de las escrituras el 15 de marzo de 1979, término que se entendería prorrogado si para la fecha aún no hubiere recibido el título de propiedad del apartamento 202. Fandiño se compromete a obtener de la Superintendencia Bancaria la legalización del proyecto de urbanización que ya adelanta en el lote de Bosa y de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 66 de 1968 y Decreto 125 de 1976.

Hay una cláusula final donde se dice que se prorroga el término para suscribir la escritura para diciembre de 1979, u otra fecha que se escogerá de común acuerdo entre los contratantes.

Nada se cumplió de lo anterior, y el 16 de junio de 1980 se suscribe un nuevo contrato.

Fandiño promete vender a Cifuentes el 87.5% de todo el lote de Bosa (7 fanegadas) de las 8 de su extensión por la suma de $ 3.600.000.00 que Cifuentes se compromete a pagar, así: $ 3.100.000.00 pesos que Fandiño declara recibidos y $ 500.000.00 pesos con el apartamento 202 del cual aún no es dueño Cifuentes.

Se señala como fecha para otorgar las correspondientes escrituras el 30 de abril de 1981 que se prorrogaría hasta tanto se concluyera el juicio en el cual Cifuentes reclamaba el derecho de dominio sobre el apartamento.

Fandiño, se compromete a continuar con la urbanización. Expresamente se afirma en el documento que queda sin valor cualquier contrato anterior celebrado entre ellos y se señala una sanción de $ 2.000.000.00 de pesos en caso de incumplimiento. Consta igualmente en la promesa, que por fuerza mayor creada por la Superintendencia podrá prorrogarse la fecha del otorgamiento de las escrituras. Se advierte que para esa fecha el juicio de sucesión donde figuraba como único heredero Fandiño no había concluído, ni Cifuentes había recibido el título de propiedad del apartamento.

Sin embargo, al mes siguiente, de haberse suscrito este último contrato, la Superintendencia Bancaria mediante Resolución número 3432 de 7 de julio de 1980 intervino la urbanización de Bosa, "...por no reunir las condiciones mínimas exigidas por la ley" y colocó fuera del comercio los bienes pertenecientes a dicha urbanización.

Ante los requerimientos de Cifuentes a Fandiño, para que éste diera cumplimiento a lo pactado afirmando haber entregado parte de los bienes por él prometidos, Fandiño mediante comunicación de 13 de febrero de 1981 le hace saber a Cifuentes que la urbanización ha sido intervenida y aconseja que se presente ante el Instituto con la promesa de venta con el fin de que haga valer sus derechos.

Efectivamente, Cifuentes se dirige en diversas ocasiones a la citada entidad, reclamándole que no devuelvan el predio a Fandiño, sino que le sea adjudicado de acuerdo a la promesa de venta, ofreciendo sufragar todos los gastos, impuestos, derechos que este traspaso exija.

Las peticiones a Cifuentes no fueron resueltas favorablemente entre otras razones porque según el Instituto de Crédito, el precio del lote pactado en la promesa ($ 3.600.000.00) no compensa dentro de la equidad el justo precio del lote avaluado en $ 43.807.368.00, y le hace saber que el terreno debe negociarse en condiciones de equilibrio financiero, pues en caso contrario existiría una lesión enorme para los intereses del promitente vendedor, que la entidad está también en la obligación de proteger dentro de su función administradora.

Finalmente, ya en el año de 1985, la Superintendencia mediante Resolución 2294 de once de junio del citado año, levantó la intervención y dispuso devolver al señor Fandiño el manejo de sus negocios y bienes en la urbanización, imponiéndole el deber de cumplir los compromisos comerciales adquiridos en relación con ella.

Sin embargo, meses antes de producirse esta Resolución, Fandiño había vendido parte de lote prometido a Cifuentes, al señor Nelson Gómez Useche por la cantidad de $ 25.000.000.00 mediante escritura que fue registrada con posterioridad a la fecha en que fue levantada la intervención.

Cifuentes, quien ya había entregado algunos bienes a Fandiño, se sintió engañado y perjudicado en sus intereses, formuló denuncia penal dando lugar al proceso que culminó en segunda instancia con

sentencia absolutoria del Tribunal Superior de Bogotá que no encontró tipificado el delito de estafa imputado al acusado y lo absolvió por considerar que se trataba únicamente del incumplimiento de un contrato cuyas consecuencias y efectos debían ser dilucidados por la justicia civil.

Contra esta decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación por el apoderado de la parte civil.

La demanda:

En extensa argumentación pretende el casacionista demostrar una violación indirecta de la ley sustancial, por errores del Tribunal en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a dar por inexistente el delito de estafa imputado al acusado.

Afirma el censor, un error de hecho por parte del Tribunal, al no haber apreciado y valorado en su verdadero sentido, la escritura pública número 2939 de cinco de diciembre de 1984 por la cual Fandiño vendió a Cruz Useche los terrenos prometidos en venta a Cifuentes.

Los cargos se pueden sintetizar y concretar, así:

a) Fandiño no otorgó escritura de los lotes a Cifuentes alegando que estaban intervenidos. Sin embargo, sí vendió a Cruz Useche sin haber recibido la autorización de la entidad interventora;

b) Que Fandiño estaba en la obligación de efectuar escritura de venta a favor de Cifuentes en virtud de la promesa existente, contrato al cual se refieren varios testimonios que el Tribunal no apreció y en virtud del cual el vendedor ya había recibido parte del pago;

c) Fandiño faltó a la verdad al expresar en la escritura que el bien que vendía a Cruz Useche "se hallaba libre de todo gravamen, que no lo he enajenado" y que tiene libre disposición del mismo, cuando no podía disponer del terreno por estar intervenido y en especial porque estaba reiteradamente prometido en permuta a Cifuentes;

d) Reitera, que el Tribunal ignoró prueba que permite concluir que Cifuentes hizo entrega material de bienes a favor de Fandiño como parte del precio del lote, como la camioneta Willys y un Jeep Nissan y se dejó de apreciar la escritura 4380 de 1986 por medio de la cual el denunciante Cifuentes vende a José Alberto Parrado la casa del barrio San Isidro, por cuenta y orden de Fandiño, según el demandante.

Se concluye, afirmando que las pruebas demuestran que se vendió objeto ilícito por estar el lote fuera del comercio, lo cual demuestra mala fe y dolo en el acusado para perjudicar los intereses de Cifuentes, única persona con derecho al bien y a quien se le incumplió lo pactado en la promesa de permuta. Que este incumplimiento y la mala fe manifiesta de Fandiño ponen en evidencia la existencia del delito de estafa.

Concepto del Ministerio Público:

Correspondió al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal emitir el concepto en este proceso y en él solicita a la Corte, no casar la sentencia recurrida, por considerar que los hechos acreditados en el expediente no configuran conducta alguna violatoria de la ley penal.

Empieza el señor Procurador, por advertir que el casacionista incurrió en notorias inconsistencias en su demanda, pues no pretendió siquiera rebatir la apreciación probatoria que hiciera el Tribunal para afirmar la atipicidad de la conducta imputada al acusado, sino que se limitó a sostener bajo su personal punto de vista la culpabilidad de aquél.

Expresa, que la historia documental que obra en autos, sólo demuestra la existencia de diversas promesas de mutuo y de venta, que no llegaron a una completa realización por incumplimiento de parte de los dos contratantes, sin que exista elemento probatorio que acredite la presencia de artificios o engaños que hubiera empleado el acusado para obtener provecho patrimonial.

Analiza el Ministerio Público con especial detenimiento los elementos que integran o tipifican el delito de estafa, y pone de presente que esta conducta ilícita sólo obtiene estructuración, cuando el sujeto pasivo del hecho es víctima de una maniobra engañosa que lo lleva a dar o entregar lo que no debe.

Precisa, que "...la maniobra engañosa, claro lo tienen sentado la doctrina y la jurisprudencia, ha debido ser empleada con antelación a la obtención del consentimiento de la pretendida víctima, porque solamente de esta forma puede ligarse ella, con el error que da pie a la disposición patrimonial. En el caso específico de estudio antes de la referida venta de los terrenos a Cruz Useche, ya Cifuentes había dado su consentimiento y había también entregado los dineros y bienes que configuraban el precio de venta.

"Por otro lado, las condiciones mismas de la convención inicial habían variado sustancialmente aunque sólo fuera por la intervención que había decretado la Superintendencia Bancaria y por las manifestaciones que en esta misma entidad se hicieran acerca de la desventaja en la que había contratado Fandiño quien solamente recibía algo más de tres millones de pesos a cambio de terrenos que en menor proporción fueron finalmente negociados en veinticinco millones..."

Continúa manifestando el Delegado, que no surge claro ningún ardid por parte del acusado y que la simple violación de las prohibiciones de enajenación no pueden entenderse como maniobra engañosa dirigida a obtener el perjuicio económico del promitente comprador. Es enfática la Fiscalía en sostener que Fandiño en ningún momento mantuvo a Cifuentes en error porque jamás tuvo un falso juicio sobre el contenido del negocio, no desplegó maniobras engañosas, ni se aprovechó de error en que hubiese encontrado a su contratante.

Refiriéndose al cargo que formula el censor sobre las inexactitudes contenidas en la escritura de parte de los terrenos a Cruz Useche, manifiesta la Procuraduría que aún aceptando que tal manifestación constituye un ardid "...éste se habría argüido contra el comprador de entonces —Cruz Useche— no contra el ahora denunciante quien en nada se vería afectado ante la mentira de que el inmueble no se hallaba sometido a restricción de dominio alguno... De resultar lesionado alguien, éste hubiera sido el comprador en tal acto. El engaño no puede trasladarse entonces a Cifuentes, porque si bien él había recibido la promesa de su traspaso, ésta no sacaba el inmueble del comercio ni tenía la virtud de impedir la venta posterior a un tercero. El asunto queda entonces en el campo del incumplimiento, tal como así lo afirmó el Tribunal de instancia..."

Concluye el Ministerio Público su concepto expresando que las argumentaciones del censor no logran demostrar error alguno del Tribunal en la valoración y apreciación de la prueba y que por ello la demanda no puede prosperar.

Consideraciones de la Corte:

El estudio detenido no sólo de la sentencia impugnada la demanda y el concepto de la Procuraduría, sino de todo el material probatorio, llevan a la Corte a sostener que en el caso sub exámine *no se configura de manera alguna el delito de estafa.*

Realiza el delito de estafa la persona que obrando con ánimo de lucro utiliza un ardid o maniobra engañosa para producir un error en el sujeto pasivo, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero. En este tipo penal existe una doble relación de causalidad: La acción engañosa debe ser causa suficiente para producir el error y a su vez el error debe ser la causa que lleve a la víctima a desprenderse de sus bienes en beneficio del estafador. La estafa se consuma cuando el agente obtiene el beneficio económico con perjuicio patrimonial ajeno.

Se quebranta igualmente este tipo penal cuando se mantiene a una persona en error por medio de maniobras engañosas para obtener por este medio un indebido provecho económico.

Son entonces elementos que configuran este tipo penal: a) El empleo de maniobras fraudulentas o engañosas; b) Obtención de un provecho ilícito como consecuencia de esas maniobras y, c) Una necesaria relación de causalidad entre el empleo de las maniobras dolosas y la entrega del bien patrimonial.

Es imperioso entonces, que entre el ardid o maniobra engañosa y el aprovechamiento exista una estrecha relación de causalidad hasta el punto que lo uno no puede ser sino consecuencia de lo otro. Sin este elemento, el tipo penal desaparece, se cae por su base para constituir, o bien, una infracción diversa o una conducta atípica, ajena a la ley penal. Que la maniobra engañosa sea previa a la entrega, es requisito igualmente fundamental y sin la presencia de este factor temporal se desdibuja por entero la conducta delictiva en estudio.

Estos aspectos básicos del derecho penal fueron precisamente los tenidos en cuenta por el Tribunal al proferir sentencia absolutoria, por considerar que la entrega de bienes por parte de Cifuentes a Fandiño se efectuó dentro del curso de un convenio o promesa de permuta que los dos contratantes celebraron de buena fe, que los dos quebrantaron en diversas ocasiones y que finalmente, Fandiño incumplió de manera definitiva.

Tan cierto es el incumplimiento por parte también del denunciante Cifuentes, que éste, sólo fue propietario del apartamento prometido en venta o permuta, hasta el 13 de junio de 1983 fecha en la cual como consecuencia de una acción ejecutiva, el Juez Veinte Civil del Circuito suscribió a su favor el título correspondiente, y sin embargo Cifuentes desde el año de 1977 se había comprometido a traspasar a favor de Fandiño el derecho de dominio sobre el inmueble y en el curso de muy pocos meses.

Existen elementos de prueba que permiten deducir la intervención de Fandiño de buena fe en la celebración de los contratos con Cifuentes y durante el lapso que en cumplimiento de lo pactado recibió de Cifuentes parte del precio. No realizó entonces ningún artificio para inducir en error, sino que celebraba un contrato a todas luces lícito y que en los primeros años estuvo dispuesto a cumplir.

Recuérdese que Fandiño, al ser intervenida la urbanización por la Superintendencia Bancaria se dirigió de inmediato a Cifuentes informándolo del hecho y requiriéndolo para que con el documento de promesa de venta o de permuta se presentara ante la entidad a hacer valer sus derechos. Y es más: Durante los años siguientes a la celebración de los contratos o convenios, Fandiño propuso a Cifuentes soluciones amigables al conflicto, que éste último no aceptó por recomendación de sus abogados.

A una comunicación de Cifuentes a Fandiño que integra el folio 58 del sumario, pertenecen los siguientes apartes:

"Hagamos un último intento, reunámonos en el sitio que usted quiera, busquemos la forma de llegar a un acuerdo equitativo. Hubo un momento en que usted quiso un sobreprecio, desgraciadamente mi abogado no me dejó hacer un acuerdo, tampoco algunos funcionarios del Instituto de Crédito Territorial. Comprenda por favor señor Fandiño que yo no lo obligué a que me vendiera la fanegada a $ 500.000.00, fue usted con pleno conocimiento de causa que pactó conmigo ese precio..."

Fue entonces, cuando Fandiño alertado por los conceptos emitidos por el Instituto de Crédito, sobre el desventajoso precio en que había prometido ceder sus predios a Cifuentes cambia de parecer y traspasa a un tercero el bien prometido en permuta.

Los cargos del casacionista formulados contra la sentencia al amparo de la causal primera, están encaminados a demostrar que Fandiño recibió bienes de Cifuentes en virtud de la promesa de venta o de permuta y que luego, incumpliendo lo convenido y por circunstancias suficientemente conocidas efectuó la tradición del dominio del

predio prometido en permuta a un tercero, perjudicando con este acto y a sabiendas los intereses económicos del denunciante. Este aspecto no lo niega el Tribunal que reconoce que Cifuentes entregó bienes al acusado como parte del negocio jurídico celebrado entre ambos. Pero, lo que no admite el Tribunal y el casacionista no demuestra, es el empleo de maniobras engañosas presuntamente utilizadas por Fandiño para inducir en error a Cifuentes y hacer que éste le hiciera entrega de sus bienes. La posterior actuación de Fandiño de mala fe según el demandante al incumplir el contrato no puede viciar de ilicitud actos anteriores, celebrados muchos años atrás y efectuados en desarrollo de actividades plenamente legales.

Por eso, afirma con razón la Procuraduría que "el libelo no logra echar por tierra el contenido de la sentencia".

Debe tenerse en cuenta, además, que la simple promesa de venta o permuta no es un acto jurídico que transfiera el derecho de dominio de un bien inmueble. De acuerdo al artículo 1857 del Código Civil, la venta de los bienes raíces sólo se reputa perfecta cuando se ha otorgado la correspondiente escritura pública. Requiere además, para su plena validez la inscripción en la Oficina de Registro. La sola promesa de venta o de permuta, no tiene por sí misma la virtualidad de retirar el bien de la actividad comercial.

En los contratos bilaterales, como el celebrado entre el denunciante y denunciado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

El incumplimiento no genera acción penal, sino que sólo acarrea la resolución del contrato o su cumplimiento si fuere posible, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

"...El contrato de compraventa, como sinalagmático perfecto que es, genera obligaciones tanto para el vendedor como para el comprador. Siendo pues bilateral, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, el otro, siempre que haya satisfecho las cosas a que se obligó o allanándose a pagarlas, tiene el derecho alternativo de demandar la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios en ambos casos. Lo anterior, es desarrollo de la doctrina sentada por el artículo 1546 del Código Civil que estipula que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de que una parte no cumpla lo pactado, por lo cual el contratante fiel puede escoger entre insistir que se cumpla el contrato o pedir su resolución. Esta concurrencia electiva que tiene el acreedor lo faculta pues, para escoger entre aquellos dos derechos con indemnización de perjuicios siempre..." (Corte Suprema —Sala de Casación Civil, sentencia de julio 20 de 1974—).

Si en el caso que se analiza, se frustró una legítima expectativa ante el incumplimiento de uno de los contratantes, los efectos que de este acto se deriven son reclamables en el campo civil, pero sin que pueda afirmarse que se ha lesionado el bien jurídico del patrimonio económico mediante el delito de estafa.

Los cargos formulados por el censor contra la sentencia absolutoria del Tribunal no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha y naturaleza suficientemente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

No siempre que se alegue la aplicación indebida debe plantearse otra norma sustancial como la que se ha debido aplicar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*
Aprobado: Acta número 77.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de noviembre de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a *José Edilberto Rico Barragán* a 60 meses de prisión por los delitos de peculado y falsedad.

Antecedentes:

Los hechos materia del proceso los resume el Tribunal así:

"José Edilberto Rico Barragán, en uso de sus funciones como cajero pagador del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, falsificó documentos de soporte en que plasmaba sus actividades de recaudo, alterando el contenido de las diversas copias de los recibos de ingresos por arrendamientos que percibía la institución oficial, al elaborarlas variaba los conceptos y hacía figurar cantidades menores a las percibidas y señaladas en el original del recibo entregado a quien hacía el pago, apropiándose de la diferencia de valores, conducta realizada en forma continuada entre septiembre de 1983 a mayo de 1985 en cuantía cercana al millón de pesos. Igualmente el cajero a fin de que los registros contables aparecieran con los pagos de los que se había apropiado, y para evitar los reclamos de los usuarios, que pudieran dejar al descubierto su ilícita conducta, Rico Barragán alteró las copias de la relación de ingresos que elaboraba y enviaba, dentro de sus funciones, a las oficinas de control y de registro contable" (fls. 11-2).

La investigación por esos hechos fue adelantada por los Juzgados Sesenta y Nueve de Instrucción Criminal y Veintidós Superior de Bogotá, y luego, con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), el expediente pasó al Juzgado Sesenta y Nueve, que fue reemplazado por el Cincuenta y Uno, que,

una vez declarada persona ausente el sindicado, calificó el mérito sumarial con resolución acusatoria de marzo 13 de 1989 (fls. 156 y ss.), por los delitos de falsedad, peculado y abandono del cargo, de conformidad con los artículos 218, 133 y 156 del Código Penal.

El Juzgado Veinticinco Penal del Circuito ejerció el entonces vigente control de legalidad, practicó varias pruebas en la etapa del juicio, celebró la audiencia, y por medio de sentencia de 6 de diciembre de dicho año (fls. 349 y ss.), condenó a Rico Barragán por peculado y falsedad a la pena principal de 60 meses de prisión y multa de $ 20.000.00, a la accesoria de interdicción de derecho y funciones públicas, y a pagar por concepto de perjuicios morales "cinco gramos de oro o su equivalente en el momento de su liquidación final en moneda nacional". No condenó en relación con los perjuicios materiales por estimar que el organismo ofendido los reclamó a la Aseguradora, La Previsora S. A. (fl. 365).

Por lo que hace al delito de abandono del cargo, lo absolvió, considerando que fue con "justa causa", ya que el acusado "no se apartó de sus labores por su propia voluntad sino que fue aislado de éstas cuando se emitió la Resolución 496 de 27 de mayo de 1985" (fl. 363).

Apelado el fallo, fue confirmado por el Tribunal, mediante el suyo que recurrió en casación el mismo defensor, y que el Tribunal adicionó en el sentido de "conceder al condenado la rebaja de pena privativa de la libertad en diez (10) meses, conforme a la Ley 48 de 1987" (fls. 16-2).

La demanda:

Un solo cargo dirige el actor contra el fallo, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, "violación indirecta del artículo 218 del Código Penal, norma sustancial que tipifica la falsedad material del empleado oficial en documento público" (fl. 7). Dice que "existe un error de derecho en la apreciación de la prueba, puesto que los medios probatorios aportados al proceso no reúnen las exigencias del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal".

Afirma que "no se ha demostrado la espuriedad de los documentos públicos cuestionados (fls. 6 a 17 del cuaderno principal) comprobantes de pago copias" y, además, que "no existe en el proceso prueba directa ni indirecta que señale a Rico Barragán como la única persona que tenía acceso a los documentos de la pagaduría y tesorería" (fl. 9). Manifiesta que ni con la prueba testimonial recogida, ni con el acta de visita que practicó la Contraloría, se puede llegar a la certeza del "desface (sic) pecuniario".

En cuanto a la experticia forense llevada a cabo sobre los comprobantes o recibos, dice que la misma es "dubitativa e irregular" al tener como objeto "copias la carbón", aparte de que en momento alguno señalan al procesado como quien suscribiera "los recibos que aparecen como dobles", generándose de este modo "la duda, la incertidumbre, elementos que no pueden aparecer al momento de proferir un fallo condenatorio".

Insiste en que se aplicó en forma indebida el artículo 218, "a consecuencia de los manifiestos yerros de apreciación probatoria por parte del fallador *ad quem*", por lo cual solicita que "se case totalmente la sentencia y se absuelva al condenado Rico Barragán, recurrente en esta demanda del cargo que por falsedad en documento público por empleado oficial le hiciera el Juzgado Veinticinco en la sentencia".

Concepto de la Delegada:

Luego de decir que el error de derecho invocado se fundamenta con argumentos propios del de hecho, señala el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que "si el casacionista pretendió dirigir la censura fincado en el *error de hecho* (sic), respecto de la prueba testimonial, del acta de visita aludida, así como de la pericia, la alegación se torna impropia pues estos medios de prueba no tienen un valor fijado previamente por el legislador, quedando su apreciación bajo el resorte del Juez, quien debe acudir a los principios de la sana crítica" (fl. 19), y añade:

"Con el alcance dado por el casacionista a la censura, se observa que éste se limitó a presentar una serie de apreciaciones personales respecto del material probatorio, para oponer su criterio al del fallador, convirtiendo la demanda en un alegato de instancia, como si la Corte tuviera facultad en el ámbito del recurso extraordinario de casación para confrontar nuevamente el acervo probatorio a la luz de las divergencias presentadas por éste, sin que de ellas se pueda vislumbrar la exigida demostración de la antinomia que se presenta entre la verdad que dimana el proceso y la visión trastocada del fallador de segundo grado" (fl. 20).

Estima que la mera afirmación de que existe la "duda" es un planteamiento "que no tiene ninguna trascendencia y eficacia", y acota, por último, que "es de resaltar la inconsistencia que presenta el casacionista al señalar que el artículo 218 del Código Penal fue quebrantado porque se aplicó 'indebidamente'. Si ese fuere el sentido, debió mencionar entonces cuál era la norma aplicable al caso concreto. No lo hizo. Y si la violación radicaba dentro del mismo ámbito, la dirección de la censura estaría enfocada a la interpretación errónea, aspecto que tampoco recibió sustentación alguna".

Solicita de tal modo que no se case el fallo.

Se considera:

1. *No está mal la aplicación indebida que propone el actor como "sentido" de la violación indirecta de la ley sustancial. En efecto, a contrario de lo que cree la Delegada, no siempre que se alegue la aplicación indebida debe plantearse otra norma sustancial como la que se ha debido aplicar, ya que si se está, como en este caso, solicitando la absolución, esta segunda norma "suxeldnea", por sustracción de materia, devendría inexistente, y, por tanto, improponible. De ahí*

que como el demandante sostiene que no existió la falsedad del artículo 218 del Código Penal (ni otro punible en lugar de éste, por lo que demanda la absolución), no le quedaba camino distinto de invocar la indebida aplicación de dicha norma sustancial.

2. *El casacionista se limita a "enunciar" que las pruebas tenidas en cuenta por el fallador no entrañan la certeza respecto de la falsificación (en torno a la tipicidad, dice él) ni tampoco de la responsabilidad o autoría. Esa aseveración tan general y absoluta, sin abordamiento de cada elemento de juicio en particular, no debilita siquiera la valoración que de la prueba toda efectuó el sentenciador para concluir en la decisión de condena. Por otro lado, mucho se ha repetido que hoy día, por no existir tarifa legal en la valoración de las pruebas (art. 255 del C. de P. P.) el error de derecho por "falso juicio de convicción" (tal como la doctrina y la jurisprudencia lo han denominado) resulta inalegable.*

Ahora bien: En el supuesto de que el juzgador quiebre las leyes de la lógica, de la sana crítica, de la experiencia, etc., se puede acudir al error de hecho, demostrando que se dio un "falso juicio de identidad"; pero ese fue un yerro que no se adujo aquí, ni tampoco se encuentra planteado en el desenvolvimiento del reproche.

3. *Sólo es posible alegar "la duda" por la vía indirecta (cuando el fallador reconoce que la hay y no la aplica, incurriría en violación directa del artículo 248 del C. de P. P., por ignorar su existencia) si el casacionista debate las pruebas, bien por yerros de hecho o de derecho, y por este camino trata de establecer ante la Corte que sin esos errores el Tribunal hubiera, como mínimo, encarado una duda, estando entonces obligado a absolver: Desde luego que por ese cauce no transita la impugnación extraordinaria.*

4. El actor, al atacar el peritaje forense, pasa por alto que el Tribunal no le dio valor alguno, como consta en el siguiente párrafo del fallo:

"En lo que hace referencia a la responsabilidad del encartado Rico Barragán, debe mencionarse que nada aporta la prueba realizada por Medicina Legal a alguno de los documentos, pues concluye en la identidad de las firmas obrantes en un documento y su fotocopia y no se realizó pronunciamiento alguno sobre las copias falseadas pues estas no se encuentran firmadas, pero ello no indica que no fueron realizadas por el procesado, toda vez que los empleados del Instituto y las personas que efectuaron pagos son acordes en indicar que el encartado recibió los pagos y expidió los recibos sin que ingresaran las correspondientes sumas a las arcas del organismo oficial" (fls. 14-2).

Esos defectos hacen que el libelo no prospere.

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.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Tratamiento penitenciario

El Juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 077 (octubre 23 de 1991).

Vistos:

Por vía de apelación revisa la Corte la sentencia de fecha febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991) mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio, condenó al procesado *Gustavo Montejo Reyes* a las penas principales de un (1) año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, sin derecho a la condena de ejecución condicional, por el delito de prevaricato, cometido en ejercicio del cargo de Juez Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante.

Durante el trámite propio de la segunda instancia, el Ministerio Público representado en esta oportunidad por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, ha manifestado su conformidad con la decisión recurrida y ha solicitado a la Corte en consecuencia, la confirmación integral de la sentencia condenatoria apelada.

Hechos:

Los resumió el Tribunal en la providencia calificatoria, como sigue:

> "En las horas de la mañana de 30 de enero de 1987, en el aeropuerto de San José del Guaviare, miembros de la Policía Antinarcóticos capturaron en un operativo a los sujetos John Jairo Hinestroza Saulamaría, Juan Guillermo Arango Vasco, Oscar Saúl Riaño González, Wilson Hernández y Ricardo González Díaz, bajo el cargo de tráfico de estupefacientes, ya que los vieron cuando de un campero Toyota (placas AL-5388) que entró hasta la propia pista sacaron

unos bultos y los pasaron a una avioneta Cessna matrícula HK-3105 próxima a decolar, dentro de los cuales descubrieron un cargamento de cocaína base en cantidad de 298 kilos. Los agentes decomisaron esa sustancia, la avioneta y el campero. El oficial encargado del operativo Luis Fernando Villamizar Suárez dejó constancia en su informe, y posteriormente lo dijo en su declaración ante el Juez instructor, que se le pretendió sobornar con la suma de $ 800.000.00 a fin de que permitiese la salida de la avioneta.

"La instrucción del proceso correspondió al Juez Gustavo Montejo Reyes y no obstante que, como revelan los autos, existía mérito suficiente para dictar medida de detención preventiva en contra de los sindicados, por violación al Estatuto de Estupefacientes, se abstuvo de proferir tal decisión y, por el contrario, dispuso su libertad mediante el solo compromiso de presentaciones periódicas en auto de 18 de febrero del citado año, que, al ser impugnado por el Personero Municipal, revocó la Sala, ordenando a su vez, por la razón anterior, investigar la conducta de este funcionario".

Actuación procesal:

Iniciada y perfeccionada la investigación penal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio profirió resolución acusatoria contra el doctor Gustavo Montejo Reyes, por el delito de prevaricato por acción. Recurrida que fue esta determinación, la Corte tuvo oportunidad de estudiar toda la actuación del enjuiciado dentro del proceso penal a que se ha venido haciendo referencia, y, luego de hacerlo, decidió confirmar la providencia impugnada, concretando el cargo en los siguientes términos:

"Surge evidente que el Juez Gustavo Montejo Reyes profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, incurriendo en este evento en el comportamiento típico de 'prevaricato por acción'..."

En la etapa del juicio no se practicaron pruebas. En la audiencia, el Fiscal Segundo del Tribunal solicitó la condena del doctor Montejo Reyes, por considerar que de la prueba recaudada se concluye que existe la evidencia de la comisión del delito de prevaricato por acción (art. 149 del C. P.) y de la responsabilidad penal a título de dolo en cabeza del procesado. Por su parte el defensor estimó, que el delito de prevaricato imputado a su defendido no se pudo configurar, "ya que el planteamiento y la decisión de la providencia cuestionada fue claro, lógico y convergente y las pruebas recaudadas hasta ese momento no eran las claras exigidas como mínimas para sustentar un auto de detención", por lo que el fallo tiene que ser absolutorio.

Fundamentos de la impugnación:

En su oportunidad, el defensor del funcionario acusado manifiesta su inconformidad con la sentencia condenatoria en los siguientes términos:

Sostiene que como quedó debatido en la audiencia pública, las pruebas recogidas indicaban que para el día en que el Juez decidió la situación jurídica de los retenidos por la Policía Nacional, no aparecía la prueba necesaria para detener y, además porque no se dio cumplimiento al procedimiento señalado en la Ley 30 para el momento de la captura y retención.

Reitera la libertad intelectual que tiene el Juez para aplicar la ley "de acuerdo con su leal saber y entender como perito del derecho".

Afirma que existe "prejuicio del narcotráfico, que muchos males para la justicia ha traído", precisamente por no respetar los derechos de las personas y por tratarlos con desigualdad.

En cuanto a la "condena condicional" argumenta que por la significación de un Juez, de un profesional del derecho, dentro de la sociedad, la sola condena por prevaricato, es una estigma en su vida, castigo más que suficiente para no requerir de tratamiento carcelario y estar dentro de la reglamentación del artículo 68 del Código Penal para concederle, si es el caso, la condena de ejecución condicional.

En escrito presentado posteriormente, el señor defensor cita varias jurisprudencias de esta Corporación y transcribe los textos de los artículos 78 de la Ley 30 de 1986 y 214 del anterior Código de Procedimiento Penal, para sustentar sus argumentos en el sentido de que el Exjuez Montejo Reyes jamás cometió el delito, porque nunca tuvo la intención de un actuar ilícito, jamás anduvo con los pies torcidos, dio unas explicaciones en la motivación de la providencia de acuerdo a las normas que regían el Procedimiento Penal para esa época y su decisión jamás fue prevaricadora.

Se remite al escrito que presentó en la audiencia pública, para que sean tenidos en cuenta como sustentación del recurso los argumentos allí planteados.

Luego de referirse al peligro que conlleva para el Juez conocer de los delitos de narcotráfico, a su condición de hombre común y corriente y a todo lo que ello implica, concluye que no existe razón ninguna para que se considere como un delincuente de gran "peligrosidad", y el hecho del punible, si lo cometió, como de una gravedad inconmesurable. "Todos los delitos son iguales y no existe en el Código Penal un artículo que nos diga que existen unos delitos más graves que otros". Agrega que no se puede "refundir" las consecuencias del delito de narcotráfico con las del prevaricato, para negarle al procesado la condena de ejecución condicional.

Finalmente solicita que se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a su defendido. En el caso de que sus consideraciones sean rechazadas, solicita la suspensión de la ejecución de la sentencia, conforme lo dispone el artículo 68 del Código Penal reformado por el Decreto 141 de 1980.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado, después de hacer una presentación de los hechos y detenerse en el análisis de la pruebas relevantes de la decisión cuestionada, considera "que el conjunto de las mismas

permite inferir lógicamente que la decisión de liberar a los capturados en flagrancia, fue una decisión judicial contra *legem*, producida contrariando el deber legal que se conocía y sabía. Es la prueba exigida por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar". Solicita a la Sala la confirmación integral de la sentencia dictada contra el Juez Gustavo Montejo Reyes.

Para el efecto plantea los siguientes argumentos:

> "a) No se ofrece una suma alta de dinero como soborno, para un acto lícito...; b) Los agentes debidamente enterados en esa materia, concluyeron que se trataba de cocaina...; c) Los elementos decomisados, en las condiciones y circunstancias que rodearon el hecho, permiten inferir que se trataba de cocaina...; d) La forma en que se hallaba empacada la sustancia y los sellos correspondientes, igualmente muestra a la luz de la experiencia social, que era un embarque de droga prohibida en el Estatuto de Estupefacientes..."

Sostiene que el material probatorio examinado, correspondía la detención preventiva pues los procesados fueron capturados en el momento de embarcar la droga. Así no lo hizo el Juez y ello se adecúa al tipo penal del artículo 149 del Código Penal, pues se trata de empleado oficial que ha proferido una decisión manifiestamente contraria a la ley, contenida en el auto de libertad provisoria con presentaciones que dispuso a cambio de la resolución que correspondía en derecho.

Estima que esa omisión en la inferencia que debió hacer, en cuanto a que, el embarque era de droga estupefaciente, le llevó a disponer en el auto de fecha 18 de febrero de 1987, la libertad de los procesados, lo que resultó ostensiblemente contrario a la ley procesal (arts. 414 y 421 del C. de P. P.), o a las disposiciones del Código de Justicia Penal Militar en el artículo 522, que era el aplicable por razones de competencia según el Decreto 3671 de 1986.

En cuanto a la condena condicional, estima el Colaborador Fiscal que resulta ostensible que la gravedad que reviste el delito en comentario en el grupo social, unido al sentido que tiene el que un Juez de la República, cuyo deber está en orden a la represión de hechos tan graves como el definido atrás, implican su negación. El Juez tiene un grado más alto de responsabilidad en las actividades que les son propias y por ello un delito suyo en el momento de decidir, conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario que restablezca en parte la confianza destruída por el acto prevaricador de que se trata.

Consideraciones de la Sala:

En el artículo 149 del Código Penal que describe el delito de prevaricato por acción, tipifica la conducta del empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley.

En este caso está establecido que para el 18 de febrero de 1987, el doctor Gustavo Montejo Reyes, se desempeñaba como Juez Cuarto de Instrucción Criminal del Distrito Judicial de Villavicencio —Ambulante—, y cumplía sus labores en la localidad de San José del Guaviare.

En la fecha precitada, cuando el doctor Montejo Reyes produjo la providencia objeto de la crítica, contaba con los siguientes elementos de juicio:

a) La existencia de un proceso válidamente iniciado por el delito de tráfico de estupefacientes, pues se comisionó al mismo Juez de Instrucción Criminal para que adelantara la correspondiente investigación de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 3671 de 1986 mediante el cual se asignó competencia a la justicia castrense con facultad de comisionar a los Jueces de Instrucción, para el conocimiento de los delitos descritos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986, ordenando que para los efectos de la captura y detención de los infractores se seguirá lo señalado en las normas pertinentes del Código de Justicia Penal Militar;

b) La vinculación con las debidas formalidades a través de indagatoria, de las personas capturadas en flagrancia y puestas a disposición de la justicia como responsables del hecho punible;

c) La presencia de plurales y graves indicios en contra de los implicados, tales como la incautación de la sustancia hallada en poder de los capturados; la existencia de elementos como la balanza y los bidones con suficiente gasolina para el aprovisionamiento de la aeronave, que si bien constituyen otros indicios, no de la misma entidad que el primero, sí permitían establecer la labor a que se dedicaban los delincuentes.

Además contaba para entonces el instructor con el informe de que se pretendió sobornar a los agentes de la Policía para sacar en una avioneta un "cargamento", como lo sostuvo el Subteniente Luis Fernando Villamizar Suárez, lo que permitía inferir que se trataba de un "cargamento" ilícito, pues de no ser así, no hubiera sido necesario ni lógico un intento de soborno.

Contaba además el funcionario con las declaraciones de los agentes auxiliares de la Compañía de Antinarcóticos, que son constantes en aseverar que la sustancia decomisada era cocaína, que conocían con fundamento en el curso que adelantaron para esa especialidad;

d) Debe relievarse que el Juez Montejo Reyes, luego de la captura de los sujetos implicados en el delito de tráfico de estupefacientes y por solicitud del Delegado de la Procuraduría Regional de Villavicencio, intervino en la incautación de los 298 kilos de cocaína base y retención de la avioneta, un vehículo automotor y otros elementos como la balanza, empaques cilíndricos y bidones con gasolina, con intervención de su secretario, el Delegado de la Procuraduría Regional y el personal de la Policía Nacional pertenecientes al grupo de antinarcóticos, procedió al pesaje de la sustancia incautada, la toma de muestras para ser sometidas a la identificación por el Instituto de Medicina Legal y a la destrucción del material sobrante, luego de lo cual levantó el acta correspondiente, suscrita por quienes habían intervenido.

Los elementos de juicio con que contaba el funcionario instructor, le mostraban en forma clara y sólida que estaba en presencia de un tráfico ilícito y un principio de responsabilidad de los capturados.

Lo anterior permite afirmar, que para cuando se dictó la providencia de fecha febrero 18 de 1987, que resolvió la situación jurídica de los indagados en la que decidió el funcionario acusado abstenerse de proferir detención preventiva contra los mismos, que se ha venido calificando no sin razón, ilegal, se superaban los requisitos sustanciales que para detener precautelativamente señala el artículo 522 del Código de Justicia Penal Militar, aplicable al caso por disposición del Decreto 3671 de 1986, como lo entendiera afortunadamente el Personero Municipal de San José del Guaviare interponiendo los recursos de reposición y en subsidio de apelación, y el Tribunal Superior de Villavicencio, que no sólo revocó la decisión, ordenando en su lugar la detención preventiva de los sindicados, sino que también dispuso adelantar la investigación penal en contra del Juez Cuarto de Instrucción Criminal que así había procedido.

No obstante la evidencia, *el exfuncionario investigado, apartándose de la misión que se le había impuesto por disposición legal, produjo un acto positivo, consistente en proferir la resolución examinada, a sabiendas de su expresa y manifiesta contrariedad con la ley, argumentando entre otras cosas, que no existía certeza de que la sustancia incautada sea cocaína, ya que el resultado de Medicina Legal no había llegado para entonces; que el acta levantada para cuando se produjo la incautación, toma de muestras y destrucción del sobrante, adelantada y suscrita por él mismo entre otros, es inexistente por levantarse y practicarse la inspección judicial, sin el lleno de los requisitos legales, como por ejemplo, no haberse puesto la sustancia a disposición de los capturados para que ellos mismos la reconocieran como lo ordena el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Luego de insinuar la posibilidad de nulidad por incompetencia, decide abstenerse de decretar la detención preventiva de los capturados, ordenar su libertad con presentaciones cada veinte días ante su Despacho o al funcionario del conocimiento.*

Para la defensa, el testimonio rendido por el Subteniente Villamizar Suárez carecía de veracidad, pues lo del supuesto soborno que se le ofreció, no fue corroborado por ningún otro de los testimonios recibidos a los agentes, argumento que resulta inadmisible, pues el soborno ofrecido el día anterior, fue precisamente lo que permitió preparar y llevar a cabo el operativo con los resultados positivos conocidos, y los agentes que rindieron testimonio únicamente participaron en la incautación de la sustancia y demás elementos encontrados en poder de los capturados, por lo que se limitaron a aseverar, que la sustancia decomisada era cocaína, que conocían con fundamento en el curso que adelantaron para esa especialidad.

Fallido resulta por ello el extraordinario esfuerzo de la defensa cuando alega falta de delictuosidad en la imputación y ausencia de dolo en la conducta del Exjuez Gustavo Montejo Reyes, pues como bien lo destaca el Procurador Delegado, no se ofrece una suma alta de dinero como soborno para un acto lícito: es evidente que en defecto de la pericia científica habitual, el Juez puede y debe valerse de otros

elementos de juicio que le permitan concluir con seguridad relativa sobre las materias que maneja procesalmente; las reglas de la experiencia indicaban que por sus características propias (olor, color, materia) es fácil por vía empírica identificar la cocaína, con mayor razón si se tiene un entendimiento especial o una práctica profesional, como ocurría con los agentes de la policía que declararon que se trataba de cocaína; los elementos decomisados y circunstancias que rodearon el hecho, permiten inferir que se trataba de un embarque de cocaína, pues a ello apunta la balanza para su pesaje y la cantidad de gasolina que supone un viaje largo de la aeronave, la forma en que se hallaba empacada la sustancia con los sellos correspondientes, igualmente muestran a luz de la experiencia social, que era un embarque de droga prohibida en el Estatuto de Estupefacientes. Si se parte de que el Juez objetivamente tuvo datos de prueba que le obligaban a detener, y no lo hizo a pesar de tener esa convicción sobre los hechos y su significado, se tendrá que aceptar como corolario que el Juez no sólo realizó una conducta típica, sino además contraria al deber esperado del empleado oficial, y que ese acto funcional fue conocido y querido como voluntad real, faltar al contenido de la ley que regula esta específica situación.

Para la Sala, la sencillez y lo elemental del caso sometido a consideración del acusado con suficiente conocimiento en materia jurídica, así como la solidez de los cargos contra los capturados, por ventura reconocidos por el Tribunal Superior, hacen desatinados los planteamientos del procesado y su defensor y cobra por el contrario vigencia lo sostenido por esta Corporación para cuando se revisó el llamamiento a juicio del funcionario prevaricador, sin que en la etapa probatoria de la causa se allegara prueba que desvirtuara lo dicho:

> "Restándole toda importancia, hasta el punto de declarar la inexistencia del acta, en un inaudito malabarismo jurídico, eliminó el funcionario la presencia de indicios graves en contra de los sindicados... En consecuencia la hipótesis que ha debido formularse el instructor ante la presencia de esos elementos, apoyado incluso en el conocimiento que tenían los agentes por ser expertos en narcotráfico, era la de que se encontraba en presencia de la comisión del delito de tráfico de estupefacientes y que los sujetos capturados, se dedicaban cuando menos al tráfico de cocaína".
>
> "Así las cosas, se colmaban a plenitud los requisitos sustanciales señalados en el Código Castrense, como los del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, si no había entendido que era aplicable el primero".
>
> "Nada se opondría para decir que en el presente caso se estaría en presencia de la sana interpretación que hiciera el funcionario de la norma frente a las pruebas, evento en el cual la conducta del funcionario no sería reprochable, si no fuera tan flagrante el desconocimiento objetivo de los elementos de juicio que el mismo con esmero (inspección judicial) ayudó a recaudar y tan evidente el apartamiento con las previsiones legales, que sólo se explica, con la presencia del dolo en su actuación".

"Ningún esfuerzo se notó en la actuación del funcionario para remediar en parte su decisión abiertamente contraria a la ley; de nada sirvieron las razones del Personero Municipal, ni tampoco la certeza por el experticio técnico, de que la sustancia incautada era cocaína, como ya lo sabía todo el mundo, menos el funcionario; no, la decisión se mantuvo y esa actitud solamente se explica, por la voluntad y conciencia de transgredir las normas penales".

"En conclusión, la forma como discurrió el funcionario investigado para sustentar su decisión (ausencia de pruebas para detener e inexistencia del acta) resulta contradictoria en grado sumo y rodeada de sofisticadas argumentaciones, de lo cual se desprende sin lugar a dudas que asistido de dolo profirió la determinación analizada, aspecto este que adquiere mayor realce e importancia si se recuerdan las expresiones del acusado como cuando dice que no obstante conocerse el resultado de la identificación de la droga, no dispuso de tiempo para proceder en derecho a revocar su decisión, porque se dedicaba a la investigación por la muerte de la esposa del Comisario del Guaviare".

La Corte, comparte el criterio del juzgador de primera instancia, así como el Procurador Delegado, en el sentido de que conforme a la gravedad de la imputación y a las circunstancias de su comisión, deviene lógicamente la negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.), teniendo en cuenta que en casos como el investigado, el atentado contra la Administración Pública y de Justicia es evidente. No se trata como lo sugiere la defensa de "refundir" las consecuencias del delito de narcotráfico con las del prevaricato sino que como bien lo señala el Colaborador Fiscal, resulta ostensible que la gravedad que reviste el delito en comento en el grupo social, unido al sentido que tiene el que un Juez de la República, cuyo deber está en orden a la represión de hechos tan graves como el definido atrás, implican su negación. El Juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias, y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario que restablezca en parte la confianza destruida por el acto prevaricador de que se trata.

Al respecto, en pretérita ocasión, la Sala precisó para los efectos que nos ocupan, la trascendencia que para la justicia tiene la comisión de delitos por parte de los Jueces, y así lo dijo en la decisión del 17 de febrero de 1981:

> *"Si bien todos los delitos contra la Administración Pública tienen como característica común constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros".*
>
> *"En efecto, no sólo existen deberes más poderosos y funciones más delicadas, en unos empleados oficiales que en otros, en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dila-*

tada y profunda influencia en las relaciones oficiales, sino que, aún considerando empleados de la misma categoría pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados".

"Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es este sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares".

"Entonces el Juez debe mostrarse como el inconmovible guardián de los mismos, digno por ello, de la confianza de todos".

"En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el Juez sino el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para conmover sus corazones? (Franco Antonio Cusimano, Il Probblema della Giustizia del Raporto Procesuale)".

"Esto hace que a quienes violan de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la Administración Pública (entendida en sentido lato) pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de su cargo".

Lo que no puede compartir la Sala es la dosificación de la pena, pues no se entiende cómo, si el hecho es considerado de alta gravedad, el Tribunal le señala el mínimo, situación que ante el artículo 31 de la Constitución Nacional no puede modificar esta Corporación.

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:

Confirmar íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en contra del doctor Gustavo Montejo Reyes. El *a quo* debe insistir en su captura.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

PREVARICATO. JUEZ. Civil

El principio inquisitivo —que en materia probatoria orienta y regula la legislación procesal civil—, señala al juzgador la obligación de emplear sus poderes oficiosos, para la búsqueda de la verdad histórica o material en contraposición a la formal o meramente externa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0079.

Vistos:

A virtud del recurso de apelación, debidamente interpuesto y oportunamente sustentado, entra a revisar la Corte, el proveído del honorable Tribunal Superior de esta ciudad, calendado a diecinueve (19) de julio postrero, mediante el cual, dicha Corporación se abstuvo de abrir investigación penal contra el doctor *Guillermo Pinzón Delgado*, Juez Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, a quien le imputaron los delitos de abuso de autoridad y prevaricato.

Oído el concepto del Procurador Delegado, favorable a la confirmación del auto recurrido, corresponde a esta Sala concretar el pronunciamiento de rigor.

Hechos:

Contra Carlos Arturo Useche López —*el aquí denunciante*— Eliseo Ardila Henao, promovió un juicio reivindicatorio por el trámite ordinario, actuación cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá. Afirma el quejoso que en desarrollo del proceso, el funcionario incurrió en los siguientes hechos penalmente relevantes:

a) Correspondiéndole al Juez dictar la decisión que no era otra distinta a la de la sentencia, se abstuvo de pronunciarse y en su lugar ordenó —contra la ley y contra el derecho— la práctica de una prueba;

b) El abogado del demandado interpuso los recursos de reposición y de apelación contra el proveído que dispuso la realización de esa probanza de manera oficiosa, los cuales fueron rechazados por

el empleado judicial; impetradas copias para elevar el de queja, fueron así mismo denegadas. También aquí Useche López considera delictivo el procedimiento adoptado;

c) Luego de haber pasado a su despacho el expediente para que se profiriera el fallo de rigor, el asunto permaneció totalmente inactivo por un tracto cercano a los dieciséis (16) meses.

Actuación procesal:

La reseña el señor Agente del Ministerio Público de la siguiente manera:

"...Recibida la denuncia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial dispuso la apertura de indagación preliminar, y acreditó cabalmente la condición de Juez implicado, amplió la denuncia contra él formulada así como logró aportar copias del proceso civil ordinario en el cual se produjo la actuación presuntamente delictiva.

"Poniendo fin a esta etapa, el Tribunal dictó providencia inhibitoria el día diecinueve de julio del presente año".

La providencia de primera instancia:

"...Sólo de dos aspectos se ocupó la providencia recurrida: El analizar la legalidad de la actuación en lo referente al decreto oficioso de pruebas y la denegación de los recursos interpuestos por el apoderado del aquí denunciante. Ninguna manifestación hizo el Tribunal en relación con la mora de proveer atribuida al acusado.

"Respecto del primero de los cargos, el Tribunal confrontó el contenido de los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil con lo ocurrido en el proceso reivindicatorio, llegando a la conclusión de que aún en tal clase de procesos puede el director del mismo disponer la práctica de pruebas de oficio, razón por la cual debe concluirse que este procedimiento no entraña violación alguna a la ley.

"En lo referente a la negativa a conceder los recursos, la corporación de primera instancia recordó el contenido del artículo 179 del ordenamiento ritual civil según el cual contra las providencias que ordenan pruebas de oficio no procede recurso alguno, por manera que también estimó atípica la conducta del incriminado".

De la impugnación:

"...El propio denunciante interpuso el recurso ordinario de apelación, alegando no compartir las razones dadas por el Tribunal, al estimar que el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil es norma que ha debido tenerse en cuenta prioritariamente a las contenidas en los cánones 179 y 180 *ibidem*, en razón a su ubicación posterior dentro de la normatividad y que tal disposición impide trámites procesales diversos de recusación, expedición de copias, desgloses o certificaciones, entre el período en que el expediente entre al despacho para sentencia y su efectiva producción.

"Insistió el recurrente en que se violaron los términos para proveer, al permanecer el expediente en el escritorio del Juez por el espacio de quince meses sin decisión alguna. Hizo, a continuación de lo anterior, planteamientos relacionados a la procedencia de la acción reivindicatoria que requiere en el actor la calidad de propietario del inmueble, misma de la que carece el actor en el juicio civil. Esta circunstancia, empero anota la Delegada, está siendo debatida en el proceso correspondiente según consta en las copias que de él se aportaron, sin que haya tenido pronunciamiento de fondo.

"Equivocadamente reprochó al Tribunal el haber citado el artículo 352 del Código Penal, y dijo que no comparte 'el criterio de ustedes, porque los bienes inmuebles no son objeto de *«hurto»* como lo están exponiendo...' Advierte esta oficina del Ministerio Público que la cita del Tribunal se refirió al Código de Procedimiento Penal..."

Concepto del Procurador Tercero (3º)

Delegado en lo Penal:

Indentificándose con el criterio plasmado por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, la Agencia Fiscal es de opinión que las conductas denunciadas como punibles no son constitutivas de delito alguno; sin embargo, considera que la demora del Juez en proferir una resolución judicial debe ser materia de investigación disciplinaria. Para ello reclama la expedición de copias.

La Corte:

I. *La preceptiva del artículo 404 del Código de Procedimiento Civil ordena perentoriamente que luego de pasar el expediente a despacho para dictar la sentencia, corresponde al Juez adoptar dicha decisión final, sin que puedan proponerse incidentes, salvo de recusación, ni surtirse actuaciones posteriores destinadas a la expedición de copias, desgloses o certificados, los cuales no interrumpirán el término para proferirla ni el turno que le corresponda al proceso. La filosofía del dispositivo es simple de entender: La exclusión persigue impedir que los sujetos procesales presenten peticiones dilatorias o irrazonables que innecesariamente difieran o retarden el cumplimiento del acto jurídico-procesal por excelencia: La sentencia. Pero también —por mandato legal— le asiste al Juez la facultad de recaudar las pruebas de oficio que considere necesarias* —antes de fallar— *al tenor de lo prevenido en el artículo 462,* ibidem, *naturalmente si las considera útiles o eficaces para la constatación de los hechos que se controvierten.*

II. *Es criterio unánime reconocido de la jurisprudencia colombiana —que en la materia se pliega a las modernas direcciones del derecho probatorio— que la misión de la justicia es lograr la demostración de la realidad material de lo controvertido. No es lícito ya contener la actividad de los órganos del Poder Público que anteriormente asumían un papel nada protagónico, por lo pasivo e inerte, toda vez que el principio inquisitivo —que en materia probatoria orienta y regula la legislación procesal civil— señala al juzgador la obligación*

de emplear su poderes oficiosos para verificar los hechos alegados o la verdad afirmada por las partes cuya exactitud se trata de comprobar. O lo que es igual, la búsqueda dentro de su magisterio, de la verdad histórica o material en contraposición a la formal o meramente externa. Es cierto que a las partes incumbe la elección de los medios y las pruebas idóneas dentro de los mecanismos procedimentales señalados por la ley para llevar a conocimiento del Juez, en ejercicio del derecho de acción, la realidad de una pretensión tutelada por el orden jurídico sustancial pero también lo es que el Juez, como director supremo del proceso, está en el deber de ordenar y practir, ex officio, las probanzas que estime pertinentes en pos de lograr el conocimiento de los hechos y, por ende, la realización exacta de la verdad real frente a los intereses vigilantes de la controversia.

III. *En este ámbito concreto resulta válida y oportuna la cita de la jurisprudencia de la Corte, del veinte (20) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), que reitera sus decisiones de doce (12) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y veintidós (22) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985):*

"El proceso ya no es hoy como fue antaño un escenario en que sólo se ventilaban intereses particulares y en que el Juez era un mero espectador, sin atribuciones para buscar la verdad. Hoy, desde luego que el Estado tiene claro interés en la realización del derecho, el Juez goza de facultad para enderezar la búsqueda de la verdad histórica, interviniendo de manera decisiva en favor de ésta. Puede por tanto, sin que las partes se lo hayan solicitado, decretar pruebas, y del mismo modo está facultado para decretarlas por fuera de los periodos probatorios.

"Y como ahora en el proceso se ejercita una actividad pública y no meramente privada, en su magisterio de encontrar la verdad verdadera, para que el derecho se realice cabalmente puede el Juez decretar pruebas de oficio y entre éstas ordenar la práctica no sólo de las que a él exclusivamente se le ocurran, sino también las que las partes pidieron extemporáneamente o las que solicitaron sin llenar los requisitos exigidos por la ley para su decreto en las oportunidades que el proceso indica.

"En verdad, . . que de conformidad con lo establecido en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en el trámite de la apelación de una sentencia, sólo le es posible a las partes pedir la práctica de pruebas en los cinco casos contemplados en esa norma.

"Adviértese al rompe que las limitaciones consagradas en el canon citado se refieren únicamente a las partes, como claramente se dice en el primer inciso. El precepto no es limitativo de la amplia potestad que, el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, tiene el Juez o Tribunal del conocimiento para decretar pruebas de oficio no sólo en los términos probatorios de las instancias, sino también posteriormente, antes de fallar.

"Frente al ordenamiento procesal que gobierna hoy la facultad de aducir pruebas, ésta no es de iniciativa exclusiva de las partes. Hoy el Juez tiene la misma iniciativa y más amplia, pues las limita-

ciones que la ley impone a las partes en el punto, no lo cobijan a él, puesto que su actividad no está guiada por un interés privado como el de los contendientes, sino uno público, de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno".

IV. Al ordenarse, pues, con respaldo legal, una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos, al predio, objeto de la *litis*, en momentos en que el proceso había entrado al Despacho para dictar la sentencia de rigor, con lo cual se evidenciaba un esfuerzo de la justicia por realizar un diagnóstico más concreto de la situación jurídica planteada o para ser más exactos de una aplicación real y material del derecho a los hechos, se atemperó el Juez acusado a un tipo de procedimiento inquisitorio de buen recibo en las instituciones de derecho procesal civil. Nada hay, entonces, de reprochable en su conducta.

V. La segunda de las conductas denunciadas tampoco tiene razón de ser al observar el funcionario acusado, estrictamente, el mandato positivo —art. 179 del C. de P. C.— de cuyos lindes no podía separarse so pena de realizar un contenido de injusto. Fue, pues, acertada y correcta su negativa de acceder a tramitar los recursos ordinarios de reposición y apelación, interpuestos por parte interesada, contra el proveído que ordenó la práctica de una inspección judicial pues claro y concluyente es el tenor y la inteligencia del artículo precitado al excluir toda posibilidad de impugnación a las providencias judiciales que oficiosamente decreten la práctica de pruebas. El literal enunciado de la norma excusa cualquier otro comentario que en rigor sale sobrando: "...Las providencias que decreten pruebas de oficio *no admiten recurso alguno...*" (énfasis suplido).

Queda, entonces, fuera de toda cavilación que no pueden las partes oponerse —en este específico estadio— a la decisión soberana del Juez cuyas determinaciones —cuando está de por medio la comprobación de la verdad— son irrecurribles. Tal la ley.

VI. Advierte la Corte que ningún pronunciamiento hizo la Sala del Tribunal de Bogotá con relación a la mora atribuida al doctor Guillermo Pinzón Delgado. Es de lamentar que esto haya ocurrido. La Colegiatura, en cumplimiento de sus deberes, corregirá la imprevisión.

A no dudarlo constituye un delito de prevaricato por omisión la conducta del funcionario judicial que sin causa justificada omita, rehuse, retarde o deniegue el deber de actividad que le corresponde en el desempeño de sus responsabilidades judiciales (art. 150 del C. P.). Y como en el auto *sub exámine* advierte la Corte que por un tracto superior a los quince (15) meses permaneció el expediente totalmente inactivo en el despacho del Juez sin que se hubiera dispuesto trámite alguno y sin causa aparente que justifique la conducta negligente, es de rigor abrir investigación penal. Así mismo, se compulsarán copias de lo pertinente con destino a la Procuraduría General de la Nación a efectos de indagar dicha conducta, disciplinariamente.

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

Resuelve:

1º *Confirmar*, parcialmente, el auto proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en julio diecinueve (19) pasado, mediante el cual se abstuvo de iniciar indagación criminal contra el doctor Guillermo Pinzón Delgado, Juez Veinticuatro (24) Civil del Circuito de esta ciudad, frente a la denuncia formulada por Carlos Arturo Useche López.

2º *Decretar la apertura de investigación*, contra el antecitado funcionario judicial, respecto de un punible contra la Administración Pública, según los razonamientos acuñados en la parte motiva de este proveído, evacuándose las diligencias prevenidas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal.

3º *Compulsar* copia de las piezas procesales respectivas, para ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, a los fines de la indagación disciplinaria referida en el cuerpo de esta providencia.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1º SECUESTRO EXTORSIVO. SECUESTRO SIMPLE

Basta en el secuestro extorsivo el ánimo de obtener utilidad y en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto, sin que se contemple referencia alguna a la ilicitud de la exigencia

2º TORTURA. Definición

El legislador no define la tortura consagrada como tipo penal residual, ni como circunstancia específica de agravación punitiva

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 77 (octubre 23 de 1991).

Vistos:

El Tribunal Superior de Villavicencio, en sentencia de diez de mayo de mil novecientos noventa, revocó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Especializado mediante el cual habían sido absueltos *Jorge Rubio* y *Germán Sánchez Laverde* por el delito de secuestro en la persona de Albeiro Castaño Correa.

Con fundamento en lo anterior, se dispuso la condena de los mismos Rubio y Sánchez; el primero, a la pena principal de diez años de prisión y el segundo a cinco, en su calidad de autor y cómplice, respectivamente, de secuestro extorsivo agravado.

Inconforme con este pronunciamiento, el defensor de Rubio ha interpuesto recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Recién iniciada la madrugada del dieciséis de enero de 1989, cuando el joven Albeiro Castaño Correa se hallaba entregado al sueño en su casa de habitación, ubicada en el barrio industrial de Villavicencio, fue despertado por Jorge Rubio, sujeto al cual su padre le adeudaba una suma de dinero, al parecer, producto de negociaciones ilícitas, quien, junto con otro individuo, golpearon a su puerta so pretexto de entregarle un dinero que, por su intermedio, le enviaba su progenitor.

Una vez en el interior de la habitación y haber indagado por Leonel, padre de Albeiro, habiéndose enterado que se hallaba por Santo Domingo, parece ser, llevando un cargamento de cocaína, Rubio procedió a intimidar a Albeiro con un revólver para que los acompañara, advirtiéndole que si aquél no aparecía y le pagaba el dinero adeudado, lo mataría.

Luego de vendar los ojos del muchacho, lo cual hizo el acompañante de Rubio, se le condujo a una casa del barrio Galán. Allí, después de despojarlo de la venda, consistente en una media de nylon para mujer, con ella misma se le ató, haciéndosele saber que al día siguiente volverían.

Hallándose solo, el secuestrado logró despojarse de sus ataduras y subirse al techo de una casa vecina donde atrajo la atención de su ocupante, el Capellán de la Policía del Meta, Edgar de Jesús Arias Giraldo, quien se comunicó con la "SIJIN", lográndose la captura de Jorge Rubio, Germán Sánchez Laverde, José Jimmy (sic) Páez Fonseca y Gilberto Rubiano Rubio; éste último, arrendatario del apartamento del barrio Galán donde estuvo secuestrado Castaño Correa, acompañante de Rubio y Sánchez, quien se quedó cuidando el vehículo, mientras el secuestrado era introducido al interior de la casa donde lo dejaron.

Actuación procesal:

1. En desarrollo de la investigación, a cargo del Juzgado Tercero Especializado de Villavicencio, mediante indagatoria fueron vinculados Jorge Rubio, Germán Sánchez Laverde, José Jimmy Páez Fonseca y Gilberto Rubiano Rubio. De estos, los dos primeros fueron afectados con medida de aseguramiento de detención como autor y cómplice de secuestro, respectivamente, en los términos de las previsiones del artículo 22 del Decreto 180 de 1988. En relación con los restantes, el Juzgado se abstuvo de decretar medida en su contra.

2. En decisión del veintinueve de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, el mismo Juzgado Especializado dispuso la citación a audiencia pública de Jorge Rubio y Germán Sánchez Laverde, ordenando así mismo, cesación de procedimiento en favor de José Jimmy Páez Fonseca y Gilberto Rubiano Rubio.

3. Celebrada la audiencia pública, se procedió a dictar el respectivo fallo de primera instancia. En él, fueron absueltos Jorge Rubio y Germán Sánchez Laverde de los cargos por los que se les vinculó al proceso.

4. Surtida la consulta del anterior pronunciamiento, el Tribunal Superior de Villavicencio lo revocó. En consecuencia, Jorge Rubio y Germán Sánchez Laverde fueron condenados a la pena principal de diez y cinco años de prisión, el primero como autor y el segundo como cómplice del delito de secuestro extorsivo, de conformidad con el artículo 268 del Código Penal, agravado de acuerdo con el numeral 2º del artículo 270 y los numerales 4º y 7º del artículo 66 *ibídem*.

La demanda:

Dos cargos al amparo de la causal primera de casación contra la sentencia impugnada formula el defensor de Jorge Rubio. El primero, por violación directa de la ley sustancial a consecuencia de haberse dado aplicación indebida al artículo 268 del Código Penal y dejado de aplicar el artículo 269 *ibidem*. El segundo, por aplicación indebida del agravante contemplado en el numeral 2º del artículo 270 del mismo estatuto.

En su demostración, referida a la primera censura, aduce el recurrente que si los tipos de secuestro extorsivo y simple han de ser diferenciados por el "elemento subjetivo", en cuanto en el primero la conducta se realiza para exigir por la libertad del sujeto pasivo un provecho o utilidad "ilícitos", mientras en el otro es apenas suficiente que se prive de la libertad a una persona, "siendo indiferente el propósito o fin perseguido por el sujeto agente", claro resulta que en cuanto el secuestro de Castaño Correa perseguía que su progenitor pagara la deuda contraída con Jorge Rubio, el propósito buscado era "lícito y debido", no pudiendo ser encuadrado en el tipo de secuestro extorsivo, sino en el de secuestro simple previsto en el artículo 269 del Código Penal.

Con relación al segundo cargo, se estima que el agravante de la tortura consagrado en el numeral 2º del artículo 270 del Código Penal que el Tribunal hace consistir en haber vendado los ojos y las manos a la víctima y amenazarlo con darle muerte, si su padre no aparecía y cancelaba el dinero adeudado, no corresponde; por tal, prosigue el recurrente, debe entenderse la crueldad, el dolor sin necesidad que se causa a la víctima intencionalmente y de manera prolongada, lo cual no aparece acreditado en el plenario, pues, continúa, los actos a que alude la sentencia de vendar los ojos y maniatar a la víctima, para el caso concreto, eran "necesarios" en la privación de la libertad en que consiste el secuestro.

La respuesta de la Procuraduría:

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el primer cargo, consistente en que se dio aplicación indebida al artículo 268 del Código Penal y se dejó de aplicar el 269 *ibidem*, no puede prosperar.

Encuentra al respecto que el planteamiento del censor carece de fundamento jurídico, pues no sólo confunde las nociones de ingrediente subjetivo con las de naturaleza normativa al plantear que la distinción entre secuestro extorsivo y simple radica en que la descripción típica del primero contiene el propósito de exigir un provecho o utilidad *ilícitos*, mientras el segundo no, sino que ese calificativo de ilicitud no está previsto en la disposición.

Luego de hacer referencia a los antecedentes en la elaboración de las normas discutidas, arriba a la conclusión de que el error denunciado no ha tenido ocurrencia, pues bastando para la estructuración del secuestro extorsivo la finalidad de obtener provecho o utilidad con la privación de la libertad de una persona, en la medida en que con

el secuestro de Castaño Correa se perseguía el pago por parte de su progenitor de una deuda contraída con Jorge Rubio, no admite discusión el acierto en la selección del tipo al cual ha sido llevada la conducta.

Contrariamente, es de la opinión que el segundo cargo sí debe prosperar. Estima, en este sentido, que el plenario no contempla elementos de juicio que ameriten la agravación prevista en el artículo 270.2 del Código Penal deducida en el fallo, razón por la cual debe admitirse su aplicación indebida. Que al secuestrado se le hubieran atado las manos, vendado los ojos y amenazado de muerte si su padre no concurría a saldar la deuda, en criterio del Delegado, son simples medios comisivos del hecho punible, elementos connaturales con los que suele cumplirse el delito de secuestro.

Acorde con lo anterior, coadyuva la casación parcial de la sentencia, a consecuencia de lo cual, dice, habrá de reducirse la pena impuesta en tres años.

Consideraciones de la Corte:

Haciéndose consistir el cargo de aplicación indebida e inaplicación de los tipos de secuestro extorsivo y secuestro simple respectivamente, en que el primero consagra como ingrediente subjetivo el propósito de hacer una exigencia de utilidad o provecho ilícitos, *no referido en el segundo, y que de acuerdo a la demostración en el fallo se establece que el secuestro de Albeiro Castaño Correa obedeció a exigir de su padre el pago de una deuda a Jorge Rubio, lo cual, de acuerdo con los términos de la censura, es lícito o debido, no cabe duda que él no puede prosperar.*

La fundamentación en tales términos, parte de un supuesto confuso y falso. En relación con lo primero, como con todo acierto lo advierte el Procurador Delegado, se equivocan los conceptos de ingrediente o elemento subjetivo del tipo con el normativo, pues si la diferencia en la configuración de las disposiciones para el recurrente radica en la ilicitud *de la exigencia motivo de la privación de la libertad del secuestrado, ello corresponde a una valoración que supone la existencia de la exigencia misma y no al particular ánimo con que se obra, el cual, según se argumenta, sería de la estructura de las dos formas de secuestro en discusión.*

Empero, lo realmente fundamental en la apreciación del planteamiento del actor, es que la ilicitud *de la utilidad o provecho a que se refiere como integrante del tipo de secuestro extorsivo, no la contempla la norma. Ella, en términos textuales, dispone que "el que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años", mientras el secuestro simple, según la respectiva disposición, lo realiza quien "...con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior (el de secuestro extorsivo), arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años".*

Como se puede ver, no contemplan estas preceptivas referencia alguna a la ilicitud *de la exigencia, bastando en el secuestro extorsivo el ánimo o propósito de obtener utilidad cualquiera en la privación de la libertad de una persona para su estructuración, mientras en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto.*

Así, pues, demostrado en el proceso que el secuestro de Castaño Correa obedeció al propósito de exigir de su progenitor el pago de una deuda, indiscutible resulta que se buscaba la obtención de una utilidad que indiferente en su existencia y legitimidad, hace que el hecho corresponda al supuesto previsto en el tipo de secuestro extorsivo en el que fue subsumido por el sentenciador.

Esto corresponde, por supuesto, a la lógica de un sistema fundado en la protección de bienes jurídicos previamente configurados. De acuerdo con ella, si a través del tipo de secuestro se pretende la tutela de la libertad, mal puede condicionarse ese objetivo a la presencia o ausencia de valoraciones que lo harían irrealizable, como se pretende en los planteamientos de la demanda. Una exigencia de que la utilidad propuesta con el secuestro sea ilícita, *implicaría la autorización de que puede privarse de la libertad a una persona para demandar el cumplimiento de prestaciones* lícitas, *con lo cual el tipo estaría paradojalmente, prohibiendo y permitiendo la conducta en postura verdaderamente absurda.*

No existiendo, entonces, error en la selección de la norma a la cual fue llevado el comportamiento del sentenciado Rubio, para su juzgamiento, ha de concluirse que el cargo no prospera.

En cuanto a la indebida aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el artículo 270.2 del Código Penal, por haberse sometido a la víctima a tortura física y moral que plantea la demanda y prohija el Delegado, encuentra la Corte cómo la tortura consagrada como tipo penal residual (art. 279 del C. P.) ora como circunstancia específica de agravación punitiva (art. 270.2 ibídem*), no la define el legislador, quedando entonces a criterios razonables señalar cuándo se está en presencia de tal modalidad que afecta la autonomía de las personas.*

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que a iniciativa de las Naciones Unidas se realizó, incorporada al derecho interno en la Ley 70 de 1986, entiende por "tortura": "Todo acto por el cual se inflija intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de... intimidar o coaccionar a esa persona o a otras... No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas".

De este concepto se desprende la clasificación conocida en física, cuando el sufrimiento infligido es corporal y moral o psíquico, cuando se produce el dolor internamente así sea para infundirle miedo o simplemente, de hacerle sentir una expiación más grave que el despojo de la libertad. Este tipo de tortura, no obstante tener muchas particularidades, casi siempre se consuma con la simple advertencia de un

mal con probabilidad de ocurrencia, pues lo que cuenta es que la amenaza logre un estado de desazón interior que afecte la normalidad psicológica de la víctima, como lo reconoce la mayoría de los doctrinantes.

Con base en la perspectiva anterior, si bien la Corte halla razonables los argumentos que se exhiben para descartar la tortura física, no los comparte respecto de la psíquica o moral, cuya demostración no admite duda, pues al secuestrado siempre se le advirtió que sería muerto si su padre no pagaba "lo debido", mal futuro con probabilidades de ocurrencia, dadas las circunstancias que mediaron en la ilícita aprehensión, y que su normalidad psicológica estaba afectada, no cabe duda dada la forma como pidió auxilio una vez logró liberarse de sus ataduras. Y no se diga, que amenaza de tal naturaleza es "elemento natural como suele cumplirse el secuestro", pues lo abominable del delito es la sola pérdida de la libertad con fines innobles, no la amenaza latente de un mal mayor que genera miedo, desazón y angustia, más aún, cuando lo exigido no dependía del secuestrado satisfacerlo para evitar al menos la realización de la amenaza.

Así las cosas, 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.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SENTENCIA. Corrección

Las figuras de la aclaración, corrección y adición dentro del término de ejecutoria de las sentencias, son mecanismos procesales para corregir errores puramente objetivos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., treinta de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 79.

Vistos:

La defensora del procesado *Moisés Tuaty Alexander*, condenado por la Corte al casar el fallo absolutorio recurrido, solicita sea aclarada la sentencia y por ende corregida en la forma indicada en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal y como corolario se le otorgue la condena de ejecución condicional.

Compete a la Corporación decidir dicha petición.

El fallo proferido:

Mediante sentencia de octubre 9 de 1991, la Corte decidió el recurso extraordinario de casación que el representante de la parte civil interpusiera contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que absolvió al procesado Moisés Tuaty Alexander por el delito de tentativa de estafa imputado en el correspondiente pliego de cargos, casándolo para en su lugar condenarlo a la pena principal de cuatro (4) años, dos (2) meses de prisión y cien mil pesos ($ 100.000.00) de multa.

La petición de aclaración:

La defensora del procesado condenado con apoyo en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, demanda la *aclaración* de la sentencia por error aritmético, para que se corrija en el sentido de dosificar la pena en forma diferente y en consecuencia otorgarle a su defendido el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Fundamenta su petición en la circunstancia de no haber sido considerado ninguno de los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal; el pliego de cargos quedó ejecutoriado sin circunstancias

específicas de agravación punitiva, por lo que éstas ni las genéricas deducidas podían ser tenidas en cuenta al momento del fallo como desde el año de 1980 lo sostuvieron los Magistrados Reyes Echandía y Gómez Velásquez y como lo sostuvo en el salvamento de voto el Magistrado Valencia Martínez.

Tampoco se tuvo en cuenta el grado de aproximación a la consumación del delito, ni la ausencia de antecedentes y su buena conducta. Remata su extensa argumentación así:

"Observando la sentencia de la Sala de cesación (sic) penal se llega a una conclusión, se cometió *un error aritmético* en su tasación, ya que, se parte, a mi juicio equivocadamente, del máxima (sic) estipulado para el delito consumado, pues, se le impone a Tuaty Alexander por una simple tentativa de estafa un total de cinco (5) años de prisión y luego se le rebaja la sexta parte por la Ley 48 de 1987, para finalmente, imponerle cuatro años y dos meses de prisión.

"Allí no se tuvo en cuenta, por olvido involuntario, las tres circunstancias de atenuación punitivas que con claridad ofrece el proceso y relacionadas anteriormente, valga decir, la buena conducta anterior, la presentación voluntaria y la indemnización de perjuicios que se hiciera en su momento (numerales 1, 7 y 8, art. 64 del C. P.). Además tampoco se analizó la personalidad del procesado ni el grado de acercamiento a que se refiere el artículo 61 del Código Penal. Todas estas circunstancias, ampliamente favorables, produjeron en el fallador un error aritmético, el cual, es oportuno subsanar.

"Si la Sala decide desechar las circunstancias de agravación no reconocidas en el pliego de cargos, se evitaría, como lo sostuvieron los honorables Magistrados Reyes Echandía y Gómez Velásquez, la violación del debido proceso, o, como el salvamento de voto del honorable Magistrado Jorge Enrique Valencia, se menoscabe el 'derecho de defensa'.

"Se repite, con innegable severidad se le endilgan a mi cliente dos circunstancias de agravación punitivas que no cuentan, ni siquiera remotamente, con el más mínimo respaldo probatorio cuales son, en su orden, la preparación ponderada del hecho punible y el obrar con complicidad de otro.

"La motivación de la deducción de tales causales no va más allá de su sola enunciación. Y es que no podía ser distinto por cuanto el plenario no contiene en su apabullante inmensidad ni una sola prueba que demuestre la *ponderada preparación de la ejecución de la ilicitud* porque nada evidencia que mi poderdante haya sido quien llevó a cabo tal despropósito. Y aún menos que haya obrado en complicidad de otro (Cuál otro?)".

Consideraciones de la Corte:

El Código de Procedimiento Penal incorporó en el artículo 216 las figuras de la aclaración, corrección, y adición dentro del término de ejecutoria de las sentencias en las que se haya incurrido en error

aritmético, error en el nombre del procesado u omisión sustancial en la parte resolutiva. Son, pues, mecanismos procesales para corregir errores puramente objetivos, como puede deducirse del contenido inequívoco de la norma; no se trata, entonces, de utilizar dichos medios para obtener la revisión de la sentencia a la manera de un recurso de reposición, que expresamente prohibe el precepto.

El error aritmético ha sido entendido como la falla en los cómputos numéricos que efectúa el Juez en la dosificación de la pena según los criterios aducidos para ello, tales como, a pesar de señalar en la parte motiva que se parte del mínimo y se incrementa una tercera parte, en la parte resolutiva señala una cifra que no corresponda a ello; pero, cuestionar por esta vía los criterios adoptados, es una pretensión que excede el ámbito normativo, como ocurre en el presente caso, donde osadamente se afirma "...nada evidencia que mi poderdante haya sido quien llevó a cabo tal despropósito".

No se puede abusar en esa forma, ni poner en tela de juicio tan irresponsablemente las decisiones judiciales ampliamente analizadas y discutidas, creando falsas expectativas en personas no conocedoras del derecho. En efecto, no hay error de la Corte en la dosificación, ni olvido de los criterios para fijar la pena, sino estricta sujeción a ellos, como expresamente se consignó en el fallo al invocarse el artículo 61 del Código Penal.

La causal específica de agravación punitiva derivada de la cuantía (art. 372 del C. P.), a pesar de no haber sido deducida en forma expresa en la providencia acusatoria, se tuvo en cuenta por ser evidente y no haberse objetado en el proceso, con respaldo en lo previsto en el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal. Además, es el criterio jurisprudencial vigente desde mucho tiempo, y la circunstancia de que existan voces disidentes es respetable, pero no válido en la decisión.

Tomando esta circunstancia se precisaron los extremos punitivos que son un mínimo de 8 meses y un máximo de 11 años y tres meses, por razón de la tentativa (art. 22). Sobre ese supuesto, se aplicó el 61 con expreso señalamiento de no poder partirse del mínimo dada la elevada cuantía (US$ 700.000.00) y las modalidades del hecho —uno de los títulos alcanzó a ser consignado en la cuenta por lo que hubo necesidad de reversar la operación—, que es criterio señalado en el artículo 61 para los casos de tentativa. Esas circunstancias sumadas a las genéricas de agravación punitiva, permitió señalarle como pena una cifra menor a la mitad del máximo legal permitido, 5 años. A los cuales se le restó la rebaja por la ley allí señalada, quedando en 4 años y 2 meses de prisión, pues se descontó la sexta parte de los 5 años.

Como puede verse, no hay error aritmético; se quiere, pretextando esta vía, revisar la controversia decidida, como artilugio orientado a lograr una reposición del fallo, jurídicamente improcedente.

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

Resuelve:

No hay lugar a la *aclaración* pedida por la defensa, del fallo de casación proferido.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Coriés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO. TESTIMONIO

En el caso de que el juzgador se salga de las pautas fijadas legalmente en la valoración del testimonio, se incurre en error de hecho, porque se quiebra la lógica, la racionalidad —objetiva— que debe servir de piso a su valoración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 80.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de agosto de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a *Angel Humberto Oliveros Niebles* a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

En la noche de 18 de junio de 1988 se celebraba una fiesta en la casa de la carrera 43 número 28-89 de la ciudad de Barranquilla (Atlántico), cuando de pronto el joven Edgar Retamozo Romero se vio envuelto en una pelea, interviniendo su hermano Robert para defenderlo; se lanzaron botellas y muebles entre los dos grupos en contienda que resultaron. De pronto, Angel Humberto Oliveros Niebles sacó un revólver y disparó varias veces contra Robert, quien fue alcanzado en el cráneo por uno de los proyectiles, falleciendo en el acto. Heliodines Retamozo, su hermano, también murió allí a causa de un disparo que le entró por la región posterior del hemitórax y que, según dictamen de balística es de calibre 9 milímetros, propio de armas de funcionamiento automático o semiautomático (pistolas y subametralladoras).

Angel Humberto huyó en una buseta, pero fue capturado por la policía, hallándosele un revólver calibre 38, con 5 vainillas y 1 cartucho.

El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Permanente de la referida ciudad practicó las primeras diligencias —entre ellas la versión del imputado—, según las cuales Angel Humberto fue quien hizo los disparos, no obstante haber afirmado éste que los dirigió "al aire" para defenderse. Por el contrario, la hermana de las víctimas, Fanny Gabriela, sostuvo que dicho capturado fue la única persona que dis-

paró esa noche, primero a Roberto y luego, por la espalda, a Heliodines, quien corría luego de ver caído a su hermano.

El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal allí radicado abrió investigación, practicó algunas pruebas, y, remitido el expediente al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal Ambulante, se dictó auto de detención contra Angel Humberto como autor de los dos homicidios (fls. 62 y ss.-1). Nuevamente el proceso en el Juzgado Décimo, se cerró investigación y se la calificó mediante auto de septiembre 23 de 1988 (fls. 30 y ss.-2), con resolución acusatoria por el doble homicidio y con apoyo esencial en los testimonios de la nombrada Fanny Gabriela y Gloria María Coronell de Gulofre. El Juzgado admitió que "algunas de las otras personas que intervinieron en la refriega hubieren tenido arma de fuego", pero aclaró que "el único que sacó a relucir revólver lo fue el procesado" (fl. 38).

Confirmada la acusación por el Tribunal (fls. 17 y ss.-3), el proceso pasó al Juzgado Cuarto Superior, que celebró audiencia y dictó sentencia de 25 de mayo de 1990 (fls. 101 y ss.-2), mediante la cual condenó a Angel Humberto por el homicidio en Robert Retamozo Romero, a la pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago por perjuicios del equivalente a 1.200 gramos de oro; y lo absolvió por la muerte de Heliodines, estimando no sólo la experticia balística, sino que las testigos de cargo dijeron haber presenciado cuando el procesado mató a Robert, mas no el preciso momento en que "suponen" que lo hizo respecto de Heliodines, hasta el punto que su hermana Fanny Gabriela declaró haberse "sorprendido" cuando en el hospital "encontré a mi otro hermano muerto".

Ese fallo fue confirmado en su integridad por el que recurre ahora en casación el defensor del procesado.

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, "apartado segundo", el demandante dirige dos cargos al fallo:

1. Violación indirecta de la ley sustancial "por error de derecho", señalando como violados los artículos 2º, 4º, 5º, 35 y 36 del Código Penal, y 253 y 285 del Código de Procedimiento Penal, por estimar el actor que "se dio un valor diferente al que le otorga la ley al testimonio", que no se apreció la "prueba en conjunto sino en forma parcial", y que los testimonios de cargo fundamento de la sentencia "son sospechosos" (fl. 16).

Luego copia aparte de los testimonios rendidos por Fanny Gabriela (que tilda de "mendaz e interesada", por ser ella hermana de las víctimas), Alberto Retamozo Melgarejo, sobrino de los occisos, Carlos Córdoba Pacheco, Bael Atencio Amor (del reconocimiento en fila de personas hecho por estos dos últimos, dice que "no tiene ningún fundamento jurídico", porque se limitan a decir que el procesado disparó, cosa que éste acepta) y Gloria Coronell, de quien dice que "el

sentenciador incurrió en un error en darle un gran valor a este testimonio" (fl. 28).

Pide entonces que se case el fallo y se absuelva al acusado.

2. Violación indirecta por "error de hecho": Afirma el censor que el sentenciador no tuvo en cuenta "las actas de necropsia" ni el peritaje de balística, donde consta que al cadáver de Robert no fue posible extraerle el proyectil, y sí al de Heliodines, pero éste resultó de un arma diferente a la que disparó "al aire" (insiste) el procesado. Critica que no se haya hecho la exhumación del cadáver de Robert, para precisar ("y absolver la duda") qué clase de proyectil fue el que lo mató.

Igualmente, dice que se ignoró la indagatoria de Angel Humberto, quien siempre sostuvo haber disparado "al aire", y los testimonios que avalaron dicha versión, como fueron los rendidos por Adonaís Oliveros Niebles, Rafael Martínez Alvarez, Delia Almeida Ibáñez, Elvia Marlén Barrios Almeida y Hugo Bengal Bolaños, y pide, de nuevo, la casación del fallo y el proferimiento "del que deba reemplazarlo".

La Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal empieza diciendo que la ley no prefija valor a las pruebas, motivo por el cual se equivoca el casacionista en un ataque de esa naturaleza en el cargo primero, y agrega:

"En ello aparece un lugar común consistente en que se critica *la prueba* pero se la toma insularmente, de modo inconexo, con lo que se pierde el sentido científico de la tarea de reconstrucción de los hechos que es de lo que trata el proceso, para lo cual siempre habrá de mirarse el conjunto de los elementos de juicio aducidos a los autos. El concepto de *la prueba* en el buen sentido, implica el acervo común probatorio, es decir la totalidad de datos de prueba con que cuenta el proceso..." (subrayas del original).

Insiste en esos puntos de vista y pide en consecuencia mantener por este aspecto el fallo.

Por lo que hace al segundo reproche, "al igual que el anterior acusa fallas de técnica", porque el actor afirma que se omitió "la prueba", mas no precisa si fue "la autopsia como tal, o la prueba no realizada que él considera omitida, consistente en la exhumación del cadáver que fuera inhumado con el proyectil dentro, para saber si se trata de bala de revólver (que fue el arma disparada por el procesado) o una igual a la del otro fallecido en los hechos". Replica que si "de falta de ordenación y práctica de pruebas" se trata, la causal sería la nulidad, que la Delegada no ve, por "la falta de incidencia" —de la prueba echada de menos— en el fallo.

Anota que tanto tendría en cuenta el fallador "la prueba de necropsia en que se determinó el calibre del proyectil que causó una de las dos muertes del caso (9 mm.)", que justamente con base en

ella absolvió al procesado por la muerte de Heliodines. Y en cuanto al resto de pruebas "que se dicen ignoradas", conceptúa que las consideró el juzgador de primer grado en su sentencia, "que conforma una unidad jurídica" con la dictada por el Tribunal, toda vez que éste le impartió confirmación total.

Y añade que si bien es cierto que en los fallos "no se hizo referencia expresa" a las declaraciones de Adonais Oliveros Niebles, Elvira Marlene Barrios Almeida y Hugo Bengal Bolaños, que corroboran el dicho del acusado "sobre sus disparos al aire, su omisión en nada habría podido modificar las decisiones de fondo a que nos hemos venido refiriendo, pues dichas manifestaciones se ven desvirtuadas por la prueba incriminatoria de orden testimonial e indiciaria a que se hiciera referencia en el cargo primero".

Solicita de tal modo a la Corte la no casación de la sentencia.

Se considera:

Nunca debe asemejarse la casación a una tercera instancia: Bien llama el Código de Procedimiento Penal "extraordinario" a este recurso, queriendo significar con esa adjetivación que el mismo debe estar presidido de una rigurosidad y logicidad tales que, de no observarse, está llamado al fracaso.

Como acontece con frecuencia, aquí el casacionista se dedica de lleno a "criticar" la valoración *que del haz probatorio hizo el sentenciador, sin poner de manifiesto que en el fallo se haya incurrido en protuberante error con respecto a la apreciación de los elementos de juicio que le sirvieron al Tribunal para arribar al fallo de condena.*

En esa equivocación cae el censor en los dos cargos, colocándose más patente en el primero, cuando arguye que el sentenciador le otorgó a la prueba testimonial un valor diverso al que la ley le otorga, como si fuera cierto que la ley le diera un valor anticipado a ese medio probatorio. No: Bien claro es el artículo 295 del citado estatuto al mandar que el testimonio debe ser apreciado "teniendo en cuenta los principios de la sana crítica, entre ellos, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las personales y sociales del testigo, las circunstancias en que haya sido percibido el hecho y en que haya rendido la declaración".

En el caso que el juzgador se salga flagrantemente de esas pautas, ha dicho la Corte repetidamente que se incurre en error de hecho, justamente porque se quiebra la lógica, la racionalidad —objetiva— que debe siempre servir de piso a la valoración del testimonio. Mas en este evento el demandante está muy lejos de siquiera pretender probar semejante equivocación, ya que, en síntesis, lo que hace es colocar su propio y muy subjetivo punto de vista, frente al que, con fundamento, guió a los Jueces de ambas instancias para llegar al convencimiento de que el señor Angel Humberto Oliveros Niebles es responsable de haber matado a Robert Retamozo Romero; y también ponderadamente no encontró certeza de esa responsabilidad en lo que atañe a la muerte del hermano de aquél, Heliodines.

No invocó en el primer cargo el censor el error de hecho, que se configura cuando se inventa el contenido del testimonio (se pone en boca del testigo algo que no ha dicho, o se tergiversa —de forma vinculante y trascendente— lo que ha declarado), o cuando se "le ignora": En el segundo reproche el actor trata de hacer ver que se incurrió en esta última modalidad del yerro factual, por haber ignorado el Tribunal varias pruebas. Pero no: Respecto de la indagatoria, el censor se confunde porque lo que él entiende por "ignorar" no es tal cosa, sino un disenso del sentenciador en cuanto a la credibilidad que le parece al actor merece el dicho del procesado cuanto repite que disparó meramente "al aire", y que, por tanto, el arma por él disparada no fue la que mató a Robert Retamozo. *Es obvio que la crítica que hace a la valoración de la indagatoria, no conforma, en los términos vistos, un error de hecho.*

Ahora, en relación con las pruebas de tipo testimonial de las cuales se apartó el sentenciador, como de las que no mencionó expresamente, tiene sobrada razón la Delegada cuando anota que unas y otras no hacían sino avalar la versión del justiciable, en el ya dicho sentido de que disparó "al aire". "De otra parte —señaló el señor Procurador Primero Delegado— cabe anotar que el recurrente al pretender calificar los testimonios que corroboran los dichos del sentenciador como los únicos 'verdaderos e imparciales', sin 'interés procesal' alguno, muestra su verdadera dimensión la esencia del libelo, que es apenas un alegato en el que pretende presentar su personal punto de vista sobre las pruebas frente a la valoración del fallador, enfrentamiento ajeno a la casación en la que se busca establecer si la decisión cuestionada se ajusta a derecho. Pero el señor defensor insiste en llamar errores a las apreciaciones y valoraciones del sentenciador que no comparte y por esa razón la demostración se convierte en un alegato de prueba improcedente en esta sede" *(se subraya).*

Insinúa en ese segundo reparo el libelista una "nulidad" que no invocó y que se refiere a la no práctica de la exhumación del cadáver de Robert Retamozo, para determinar —según el demandante— de qué clase fue el proyectil que le quitó la vida a ese joven. El casacionista argumenta que una tal diligencia podía descartar la responsabilidad de Angel Humberto, si se llegare a probar que el proyectil que hizo blanco en el cráneo de ese ciudadano no corresponde al revólver que —lo admite el censor y lo corrobora todo el acervo probatorio— accionó esa noche el procesado: Como la bala que mató a Heliodines resultó ser de calibre 9 milímetros (es decir, de un arma que el fallador reitera no fue la que utilizó el acusado), el actor se propone introducir "la duda", con el planteamiento de que, como las principales testigos dijeron que el acusado "mató a ambos" (a Robert y Heliodines), y "de otra" fue el arma de la cual salió el plomo que mató a Heliodines, es "muy posible" que de esa misma arma haya también salido el proyectil que mató a Robert, evento en el cual el procesado tampoco sería responsable de esa "primera" muerte.

Pero no: Por un lado Fanny Gabriela Retamozo Romero (el hecho de ser hermana de las víctimas no la descalifica, como quiere el actor) y Gloria María Coronell, son muy precisas en cuanto a que la muerte de Robert la causó Angel Humberto, al disparar sobre él (fls. 49 y

35-1), precisión que, como lo admitieron los juzgadores de segunda y primera instancias, no se aprecia en torno a la muerte de Heliodines, por la cual precisamente se absolvió como atrás se dijo.

En fin, la no práctica de la exhumación no tiene por qué constituir una omisión de tanta monta que coloque a la justicia frente a una muy severa duda en cuanto a la responsabilidad de Angel Humberto en la muerte de Robert Retamozo Romero, *incidencia* esa que, de darse realmente, impondría el decreto oficioso de una nulidad: Mas por lo dicho, no hay en este caso razón para tomar tan drástica medida.

Así las cosas, la no prosperidad de los cargos deviene lógica.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero 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.*

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PARTE CIVIL. Perjuicios. PENA. APELACION

La parte civil no puede solicitar la modificación de la pena privativa de la libertad, salvo que de ella dependa el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 080.

Vistos:

El apoderado del procesado *Salvador Cortés Méndez* solicita en favor de su representado el beneficio de libertad provisional al considerar que el tiempo efectivo en reclusión y la rebaja a que tiene derecho por trabajo, resultan superiores a las dos terceras partes de la pena y, "...durante su permanencia en el centro penitenciario ha registrado excelente conducta a más de que, como lo registran los autos, su personalidad permite suponer que la pena ha cumplido su finalidad primaria, cual es la readaptación al medio social".

Consideraciones de la Corte:

El Juzgado Segundo Superior de Sogamoso mediante sentencia de fecha 21 de febrero de 1990, condenó a Cortés Méndez a la pena privativa de la libertad de sesenta y tres (63) meses de prisión como autor responsable del delito de homicidio, en la circunstancia prevista en el artículo 60 del Código Penal; a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de consumir bebidas embriagantes por un término igual al de la pena principal; al pago de $ 24.800.000.00 como perjuicios materiales y 600 gramos de oro como morales y le reconoció la rebaja de pena prevista en la Ley 48 de 1987.

En providencia de fecha 22 de febrero de 1990, es decir, al día siguiente de proferida la sentencia en forma oficiosa, se aclaró ésta en el sentido de que la pena a imponer es la de *cuarenta y cuatro (44) meses de prisión* y no la mencionada en la sentencia, pues se incurrió en error aritmético que debía ser corregido de conformidad con lo preceptuado por el artículo 216 del Código Penal.

La apoderada de la parte civil recurrió en apelación el fallo condenatorio al considerar que los perjuicios morales han debido ser decretados en su máximo, es decir en un mil gramos de oro o su equivalente al momento de su pago y que en los perjuicios del orden material no se incluyeron algunos gastos que realizó con ocasión del proceso como pasajes y otros menores. Agrega que "...en forma improvisada se reconoce al condenado Salvador Cortés Méndez la consagrada en el artículo 60 del Código de Procedimiento Penal (sic), es decir que para el momento de cometer el homicidio se encontraba en el estado de ira e intenso dolor".

"Como no es igual la indemnización cuando el hecho punible es voluntario y simple que cuando existe algún atenuante considero que la sentencia debe ser revocada respecto al reconocimiento de este beneficio".

Por auto de fecha 14 de marzo siguiente el Juzgado concedió el recurso de apelación a la parte civil en cuanto se refiere a los perjuicios morales y materiales y *lo negó respecto de la dosificación de la pena tanto en la sentencia como en el auto aclaratorio*, pues su interés jurídico quedó satisfecho con la condenación en concreto de los perjuicios ocasionados con la infracción.

La apoderada de la parte civil presentó recurso de reposición contra el auto de fecha 14 de marzo de 1990 que le negó parcialmente el de apelación contra la sentencia de primer grado y, al mismo tiempo, el defensor del procesado interpuso igual impugnación a fin de obtener la revocatoria de la mencionada providencia, es decir, que se negara en su totalidad el recurso de apelación ya que el único interés de la parte civil radica en obtener el resarcimiento del daño causado con el delito, el cual se vio satisfecho con la decisión adoptada en la sentencia.

El Juzgado por auto de fecha 19 de abril del mismo año, mantuvo su decisión de conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte civil contra la sentencia de segundo grado, negando por ello la procedibilidad de los de reposición interpuestos por ella y la defensa.

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante sentencia de fecha 27 de julio de 1990 modificó el fallo de primera instancia en el sentido de imponer al procesado como pena privativa de la libertad la de diez (10) años de prisión por el delito de homicidio simple, rebajada en una sexta parte por aplicación de la Ley 48 de 1987, para fijarla definitiva en cien (100) meses de prisión; confirmó la condenación de perjuicios morales y rebajó los materiales al monto fijado por peritos, es decir, en $ 24.774.429.00. Tanto la parte civil como el defensor del procesado interpusieron el recurso extraordinario de casación el cual fue admitido por la Corte mediante auto de fecha 3 de octubre de 1990. Presentadas las correspondientes demandas, la Sala en providencia de fecha 24 de mayo del presente año, declaró la nulidad parcial del auto admisorio del recurso respecto de la parte civil, por no tener interés jurídico para impugnar el fallo de segunda instancia, manteniéndolo con relación a la defensa.

Vista la anterior reseña procesal, *ha de afirmarse para los efectos de la libertad solicitada, que el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo tenía una competencia restringida, es decir, sólo podía pronunciarse sobre aquellos puntos en que la parte civil, como recurrente, tenía interés legítimo para solicitar la reforma de la sentencia. En cuanto a la pena privativa de la libertad, se ha dicho reiteradamente que la parte civil no puede solicitar su modificación, salvo que de ella dependa el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción.*

En otras palabras, si al reconocérsele al procesado la rebaja de pena por la presencia de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal y los perjuicios hubiesen sido concretados proporcionalmente con la sanción privativa de la libertad, indudablemente que la parte civil tendría entonces interés legítimo en obtener la modificación de la sentencia en cuanto a la pena, pues sólo así obtendría el resarcimiento pleno del agravio ocasionado con la infracción. Pero como en este caso, los perjuicios fueron concretados por los peritos sin objeción alguna y reconocidos a plenitud por el Juzgado, resulta manifiesta la ausencia del interés para recurrir ese extremo del fallo de primera instancia, razón por la cual, se repite, la competencia del Tribunal estaba limitada al punto concreto sobre el cual se otorgó el recurso de apelación.

Quiere decir lo anterior y para los efectos del beneficio de excarcelación que se demanda, sin perjuicio de la decisión que deba adoptar la Corte con relación al recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Salvador Cortés Méndez contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que la pena que debe ser considerada en esta providencia y en forma provisional, es la fijada en el fallo de primera instancia, es decir, *cuarenta y cuatro (44) meses de prisión.*

El procesado fue capturado el 14 de junio de 1985 y permaneció privado de su libertad hasta el 22 de octubre del mismo año, fecha en la cual se le otorgó el beneficio de libertad provisional y prestó la caución fijada, es decir, cumplió solamente cuatro (4) meses y ocho (8) días. El 18 de septiembre de 1989 se presentó voluntariamente y desde esa fecha viene privado de su libertad en forma ininterrumpida, o sea, veinticinco (25) meses y diecisiete (17) días más, para un acumulado de *veintinueve (29) meses y veinticinco (25) días* en detención efectiva.

Por trabajo acredita 7.064 horas que le representan una rebaja de pena equivalente a nueve (9) meses y veinticuatro (24) días de conformidad con lo preceptuado por la Ley 32 de 1971 y el Decreto reglamentario 2119 de 1977 y, finalmente, una rebaja adicional de siete (7) meses y diez (10) días que representan la sexta parte de la pena impuesta en el fallo de primera instancia, por aplicación de la Ley 48 de 1987 ya que los hechos tuvieron ocurrencia antes del primero de julio de 1986, la infracción por la que se le juzgó no se halla excluida del beneficio y el procesado no registra antecedentes penales en los diez (10) años anteriores a su vigencia, para un total de

cuarenta y seis (46) meses y veintinueve (29) días, superiores a la totalidad de la sanción tantas veces mencionada.

Procede entonces la petición del señor apoderado de Cortés Méndez, razón por la cual, teniendo la excarcelación el carácter de provisional, deberá el acusado prestar caución prendaria por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que consignará a favor del Juzgado de primera instancia, es decir, el Segundo Superior de Sogamoso y suscribir diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada quince (15) días ante el mismo Despacho judicial.

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

Resuelve:

1º *Otorgar* al procesado Salvador Cortés Méndez el beneficio de libertad provisional, previa caución prendaria por la suma de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) que consignará a favor del Juzgado Segundo Superior de Sogamoso (Boyacá) y la suscripción de diligencia de buena conducta y presentaciones personales cada quince (15) días ante el citado Despacho Judicial.

2º Satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente boleta de excarcelación, al Director de la Cárcel del Circuito Judicial de Sogamoso (Boyacá) donde se halla recluído el procesado, con la advertencia de que sólo producirá efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

3º Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al Juzgado Segundo Superior de Sogamoso (Boyacá). Líbrese la correspondiente comunicación telegráfica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION. IN DUBIO PRO REO

Son diferentes y de suyo sustancialmente inconfundibles los yerros surgidos del reconocimiento de la duda razonable y su omisión en aplicarla, de la ignorancia sobre su existencia.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0081.

Vistos:

El catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa (1990), el Tribunal Superior de Orden Público confirmó el fallo proferido por el señor Juez Cuarto (4º) de Orden Público de la capital de la República, mediante el cual condenó a *Pedro Pablo Mesa Hernández* como autor penalmente responsable de una infracción al artículo 12 del Decreto 180 de 1988, a purgar la pena principal de doce (12) años de prisión.

Contra aquel fallo recurrió en casación el procesado, declarándose ajustada a derecho la demanda presentada por su apoderado. Por su parte, el señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal solicita la infirmación del libelo por presentar fallas técnicas en su presentación.

Hechos:

De esta guisa se resumieron en las instancias:

"Esta investigación tuvo su origen en el informe rendido por el mayor Guillermo Gómez Lizarazo —Jefe de la Policía Judicial SIJIN— de fecha octubre 10 de 1989, dando cuenta de lo acontecido la noche del cinco de octubre del año próximo pasado, cuando en el establecimiento denominado 'Carulla' de la calle 90 con carrera 16 se capturó por efectivos adscritos a esa unidad, el sujeto Pedro Pablo Mesa Hernández, quien se refugió en las bodegas de esa dependencia, luego de que fuera sometido a persecución instantes después de que colocara y estallara petardo de alto poder explosivo frente al almacén 'Plumas y Bolígrafos' de la carrera 15 con calle 91, el que afortunadamente no dejó víctimas, pero sí daños de consideración en el sector.

"Señala el aludido informe que el sujeto Mesa Hernández fue capturado gracias a los informes de un ciudadano que no quiso que se divulgara su identidad por motivos de seguridad, pero que rindió exposición dando cuenta de los pormenores, estampando únicamente su huella digital. No obstante, el oficial indica que si es el caso, suministrará datos completos del mismo".

Actuación procesal:

En estos términos la resumió la Delegada:

"Entre las diligencias preliminares adelantadas por la Jefatura de la Policía Judicial —SIJIN— a cargo del mayor Guillermo Gómez Lizarazo, se encuentra la recepción de la versión de un ciudadano que presenció los hechos, quien informó de las circunstancias espacio-temporales que mediaron en su ocurrencia, así como la descripción física e indumentaria del autor, lo que facilitó la aprehensión de quien se identificó como Pedro Pablo Mesa Hernández, pero a su turno solicitó al oficial no se divulgara su identidad por motivos de seguridad, sin embargo en el acta de exposición (fls. 1 y vto. del C. Or.), firmó e implantó la huella.

"Con fundamento en el informe de fecha 10 de octubre de 1989 rendido por el Jefe de la Policía Judicial —SIJIN—, en el que se da cuenta de lo acontecido el día de los hechos, el Juzgado Cuarto de Orden Público de Bogotá dispuso la apertura de la investigación dentro de la cual indagó a Mesa Hernández, quien se mostró ajeno a los cargos endilgados.

"En la etapa instructiva igualmente se allegó diversidad de prueba de índole pericial, testimonial como la de los oficiales y agentes del orden, Reinaldo A. Aricapa Posada, José T. Vallejo Pulido y Gratiniano Rodríguez Arana, quienes dieron cuenta de la explosión del petardo en la carrera 15 con calle 91 de esta ciudad y la posterior captura de Pedro Pablo Mesa Hernández, persona que resultara ser la misma que vieron correr luego del estallido y se refugiara en los almacenes Carulla, ya que se encontraban a escasa una cuadra del lugar de la explosión y en su aproximación pudieron percatarse de tales acciones. Así también al momento de la aprehensión, que el sindicado expelía de sus manos olor a pólvora y además era señalado por varias personas de ser el responsable del acto terrorista, viéndose en la necesidad de defenderlo del público que quería 'linchario'. Afirman también los policiales que el capturado 'confesó' su responsabilidad en los hechos, suplicando a su vez que no le dieran muerte. Con fundamento en las anteriores diligencias el Juzgado Cuarto de Orden Público resolvió la situación jurídica del implicado con medida detentiva en su contra por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art. 12 del Decreto 180 de 1988).

"Perfeccionada la investigación y presentadas las alegaciones precalificatorias por parte del Ministerio Público y el defensor del procesado, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia el 6 de junio de

1990, mediante la cual condenó a Pedro Pablo Mesa Hernández, a la pena principal de 12 años de prisión, multa de 20 salarios mínimos y demás sanciones accesorias de ley como responsable de infringir el artículo 12 del Decreto 180 de 1988.

"El Tribunal Superior de Orden Público en sentencia de 14 de septiembre de 1990, confirmó el fallo de primer grado por la vía de apelación".

La demanda:

Con base en las causales primera —segmento final— y tercera de casación, el censor eleva los siguientes cargos:

Primer cargo: Lo presenta en el ámbito de la violación indirecta de la ley por error de derecho, señalando que las pruebas legalmente aducidas al proceso no demuestran con certeza la autoría material del delito investigado en cabeza de su poderdante. En cambio, advierte, el recaudo probatorio siembra la duda sobre su responsabilidad, por lo que ha debido aplicarse el *in dubio pro reo*.

A renglón seguido advera que el juzgador violó el artículo 246 del estatuto procedimental, pues al tiempo que admite el incumplimiento de las formalidades legales en la recepción de la declaración rendida por Gabriel González, le confiere valor probatorio. A continuación, asegura que se le dio categoría de dictamen pericial a la declaración del agente de policía José Tobías Vallejo Pulido, cuando indicó que las manos de Mesa olían a pólvora. De otra parte, cuestiona la actitud del Tribunal al presumir que Mesa había confesado, por las manifestaciones que en tal sentido hicieran los agentes que lo aprehendieron. De igual manera, critica el que se diera como cierta la identidad del reo por los testimonios de Reinaldo Aricapa, José Vallejo y Gratiniano Rodríguez, sin practicarse como era debido el reconocimiento en fila de personas. Finalmente, llama la atención sobre el intento del *ad quem* por subsanar la estimación del testimonio de Gabriel González, pese a que fue ilegalmente aducido al proceso, invocando el Decreto 1192 de 1990.

Segundo cargo: Sostiene esta vez que el proceso de la especie está viciado de nulidad, ya que pese a ordenarse la recepción del testimonio de Gabriel González Guevara, no se le dio cabal cumplimiento, aunque sí se le dio validez y sirvió de fundamentación a la providencia condenatoria. Además, advierte que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, al tiempo que indica un quebranto al derecho de defensa al no practicarse un reconocimiento en rueda de presos (sic).

Concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Luego de precisar las diversas fallas de orden técnico que posee la demanda de casación presentada a consideración de la Sala, solicita su consiguiente desestimación.

La Corte:

I. Como quiera que la prosperidad de la causal de nulidad haría innecesario el estudio del reproche elevado con fundamento en la causal primera, la Corte se referirá a aquella en primer término:

Segundo cargo: Como oportunamente lo recuerda el Colaborador Fiscal, la causal de nulidad no es de libre invocación, pues al igual que las demás, se encuentra dotada de sus propios fundamentos pero sujeta a los principios generales de la casación, lo que obliga a efectuar su demostración con el rigor y lógica que se predica de este especial medio de impugnación. De no hacerse así, el fracaso es su medida.

Por consiguiente, no se puede acudir a generalidades, formulaciones abstractas, meros señalamientos de las pretensas violaciones a las garantías fundamentales o, simplemente, dejando planteada la inquietud para que la Sala, en reemplazo del actor, desentrañe el atropello.

Háse dicho, y hoy se repite, que la facultad oficiosa de la Colegiatura en esta materia, no se corresponde con la amplitud instancial. Limitada en su quehacer por los lineamientos de la demanda, únicamente podrá estudiar y decretar una nulidad presente en el proceso, cuando del estudio de las censuras, brote meridianamente este vicio.

En el reproche, el casacionista deja de lado estas advertencias. Cita la declaración de Gabriel González y le endilga el carácter de fundamental en la decisión condenatoria, pese a no haberse practicado. La parquedad de su pensamiento prosigue al poner de presente la falta del reconocimiento en rueda de presos, y la verificación de las citas del encartado. Nada más.

No se preocupa por realizar el estudio correspondiente de la suma probatoria, indicando en su totalidad, los elementos de juicio que le sirvieron de sustento al sentenciador para proferir el fallo cuestionado, enfrentándoles al tiempo las pruebas que no se realizaron, para culminar su razonamiento demostrando cómo su presencia tenía la virtud de cambiar positivamente la suerte del procesado.

De otra parte, a la poquedad argumental se suma el silencio que guarda sobre el carácter de la nulidad señalada. Se limita apenas a transcribir el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, recordándole a la Corporación que él "...establece garantías del individuo frente al poder absorvente (sic) del Estado garantías de orden procesal cuya vigencia reclama la sociedad..."

Finalmente, y desobedeciendo el principio de autonomía que gobierna a las causales de casación, el recurrente formula en este cargo un error de hecho por falso juicio de existencia, fenómeno propio de la causal primera, segundo cuerpo, planteamiento contradictorio que de por sí le adiciona oscuridad a su pensamiento, al no saberse a ciencia cierta el alcance real de sus pretensiones.

Desestímase el reproche.

II. *Primer cargo: No es tampoco afortunado el impugnante en la formulación de esta censura. En primer término asegura, que las*

probanzas recaudadas no son suficientes para predicar la certeza sobre la autoría de su patrocinado en la comisión del hecho delictuoso. Por tanto, considera que existe la duda que necesariamente debía conducir a la absolución correspondiente, de haberse aplicado el in dubio pro reo, *pero que en realidad no se hizo.*

No obstante, no determina qué clase de duda es la provocada por el yerro del Juez. Sobre el particular, la Sala ha dicho que "...es justamente en este terreno donde las equivocaciones de los demandantes son frecuentes porque olvidan que una duda, per se, es un fenómeno de puro hecho, pero que el valor probatorio que se le da a ese fenómeno, la ley lo determina. De suerte que este tipo de impugnación tiene dos aspectos:

"1. Cuando la sentencia reconoce que existe duda razonable originada en el haz de pruebas recaudado y, no obstante, deja de aplicarle a esa situación el valor probatorio que le asigna la ley, esto es, el de plena prueba pro reo, *se presenta error de derecho por violación indiscutible de la consecuencia condicionada o consecuencia jurídica del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal (art. 248 del C. de P. P. de 1987).*

"2. Cuando la sentencia ignora la existencia de duda razonable y manifiesta, originada en el haz de pruebas recaudado y, sin embargo de que existe esa situación, decide perjudicando al reo, se presenta el error de hecho por desconocimiento de la situación fáctica condicionante del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

"Como se ve, además de ser diferentes estos dos errores son de suyo sustancialmente inconfundibles. De ahí que sea menester lógico del actor precisar cuál de ellos impregna la sentencia viciándola de fondo" (Sentencia de 6 de mayo de 1982).

Pese a esto, simplemente se limita el censor a decir que "...brillan una serie de pruebas que nos hacen crear la duda sobre la responsabilidad de mi patrocinado eliminando desde todo punto de vista jurídico la CERTEZA que predican tanto el a quo *como el* ad quem..."

III. Ahora bien, avanzando en la lectura de su escrito, encuéntrase la tacha que le hace a las declaraciones que Gabriel González rindiera ante la policía sobre la responsabilidad de Mesa en el atentado dinamitero. Al respecto asegura que "...en el fallo le da como prueba de gran poder de convicción para proferir sentencia condenatoria...", aunque fueron recibidas "...sin el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 285 del Código de Procedimiento Penal".

La parquedad de sus afirmaciones es manifiesta. Olvida señalar la importancia que tuvo el dicho testimonio en la sentencia condenatoria, ora porque fue el único, bien porque fue el pilar, quizás porque era el sustento de otras pruebas tenidas en cuenta. Pero, además puede observarse que del falso juicio de legalidad pasa al falso juicio de convicción, reduciéndose la censura "...al gran poder de convic-

ción...", olvidando que los diferentes medios probatorios no están sujetos a tarifa legal alguna, sino a las reglas de la sana crítica. Si la contradicción conspira contra su éxito al plantear el cargo en un ámbito y defenderlo en otro, una presentación adecuada también estaba destinada al fracaso.

IV. Como con tino lo advierte la Delegada, este no fue el único elemento de juicio tenido en cuenta por los sentenciadores, aparte de que la mencionada exposición no fue tomada como tal sino como indicio grave en contra del encartado, a ella se sumaron otras que completaron el cuadro de responsabilidad. Al efecto, el Tribunal habla de la persecución de que testigos y policías emprendieran contra Mesa luego de presenciar que dejaba un paquete humeante, el refugio que buscara en el almacén Carulla del sector, su retención, el olor a pólvora que desprendían sus manos y el intento de linchamiento por la ciudadanía, indignada por el atentado.

De otro lado, peca el censor de excesivo rigorismo al indicar que la mención hecha por uno de los agentes de policía que participaron en la retención de Mesa, sobre el olor a pólvora que desprendían sus manos, sea tenido en cuenta en las instancias como dictamen pericial. Es claro para la Sala que tal manifestación del representante del orden valorada como indicio, el que unido a los demás que se detallaran en precedencia, así como la prueba testimonial que fue conteste en señalar a Mesa como el autor del ilícito, configuró la certeza que permitió el fallo condenatorio.

Lo mismo debe responderse ante su crítica sobre el haberle dado la categoría de confesante a Mesa, con base en la exposición que rindiera ante la policía. Bien se observa en la providencia cuestionada que, por el contrario, el Tribunal le dio apenas la categoría de indicio.

V. Finalmente, ha de señalar la Colegiatura la confusión que exhibe el actor entre inexistencia y nulidad, citándolas indistintamente, olvidando que la primera se refiere a los actos procesales que carecen de las formalidades esenciales para su validez, mientras que la segunda han violado el debido proceso o el derecho de defensa.

VI. Para terminar, cabría llamar la atención sobre la defectuosa presentación del cargo en lo atinente al señalamiento de las normas tanto sustanciales como procesales que fueron violadas por el yerro judicial. Dejando incompleta la proposición jurídica, el casacionista se limita a indicar las de la última especie, ignorándose por consiguiente, cuáles fueron las normas sustanciales que fueron violadas indirectamente, a través del error de derecho alegado.

Tampoco prospera este cargo.

Con arreglo a lo expuesto con anterioridad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONFESION. PENA

La ley no se restringe a la mención única de la "confesión", sino que ha agregado el mérito que ésta debe contener y expresar

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 82.

Vistos:

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra el fallo de condena pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales (diciembre 10 de 1990), mediante el cual impuso a *Jorge William García Tabares*, por el delito de homicidio en Derián Antonio Soto Moreno, diez (10) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual período, así como el pago de los perjuicios correspondientes, señalados de manera concreta en la sentencia.

La admisión del recurso se proveyó el doce de abril, y, la admisión de la demanda, el cuatro de julio, ambas fechas del año mil novecientos noventa y uno.

Hechos:

De éstos anota el Tribunal:

"...Desde hacía unos dos años Derián Antonio Soto Moreno tenía una deuda insoluta de dos mil pesos con Jorge William García Tabares, originada en tratos conectados con la minería, profesión que uno y otro ejercían en el municipio de Marmato. Al romper el día domingo 4 de junio de 1989, bebidos los dos, se encontraron en el momento que, casi al paso, salían de un centro de diversión conocido en aquella población con el nombre de 'Cerro de Oro'. Enojado porque en ese momento Derián Antonio no pudo enjugarle la deuda y a lo mejor por la forma tal vez inabordable como éste le contestó que carecía de dinero inmediato, Jorge William le descerrajó tres tiros de revólver que acabaron enseguida con su vida..."

Actuación procedimental:

Del siguiente modo la condensa el Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"...2. Inició e instruyó el proceso el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Riosucio al cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Marmato remitió con el informe policivo las actas de levantamiento del cadáver y de necropsia y al calificar el mérito sumarial, comprometió en juicio al inculpado, mediante resolución acusatoria en la que le atribuyó el delito de homicidio agravado por las circunstancias del numeral 4º del artículo 324 del Código Penal y por dos de las genéricas del artículo 66 *ibidem*, calificación que mantuvo el Tribunal Superior del Distrito, pero sólo con la primera de las mentadas agravantes al conocer por apelación la decisión.

"Rituado que fue el juicio, el Juzgado Primero Superior de Manizales profirió sentencia de condena contra el acusado, por el delito de homicidio simple por considerar que ninguna circunstancia agravante caracterizó el hecho, y le dedujo como pena principal la mínima del artículo 323 del Código Penal.

"No satisfechos acusado ni defensor, recurrieron en apelación el fallo, la cual sustentó el segundo dentro del plazo de ley, sin resultado positivo, pues el Tribunal en la segunda instancia lo confirmó plenamente mediante la sentencia que ha sido impugnada a través de este recurso extraordinario..."

La demanda:

El único cargo que se formula contra la sentencia, consiste en estimarla como violatoria de la ley sustancial, de manera directa, por falta de aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 5º, 6º del Código Penal y 44 y 45 de la Ley 153 de 1887 y 26 de la Constitución Nacional.

Al respecto entresaca, del pronunciamiento del Juez de primera instancia, que el procesado "confesó haber sido el autor de los disparos que acabaron con su vida (Soto) y esa confesión no ha sido desvirtuada en el proceso", constituyéndose, por tanto en "fundamento esencial de la instrucción y de la responsabilidad del procesado".

Esta aseveración conservó su validez por el acogimiento que el *ad quem* hizo de ese pronunciamiento.

Luego de analizar lo que la ley y la doctrina tienen por establecido en cuanto a la confesión, concluye que las manifestaciones del procesado tienen que considerarse como tal. Ahora bien, en cuanto al que el sentenciado aludió a un fenómeno de legítima defensa, lo que llevaría su confesión al esquema de las que suelen denominarse cualificadas, señala que el artículo 301 no distingue entre ésta y la simple y por tanto una y otra merecen igual tratamiento. La claridad de los

textos, el principio de favorabilidad, imponen esta conclusión y por tanto no puede desconocerse la rebaja de punición a que tiene derecho García Tabares.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

Las muy personales apreciaciones del recurrente constituyen argumentaciones que la Corte, en varias y constantes decisiones, ha tenido oportunidad de conocer y rebatir. Por tanto, nada nuevo se aporta al análisis de este punto y de ahí que no sea del caso extender en demasía la respuesta, ni abundar en adicionales comentarios. El Procurador Tercero Delegado ha recordado esta posición conceptual de la Sala y reconocido su validez. La confesión, para ser considerada como indescartable atenuante, tiene múltiples explicaciones que fijan su razón de ser, v. gr., facilitar el averiguatorio, no exponer a otras personas a compromisos o responsabilidades que les son ajenas, exteriorización de un estado de arrepentimiento, sometimiento integral a la justicia, solidez de la sentencia pronunciada, etc.

Pues bien, nada de ésto es dable acreditar a quien se limita, en el plano de los reconocimientos, a exhibirse como el autor material de un hecho, pero que, en aspecto más trascendente y definitivo, exque actuó conforme a derecho y por tanto ajena a toda represión. Cómo puede, y en esto ha enfatizado la Corte en anteriores y reiteratraña la responsabilidad de su acto, para mostrarse como persona dos fallos, reflexión que ahora la Delegada recuerda perentoriamente, tenerse como "fundamento de la sentencia" el dicho del procesado que alega que ejerció una nítida y completa legítima defensa? Si la resolución tuviera en cuenta tan esencial presentación, tendría otro contenido y efecto, vale decir, habría expresado una absolución. Cuando se está emitiendo proveído diferente es porque se está desechando como presupuesto del mismo tal cualificación y, por tanto, se habrá tenido necesidad de arbitrar otros diversos medios de convicción para determinar los motivos que la ley considera como suficientes para deducir una responsabilidad y determinar una pena. La ley es sabia y armónica en este tema y al mismo tiempo no puede estar admitiendo un factor que afirme y niegue la responsabilidad, permita desaparecer la sanción y la haga inevitable, interprete la conducta como ajustada a derecho y la explique como contraria y quebrantadora del mismo.

La ley es muy clara, cierto, pero esta claridad no se la da un segmento de la misma sino su integridad. Por eso en el punto comentado no se restringe a la mención única de la "confesión", sino que ha agregado el mérito que ésta debe contener y expresar: Servir de fundamento de la sentencia, esto es, que sustente un efecto punitivo. Todo lo que se aleje de este destino, podrá seguir respondiendo a un encuadramiento laxo y genérico de "confesión", con distingos y subdistingos, pero no se enmarcará en la clase de manifestación que el precepto legal ha previsto para poder dispensar una detracción de pena.

La Corte, y esto también lo recuerda la Delegada, ha interpretado la parte oscura o el relativo vacío que podría advertirse en este

dispositivo legal: Las confesiones cualificadas que permiten fundar en parte de ella un fenómeno de responsabilidad que, por sus especiales características, repercutiera en la sanción v. gr. el estado de ira o intenso dolor, por grave e injusta provocación, o el exceso en una causal de justificación. En estos eventos, como la parte de pena que corresponde imponer resulta cimentada en las propias expresiones del procesado, lógico aparece que pueda disfrutar y merecer la comentada diminuente.

Para aplicar esta benigna regla a conductas que son posteriores a su expedición no hay necesidad de acudir al principio de favorabilidad, el que sí tiene eficacia para procesos ya finiquitados (evento que también ha esclarecido la Corte en múltiples ocasiones), o para comportamientos delictuosos posteriores a la ley que ha reconocido la atenuación.

Acudir al concepto de la ley favorable para amparar una interpretación que cobije tanto la confesión simple como la cualificada, es asumir un método de análisis repudiado por la lógica, pues con ello no se pretende determinar el alcance verdadero de una norma (antecedentes, contextos, etc.) sino establecer cuál es el aspecto más permisivo a que pueda llegarse en su valoración. Y en esto último juega tanto no un proceso dialéctico como si la fantasía, el sentimiento o el particular interés.

Conviene finalmente, destacar lo que la Delegada, igualmente, ha distinguido con precisión y acierto. O sea, que el casacionista ha tomado un término de la sentencia de primera instancia, en sentido que no le es propio a su contexto y que no tuvo, en el juzgador, el propósito que le asigna el censor, para hacerlo coincidir con sus pretensiones: Sólo aceptó ser el autor de los disparos (hecho material), pero no confesó su responsabilidad, puesto que pretendió hacerse reconocer la justificante de la legítima defensa. Finalmente, conviene cerrar con la siguiente opinión de la Delegada. "...Que el acto homicida reconocido por el procesado no fue desvirtuado en el proceso y que tal reconocimiento vertido en confesión hubiese sido el fundamento del estudio hecho por los diversos funcionarios que intervinieron en la investigación —que tales son las afirmaciones en definitiva propias de la sentencia si se tiene en cuenta el fenómeno de unidad de que habla el censor— son comentarios propios del proceso mental evaluativo del juzgador, carentes de significación frente al artículo 301 del Código Penal, que precisamente por ello no aparecen valederos en la tasación de la pena.

"Y es que no podía el fallador otorgarle a la prueba la calidad de diminuente, porque la circunstancia calificante alegada consistente en justificación por legítima defensa, tendía a la absolución.

"Visto este aspecto de la problemática planteada por el señor demandante, el cargo resulta incongruente en sus propios extremos.

"Además, lo que logró el procesado con la confesión del hecho punible que contó con un testigo presencial (Rodrigo Antonio Romero, fls. 27, 60 y 108, cuaderno principal) fue un cometido contrario

al objetivo de la norma que se dice inaplicada, como se sabe, instituida para corresponder a la buena voluntad y deseo de colaboración con la investigación por el sujeto delincuente, pues el esfuerzo investigativo se incrementó innecesariamente según lo refleja el acervo probatorio".

Se desestima el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *resuelve, no casar* el fallo impugnado, ya señalado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

HOMICIDIO. Cónyuge

La calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, sino el que corresponde a una efectiva y real relación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 082.

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado *Nelson Ortiz Salas*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Unico Superior del Municipio de Andes, con la modificación de revocar el reconocimiento de la causal de atenuación de la ira e intenso dolor, y en consecuencia el aumento de la pena de sesenta y cuatro (64) meses de prisión a ciento noventa y dos (192), por el delito de homicidio agravado.

I. Hechos y actuación procesal:

El Tribunal Superior describe lo ocurrido en el fallo impugnado así:

"Emperatriz Elena Correa Restrepo y Nelson Ortiz Salas contrajeron matrimonio por los ritos de la Iglesia Católica, de cuya unión nació Juan David. En su relación presentáronse graves desavenencias de índole generalmente violento, que conllevaron a la mujer a abandonar al varón y a establecerse en su hogar materno, situación que no representó obstáculo para que entre ellos eventualmente existiera algún contacto ni para que Emperatriz visitara irregularmente el apartamento en que anteladamente cohabitada con su compañero, y con el fin de retirar algunas de sus pertenencias.

"El 22 de abril del calendario que feneció Emperatriz dedicose como desde las ocho de la noche a ingerir moderadamente algunas

bebidas embriagantes y a bailar en el establecimiento Dalias del municipio de Andes, con un grupo de personas amigas. Allí también encontrábase su cónyuge danzando con una dama y tomando aguardiente. La diversión fue suspendida al finalizar la noche y Emperatriz, junto con quienes se encontraba, abandonó el lugar, en cuya puerta estaba Nelson Ortiz Salas, quien algo le dijo a su esposa. Esta no le atendió y siguió su rumbo, pero apresuró el paso y adelantándose a sus amigos, se dirigió a la heladería Minerva en donde le abrieron la puerta que estaba entrecerrada; como el varón la siguió, Dalia Mejía Restrepo se introdujo ligeramente en dicho establecimiento y advirtió a Emperatriz del asedio y la vigilancia de su esposo, rogándole que no fuera a salir. Esta sin embargo decidió afrontar la situación y apenas egresó de la Minerva fue atacada con arma de fuego por Nelson Ortiz Salas, quien instantáneamente le propinó tres balazos dándose posteriormente a la huída. La mujer falleció el 24 de abril y su agresor fue aprehendido".

Tomando como base la denuncia formulada por Francisco Luis Correa Restrepo, hermano de la víctima, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Andes declaró abierta la investigación mediante auto de abril 25 de 1989. Este mismo Despacho resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva, y practicó todas las diligencias conducentes para el esclarecimiento de los hechos.

Previo el cierre de investigación y el traslado para alegar, el funcionario instructor calificó el mérito del sumario llamando a juicio a Ortiz Salas por homicidio agravado por los numerales 1º y 7º, del artículo 324 del Código Penal.

El Juzgado Único Superior de Andes, realizó la audiencia pública y dictó sentencia condenatoria excluyendo la causal de agravación del numeral 7º y reconoció la atenuación de la ira e intenso dolor.

El Ministerio Público interpuso el recurso de apelación, al estimar que no se estructuraban en el proceso las exigencias necesarias para reconocer la disminución de pena por la ira e intenso dolor. El Tribunal acogió sus planteamientos y modificó la sentencia revocando la aplicación de la atenuación y aumentando la sanción a ciento noventa y dos (192) meses de prisión. Lamentablemente el *ad quem* no se pronunció sobre la causal de agravación del numeral 7º del artículo 324, pues el sentenciador de primera instancia la descartó por la supuesta alteración del estado de ánimo del homicida (fl. 288), luego al no aceptarse la existencia de esa circunstancia, lo lógico era analizar en el fallo si se mantenía o no su no aplicación.

La decisión del Tribunal fue impugnada mediante el recurso de casación que ahora se resuelve.

II. La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación dice el libelista: "Impugno la sentencia con base en lo dispuesto por el inciso primero (1º) del numeral primero (1º) del artículo 226 del Código de Procedimiento

Penal, causal conocida jurisprudencialmente con el nombre de *violación directa de la ley sustancial*. Se llegó a dicha violación, por aplicación indebida del artículo 324 del Código Penal y por falta de aplicación de los artículos 1º y 2º del mismo estatuto".

La explicación del cargo es como sigue:

"El Tribunal Superior de Medellín (sic) violó directamente la ley, al aplicar el artículo 324 del Código Penal, sobre la base de que *el único* criterio para la imposición de la circunstancia de agravación punitiva del homicidio (art. 324-1º), es la *demostración formal* del vínculo matrimonial. En nuestro concepto, esta circunstancia sólo se puede imponer cuando se reúnan dos presupuestos fundamentales; la existencia formal y material del matrimonio.

"No es viable aplicar la circunstancia de agravación, cuando a pesar de subsistir el vínculo jurídico, no existe 'la relación familiar en todo su significado ético-social'. El fin de protección de la norma (art. 324-1º del C. P.) no es sacralizar el contenido formal del parentesco o del matrimonio. Es el de tutelar sus *efectos materiales*. Los deberes especiales que surgen por el parto o la relación sexual (parentesco por consanguinidad) o por el negocio jurídico (matrimonio, afinidad o adopción). De manera que si estos vínculos *materiales* ya no existen, porque de hecho estaban truncos al momento de la realización de la conducta, la realidad social desborda los contenidos meramente formales y se impone sobre ellos.

"En el caso de estudio es innegable que el imputado tiene la calidad de cónyuge de la persona que lamentablemente perdió su vida en los trágicos acontecimientos. No obstante, *materialmente* existía entre ambos una ruptura recíproca de sus derechos y obligaciones; cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua. Cuando esto acontece no es posible subsumir la conducta dentro de la circunstancia de agravación del numeral primero (1º) del artículo 324 del Código Penal. Este es el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia extranjera".

Cita jurisprudencia española y el pensamiento del autor Miguel Bajo Fernández expuesto en la obra "El parentesco en el Derecho Penal". También llama la atención sobre la posición de Bernardino Alimena, Jesús Bernal Pinzón y Luis Carlos Pérez.

Transcribe los fundamentos de las sentencias de primera y de segunda instancia, para afirmar que de ellos ha debido desprenderse como consecuencia que "la relación *material* (histórica y cultural) que presupone el vínculo matrimonial, *no existía*". Al no cumplir con las obligaciones y derechos que se imponen en los cónyuges, pues no cohabitan, no existía fidelidad ni ayuda mutua, el Tribunal no podía aplicar la circunstancia de agravación del numeral primero (1º) del artículo 324 del Código Penal. Para sostener esta última afirmación acude a las siguientes razones:

Partiendo del concepto del bien jurídico expuesto por el tratadista Juan Bustos Ramírez en su Manual de Derecho Penal —parte General—,

se pregunta "...cuál es la relación social concreta que se tutela, cuando se da muerte al cónyuge? Indudablemente que *no es sólo la vida*, porque si así fuera bastaría con la sanción del homicidio simple (art. 323 del C. P.). La relación social concreta que se tutela es el matrimonio. Entendido éste como una realidad histórica y cultura (sic). No puede entenderse que se tutela el negocio jurídico celebrado por las partes (el matrimonio es un contrato solemne), porque un incremento punitivo de tal naturaleza (el del homicidio agravado) sólo es justificable cuando se han vulnerado intereses vitales de la sociedad. Y ese interés vital no es el desconocimiento de un contrato, sino de una institución real que le da solidez y estabilidad a nuestra cultura".

También dice, invocando la teoría de la imputación objetiva, que "el intérprete tiene que buscar teleológicamente cuáles son los resultados que trata de evitar la prohibición y si el resultado producido no es de éstos, no le es imputable al sujeto". El resultado que trata de evitar la norma se obtendrá buscando el contenido material del bien jurídico.

En el caso de la agravación en estudio estima que el fin de esa norma no es proteger la formalidad de un contrato solemne, sino tutelar la realidad social que el matrimonio representa.

Transcribe una jurisprudencia de la Corte de mayo 16 de 1950, en la cual dice que la mayor severidad de la pena no se justifica cuando los vínculos entre parientes se debilitan o se extingue.

La petición es que se case parcialmente la sentencia impugnada, y en su lugar se condene al imputado por homicidio simple.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal hace inicialmente una crítica a la afirmación contenida en la demanda, en el sentido de que hubo falta de aplicación de los artículos 1º y 2º del Código Penal.

Dice que no se entiende, y el censor no lo explica, cómo puede predicarse falta de aplicación del artículo 1º del Código Penal, si justamente el libelista acepta la consagración normativa del homicidio y de la causal de agravación.

En cuanto a la presunta falta de aplicación del artículo 2º, tampoco acepta la Delegada esa posición del recurrente "puesto que en la sentencia se respetó el presupuesto general de aplicar una pena solamente ante conducta típica, antijurídica y culpable, vale decir con cabal aplicación del artículo mencionado".

No obstante esa incorrección, admite que ella no afecta el cumplimiento de los requisitos técnicos del escrito de sustentación del recurso, y en consecuencia entra a analizar el problema de fondo.

El Ministerio Público comparte las aseveraciones del demandante, en cuanto es cierto que las sentencias de instancia reconocen el deterioro de las relaciones matrimoniales de víctima y victimario. Así

mismo, es válido "reclamar para el bien jurídico un contenido material que vaya más allá de las simples decisiones del legislador, pues se entiende que éste, está referido a un contenido material preexistente a su reconocimiento por el derecho, pues sólo de esta forma adquiere sentido la protección que una norma específica brinda a las relaciones subyacentes en la realidad social. Ciertamente, el derecho penal debe estar orientado a preservar contenidos ético-sociales, surgidos de una realidad material en tanto que regula relaciones ciertas de individuos igualmente ciertos y no es un simple ejercicio de poder que quede por fuera de los límites de la vida en comunidad.

"Así, cuando el legislador reconoce que un específico interés social debe estar protegido por la norma, recoge en ella no su propia valoración de ese bien jurídico, sino los contenidos materiales de él, su percepción a nivel de la comunidad, la situación objetiva que reclama del legislador la tipificación del actuar contrario a los intereses sociales. O, en palabras del libelista: 'Su papel fundamental es seleccionar relaciones sociales concretas y por consiguiente señalar prohibiciones o mandatos emanados de la relación escogida' ".

En el caso del homicidio se protege la vida, pero quien viole ese interés jurídico en circunstancias que dan al hecho una mayor connotación social tendrá una mayor pena. Y agrega el colaborador Fiscal, "el vínculo matrimonial —caso de este concepto— es el evento que da mayor punibilidad al tipo base y debe entenderse, por ello, no como la relación *'meramente documental'* y en ello nos encontramos de acuerdo con el censor. La protección de la norma no puede entonces entenderse referida a la condición jurídica de 'casado', sino que debe cobijar los particulares lazos de afecto, solidaridad, interés común e incluso fidelidad, que son los que caracterizan el estado de casado en el seno mismo de las condiciones materiales de la sociedad".

Pero lo anterior no significa que no exista en las relaciones matrimoniales otra realidad, que la constituyen las dificultades, los altibajos que ponen en peligro su subsistencia, pero que no rompe el vínculo de sentimientos que son la razón de ser de la unión marital.

Pretender que los problemas conyugales entre víctima y victimario desdibujaron sus relaciones hasta hacer desaparecer el ligamen entre ellas, es desconocer la verdad procesal, sostiene el Delegado, pues pese a las desavenencias, los ultrajes y las agresiones físicas, los dos seguían compartiendo "lazos de unión profunda, más aún si se examina esa relación desde la óptica del procesado que es, justamente, a quien se le deduce la agravante".

El Delegado hace un detenido análisis de las pruebas que acreditan las relaciones de la pareja, y llega a la conclusión de que el único vínculo entre los dos no era documental, ni solamente su hijo como lo expresó el Tribunal, ya que entre ellos subsistía nexos de afecto, respeto, amor e incluso económicos. La relación matrimonial era tortuosa e influida por el temperamento agresivo de los cónyuges, pero el afecto y los deberes derivados del matrimonio no habían desaparecido hasta el punto de no ser aplicable la causal de agravación.

El cargo, en su concepto, no debe prosperar.

Consideraciones de la Sala:

1º El demandante afirma que hubo falta de aplicación de los artículos 1º y 2º del Código Penal y en verdad no da mayor explicación al respecto, simplemente al finalizar el escrito dice: "Todo lo anteriormente expuesto, nos lleva a concluir que se dejaron de aplicar los artículos 1º y 2º del Código Penal, porque situaciones como las señaladas no se enmarcan dentro del supuesto de hecho regulado por el artículo 324-1º del Código Penal".

Sin embargo, la crítica del Ministerio Público en este aspecto no es acertada, pues no basta que a un hecho se le aplique una norma previamente consagrada en la ley, para considerar que se ha respetado el principio de legalidad, pues ante todo se requiere que esa disposición sea la que realmente corresponde al caso concreto. Dicho de otra manera, si al autor de una conducta no prevista en la ley se le aplica un tipo que no corresponde, se viola el principio de legalidad. Lo mismo sucede si se trata de una causal de agravación.

Como el planteamiento del libelista es que lo ocurrido no se enmarca dentro del supuesto de hecho del artículo 324 numeral 1º, por eso sostiene la violación de esas dos normas.

Como ejemplo podemos recordar, que la interpretación analógica consiste precisamente en aplicar a un comportamiento no previsto en la ley, la disposición referente a uno similar si consagrado expresamente, y para nadie hay duda de que esa situación es violatoria del principio de legalidad.

El defensor no desconoce la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad del homicidio, lo que cuestiona es que los hechos declarados probados en el proceso no se adecúan a la circunstancia de agravación que se le hizo efectiva al condenado en la sentencia.

2º El problema de fondo se concreta al análisis de si se aplicó correctamente la causal de agravación prevista para cuando el homicidio se comete en la persona del cónyuge. Son varios los aspectos que se deben estudiar a saber:

a) La calidad de cónyuge se adquiere por la celebración de un matrimonio civil o católico con otra persona, y se conserva mientras éste no sea declarado nulo o no se rompa el vínculo con una sentencia de divorcio. Si el matrimonio se realizó sin el cumplimiento de las exigencias o formalidades civiles o canónicas, de manera que no alcanzó a tener vida jurídica, es claro que la condición de cónyuge no se adquirió.

Ni la separación legal de cuerpos ni la de hecho destruye el vínculo del matrimonio, en consecuencia aún en esas circunstancias se continúa siendo cónyuge.

De conformidad con la copia del acta de matrimonio que obra en el folio 175, Nelson Jorge Ortiz Salas y Emperatriz Elena Correa Restrepo, se casaron por el rito católico el 15 de junio de 1985 en la Parroquia de Andes, por lo tanto eran cónyuges.

b) El demandante admite la calidad de cónyuge de su defendido pero estima que como materialmente se había producido una ruptura recíproca de sus derechos y obligaciones, esto es, cohabitación, fidelidad y ayuda mutua, no es posible aplicarle la causal de agravación.

Lo previsto en el numeral 1º del artículo 324 del Código Penal no es un elemento constitutivo del tipo básico de homicidio, sino una cualificación para los sujetos activo y pasivo, cuyo reconocimiento conlleva un considerable aumento de pena. La palabra cónyuge es un ingrediente normativo de carácter jurídico, utilizado como circunstancia de agravación.

La razón de ser de la agravante no ha sido unánime entre los legisladores, y según lo afirma el profesor Enrique Bacigalupo en la monografía titulada "Los delitos de homicidio", en los Códigos de Alemania Federal, Austria, Holanda o Suiza, ya no existe esa forma específica de calificación.

En el acta número 93 de la sesión de 26 de mayo de 1973, (colección pequeño foro, edición dirigida por los doctores Luis Carlos Giraldo y Gustavo Gómez Velásquez), los integrantes de la comisión redactora del anteproyecto del Código de 1974, estudiaron el tema de la causal primera de agravación del homicidio, y al respecto hicieron anotaciones importantes que sirvieron de base al texto finalmente aprobado. Destacamos las siguientes:

El ponente, doctor Julio Salgado Vásquez, dijo:

"La causal primera de agravación del homicidio tiene por finalidad tutelar la institución familiar. Por esta razón son de gran importancia las observaciones que el doctor Londoño se permitió hacer en la sesión pasada, relacionadas con las posibles eventualidades que pudieron tener ocurrencia en el caso de presentarse la declaratoria de nulidad de un matrimonio posterior al conyugicidio. En realidad me parece, salvo mejor opinión de la comisión, que la sentencia en materia civil que da por terminado el vínculo matrimonial, no tiene ninguna repercusión en cuanto a la penalidad del hecho delictuoso, porque cuando tuvo ocurrencia el conyugicidio, el vínculo existía y producía plenos efectos jurídicos. En este aspecto debe recordarse que el Código Penal tipo, cuando describe la figura delictual que nos ocupa agrega la circunstancia de que los cónyuges no se hayan separado de hecho. En el proyecto que he presentado para estudio de los señores comisionados, no incluí esta circunstancia por considerar que lo que se protege es la unidad familiar, que se inicia con el acto más o menos solemne del matrimonio, y sólo termina con la muerte de uno de los cónyuges o por la declaratoria de nulidad del mismo; siendo ello así no existe ninguna razón para atenuar la responsabilidad del cónyuge separado que por cualquier circunstancia elimina al otro, ya que es posible que una persona se separe de hecho con el

premeditado propósito de eliminar a su esposa y en esas condiciones su conducta se adecuaría a homicidio simplemente voluntario".

Al intervenir el doctor Darío Velásquez Gaviria, al respecto sugirió: "En el proyecto del C. P. T., para Latinoamérica, advierto que al hablar de homicidio agravado cometido por cónyuge en su cónyuge, se anota que éste no debe estar separado de hecho. En la ponencia del doctor Salgado, se prescinde de este agregado. Invito a la comisión a que meditemos sobre la conveniencia de incluirlo, pues si se trata de cónyuge separado de hecho ha desaparecido esa comunidad de afectos, sentimientos y obligaciones que comunican el cariz de gravedad a la modalidad delictuosa".

A esta intervención del doctor Velásquez replicó el doctor Salgado así: "En la muy importante exposición del doctor Velásquez, me ha parecido descubrir que para él lo esencial en esta primera causal no es precisamente el parentesco, sino los afectos. No comparto ese criterio porque si eso fuera así, el hijo que odia al padre, y que lo odia con razón, porque ese padre ha asesinado a su progenitora, o sea se ha dedicado a perseguirlo constantemente, o lo ha calumniado, etc., y en esas circunstancias mata al padre, llegaríamos a concluir que para la ausencia de afecto y de amor no lo cobijaría esta causal de agravación".

Finalmente el doctor Velásquez Gaviria concluyó: "Las muy juiciosas observaciones hechas por el doctor Londoño Jiménez a mi insinuación de que se adoptara el agregado que contiene el proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica en cuanto a que el cónyuge no esté separado de hecho, me han convencido, por lo cual retiro dicha insinuación".

Las observaciones del doctor Hernando Londoño, que convencieron al doctor Velásquez fueron: "Al introducir la fórmula consagrada en el Código Penal tipo, sería muy factible que la persona impulsada por cualquier motivo se propusiera dar muerte a su cónyuge o a la persona con quien convive maritalmente; para lo cual le bastaría abandonarla por cualquier lapso y al cabo de ese tiempo dar realización a su propósito criminal, logrando en esta forma que su conducta se atenúe considerablemente, ya que estaríamos, salvo cualquier otra circunstancia de agravación, ante un homicidio simplemente voluntario. No sería tampoco lógico introducir en la legislación un término perentorio de separación de hecho para agravar o no la conducta delictuosa, puesto que todo término puede conllevar arbitrariedades en ciertos y determinados casos".

Según el pensamiento de los positivistas, el homicidio perpetrado contra un ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano, debe castigarse con mayor severidad, porque además de violar las obligaciones legales, morales y sociales impuestas por el nexo familiar, el homicida demuestra mayor peligrosidad y la más absoluta ausencia de sentimientos de piedad y probidad.

Dentro de una concepción culpabilista, la agravante en estudio tiene su fundamento en que en esos casos existe una mayor culpa-

bilidad en el autor, es decir, la relación entre su conducta y el hecho realizado merece un mayor reproche. En términos de los tratadistas españoles DEL ROSAL - COBO - RODRIGUEZ MOURULLO, citados por BACIGALUPO en la obra anteriormente mencionada, "la ley presume que los vínculos parentales originan naturalmente una comunidad de afectos y sentimientos que es lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como una acción más reprochable".

Eso pudo ser lo que el legislador presume al hacer la ley, pero el interrogante que surge es, qué ocurre cuando esa "comunidad de afectos y sentimientos" que motivaron la ley, no existe en la pareja unida por el vínculo del matrimonio? La respuesta del ilustre Magistrado del Tribunal Superior Español, Enrique Bacigalupo en la obra en comento es: "Si no se quiere caer en la presunción Juris et de Jure de la mayor culpabilidad, es preciso ante todo renunciar a cualquier fundamentación que imponga una agravación automática de la pena del homicidio cuando el hecho haya sido cometido contra un ascendiente, descendiente o cónyuge...El parricido, consecuentemente, debe tratarse con un supuesto en el que, además de la vida, sólo se protegen reales relaciones parentales generadores de confianza y afecto entre las personas, y no la existencia de simples vínculos jurídicos. De esta manera no será necesario recurrir a una culpabilidad presumida deducida de la presunción, a su vez, de una relación afectiva, inexistente en la realidad".

Para el criterio de la Sala, la calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, un concepto vacío, sino el que corresponde a una efectiva y real relación. Pero esta relación no puede ser tenida en cuenta únicamente como de mutuo afecto, de comprensión y amor, sino también la tormentosa, la conflictiva, la que surge de los celos, del desamor y la incomprensión, pero en la que sigue latente la existencia de los deberes propios del vínculo, así estos no se cumplan.

Como muy bien lo expresa Bajo Fernández acogiendo las palabras de Quintano en la cita que trae la demanda, "los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos"; por esa razón su conclusión es que "cuando las relaciones familiares son nulas o no influyen en el estado anímico del autor resultan irrelevantes".

Si el padre odia a su hijo o viceversa, o en la pareja ha surgido un mutuo desprecio y rencor, son estas situaciones en las que precisamente la existencia del vínculo debe servir de freno a la idea de atentar contra la vida de la otra persona, y si el autor pasa por encima de esos lazos de parentesco dejándose llevar por su animadversión, no hay duda de que su conducta merece un mayor reproche a la de aquel que mata a alguien con el cual no lo une ninguna consideración especial.

Emperatriz Elena Correa y Nelson Ortiz convivieron aproximadamente tres años antes de contraer matrimonio en junio de 1985, fecha para la cual ya había nacido un hijo fruto de esa unión. Los hechos que dieron lugar a este proceso ocurrieron el 22 de abril de 1989,

momento en que hacía cerca de tres meses que los cónyuges se encontraban separados de hecho, separación que consistió en que ella se fue a vivir a la casa de su madre ubicada en la puerta siguiente a la del apartamento que compartía con su esposo. Tan cerca era que ella dejó algunas de sus pertenencias allí, ya que podía entrar y salir en cualquier momento, además lo utilizaba para secar la ropa.

El indagado manifiesta desde un primer momento que el dinero que devenga mensualmente lo invierte "en el salario de mi señora y mi hijo y gastos para mí". Más adelante precisa que le estaba dando mensualmente treinta mil pesos, quince mil para el arriendo del apartamento y quince mil para el salario del niño.

Cuatro días antes del homicidio ocurrió un incidente que el procesado relata así: "El martes dieciocho de abril tipo medio día estaba en el apartamento y dentró (sic) ella y quería o mejor y que hacía dos meses que estábamos separados de hecho y le pregunté por unas cosas que faltaban en el apartamento y se enfureció de rabia y se me abalanzó con un cuchillo el cual me chuzó en una pierna, luego le quité el cuchillo el apartamento queda a continuación de la casa de la mamá entró por ella luego que yo salía a hacerme suturar salió y me gritó 'loco hijueputa', la próxima vez que lo vea por ahí borracho o lo vea en alguna parte con alguna señora o alguna muchacha no extrañe que no es un chuzón lo que le voy a meter sino cuatro o cinco, yo salí y me hice suturar la misma tarde del martes en el centro médico, no quise denunciarla ni quise decir que fue ella sino que dije que había sido yo mismo, por respeto y amor al niño y amor a ella que ella y yo convivimos tres años, luego para recogerla y ya con un niño ya de tres años acudí a casarme con ella, por respeto al niño y respeto a la familia de ella, ya que es una familia muy honorable y muy honesta y de muy buen prestigio".

No obstante estar separados las escenas de celos de parte y parte eran frecuentes, y habían trascendido, hasta el punto de que el hermano de la víctima al formular la denuncia no dudó en afirmar como motivo de la agresión de Nelson Ortiz contra su hermana, "los celos del matrimonio". Y no podía ser de otra manera, si días antes Nelson Ortiz sacó a su esposa de una discoteca tirándola del pelo y agrediendo a los que estaban con ella. También era de conocimiento del círculo de sus amigos, que amenazó de muerte a Sigifredo Bedoya si lo volvía a ver hablando con su esposa.

En estas circunstancias, lo que demuestra el proceso es precisamente lo contrario de lo dicho por el Tribunal y acogido por el demandante, la relación no era únicamente documental sino afectiva, Nelson no dejaba en paz a su esposa un solo momento, la vigilaba, le reclamaba por su conducta, estaba pendiente de su hijo, y hasta tenía detalles con ella, como el regalo de los dos pares de zapatos que le hizo diecisiete días antes de matarla.

Razón le asiste al Ministerio Público al concluir: No puede deducirse del expediente, pues, que la relación era meramente documental ni que el único lazo subsistente entre los esposos era su hijo; llegar a tal conclusión, no es más que debido a la ligereza del fallador de

instancia, quien a juicio de esta Delegada no se tomó el trabajo de leer las afirmaciones del acusado y los testigos dentro del contexto mismo en el cual se presentaron los hechos, con todos los antecedentes que demuestran que para el procesado ciertamente subsistían los nexos de afecto, respeto, amor e incluso económicos respecto de su pareja, vale decir, percibía —pese a la oposición de su esposa— que se conservaba la vinculación matrimonial.

No hay duda de que ese lamentable hecho ocurrió dentro del contexto de la relación matrimonial, que el acusado tuvo siempre presente el vínculo existente con Emperatriz y que fue plenamente consciente de que al momento de actuar estaba privando de la vida a su esposa. No fue un hecho aislado, fue la culminación de una azarosa y progresiva destrucción de la paz conyugal, que los llevó a dejar de convivir, pero nunca destruyó los sentimientos que motivaron a Nelson a contraer nupcias cuando ya llevaban tres años de vida en pareja.

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, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO. CASACION

La censura por presuntos errores de hecho en la apreciación probatoria, no puede quedarse en la sola invocación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 82 (noviembre 13 de 1991).

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 9 de noviembre de 1990 por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, condenó a *Carlos Enrique Díaz Silva* a la pena principal de veintiocho meses de prisión como responsable del delito de falsedad en documento público.

Hechos:

Vienen relatados con acierto en la sentencia del Juzgado Veintidós Penal del Circuito de esta ciudad, así:

"El 15 de julio de 1988 el señor José María González Arbeláez formuló la denuncia que dio origen a esta investigación. Allí narra, que en el mes de febrero de 1987, con su socio Jorge Eliécer Bonilla Mojica, compraron al señor Cristóbal Rodríguez Rodríguez un vehículo automotor clase bus, marca Ford, modelo 1967, de servicio público y con placas TP-6166 el que según lo manifestado por el vendedor y confirmado por el Gerente de la empresa, señor Carlos Enrique Díaz Silva, se encontraba legalmente afiliado a la Cooperativa Suramericana de Transportes Ltda., que habiendo sido cambiado el Gerente de la Cooperativa, el denunciante fue llamado por el nuevo Gerente el cual le manifestó que su vehículo no podía seguir trabajando por no estar afiliado a esa empresa, lo cual motivó al denunciante a concurrir a las oficinas del INTRA y allí se le expidió certificación haciendo constar que la última Tarjeta de Operación que esa entidad expidió para ese vehículo, había vencido desde el primero de diciembre de 1982. Posteriormente el mismo denunciante allegó al proceso cuatro tarjetas de operación expedidas por el INTRA para la movilización del vehículo de marras, tarjetas que fueron dadas en la empresa Suramericana

de Transportes y que el INTRA certificó que ellas habían sido expedidas para otros vehículos distintos al bus vendido al denunciante" (fl. 117).

Actuación procesal:

Adelantada la investigación, el Juzgado de Instrucción calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra Carlos Enrique Díaz y Cristóbal Rodríguez Rodríguez, por los delitos de estafa y falsedad en documentos públicos.

Tramitada la causa, el Juez Veintidós Penal del Circuito dictó la sentencia de 28 de junio de 1990 por la cual absolvió a los procesados de los cargos formulados en la acusación.

Recurrida esta decisión por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior confirmó la sentencia en cuanto absolvió a Cristóbal Rodríguez y la revocó en relación con Carlos Enrique Díaz a quien condenó por el delito de falsedad documental y mantuvo la absolución por estafa. La inconformidad del defensor con la sentencia del Tribunal, originó el recurso extraordinario de casación interpuesto dentro del término legal.

La demanda:

Invoca el recurrente la causal primera de casación afirmando que "...la sentencia acusada es violatoria por vía indirecta de la ley sustancial en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho, en el análisis de las pruebas aportadas al proceso..."

Imputa al Tribunal error de hecho por falso juicio de existencia al no haber tenido en cuenta en su sentencia los siguientes elementos de juicio:

a) Las aclaraciones que sobre su conducta hiciera el procesado Díaz Silva en el curso de la audiencia pública;

b) Que no se tuvo en cuenta la constancia en el sentido de que el señor Jorge Ospina era miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa cuando la entidad aceptó como socio a Cristóbal Rodríguez;

c) Que fue el Consejo de Administración de la Cooperativa de Transportes la que aceptó como socio a Rodríguez y no el acusado Díaz Silva razón por la cual este último, sólo se limitó a hacer saber al interesado la decisión;

d) Que no se tuvo en cuenta, que cuando las autoridades de Tránsito descubrieron la falsedad en las tarjetas de operación ya el acusado Díaz no era el Gerente de la empresa;

e) Que no se apreció la prueba según la cual, el conductor del automotor de apellido Lemus afirma que la última Tarjeta de Operación se la entregó al nuevo Gerente Ospina y no al acusado Díaz;

f) Que tampoco se valoró el testimonio de Luis Enrique Cuero, Tesorero de la Cooperativa, cuando afirma que era él quien últimamente entregaba las tarjetas de operación por haberle delegado el Gerente Díaz esta función;

g) Critica el testimonio de la señorita Amanda Rosa Acosta en cuanto afirma que era el Gerente Díaz quien manejaba y entregaba las tarjetas de operación tratando de restarle credibilidad a la deponente, y

h) Que no se apreció la declaración de Luis Alberto Medina cuando afirma que era el Tesorero de la entidad Cooperativa, la persona encargada de entregar a los conductores las tarjetas de operación.

Con fundamento en estos presuntos errores, considera el libelista que el Tribunal dio equivocadamente por demostrada la responsabilidad penal del inculpado Díaz Silva, como autor de la alteración material de los documentos públicos, cuando no obra en el expediente plena prueba al respecto.

Concluye su alegato, solicitando a la Corte casar la sentencia condenatoria y absolver al señor Díaz Silva por el delito de falsedad por el que fuera condenado por el Tribunal.

Consideraciones de la Corte y concepto de la Delegada:

Empieza la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal, recordando los requisitos de técnica y de fondo que debe reunir la demanda, cuando se impugna la sentencia por violación indirecta de la ley, por supuestos errores de hecho.

Rememora la sentencia de 1º de diciembre de 1987 de esta Corporación donde se ha sostenido que "...cuando la sentencia acusada se basa en pluralidad de elementos probatorios, es deber inexcusable del recurrente desquiciar todos y cada uno de los fundamentos fácticos en que se apoya, cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal, pues de lo contrario, bastaría que subsistiera un solo fundamento con suficiente contundencia para que el fallo impugnado se mantuviera incólume..."

También recuerda la Procuraduría, que la Corte ha expresado de manera reiterada que "...el error de hecho manifiesto debe ostentar los caracteres de lo evidente... y repercutir en las conclusiones de la sentencia, de modo que sin su concurso el juzgador hubiera definido la situación del sindicado en sentido diferente del contenido en el fallo censurado, ya que la simple disparidad de criterios entre el fallador y el recurrente, respecto del grado de convicción que arrojan determinados elementos de juicio, jamás puede fundar el error..."

Considera el Ministerio Público, que a la luz de los anteriores principios que regulan y orientan el recurso extraordinario de casación, la censura por presuntos errores de hecho en la apreciación probatoria, se queda en la sola invocación, porque el actor en la sustentación de la causal se limita a efectuar personales disquisiciones sobre

los elementos de prueba, sin demostrar la naturaleza del error, ni la trascendencia de los yerros en la sentencia, conformándose con presentar simplemente una apreciación del acervo probatorio que se contrapone a la emitida por el juzgador. De ahí que la Delegada concluya su concepto solicitando a la Corte no casar la sentencia.

Tal como lo destaca el Procurador, es evidente que el casacionista no logra en su demanda desvirtuar los elementos de convicción ni la apreciación que de ellos hiciera el Tribunal para deducir la responsabilidad del acusado.

El Juez de segunda instancia, después de analizar diversos medios de prueba legalmente aportados al proceso, dedujo la existencia de dos graves indicios en contra del acusado: La oportunidad y el móvil para delinquir, y en los cuales fundamentó la imputación incriminatoria.

Encontró demostrado el Tribunal, que durante la época en que fueron entregadas las tarjetas de operación apócrifas al conductor del vehículo, desempeñaba las funciones de Gerente de la Cooperativa Suramericana de Transportes, el señor Díez Silva, quien era el encargado de tramitar ante el INTRA los documentos, los solicitaba, los recibía, los mantenía en su poder para luego entregarlos a los interesados.

Dedujo igualmente el Tribunal del examen de la prueba, que el procesado sabía que el bus de placas TP-6166 no estaba afiliado a la Cooperativa y no obstante, informó lo contrario verbalmente y mediante oficio al nuevo propietario, a quien para mantenerlo en el error le entregó las tarjetas de operación falsificadas, medio que permitió la prestación del servicio del automotor por varios años. Agregó la Corporación que sólo la intervención de las autoridades de Tránsito y la llegada de un nuevo Gerente, el señor Ospina, permitió descubrir la patraña.

Infirió igualmente el Tribunal, que el procesado Díaz Silva era la persona interesada en la realización de la conducta ilícita, no sólo para que un vehículo más prestara el servicio como afiliado a la empresa que gerenciaba con la utilidad que esto representaba, sino especialmente para que el nuevo propietario del automotor creyera que estaba realmente afiliado a la empresa, como se lo había afirmado el acusado que había intervenido en calidad de intermediario en el contrato de compraventa.

Al acogerse el demandante al cuerpo segundo de la causal primera de casación o sea, a la violación indirecta de la ley sustancial, era su deber demostrar, que la sentencia carecía de respaldo probatorio, infirmando los elementos de convicción o hechos indicadores que permitieron al Tribunal por inferencia lógica deducir los indicios de oportunidad y móvil para delinquir, o acreditando que el juzgador les hizo producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Era también su deber, al alegar error de hecho, acreditar qué pruebas fueron ignoradas por el fallador o cuáles fueron las que tergiversaron o distorsionaron y la incidencia de ese error en la sentencia.

Nada de esto hace el recurrente quien no controvierte en su demanda los soportes fácticos del fallo, sino que se limita a efectuar una personal apreciación de los medios probatorios y a señalar presuntos errores de hecho sin demostrar su trascendencia e incidencia en el fallo recurrido.

Así en el desarrollo de su impugnación sostiene el actor, que el Tribunal omitió el examen de las explicaciones ofrecidas por el acusado en la audiencia pública, cuando afirmó que el nuevo Gerente era miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa cuando ésta admitió a Cristóbal Rodríguez como socio y aceptó la afiliación del vehículo a la empresa y que el acusado Díaz Silva se limitó en su calidad de Gerente a comunicar al interesado lo resuelto por la entidad.

Pero esta censura que no tiene incidencia alguna en la sentencia, peca además de inexactitud, porque el automotor (en oposición a lo que entiende equivocadamente el recurrente) no estuvo en ningún momento afiliado a la Cooperativa Suramericana de Transportes, como lo certifica no sólo el Jefe de Tarjetas del INTRA, sino como además pudo constatarlo el Juzgado Instructor en visita practicada a los libros de la empresa.

Por eso, afirma el Tribunal, sin que en su apreciación exista error, que "...está demostrado fehacientemente que el automotor no estaba afiliado y que se utilizaron tarjetas falsas para hacer creer lo contrario y lograr que se prestase el servicio, en otros términos, con intervención directa del Gerente por ese entonces, Carlos Enrique Díaz Silva, se puso al servicio de la empresa el bus, sin estar administrativamente afiliado y se cobraba por la Cooperativa las sumas correspondientes al rodamiento..."

Imputa error al juzgador el demandante, porque en su concepto no se tuvo en cuenta el hecho que cuando el bus fue retenido y descubierta la adulteración material de los documentos, el acusado Díaz ya no era el Gerente de la empresa, y que la última tarjeta falsa fue entregada al conductor Lemus por el Gerente Ospina y no por el sentenciado.

Este hecho cierto en su aspecto fáctico no fue desconocido por el juzgador, sólo que éste no le otorgó el alcance y sentido que le da el recurrente, pues si bien la falsedad fue descubierta cuando Díaz Silva ya no era Gerente y el último documento no fue entregado por éste, las tarjetas de operación fueron recibidas y manejadas por el acusado en el año de 1987 cuando ejercía las funciones de Gerente sin que importe para el caso que unas de ellas llevaran como fecha de vencimiento el año de 1988 y otra hubiera sido entregada por persona diferente. Por eso el Tribunal al examinar esta prueba y las alegaciones del defensor en el mismo sentido presentadas durante las instancias, concluyó que los hechos probados hacían perder todo sentido a la argumentación que trata de liberar a Díaz Silva de su responsabilidad penal.

Imputa el censor un nuevo error al Tribunal por falta de apreciación de los testimonios de Luis Enrique Cuero, Tesorero de la

Cooperativa y Luis Alberto Medina, quienes afirman que últimamente era el Tesorero quien entregaba las tarjetas, por delegación que le hiciera el Gerente.

En relación con este cargo, como el anterior, es indispensable precisar que el Tribunal no incurrió en un error de omisión en relación con la prueba citada, sólo que la analizó en relación con otros testimonios como el de la señorita Rosa Acosta, para restarle credibilidad.

Esta última declarante es muy precisa en advertir que el Gerente era siempre la persona encargada de hacer los trámites para la adquisición de las tarjetas "...eso se hace mediante una relación de vehículos que se envía al INTRA para que las expidan, una vez expedidas se las entregan únicamente al Gerente, en este caso al señor Carlos Díaz, las llevaba a la oficina y casi siempre él mismo las entregaba a los propietarios de los vehículos...Ahora últimamente o sea a principios de abril del presente año, creo que se las entregó al Tesorero para que las entregara a los socios o propietarios..."

En estas condiciones, si últimamente y en algunas ocasiones el Tesorero entregaba las tarjetas, éstas precisamente debían pasar por la oficina del Gerente, único interesado por las razones ya anotadas en la adulteración de los documentos públicos.

No es permitido en sede de casación, sustentar el cargo en un análisis apenas parcial de la prueba, que favorezca los intereses del actor ignorando los razonamientos del fallador. Como lo ha sostenido la Corte: "...oponer simplemente el propio discernimiento frente a los razonamientos del juzgador, es agitar de nuevo una controversia ya superada en las instancias" (Sentencia de octubre 25 de 1990. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia).

Por ello, no prospera el cargo.

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

No casa la sentencia impugnada, de fecha, origen y naturaleza anotados en la parte motiva de esta providencia y proferida contra Carlos Enrique Díaz Silva por el delito de falsedad en documento público.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. Sala

No surge el impedimento, cuando en la etapa del sumario, el pronunciamiento del Tribunal se dirige exclusivamente a fijar la competencia para conocer del proceso, basándose en circunstancias objetivas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*
Aprobado: Acta número 082 (noviembre 13 de 1991).

Vistos:

Procede la Sala de Casación Penal a resolver de plano el impedimento manifestado por el doctor *Edgar Escobar López*, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, fundado en lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, originado en la recusación que promoviera el defensor del procesado *Antonio José Gardeazábal*, por haber conocido con anterioridad con ocasión de la apelación del auto proferido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esa ciudad de fecha 13 de diciembre de 1990, mediante el cual se declaró incompetente para conocer del proceso.

Antecedentes:

1º Al Juzgado Veintinueve de Instrucción Criminal de Medellín, le correspondió conocer de este asunto seguido contra Francisco Antonio Saya Estupiñán, José Hidalgo Alzate y Antonio Gardeazábal Serna. Mediante providencia de fecha 27 de noviembre de 1990, les resolvió la situación jurídica, decretando medida de aseguramiento a todos ellos por los delitos de hurto calificado, constreñimiento ilegal y violación del Decreto 3664 de 1986, y, además, contra Gardeazábal Serna por el punible de lesiones personales.

En el mismo proveído el instructor consignó que "dadas las circunstancias de flagrancia ya analizadas, de conformidad con el artículo 26 del mismo Decreto 1861, se establece el procedimiento abreviado para este proceso y, desde ya, se solicitará al señor Juez a quien por reparto corresponda, citar a audiencia pública".

El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín mediante auto interlocutorio de fecha 13 de diciembre siguiente, se declaró incompetente para conocer del proceso y dispuso devolver el asunto al instructor ya que el delito imputable a Gardeazábal Serna era el de homicidio en grado de tentativa y no el de lesiones personales que se le dedujo en el auto mediante el cual se le resolvió su situación jurídica.

Afirmó el Juzgado del Circuito que "como se estima pues que Gardeazábal mediante actos idóneos e inequívocos dirigidos a causarle la muerte a Armando Rodriguez, lo lesionó con arma de fuego, sin haber obtenido ese resultado querido por circunstancias ajenas a su voluntad, es el competente para conocer del proceso el Juzgado Superior, por lo que se devolverá al Juzgado remitente para que adecúe su impulso al trámite ordinario y en su oportunidad proceda a la calificación respectiva (arts. 70, 73, 84 y 485 del C. de P. P.)".

2º Recurrida la anterior decisión por el apoderado de los procesados, el Tribunal Superior de Medellín en auto de fecha 22 de febrero del presente año, confirmó la decisión del Juzgado Dieciséis Penal del Circuito, bajo las consideraciones de que "...el empleo de un arma idónea para ocasionar la muerte como lo es un revólver 'Smith Wesson', calibre 38 largo, accionado por una persona experta en su manejo como lo debe ser un agente de la Policía Nacional y cuya condición ostenta el acusado Gardeazábal Serna, quien disparó el arma a muy corta distancia (metro y medio) según su propio reconocimiento (fl. 44 fte., indagatoria), situación que lo coloca en la posibilidad de no errar el blanco seleccionado, como lo fue ni más ni menos que la cabeza, órgano supremamente vital y por ello extremadamente vulnerable, sin poderse dejar desapercibido la repetición de la acción de disparar, como también lo reconoce el sindicado ('yo quemé dos cartuchos de mi revólver'. Fl. 45, indagatoria), y sin perderse de vista, en el estudio de la completa integración del *iter criminis*, que lo que se buscaba era asegurar el producto o procurar la impunidad de un atentado patrimonial que sin solución de continuidad momentos antes se había cometido".

"Comparte la Colegiatura, por consiguiente, los planteamientos del Señor Juez Dieciséis Penal del Circuito, al igual que los del Ministerio Público a nivel de esta instancia, dentro de los cuales viene bien citada también la norma que le atribuye la competencia a los Jueces Superiores para conocer de los hechos punibles de 'porte de armas de fuego de defensa personal o sus municiones' a partir de 16 de enero del corriente año (arts. 10 y 102 del Decreto 2790 de 1990)..."

En atención a la anterior decisión, el Juzgado de Instrucción Criminal, luego de recepcionar algunas probanzas, clausuró la investigación y mediante providencia de fecha 24 de mayo último, calificó su mérito con resolución de acusación contra los tres procesados en los términos ya señalados con anterioridad, es decir, a Gardeazábal Serna como autor de los punibles de homicidio en grado de tentativa, hurto calificado, constreñimiento ilegal y violación del Decreto 3664 de 1986.

Ejecutoriada esta última decisión por cuanto contra ella no se interpuso recurso ordinario alguno, el Juzgado Tercero Superior de

Medellín, una vez celebrado el debate público, dictó sentencia condenatoria contra los ya mencionados procesados en la que los halló responsables de los delitos endilgados, con excepción del porte de armas de fuego de defensa personal, que los absolvió.

3º Los defensores de Saya Estupiñán y Gardeazábal Serna recurrieron en apelación el fallo de primera instancia de fecha 6 de agosto del presente año y estando el asunto para concepto del Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Medellín, el defensor de Gardeazábal Serna en escrito dirigido al Magistrado sustanciador le manifiesta que "...de conformidad con el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 34 del Decreto 1681 de 1989 respetuosamente le solicito abstenerse de conocer del recurso de *apelación* interpuesto por el suscrito en contra de la sentencia desfavorable a mi defendido".

Sustenta su recusación en el hecho de haber conocido la Sala por él presidida, del auto proferido en la etapa instructiva por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito mediante el cual se declaró incompetente para conocer de este asunto.

4º El Magistrado doctor Escobar López en escrito de fecha 23 de septiembre último manifiesta que "cuando la Sala se pronunció en pretérita ocasión no resolvía una colisión de competencias negativa, como se dijo por ustedes en las discusiones de la Sala, porque no se presentó el enfrentamiento de planteamientos entre diversos funcionarios judiciales en los términos que claramente delimita y define el artículo 95 del Código de Procedimiento Penal. Lo que decidió el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito en su auto de folios 79 a 84 fue pronunciarse en el sentido de la inexistencia del delito de *lesiones personales* y sí la tipificación de un conato de *homicidio*, pronunciamiento que avaló la Magistratura unánimemente (fls. 102 a 105). Luego si se mira con detenimiento los aludidos interlocutorios y se descarta la colisión de competencias, nos damos cabal cuenta de que la Sala conoció por apelación de un auto donde el Juzgado del Circuito se abstuvo de asumir el conocimiento del proceso y dispuso la devolución del mismo al Juzgado Veintinueve de Instrucción Criminal".

"Entonces, en mi modesto sentir, se presenta la causal de impedimento conjunto de la Sala (art. 535, C. de P. P.) porque en el pronunciamiento de segunda instancia, confirmatorio del de primer grado, se expusieron razones de tipo jurídico para ubicar legalmente una de las conductas como *tentativa de homicidio* y, también de índole probatorio, comprometiéndose de tal manera el criterio de la Colegiatura".

5º La Sala Dual correspondiente rechazó el impedimento manifestado por el Magistrado Escobar López y dispuso remitir el asunto a esta Corporación pues según pronunciamientos de la Corte "es incuestionable que cuando de definir a quién corresponde la competencia para el conocimiento de un asunto se trata, la colisión promovida obliga el análisis de los hechos, su adecuación típica, el lugar de ocurrencia, etc., pues será del estudio de aquellos factores de donde podrá inferirse a cuál de las autoridades en conflicto le obliga proseguir el rito y definir la controversia".

"De donde deviene que el criterio de la Sala de Decisión no fue comprometido porque precisamente lo que se buscó en ese momento procesal fue confirmar lo dispuesto por el señor Juez Décimosexto Penal del Circuito de que él no era competente. Este caso es muy similar al resuelto por la Sala de Casación Penal y si bien no hubo un conflicto negativo de competencias en el fondo se aprobaba qué Juez era el competente para continuar con la investigación y por ende la Sala Dual no aceptará el impedimento que a nombre de la Sala de Decisión invoca el señor Magistrado ponente, doctor Edgar Escobar López".

Consideraciones de la Corte:

En verdad, como atinadamente lo consigna la Sala Dual del Tribunal Superior de Medellín en su pronunciamiento, no se ha presentado causal legal de separación del conocimiento por parte de los Magistrados que revisaron el auto de fecha 13 de diciembre de 1990 proferido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de la misma ciudad.

En auto de fecha 24 de abril de 1990 (Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia) esta Sala puntualizó que "cierto es que el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, con carácter general, establece como motivo de impedimento para conocer de las 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 en el curso de la investigación que no se vinculen al 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".

En la providencia que cita la Sala Dual para rechazar el impedimento propuesto por el Magistrado Escobar López (Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda) cuyo aparte no transcriben los Magistrados en su decisión de fecha 1º de octubre último, se dijo "...repetidos y acordes han resultado los pronunciamientos de esta Sala de Casación al advertir que el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal modificado ahora por el 34 del Decreto 1681 de 1989 sólo releva del conocimiento de un asunto durante la etapa de la causa, a la Sala que hubiese revisado por vía de 'apelación' o por 'consulta' decisiones proferidas en el mismo durante el sumario, pues solamente en esas providencias recaería la posibilidad de integrar criterios que resultaran a manera de preconceptos o juzgamiento anticipado frente a los temas de fondo debatidos, sin que participen de tal naturaleza aquellas decisiones que solamente se refieren al trámite o impulso procesal, como lo es el caso de las que dirimen los conflictos de competencia, califican impedimentos o recusaciones, definen cambios de radicación".

Aparentemente y con base en el anterior criterio consignado, podría decirse que existe una doble posibilidad en la situación presentada en el caso concreto, pues, bien miradas las cosas, el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín el 22 de febrero del año en curso, fue el resultado de la revisión que hiciera por vía de apelación de una decisión tomada por el a quo en etapa investigativa y, al mismo tiempo, la resolución de asignar el conocimiento a un determinado funcionario.

Pues bien, como aparece en autos, el Juzgado Veintinueve de Instrucción Criminal de Medellín al momento de resolver la situación jurídica de los acusados, consideró que el trámite a seguir en este caso, era el previsto en la Ley 2ª de 1984, es decir, el procedimiento abreviado, razón por la cual solicitó al Juez Penal del Circuito avocar el conocimiento del asunto y citar a los acusados a audiencia pública según la ritualidad en comento. Pero, como el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito decidiera declararse incompetente, mediante auto interlocutorio, sin promover colisión alguna pues, se limitó a ordenar al instructor proseguir con la instrucción y calificar el mérito del sumario, tal actuación dio lugar a que uno de los señores apoderados la recurriera y el Tribunal al revisarla, asignara la competencia a los Juzgados Superiores en el evento de proferirse resolución de acusación por parte del instructor, es decir, no hizo cosa distinta que determinar el funcionario competente y el procedimiento aplicable al caso concreto.

Tan cierto es ello, que de las consideraciones expuestas en el auto que dio origen a la recusación de la Sala del Tribunal Superior de Medellín por parte del defensor de Gardeazábal Serna, se desprende sin esfuerzo alguno que su pronunciamiento estuvo dirigido exclusivamente a fijar la competencia para conocer del proceso, basándose en circunstancias objetivas consignadas dentro del informativo a través de la propia indagatoria de Gardeazábal Serna y del dictamen del Instituto de Medicina Legal, Seccional Medellín, atinentes a la tipicidad de los hechos investigados, sin hacer consideraciones dirigidas a precisar la responsabilidad del acusado.

Esta Sala en providencia de fecha 4 de septiembre último, en el proceso seguido contra Oscar Darío Vélez Marín (Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas) consignó "en el presente caso se advierte que los integrantes de la Sala que hacen la manifestación de impedimento, es verdad, conocieron en la etapa instructiva del proceso, pero para efectos de dirimir el conflicto de competencias trabado entre los Juzgados Doce de Instrucción Criminal y Quince Penal Municipal. Por lo anterior y por el antecedente jurisprudencial citado, en principio pudiera pensarse que la razón le asiste a la Sala que rechaza el impedimento".

"Sin embargo, para la Corte, la solución acertada del asunto precisa de ser analizada considerando el motivo concreto que se aduce como causal de impedimento. Menester es tener presente que la Sala

que se declaró impedida al desatar el conflicto de competencias, hizo referencia expresa al aspecto de la responsabilidad del procesado..."

"En las anteriores condiciones, atendiendo a una interpretación más allá de la meramente gramatical o literal, esto es en atención al fin o motivo de la ley, o sea, la interpretación teleológica, es indudable que la razón le asiste a los Magistrados que se declaran impedidos para conocer del proceso, pues es evidente, como lo reconoce incluso la Sala que rechaza la manifestación de impedimento, que al conocer los primeros del proceso en la oportunidad que dirimieron el conflicto de competencias se refirieron de manera amplia a la culpabilidad del procesado concluyendo en la intención homicida que lo animó al propinarle las heridas al ofendido".

"Con esta decisión no se modifica el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad sino que lo reitera, excepcionando en casos como el presente, en el que por un exceso de la Sala que resolvió el conflicto de competencias se hicieron consideraciones sobre la responsabilidad y la personalidad del procesado de manera innecesaria, como si se tratara de una verdadera sentencia y dando nacimiento a la causal de impedimento especial que normalmente no se ha debido producir".

Por lo anterior, el impedimento manifestado por el Magistrado Escobar López, resulta improcedente.

Sigue preocupando a la Corte el manejo que algunos funcionarios hacen de la institución de los impedimentos, pues no se entiende cómo el doctor Escobar López en el proceso contra Oscar Darío Vélez, ya referido anteriormente, no acepta el impedimento manifestado por sus colegas, para luego él declararse impedido aduciendo las mismas razones que aquellos expusieron, y en este caso, que como ya se dijo es muy diferente. Actuaciones de esa naturaleza afectan la administración de justicia, porque da la sensación de que se quiere eludir el trabajo, dilatando innecesariamente la tramitación de los procesos.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento manifestado por el doctor Edgar Escobar López, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese, desanótese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

HABEAS CORPUS

La institución del habeas corpus no reglamenta una instancia jurisdiccional que permita la revisión del contenido de la decisión que restringe la libertad de un ciudadano

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*
Aprobado: Acta número 085 (noviembre 19 de 1991).

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve el recurso de apelación que el defensor del procesado interpuso contra la sentencia de veintinueve de enero de mil novecientos noventa y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó al doctor *José Rajael Alfredo Pulido Rodríguez*, como autor de un delito de prevaricato cometido en su condición de Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, a la pena de prisión, por el término de un (1) año, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a la pérdida del cargo que ocupaba para la época de la comisión del hecho punible. Así mismo se declaró que no había lugar a condena por daños y perjuicios y, finalmente, suspendió la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos años.

Hechos:

El nueve de enero de mil novecientos ochenta y seis el doctor José Rafael Alfredo Pulido Rodríguez, para ese entonces Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, decidió favorablemente la solicitud de *habeas corpus* que ante su despacho se había formulado a nombre de José Antonio Cabrera Sarmiento, quien, por solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de América se hallaba detenido a órdenes del Ministerio de Justicia con fines de extradición.

Dos razones básicas sustentaron la decisión judicial, conforme a la cual, la detención que pesaba sobre Cabrera Sarmiento carecía de fundamento legal. La primera consiste en que la solicitud de detención formulada por el Gobierno de Estados Unidos aludía, en su numeración, a providencias dictadas contra personas distintas al detenido, por lo que, tan pronto como se advirtió el error, el Ministerio de Justicia debió revocar la detención que había proferido como consecuencia de

ese pedimento. Y la segunda se apoya en la supuesta inaplicabilidad de la detención ordenada por un funcionario administrativo, ajeno a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, conforme a la excepción de inconstitucionalidad.

A pesar de la determinación adoptada, el Juez dejó al detenido a disposición de la Décimotercera Brigada del Ejército, autoridad que lo había condenado a la pena de siete años de privación de la libertad como infractor del Decreto 1188 de 1974.

Actuación procesal:

La denuncia que dio lugar a este proceso, formulada por la doctora Marina Naged de Torres, Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, y los documentos anexos, dan cuenta de que conforme al Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América, éste, mediante nota verbal número 307 de 16 de mayo de 1984, solicitó a nuestro país la detención de José Antonio Cabrera Sarmiento, con fines de extradición; petición que el Ministerio de Justicia atendió por medio de auto de 22 del mismo mes y año.

La Embajada de los Estados Unidos formalizó la solicitud de extradición de Cabrera Sarmiento, el 1º de febrero de 1985, mediante nota verbal número 074 en la cual cita los autos de llamamiento a juicio dictados contra el requerido y aclara que por error involuntario, en la nota 307 se indicaron números de autos de llamamiento a juicio correspondientes a personas distintas de aquél.

En marzo de 1985 se capturó al solicitado y se le notificó el auto de detención, luego de lo cual se remitió el expediente a la Corte Suprema de Justicia para que emitiera el concepto ordenado por el artículo 746 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal. Y comoquiera que la Embajada de los Estados Unidos remitió la nota número 406, complementaria de la 074, la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia también envió esa documentación a la Corte, con el mismo propósito.

Una vez que la Corte emitió los conceptos de 1º y 8 de octubre de 1985, favorables a la extradición, el Gobierno Nacional mediante Resolución ejecutiva número 399 de 20 de noviembre de 1985, la concedió y ordenó la entrega de Cabrera Sarmiento al Estado requirente.

El afectado se dirigió al Procurador General de la Nación para que ante la autoridad competente reclamara en su favor el Derecho de *habeas corpus* y efectivamente la petición se remitió al Juzgado Primero Penal Municipal de Bogotá, que por auto de 30 de diciembre de 1985 declaró improcedente el recurso.

En enero de 1986, el capturado, esta vez por intermedio de apoderado, nuevamente impetró el amparo del *habeas corpus* ante el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, cuyo titular, después de surtir el trámite de rigor, como ya se hizo constar, ordenó la libertad de José Antonio Cabrera Sarmiento frente a la detención provisional que con fines de extradición había proferido el Ministerio

de Justicia, pero lo dejó a disposición de la Décimotercera Brigada del Ejército Nacional que el 3 de diciembre anterior lo había condenado por tráfico de estupefacientes.

Abierta la investigación mediante auto de 14 de febrero de 1986, se practicaron pruebas de diversa índole, que demostraban la calidad de Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá del procesado y comprobaron la veracidad de los hechos denunciados; así lo revelaron las inspecciones judiciales practicadas en la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia y en los Juzgados Primero y Cuarenta y Ocho Penales Municipales de esta ciudad.

Conviene destacar que en la indagatoria el doctor Pulido Rodríguez insistió en sostener la ilegalidad de la detención de Cabrera Sarmiento, dispuesta por el Ministerio de Justicia, en razón de que el respectivo auto se basaba en la nota número 307 que aludía a los llamamientos a juicio números 80-413-CR-CA y 81-527-CR-CA proferidos contra William Nicolás Ayala y Montauk Seafood, además de que en la nota número 074, aclaratoria del equívoco, no se reiteró la solicitud de detención sino la extradición de Cabrera Sarmiento. Igualmente el implicado volvió sobre el criterio de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la competencia del Ministro de Justicia para ordenar detenciones. Todo ello, aseguró el procesado, le condujo a dar aplicación al artículo 420 del Código de Procedimiento Penal.

En la diligencia anterior, el doctor Pulido Rodríguez adjuntó al expediente fotocopia autenticada del proveído por medio del cual la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial le aceptó los descargos en el disciplinario que se promovió contra él, por los mismos hechos.

El 19 de febrero de 1987 se dispuso el cierre de la investigación, luego de lo cual se calificó el mérito del sumario llamando al procesado a responder en juicio como autor del delito de prevaricato, motivo por el cual, además se decretó su detención preventiva, pero con libertad provisional.

Los recursos de reposición y apelación que contra el pronunciamiento en referencia interpusieron la Fiscal del Tribunal y el defensor del encausado, fracasaron por cuanto la Corte confirmó el llamamiento a juicio, modificando la detención preventiva por la medida de aseguramiento de caución, aun cuando en este punto salvaron el voto los Magistrados Duque Ruiz y Páez Velandia.

En la etapa probatoria de la causa el doctor Pulido Rodríguez solicitó se le permitiera ampliar la indagatoria, lo que sólo pudo cumplirse en desarrollo de la diligencia de audiencia pública, durante la cual manifestó las inquietudes intelectuales que le habían surgido en el trámite del *habeas corpus*, tales como la diferencia existente entre la detención, institución procesal, y la retención, figura administrativa operante conforme el artículo 28 de la Constitución Nacional. Asegura que no quiso inmiscuirse en los asuntos del Ministerio y por eso ofició para que se le informara si se había proferido un nuevo auto de de-

tención contra Cabrera Sarmiento, pero la respuesta negativa lo llevó a la convicción de que se estaba violando la ley al detener a una persona "por un hecho no imputable a ella" y en esas condiciones consideró que era inevitable resolver el recurso por la vía de la ilegalidad de la detención. Igualmente admite haber conocido la intervención de la Corte Suprema de Justicia y la facultad que tenía el Ministro de Justicia para detener a una persona con fines de extradición pero, al concluir que este último funcionario había violado la ley, le asaltó la duda sobre la competencia que podía tener para resolver el asunto, la cual resolvió a través de la jurisprudencia que predica que el *habeas corpus* no tiene límites de aplicación y habiendo observado "lo vedado que me estaba entrar a cuestionar, a analizar un auto del Ministerio de Justicia en el aspecto de fondo...", acudió a un análisis legal, constitucional y jurisprudencial, que finalmente lo condujo a aplicar la excepción de inconstitucionalidad y la inexistencia de actos procesales regulada por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, sin que hubiera revocado ningún auto del Ministerio de Justicia ni cuestionado los conceptos de la Corte Suprema de Justicia. Así, el acusado termina manifestando que se adelantó a la inexequibilidad de la ley aprobatoria del Tratado de Extradición que posteriormente declaró la Corte.

La sentencia impugnada:

Para el *a quo*, la providencia de 9 de enero de 1986 contraría en forma manifiesta el artículo 421 del Decreto 409 de 1971, pues esta disposición indicaba claramente la improcedencia de liberar a Cabrera Sarmiento en cuanto existía un auto proferido por autoridad competente que legalizaba la detención provisional con fines de extradición que pesaba sobre aquél, por lo cual la conducta del Juez Pulido Gutiérrez se sitúa en el marco típico del artículo 149 del Código Penal.

La conclusión, que sobre la ilegalidad de la detención de Cabrera Sarmiento dedujo el procesado, resulta forzada, al basarse en el error en la numeración de los autos de proceder que en Estados Unidos se había dictado contra dicho ciudadano, puesto que la cita correcta de las referencias numéricas se efectuó antes de lograrse la captura del requerido, además de que la identidad de éste como sujeto de los autos de llamamiento a juicio se había satisfecho plenamente con la fecha de su nacimiento y la descripción física, sin que en ningún caso quedara duda sobre la existencia de autos de enjuiciamiento en contra de José Antonio Cabrera.

El pronunciamiento de la decisión manifiestamente contraria a las disposiciones procesales vigentes para la época, fue consciente por parte del procesado, puesto que conocía tal normatividad procesal, las exigencias impuestas por el Tratado de Extradición respecto de la detención provisional, los conceptos emanados de la Corte Suprema de Justicia, la tramitación de la extradición que adelantaba el Ministerio de Justicia, e inclusive, el pronunciamiento negativo al *habeas corpus* que sobre la misma situación había dictado un colega suyo.

El Tribunal estimó que frente a la precisa regulación legal existente con respecto a la detención con fines de extradición y la facultad,

o mejor, a la competencia que se le atribuye al Ministerio de Justicia para intervenir en tales actuaciones, el argumento de la inconstitucionalidad de la detención por autoridades administrativas carece de seriedad. Y ninguna trascendencia le atribuyó, frente a la responsabilidad penal que dedujo contra el implicado, el hecho de que posteriormente se hubiera declarado inexequible la ley aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América.

Fundamentos de la impugnación:

Los defensores del procesado, tanto el que interpuso la apelación como el que la sustentó, discuten la existencia del dolo en la conducta de su cliente, pues en su opinión, no se ha demostrado que el doctor Pulido Gutiérrez hubiera actuado con conciencia de la ilicitud, de mala fe, con intención dañina, pues, por el contrario estaba convencido de la legalidad de su actuación.

Por otra parte, afirman que al interpretar la ley, adoptó un convencimiento jurídico que para algunos puede ser erróneo, sin que ello signifique que procedió de mala fe; antes bien hay indicios de la rectitud de su intención, puesto que en definitiva, no liberó al detenido con fines de extradición y por otra parte, el auto de detención "estaba montado en una falsedad", ya que se había proferido con fundamento en un error no corregido, persistiendo su ilegalidad.

La defensa recuerda el criterio de la Corte respecto del delito de prevaricato, conforme al cual no basta para su estructuración que se profiera un proveído incorrecto, sino que es esencial la incorrección moral del Juez que lo dicta, y específicamente transcribe fragmentos de la providencia de 14 de mayo de 1990 en la que esta Corporación cesó el procedimiento adelantado contra una Sala del Tribunal Superior de Bogotá que había incurrido en un error de contabilización en un término de prescripción. Así concluye que en ausencia del dolo lo procedente es absolver al procesado.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta observada por el doctor Rafael Alfredo Pulido, se han establecido y por ello solicita a la Corte la confirmación de la sentencia condenatoria impugnada; concepto que el Fiscal de la Corporación concreta en los siguientes términos:

> "Para fijar con claridad el pensamiento de la oficina es cierto que el señor Juez procedió contra la ley ante el claro tenor del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal que indica, sin duda alguna, la improcedencia del recurso de *habeas corpus 'cuando aparezca que el peticionario se encuentra privado de su libertad en virtud de auto o sentencia de autoridad competente'*. La razón de ser del texto, que el

Juez sentenciado estaba obligado a conocer es la de que tal recurso sólo habilita para el examen de la privación o captura *formalmente ilegales*, pues el contenido de una decisión de autoridad competente no puede ser revisado por un Juez diverso, salvo que se produzca un recurso determinado en la ley que lo permita. Evidente resulta que el error en el contenido del auto de detención, o la invocación o apreciación equivocada de las pruebas, o el señalamiento errado del tipo penal, o cualquiera otro yerro en el auto proferido por la autoridad que lleve el caso respectivo, no puede ser enmendado ni examinado siquiera por vía del *habeas corpus*, pues se convertiría el Juez del *habeas corpus* en una instancia extraña al trámite mismo no contemplado en la ley procesal y, como lo dice la Sala, que llevaría a la inseguridad de las decisiones judiciales que nunca cobrarían ejecutoria ni formal ni material ante la eventualidad de una revisión por el Juez del *habeas corpus*.

"En el caso presente, admitido el error en la transcripción de los indicments citados por el Gobierno de los Estados Unidos, con base en lo cual se dictó el auto de detención por el Ministerio de Justicia, es claro que tal yerro no podía ser enmendado por el Juez llamado a revisar la legalidad formal de la captura. Ello desquicia el sistema de derecho, y el marco de las órbitas de competencia señalada ('la autoridad competente') estrictamente por la ley, que se verían invadidas por una autoridad extraña al proceso so pretexto de corregir un error cometido por el funcionario competente según la ley. Tal se ve en la decisión del señor Juez procesado, que quiso hacer (donde no se podía) de máximo juzgador de yerros cometidos por el Ministerio de Justicia en su auto, y aún pretendió de *lege ferenda* apoyarse en un criterio según el cual la autoridad administrativa no puede detener a las personas. En este punto último bastará con decir que la Constitución y la ley otorgaban al Ministerio de Justicia la potestad de dictar la detención preventiva, lo que quita todo piso al argumento judicial expuesto en el *habeas corpus*. Como se descubre allí, el señor Juez asumió por sí y ante sí todo el peso de corregir errores de otros sin estar facultado por la ley en manera alguna, saliéndose de su marco de competencia e invadiendo el propio del funcionario autorizado para detener en este caso.

"El aspecto de la culpabilidad que se discute, y el de la antijuridicidad, ya está definido. Sin embargo es claro que si se contraviene la ley, el texto literal de la ley como en este caso que hace improcedente el *habeas corpus* si existe detención o sentencia de una autoridad, el Juez conocía el límite de su función y que lo hecho por él, estaba fuera de su competencia funcional. Cabe aceptar que fue una interpretación de la ley, dice su defensor. En verdad el rompimiento del alcance literal de la ley es atendible en el campo de la hermenéutica, siempre que no haya incompatibilidad

entre lo 'interpretado' y el sistema de derecho o el sentido del sistema de derecho. Aquí, es ostensible que la interpretación dada por el Juez quebranta todo el sistema de derecho, pues rompe los límites de competencia funcional, se ocupa de contenidos de una decisión que no debe revisar en el fondo sino formalmente, elimina la ejecutoria de las providencias, quebranta el principio de seguridad jurídica de las decisiones judiciales, y coloca en libertad a una persona contra la voluntad funcional del autorizado por la ley. De manera que no es factible conceder que se está en el campo de la pura interpretación de la ley, como se pretende.

"De acuerdo con lo dicho también, se tiene que la sola producción de la providencia contraria a la ley configura el delito de prevaricato, y entonces se da el daño a la administración de justicia, independientemente de que por fuerza de una situación ajena (otra medida de privación de libertad de autoridad distinta) no se hubiere cumplido el propósito de liberar a quien estaba detenido".

Consideraciones de la Corte:

Ninguna discusión ha surgido en torno al supuesto fáctico investigado, esto es, que el doctor José Rafael Alfredo Pulido Rodríguez, en su condición de Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, mediante auto de 9 de enero de 1986 y como culminación de un trámite de *habeas corpus*, dispuso la libertad de José Antonio Cabrera Sarmiento en relación con la detención provisional con fines de extradición que contra éste había ordenado el Ministerio de Justicia a solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de América, conforme al Tratado de Extradición suscrito entre los dos países y vigente por aquella época.

Tampoco se ha esbozado argumento alguno que tienda a desvirtuar la manifiesta contrariedad de la decisión judicial con la ley procesal en vigor para entonces. A esa conclusión se llegó al disponerse el enjuiciamiento del funcionario procesado, sin que los fundamentos de tal determinación hayan sufrido modificación alguna. Por ello *resulta válido reiterar que la institución del habeas corpus no reglamenta una instancia jurisdiccional que permita la revisión del contenido de la decisión que restringe la libertad de un ciudadano. Se trata de un instrumento legal para garantizar que la limitación al ejercicio de ese derecho, en un caso determinado, se cumpla observando las formalidades previamente establecidas en la ley.*

Esa finalidad estaba nitidamente definida en la normatividad imperante en 1986, pues conforme al artículo 420 del Decreto 409 de 1971, el Juez podía disponer la libertad inmediata una vez comprobara que la persona se hallaba capturada o detenida sin las formalidades legales. Y, por otra parte, el artículo 421 ibídem *demarcaba el alcance de esa especial atribución, como lo hace hoy en día el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto perdía su operancia en las situaciones en las que la privación de la libertad hubiera tenido*

lugar como consecuencia de un auto o una sentencia de autoridad competente, o en los casos de captura, cuando no habían vencido los términos preestablecidos en el estatuto procesal. Bajos esos términos, no había lugar a equívocos respecto del objeto del amparo: La comprobación de la legalidad formal de la privación de la libertad, y por lo tanto, sin la posibilidad de discutir el contenido de la decisión, se insiste. De lo contrario, no sólo se atentaría contra el esquema procesal, contra autoridad jerárquica impuesta por la organización judicial, sino que se llegaría a absurdos tales como que un Juez Penal Municipal podría poner en discusión la legalidad de una medida de aseguramiento proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, frente a la situación de Cabrera Sarmiento, al doctor Pulido Rodríguez sólo le correspondía establecer si la privación de la libertad obedecía a una determinación de autoridad competente. Y, efectivamente lo verificó, pues a través de los documentos que recaudó y la inspección judicial que practicó en la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia, se enteró de que contra Cabrera Sarmiento se adelantaba un trámite de extradición y que su detención se había dispuesto por el titular de esa Cartera conforme a las facultades que en esa materia le otorgaban el Código de Procedimiento Penal y la ley aprobatoria del Tratado de Extradición suscrito con los Estados Unidos. Lo anterior era más que suficiente para que el Juez declarara la evidente improcedencia del habeas corpus. Sin embargo, desbordando las facultades que el instituto garantista le concedía, decidió adentrarse en el estudio de la juridicidad de la decisión adoptada por el Ministerio de Justicia y no conformándose con tal exceso también puso en tela de juicio la atribución legal del citado despacho para proferir medidas restrictivas de la libertad en los casos de extradición.

Pero aún más, el procesado ni siquiera sujetó su crítica sobre la legalidad de la detención a los presupuestos establecidos por el propio Tratado de Extradición, que únicamente exigía tres requisitos, según se ha recordado varias veces durante este proceso; el primero, la identidad del procesado; el segundo, la manifestación de que se formalizaría la solicitud de extradición; y tercero, la afirmación de que contra el requerido se había proferido una orden de detención, un veredicto, o una sentencia condenatoria, en el Estado requirente.

En las anteriores condiciones, la simple manifestación del Gobierno norteamericano sobre la existencia de los autos de llamamiento a juicio contra Cabrera Sarmiento satisfacía los fundamentos de la detención provisional por la vía administrativa y con fines de extradición, pero el Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá irracionalmente se acogió al intrascendente y ya subsanado yerro sobre la numeración que le correspondía a los autos de enjuiciamiento para predicar la ilegalidad de la medida detentiva. El presupuesto objetivo formal se había cumplido y a pesar de ello el implicado, convirtiéndose en omnímodo intérprete y ejecutor del Tratado de Extradición le dio vida a un procedimiento inexistente, de tal modo que la solicitud de extradición que contenía la aclaración sobre la numeración de los autos de enjuiciamiento, plasmada en la nota número 074, la convirtió en una nueva petición de detención provisional que ameritaba, en su opinión, un nuevo auto que la decretara.

De tal magnitud sería el atropello que el funcionario judicial estaba protagonizando que para darle visos de legalidad a su actuación debió acudir a la excepción de inconstitucionalidad; proceder igualmente desafortunado en la medida en que la atribución que ejercía estaba contenida en los artículos 417 a 425 del Decreto 409 de 1971; no debía darle aplicación a ninguna otra disposición; y por lo tanto, de considerar procedente la excepción de inconstitucionalidad, sólo podía aplicarla respecto de los preceptos sometidos a su atribución jurisdiccional, no a decisiones de otras autoridades. Su deber radicaba en confrontar la situación de privación de la libertad de Cabrera Sarmiento con las disposiciones de los artículos 420 y 421 del Decreto 409 de 1971 y evidentemente la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el doctor Pulido Rodríguez no se refería a ninguna de tales normas.

Ahora bien, la defensa alega que el acusado no actuó con dolo ni ánimo proclive, pues que la conducta significó una interpretación de la ley no compartida por quienes la analizan. Argumento inaceptable en este evento porque si bien los Jueces, en su función de aplicar la ley, se ven obligados a interpretarla, tal atribución no es ni absoluta ni indiscriminada; en todo caso deben respetar los límites de su competencia y, naturalmente, sólo pueden hacer objeto de interpretación aquellas normas de difícil entendimiento, de confusa comprensión, de sentido amiguo, pero de ninguna manera pueden escudarse en la hermenéutica para tergiversar textos legales diáfanos, cuya esencia y finalidad no ofrecen la menor dificultad de comprensión, menos aún en una persona que lleva años transitando por los despachos judiciales.

El doctor Pulido Rodríguez llegó a adquirir información muy completa de la situación de Cabrera Sarmiento y de las disposiciones legales que le eran aplicables puesto que inspeccionó el trámite de extradición adelantado en la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia en donde adquirió un completo conocimiento de las normas del Tratado de Extradición que se estaban aplicando, los conceptos que a ese respecto había rendido la Corte Suprema de Justicia; así mismo se enteró del antecedente negativo al *habeas corpus* que en el mismo asunto había tramitado el Juzgado Primero Penal Municipal de esta ciudad; y por último, a la vista tenía la regulación del Código de Procedimiento Penal. Por todo eso, es inadmisible que la decisión adoptada en contravía de lo establecido por la ley pueda considerarse como un simple problema de interpretación; y el hecho de que el Juez hubiera extralimitado las atribuciones que le confería el conocimiento del *habeas corpus*, que hubiera desconocido una competencia legalmente establecida para decidir en contra de lo normativamente permitido, revelan que la violación que se le atribuye no fue accidental, como producto de la interpretación y de la habitual falibilidad humana; no, todo lo contrario, es manifiesto que el implicado quiso escoger una vía y un procedimiento ajenos a las regulaciones procedimentales, para desviar la solución de un caso que no ofrecía dificultad alguna.

Pero lo que no deja duda alguna respecto a la intencionalidad del comportamiento reprochable es la manifestación que hace el doctor Pulido Rodríguez en la audiencia pública cuando amplía su indagatoria y dice: "Observo lo vedado que me estaba entrar a cuestionar a ana-

lizar un auto del Ministerio de Justicia en el aspecto de fondo..." Tal aseveración patentiza la conciencia que tenía el procesado sobre el alcance de sus facultades al resolver el *habeas corpus* y la limitación con que contaba para entrometerse en la decisión ministerial; sin embargo buscó el mecanismo para hacerlo acudiendo a instituciones impertinentes e inapropiadas a la situación que estaba a su conocimiento.

Es verdad, como lo argumenta la defensa, que la orden de libertad nunca se llevó a la práctica por cuanto contra Cabrera Sarmiento pesaba una condena impuesta por la Décimotercera Brigada del Ejército y por eso fue dejado a órdenes de las autoridades militares, pero esa circunstancia no produce modificación alguna en la estructuración del ilícito por cuanto ella no depende del resultado, del efecto producido, como que el prevaricato es delito de mera conducta.

Así las cosas, el pronunciamiento de una decisión contraria a la ley, en forma manifiesta como se ha visto en este asunto, y con la intención de actuar en tal sentido, constituye una violación al régimen jurídico imperante que atenta contra la administración pública. Por ello, la antijuridicidad de ese comportamiento no desaparece por el hecho de que posteriormente la ley aprobatoria del Tratado de Extradición hubiera sido declarada inexequible, no sólo porque, mientras tenga vida jurídica, toda norma debe respetarse y cumplirse, sino además porque esencialmente la violación legal cometida por el procesado recayó sobre las normas procesales del momento.

No existen, en consecuencia, razones de ningún orden que demuestren un desacierto del Tribunal al proferir sentencia condenatoria contra el doctor José Rafael Alfredo Pulido Rodríguez, como autor de delito de prevaricato por acción cometido en el ejercicio del cargo de Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá por lo cual se procederá a confirmar íntegramente esa decisión, pues ningún reparo debe formularse a la dosificación de las penas, al otorgamiento del subrogado de la suspensión de la ejecución de la condena, ni a la declaratoria de que no hay lugar a condena por daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

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,

Falla:

Confírmase en su integridad la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

HABEAS CORPUS

Como este instituto apunta a la garantía de la libertad personal, su reglamentación se excepciona de los mecanismos propios de la instancia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 82.

Habeas corpus. Es un instituto que protege la garantía de la libertad personal, contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a "restringirla". Su reglamentación se excepciona de los mecanismos propios de la instancia.

Las normas que sobre el tema consagraban los Decretos 2790 de 1990 y 99 de 1991 no las acogió el legislador como normas permanentes luego de levantado el estado de sitio y así recuperan vigencia las ordinarias del Código de Procedimiento Penal.

Vistos:

El Tribunal Superior de Orden Público halló improcedente el amparo de *habeas corpus* intentado en su favor por los procesados *Alejandro Londoño Tamayo* y *Jorge Eliécer Chacón Lasso*, decisión de septiembre diecinueve próximo pasado en contra de la cual se impugnó en alzada, recurso otorgado por aquella Corporación en octubre 8 siguiente sobre el cual procede resolver lo que a derecho corresponda.

Antecedentes:

1. El 12 de agosto próximo pasado recibió el Tribunal Superior de Bogotá una solicitud suscrita por el señor defensor de los procesados Londoño Tamayo y Chacón Lasso que invocando la aplicación del derecho de *habeas corpus*, proponía su libertad inmediata, acusando de ilegal la prolongación de su detención preventiva. Sometido el pedimento a reparto, mereció impulso inmediato, resultando decidido mediante interlocutorio de "julio 13 de 1991" que declaró su improcedencia tras descubrir que los señores Londoño y Chacón se hallaban

Mientras que el proponente impugnó la decisión por vía de alzada, sus poderdantes optaron por enderezar una nueva y directa invocación del amparo, pedimentos que resolvió el Magistrado sustanciador mediante auto unipersonal de septiembre 11 siguiente, en que al inferir aplicable el Decreto 182 de 1988, y acudiendo al criterio de la Presidencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, dedujo que la competencia para un pronunciamiento de la naturaleza del insistido radicaba en el Tribunal Superior de Orden Público.

2. Recibido el asunto en la Corporación de Destino, por auto de septiembre 11 avocó el conocimiento del caso y previo su impulso procesal, resolviéndolo mediante auto de Sala Unitaria de septiembre 19, que con identidad de razones a las ya expuestas por el Tribunal de Distrito, volvió a declarar la improcedencia de la invocación, e insistió en la expedición de copias en contra del Juez a cuyo cargo se hallaba la actuación respectiva.

Una vez más se elevó la voz del inconforme defensor de los dos afectados, interponiendo el recurso de alzada y afirmando para sustentación que el artículo 30 de la Carta Política priva sobre cualquier consideración de orden legal, entre ellas las de los Decretos 2790 de 1990 y 182 de 1988, y advertida su aplicación inmediata, se remitió, para criticarlos, a los fundamentos sobre los cuales descansa la medida de detención que aflige al Coronel Londoño, protestando de injusta la determinación que así le afecta.

De nuevo el Tribunal en Sala Unitaria se pronunció con relación a lo pedido, y pese a evocar que la doctrina nacional no participa de la tesis de la recurribilidad del auto que define la solicitud de *habeas corpus*, perdida la vigencia de los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 que de modo expreso denegaban la impugnación de esa medida y sobre un análisis del artículo 462 del Código de Procedimiento Penal frente a la naturaleza interlocutoria de la providencia apelada, infirió la viabilidad de la alzada, otorgándola ante esta Sala de Casación Penal, sin precisar el efecto en que la concedía.

3. Impulsado el rito de la instancia, el criterio que sobre el particular expresa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal resulta en un todo contrario a la interpretación del Tribunal de origen, hallando improcedente la revisión de instancia y concretando sobre el particular los siguientes argumentos favorables a su proposición inhibitoria:

a) Consultando la naturaleza del amparo de *habeas corpus*, salta a la vista su diferencia con los recursos ordinarios, diversidad que explica su celeridad, su ajenidad a las revisiones propias de instancia y su efectividad como medio "expedito y eficaz para aplicar aquel esencial valor de la libertad";

b) El hecho mismo de que la Constitución remita al trámite del *habeas corpus* por parte de "cualquier autoridad judicial", implica la presencia de un procedimiento especial, donde priva un control racional e inmediato sobre el hecho que genera la privación de libertad, y no un "control procesal" ajeno a las instancias:

cobijados con auto de detención preventiva, disponiendo sí la expedición de copias para que se investigara al titular del Juzgado de Orden Público que adelantaba las diligencias, por haber omitido el trámite de las solicitudes de libertad cursadas por el inconforme defensor.

c) Prolongar, por lo demás, un trámite que la ley ha querido hacer mínimo y perentorio, orientado al restablecimiento inmediato de un derecho, tampoco consulta la naturaleza material del recurso. Si una petición de éste orden no prospera, no es de recibo prolongar el procedimiento, porque de existir mérito suficiente, lo propio sería insistir con nueva solicitud, dado que se trata de un derecho imprescriptible y no sujeto a la decisión exclusiva de una sola autoridad judicial;

d) Para el caso propuesto, la solicitud cuyo trámite agotó el Tribunal de Orden Público ya surtió la finalidad protectora que la Constitución y la ley le otorgaban, y frente a esa realidad no son de recibo los criterios formalistas de la Corporación remitente, pues como lo ha sostenido esta Sala, "no es el aspecto formal de la decisión lo que le da dicho carácter o le hace aplicable las consecuencias jurídico-procesales propias de esta clase de autos, sino su propia naturaleza material y jurídica, la cual en este caso ... es la que determina su especial trámite";

e) Por último y consultando el principio de la taxatividad de las competencias, recuerda con el artículo 68.4 del Código de Procedimiento Penal, que el conocimiento por vía de instancia que compete a la Corte, radica en la decisión de "los recursos de apelación y de hecho, en los procesos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores", entidad bajo la cual no conoció el Tribunal de Orden Público en el caso presente, siendo prioritaria la disposición del artículo 462 del Código de Procedimiento Penal cuando hace extraña al *habeas corpus* la revisión de instancia.

Consideraciones de la Corte:

Las razones que sobre el caso de controversia ofrece el señor Procurador Delegado, resultan en verdad incontestables para mostrar la improcedencia del intentado recurso de alzada:

Sea lo primero observar que el fundamento del cual se ha valido el Tribunal de Orden Público para conceder el recurso pendiente, radica prioritariamente en una interpretación literal y facilista, que por exclusión pretende la viabilidad de la instancia cuando la decisión que se produce es denegatoria del amparo, por el solo hecho de que el Código de Procedimiento Penal actual no reprodujo la norma del artículo 422 anterior, y porque el artículo 15 *ibídem* no entraña restricciones para el principio de la doble instancia.

Un razonamiento tal, fácilmente se contesta recordando que en la codificación procesal penal que ahora rige sí se hace mención sobre la recurribilidad de la "decisión" que se tome con relación a la prosperidad de la solicitud, pues el artículo 462 advierte que siendo inter-

locutorio el auto que reconoce el éxito del pedimento, en su contra no procede recurso alguno, sin que de la hipótesis contraria (improsperidad del pedimento) pueda válidamente desprenderse la admisibilidad de la alzada, pues dentro de una interpretación teleológica emerge justamente y con diafanidad la conclusión adversa a la propuesta:

Es así como *desde un punto de vista racional que consulte la naturaleza del amparo de* habeas corpus, *fácilmente se desprende que apuntando ese instituto a la garantía de la libertad personal "contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla", su reglamentación se excepciona de los mecanismos propios de la instancia, dentro de los cuales bien podría de otro modo subsistir, precisamente para que con ajenidad a esos ritos ordinarios, halle prevalencia y efectividad inmediata la garantía que trata de ampararse.*

En un enfoque sistemático, ésta primera apreciación sólo halla su confirmación rotunda, partiendo de la observación misma de la regulación que de este derecho se hace dentro de un capítulo aparte e independiente de los atinentes a la libertad del procesado, y que al propio tiempo señala los funcionarios competentes, los términos y los ritos dentro de los cuales se ha de resolver la solicitud, sin que de modo expreso se otorgue la opción de la apelación interpuesta.

Es más: Lejos de oponerse a la conclusión anterior, los artículos 15 y 203 del Código de Procedimiento Penal invocados por el Tribunal remitente, se refieren al principio de las dos instancias y a la operancia del recurso de apelación contra la sentencia y los autos interlocutorios "de primera instancia", siendo evidente que del habeas corpus *no se conoce en modo alguno por esa jerarquizada, sino dentro de una competencia especial, ceñida a un amplio parámetro (art. 456 del C. de P. P.), incompatible inclusive con el conocimiento de instancia, si su operancia se advierte frente a los actos arbitrarios de "cualquier autoridad que tienda a restringirla" (art. 454* ibídem*), lo que de modo notorio ocurre en el caso bajo controversia, donde el conocimiento del asunto era del dominio de un Juez de Orden Público y no del Tribunal de procedencia.*

Por lo demás, y advirtiendo la competencia de "cualquier Juez Penal" del lugar donde se encuentre el aprehendido, el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal lejos de prever las revisiones en instancia, las torna incompatibles, como ocurriría en el evento fácilmente dable en que el convocado a desatar la instancia sea justamente el funcionario de quien provino la arbitrariedad que se pretende superar.

Por último, y destacando que las normas del procedimiento penal se acuden en esta motivación ante la no adopción como legislación permanente de las disposiciones que sobre habeas corpus *incorporaban los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, habrá de insistirse en que lejos de recibir las anteriores consideraciones rectificación en la Constitución Política vigente, su artículo 30 ratifica con la competencia de "cualquier autoridad judicial", que no hay supeditaciones al conocimiento ni a las revisiones propias del trámite de instancia, y con la advertencia de su operatividad en "cualquier tiempo", que tampoco podría restringirse un funcionario a la doble obligación de respeto y*

cumplimiento que generan las determinaciones del superior jerárquico, pues la operancia del derecho deberá privar por encima de esos límites legales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, *se inhibe* de desatar, por improcedente, el recurso de apelación interpuesto dentro del presente asunto.

Regresen los cuadernos al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA. Territorial

DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

Con la creación del Distrito Judicial de Antioquia, quedó el Círculo de Santa Rosa de Osos expresamente incorporado a esa nueva comprensión territorial (En el mismo sentido auto de 29 de noviembre de 1991. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 082 (noviembre 13 de 1991).

Vistos:

Procede la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, a resolver la colisión negativa de competencias que se suscitó entre los Juzgados Superiores de Yarumal y Segundo de Medellín, a propósito del conocimiento del proceso que se adelanta contra *Eduard Vasco Duque* por el homicidio de Marco Aurelio Jaramillo Zapata.

Resultando:

El 29 de agosto de 1990 el Juzgado Ochenta y Tres de Instrucción Criminal con sede en Santa Rosa de Osos calificó por segunda vez este diligenciamiento penal profiriendo resolución de acusación contra Eduard Vasco Duque, como autor de la muerte de Marco Aurelio Jaramillo Zapata, ocurrida el 22 de enero de 1989 en la región de San Pablo, de la comprensión territorial del citado municipio.

En firme el pronunciamiento anterior, se remitió la actuación al reparto de los Juzgados Superiores de Medellín, el segundo de los cuales, después de surtida la etapa probatoria y de haber fijado fecha para celebrar la audiencia pública, envió el expediente al Juzgado Superior de Yarumal por cuanto los hechos habían ocurrido en el municipio de Santa Rosa de Osos, adscrito al Distrito Judicial de Antioquia.

El Juzgado Superior de Yarumal no aceptó el conocimiento del proceso, para lo cual manifestó su disentimiento a lo resuelto en va-

rias oportunidades por el Tribunal Superior de Antioquia —citado por el Juez Superior de Medellín— en cuanto sostiene que "...por deducción y a partir de la vigencia del Decreto 2270 de 1989 el Circuito de Santa Rosa de Osos quedó adscrito al Círculo de Juzgados Superiores de Yarumal, argumentando sobre el particular lo siguiente: '...Al incluír el Decreto 2270 de 1989, el Circuito de Santa Rosa de Osos, en el cual se ubica el municipio de Don Matías, sitio geográfico en donde sucedieron estos eventos delictuosos, al Trib. (sic) de Antioquia, resultaría un contrasentido asignarlo al Círculo de Juzgados Superiores de Medellín, cuando a éste se le adscribió, por el Estatuto en cuestión, el Círculo Unico de Juzgados Superiores de Medellín y dada su proximidad de aquél, a la población de Yarumal; por ello, estima que en los actuales momentos, pertenece al Círculo del Juzgado Superior de Yarumal...' Agregándose en esta providencia que se cita, de septiembre 10 de 1991. Magistrada ponente doctora Sonia Gil Molina), (sic) que: '...*Bueno es agregar, que en ningún momento se está abrogando la Sala una decisión que no le corresponde, sino que simplemente, es de parecer que ante un vacío legislativo, por omisión involuntaria, así se debe proceder...*' (subrayas del despacho)".

Para rebatir la tesis anterior, el Juez Superior de Yarumal argumenta que el artículo 1º del Decreto 0477 de 1978 claramente estableció la pertenencia del Circuito de Santa Rosa de Osos al Círculo de Juzgados Superiores de Medellín, y que el Decreto 2270 de 1989, modificatorio de la División Territorial Judicial, ubicó a Santa Rosa de Osos en el Distrito Judicial de Antioquia, pero no determinó a cuál Círculo de Juzgados Superiores debía pertenecer, por lo que, en su opinión, la vigencia del citado Decreto 0477, se conserva.

Se acoge el mismo funcionario a un salvamento de voto de 30 de julio de 1991, de uno de los Magistrados del Tribunal Superior de Antioquia, en donde se afirma que la omisión legislativa no puede suplirse con decisiones judiciales y con base en criterios discrecionales y ambivalentes, porque ese argumento conduciría a adscribir el Circuito de Santa Rosa de Osos a cualquier otro de los Círculos como Apartadó, Fredonia, Santafé de Antioquia, Andes, Puerto Berrío, Cisneros o Rionegro. De ello concluye que el Decreto 0477 de 1978 sigue vigente en razón de que en nada contraría lo dispuesto por el Decreto 2270 de 1989.

Propuesta la colisión negativa de competencias por el Juzgado Superior de Yarumal al Juzgado Segundo Superior de Medellín, en los términos expuestos, éste despacho también se negó a admitir la competencia para conocer el proceso, por lo que prosiguió el trámite del conflicto expresando que el Decreto 2270 de 1989 delimita el Distrito Judicial de Medellín a los Circuitos Judiciales de Medellín, Bello, Envigado, Girardota e Itagüí, quedando todos los demás adscritos al Tribunal Superior de Antioquia, sin que pueda negarse que a él pertenecen el Circuito de Santa Rosa de Osos y el Juzgado Superior de Yarumal.

Por otra parte, el Juez Superior de Medellín considera que el Decreto 0477 de 1978 está derogado en cuanto incluía a Santa Rosa de Osos dentro del Distrito Judicial de Medellín, y de ello concluye

que los Jueces Superiores de Medellín carecen de competencia para juzgar y fallar procesos por delitos acaecidos dentro del territorio del citado municipio; además, estima atropellado el principio de autoridad jerárquica por el hecho de que un asunto sea calificado por un Juez que depende de un Tribunal y que la causa la adelante otro Juez subordinado a una Corporación distinta.

Consideraciones:

Evidentemente se observa la existencia de una situación que puede prestarse a confusión en lo que se refiere a cuál es el Círculo de Juzgados Superiores al que pertenece el Circuito Judicial de Santa Rosa de Osos, y que surgió de las modificaciones que la ley ha efectuado sobre la División Territorial Judicial, por cuanto mediante Decreto 900 de 1969 asignó dicho Circuito al Juzgado Superior de Yarumal; posteriormente, el Decreto 0477 de 1978 lo integró al Círculo de Juzgados Superiores de Medellín; y el Decreto 2270 de 1989 no contiene norma alguna al respecto. Ello, no obstante, no da lugar para afirmar que hay un vacío legislativo.

Es relevante destacar que el Decreto 2270 de 1989, al dividir el Departamento de Antioquia en dos Distritos Judiciales, circunscribió el de Medellín a los Circuitos Judiciales de Medellín, Bello, Envigado, Girardota e Itagüí y asignó la competencia de los Juzgados Superiores de esa capital al Distrito Judicial así conformado, resultando imposible incluir en ese Círculo cualquier otro Circuito distinto a los señalados específicamente por la ley. De ello se desprende la contrariedad del Decreto 0477 de 1978 con el reglamento que es objeto de comentario, en todo lo atinente a la conformación del Círculo Judicial de Medellín, por lo que no cabe duda de su derogatoria a ese respecto.

De otra parte, el propio Decreto 2270 de 1989 claramente establece que el Circuito de Santa Rosa de Osos pertenece al Distrito Judicial de Antioquia, razón de más para negar la posibilidad de integrarlo al de Medellín. Y es aquí en donde surge el interrogante de cuál es el Círculo de Juzgados Superiores al que pertenece el Circuito de Santa Rosa de Osos, pues en realidad, el reciente Decreto de distribución territorial judicial no le asignó ninguno.

Antes de proferirse el Decreto 2270 de 1989, en el antiguo Distrito Judicial de Medellín sólo existían tres Círculos de Juzgados Superiores: el de Andes, el de Yarumal y el de Medellín, pero al reducirse el ámbito territorial del nuevo Distrito Judicial de Medellín, se crearon los Círculos de Juzgados Superiores de Fredonia, Santafé de Antioquia, Cisneros, Urrao, Puerto Berrío, Rionegro y Apartadó, que conjuntamente con los ya existentes de Andes y Yarumal conforman el Distrito Judicial de Antioquia.

Ahora bien, geográficamente Santa Rosa de Osos se encuentra en el centro de los Círculos de Juzgados Superiores de Santafé de Antioquia, Medellín, Cisneros y Yarumal, cada uno de los cuales tiene adscritos los respectivos Circuitos Judiciales. Así, el primero tiene competencia en su propio Circuito, en Frontino y Sopetrán; el segundo

en todo el Distrito Judicial de Medellín; el tercero, en su Circuito, en Santo Domingo, Yolombó, Segovia y Amalfi.

Mediante Decreto 900 de 1969, al Círculo de Yarumal se le habían asignado los Circuitos Judiciales de Caucasia, Santa Rosa de Osos y Yarumal, situación parcialmente modificada mediante Decreto 0477 de 1978 que adicionó el Circuito de Ituango creado en ese año mediante Decreto 239, y adscribió el de Santa Rosa de Osos al Distrito de Medellín.

Con la creación del Distrito Judicial de Antioquia, mediante Decreto 2270 de 1989 quedó el Circuito de Santa Rosa de Osos expresamente incorporado a esa nueva comprensión territorial, y obviamente desmembrado del Distrito Judicial de Medellín, dentro del cual ya no se le menciona, lo que indica con meridiana claridad que tanto los funcionarios judiciales de esos despachos serían designados por el Tribunal Superior de Antioquia, como que los recursos a surtir ante esa instancia quedarían sometidos a la definición de esa misma Corporación y no al Tribunal de Medellín.

Dentro de este orden de ideas, absurda y contraria a la sistemática del procedimiento penal colombiano resulta la perspectiva que ofrece el colisionante Juzgado Superior de Yarumal, de cuyos planteamientos surgirían las inadmisibles posibilidades de rituar los recursos suscitados ante los Juzgados de Instrucción con sede en Santa Rosa de Osos frente al Tribunal de Antioquia, en tanto que las apelacimiento fuera de un Juzgado Superior, tendrían que resolverse ante el Tribunal Superior de Medellín.

Por el contrario, y si la disputa surge del hecho de no haber ciones y consultas surgidas en esos mismos procesos, cuando el conoprevisto el Decreto 2270 de 1989 de manera expresa la ubicación del Circuito de Santa Rosa de Osos en alguno de los recién creados Círculos de Juzgados Superiores del Distrito Judicial de Antioquia, ha de advertirse que con ello no afectó el ya existente Círculo de Yarumal que, como queda dicho, tras haber recibido desde el año de 1969 en el Decreto 900 el Circuito de Santa Rosa, debe entenderse con él reintegrado por exclusión y sin que resulte difícil comprender que el legislador no estimó necesaria su reasignación, entrando más bien a revivir de ese modo la situación antaña —que no la disposición— ante la evidente segregación como parte del Distrito Judicial de Medellín.

Esta interpretación halla entero acomodo a los criterios que sobre territorialidad consagra el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, según el cual: "Es competente el Juez del territorio donde se realizó el hecho punible" (En este caso el Distrito de Antioquia, no el de Medellín), porque dentro de la organización judicial el territorio al que se refiere la norma transcrita es el lugar donde suceden los hechos, el cual va siendo delimitado de acuerdo con las funciones que se atribuyen a cada Juzgado según su categoría. De ese modo, la jurisdicción territorial de un Juzgado Superior comprende uno o varios Circuitos Judiciales.

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

Resuelve:

Asignar el conocimiento de este proceso al Juzgado Superior de Yarumal y enviar copia de la decisión al Juzgado Segundo Superior de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS

Secuencia legislativa en la represión punitiva del tráfico de armas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Según Acta número 086.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el señor defensor del acusado *César Augusto Bastidas Arenas*, en contra de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Orden Público el 18 de octubre de 1990, fallo que tanto confirma la condena impuesta al recurrente a la pena principal de diez años de prisión y cincuenta salarios mínimos de multa, como revoca la absolución del coprocesado *Luis Eduardo Escobar Soto* a quien tiene para esos efectos como cómplice, responsabilidad deducida a uno y otro frente al delito descrito en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, según cargos que formalizara el Juzgado Unico Especializado del Magdalena.

Hechos y actuación procesal:

1. El seis de abril de 1989, agentes de la Policía Aeroportuaria con sede en Santa Marta, retuvieron en el Aeropuerto Simón Bolívar de esa ciudad y en momentos en que se disponían a abordar la avioneta Cesna 404 de matrícula HK-3281W propiedad de la firma Inversiones Corrientes Limitada, a su tripulación y pasajeros, tras descubrir que el soldado Carlos Alberto Arias, quien cumplía irregularmente la función de escolta del comerciante César Augusto Bastidas, portaba una subametralladora mini UZI con dos proveedores para la misma y una pistola Browning calibre 9 milímetros con su proveedor y 98 cartuchos, armas carentes de salvoconducto, y que le habían sido entregadas para cumplimiento de su informal labor.

2. Abierta la investigación e impulsada a cargo del Juzgado Unico Especializado del Magdalena, el 12 de abril de 1989 se favoreció al piloto señor Walter Novoa, al comerciante Luis Fernando Arango y a los pasajeros Gustavo Alirio Bastidas y Armando Muñoz Ascarate

con cesación de procedimiento, absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en contra del soldado Arias y del procesado Bastidas Arenas, deduciendo toda responsabilidad en el inculpado Luis Eduardo Escobar.

Más tarde —fl. 177—, remitiría copias para que al soldado se le investigara por la Justicia Penal Militar en razón del fuero, y con fundamento en el dictamen de balística —fl. 321— que ubicó las dos armas decomisadas como de exclusivo uso militar, citó mediante auto de agosto 3 a los acusados Bastidas Arenas y Escobar Soto para que respondieran en audiencia como infractores al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, acto a cuya conclusión produjo la sentencia de octubre 30 de 1989 cuyas decisiones quedaron enunciadas.

Revisada la anterior decisión en el Tribunal Superior de Orden Público por vía de alzada, produjo la sentencia de cuya impugnación extraordinaria aquí ahora se trata.

La demanda:

Con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 formula el recurrente único cargo en contra del fallo de segunda instancia, advirtiendo que el Tribunal incurrió en violación directa del tipo penal indebidamente aplicado, pretendiendo que bajo su reconocimiento, proceda la Corte a casar aquella decisión, y en su lugar a proferir el fallo sustitutivo absolutorio.

El razonamiento se inicia anunciando que los aspectos impugnados se refieren tanto al requerimiento normativo del permiso de la autoridad competente para la tenencia de las armas, como a la naturaleza misma que de los elementos incautados se pretende como armas de uso privativo militar. Para ese fin y recordando la descripción del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, hace el censor la presentación de los elementos integrantes de ese tipo penal, adentrándose de una vez en el análisis de la "autoridad competente" para otorgar el permiso del porte de armas a fin de controvertir la desestimación que atribuye al juzgador sobre la trascendencia de ese elemento, oponiendo a ese criterio el hecho demostrado de que quien portaba la ametralladora y la pistola era el soldado Arias, aspecto que estima sustancial, porque siendo éste un miembro del ejército, no requería la exhibición de salvoconductos a terceros. Le "bastaban las insignias de su cargo o de su representación para no estar sometido a éste requisito" —dice—, y de inmediato añade que la autoridad competente dentro de la jerarquía castrense es de variada localización como lo indican los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, de modo que la ausencia de este presupuesto no se puede llenar con supuestos, de donde emerge, termina, uno de los quebrantos de la norma sustancial invocada en la condena.

Ocupándose enseguida del análisis atinente a la naturaleza de las armas consideradas como de uso privativo militar, y asimilando su alcance al de exclusividad, infiere que por aquellas deberán entenderse las "que sólo estos organismos pueden fabricar, mantener y emplear, sin que distinta persona o entidad, de ninguna otra índole,

pueda utilizarlas". Como su empleo monopolista reside en la ley, si ésta o su reglamento no formulan la clasificación, o le otorgan igual capacidad a otras "desaparece su privilegio, ya no hay uso privativo..."

Tal sería lo sucedido en el caso propuesto, primero con relación a la pistola 9 milímetros, pero aún respecto de las ametralladoras y subametralladoras, pues de la reglamentación contenida en los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982 y la posibilidad en ellos advertida de otorgamiento de salvoconductos para esos instrumentos infiere que la restricción general desaparece o se transforma en una simple restricción de su conservación en "instalaciones de todo orden" y "predios rurales y urbanos". "La falta de éste otro elemento normativo —concluye— hace que su admisibilidad en el fallo sea violatoria del artículo sustentador de la condena, y que la norma citada se aplicó indebidamente".

Por lo demás, y sobre el mismo aspecto añade, remitiéndose al instructivo de julio 12 de 1989 expedido por el Ministerio de Defensa, que si la autoridad militar permitió que las armas de uso privativo de propiedad de particulares que habían sido en su momento debidamente amparadas, podían continuar en su poder, ya no podía existir "*uso privativo* de aquella institución oficial" sobre esos elementos, sin que el reglamento pueda ser sometido al criterio o valoración de un perito que realice la clasificación del arma por fuera o por encima de las instrucciones oficiales, porque son estas "formas de gobierno, manifestaciones del Poder Público, y se reconocen aunque fueran promulgados de viva voz como ocurre con muchas prescripciones militares".

Ingresando luego al análisis del objeto jurídico como elemento consustancial del tipo, critica en el Tribunal el que hubiese limitado su análisis a la afirmación de resultar la conducta atribuida al acusado contraria a la seguridad y tranquilidad públicas, pues afirmando que el juicio del Tribunal resultó ajeno a la realidad jurídica, debe desecharse y como consecuencia invalidar el fallo de condena.

El discurso argumental que sobre este aspecto endereza la demanda comienza por resaltar la trascendencia del objeto jurídico como elemento consustancial del tipo y presupuesto de los otros componentes de su estructura, destacando que frente a la objetividad del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 se agregó al bien tutelado de la seguridad el de la tranquilidad pública, lo que hace indispensable el fijar en cada uno su alcance y contenido.

De este modo observa que el legislador, para quien la infracción de que se trata sólo implicaba dentro del Título II del Código Penal la tutela del "organismo político y administrativo que se llama Estado", varió para ampliarlo ese criterio dentro del Decreto 180 de 1988, extendiendo la protección a "las distintas organizaciones comunitarias, con el derecho que tienen las personas de vivir sin sobresaltos, calamidades provocadas y sin los temores inherentes a la ocurrencia de estas", de modo que su cabal contenido habría de entenderse bajo esta otra perspectiva:

"La seguridad no es sólo un enunciado o una propuesta vaga. Es la evidencia de que cierta clase de derechos están bajo la protección de las autoridades. Es la certeza de que la existencia común no va a ser interceptada por acontecceres productores de zozobra y hasta de pánico, si se originan en conductas criminales. Es, en otros términos, el objetivo primordial de las instituciones oficiales, pero también el que buscan los hombres en determinadas circunstancias tiempo y espacio y que por lo mismo requiere la más completa colaboración de ellos. Los pueblos se avienen a las desgracias, y es entonces cuando no les importa quien gobierna pues son ellos mismos quienes ponen sus herramientas para el retorno a la normalidad.

"Un asalto a mano armada, un homicidio, la estafa a una entidad crediticia, lesionan la sensación de seguridad, la tranquilidad, pero no la seguridad misma. Hay conductas seleccionadas en todos los estatutos con una represión más fuerte, pues son muchos quienes reciben daño o quienes son susceptibles de sufrirlo, muchos los que experimentan o pueden experimentar temor por esa clase de realizaciones. El incendio, la inundación, el estallido de una bomba, hieren indistintamente, aunque estén dirigidos contra una víctima determinada. Los grupos están amenazados, y no simplemente por la intuición del peligro, como sostuvo Eusebio Gómez, sino por la efectividad del estrago.

"El bien jurídico llamado *seguridad pública* no es el de una persona, ni el de una familia, ni el de un círculo de amigos o conocidos. El calificativo *pública* manifiesta un conjunto de sujetos, ampliamente comunitario. No concurre el objeto jurídico con referencia a la simple individualidad física, pues éste bien no alcanza la significación de público. Público es lo que pertenece a los conglomerados, a poblaciones, y no a la persona aislada o a varias de ellas pero que de ordinario ni siquiera integran una concurrencia ocasional.

"Como corresponde a sus amplios contornos, los delitos contra la seguridad pública se reconocen dentro del sistema del Código Penal por el peligro que originan. Según el Capítulo II, Título V, artículos 189 a 202 del estatuto represor, los tipos agrupados en la sección denominada 'delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones'. Según lo cual, basta la acción, sin que se produzca el resultado, para que el quebranto se configure.

"De tal manera, el concierto es reprimible por el peligro que acarrea la organización, por la reserva y disciplina impuestas a los integrantes del acuerdo. El terrorismo se ejerce como medio de destrucción colectiva y su objeto es el de crear o mantener un ambiente de zozobra entre las agrupaciones humanas. La instigación se dirige a otro u otros para realizar delitos determinados o genéricamente concebidos. El

comercio de armas reservadas a los guardianes del orden instituido, es peligroso para todos y no sólo para éste o aquel sujeto. En estos casos está presente el peligro para muchos, el peligro *público*, como es de la naturaleza de los quebrantos engendradores de inseguridad común.

"Según el Código, es suficiente la *posibilidad* del grave perjuicio *'pueden ocasionar'*, dice el epígrafe, y así se ha explicado tanto por quienes estudian esta disciplina, como por la jurisprudencia.

"Pero el Decreto 180 de 1988 cambió básicamente la objetividad jurídica de estos atentados, eliminando, como lo hizo, del epígrafe transcrito del Capítulo II, la exigencia del *peligro* para enunciar, con simpleza extraña en un cuerpo punitivo, aunque sólo quede vigente mientras dure el estado de sitio, que la sección tiene como bienes jurídicos 'delitos que atentan contra la seguridad y la tranquilidad públicas'.

"He aquí una deducción que no admite contrastes. En la vigencia del Decreto 180 de 1988, la tranquilidad y la seguridad públicas deben ser lesionadas efectivamente, pues, suprimida la exigencia del peligro posible —posible, ni siquiera probable—, no basta la mera idoneidad de que éste se produzca, sino que es necesaria la lesión, esto es, un resultado dañoso evidente para la tranquilidad y la seguridad".

Así esta "sustitución de normas" a juicio del censor, no hubiese resultado afortunada en sentido general, sí comporta —concluye— una situación que afecta gravemente los pilares de la sentencia impugnada, porque implica que su sustentación se hizo bajo parámetros errados en relación con el bien tutelado, siendo lo real y verdadero el que los hechos imputados no causaron las lesiones advertidas en las normas extraordinarias.

Y si lo anterior se dio, en tratándose del bien jurídico de la seguridad pública, otro tanto predica de aquel novedoso bien de la "tranquilidad pública" al cual extendió su objeto jurídico el Decreto 180. Ese concepto de tranquilidad, expresa la demanda, dista de referir a la protección de la persona en la abstracción de su ser individual o aislado, para volcarse hacia los grandes conjuntos humanos, concepto que remite a las motivaciones de los redactores del actual Código Penal bajo las siguientes reflexiones:

"Estudiando estos temas, al redactarse el artículo 202 del Código en la comisión de 1974, Luis Enrique Romero Soto propuso incluir en el Título la noción de peligro en estos términos: 'Se entiende que el delito de incendio debe constituir figura autónoma, pero si en otra norma se va a estructurar el daño en cosa ajena, se debería hacer una calificación sobre la conducta, de tal manera que se ponga en claro que el prender fuego debe conllevar un peligro para la colectividad. Una persona puede prender fuego a una cosa mueble ajena a un paraje solitario y desabitado, y en ese caso no estaría poniendo en peligro la seguridad social. Por

ejemplo, en los Códigos de Brasil y El Salvador se pone en la redacción de la norma que se debe producir peligro común'.

"Observación superada con la de Alfonso Reyes: 'No es necesario hacer esa aclaración, ya que el objeto jurídico es elemento del tipo y si falta ese elemento, la figura será atípica, parcial o totalmente...'"

Tras una nueva cita de Carrara que culmina exhibiendo en estos tipos la necesidad de "...de la conmoción de un número indefinido de personas sea consecuencia ordinaria y constante de la índole misma del hecho, que proceda del sentimiento del propio peligro suscitado en cada uno, o de la conciencia de que el hecho ha agredido algo a que todos creen tener derecho, como miembros de la sociedad", añade que: "La instauración de la *tranquilidad pública* como objeto jurídico de los delitos descritos en el capítulo primero del Decreto 180 de 1988, logró lo que no habían admitido el Código de 1936 ni el de 1980. No es indiferente esa adición del legislador de emergencia, sino que, por el contrario, manifiesta el acogimiento de una garantía colectiva con todo cuanto tiene de impositivo y condicionante", bien jurídico que como elemento del tipo habría desconocido el juzgador junto con el de la seguridad pública, dado que:

a) El Decreto 180 de 1980 reprime delitos que efectivamente "atentan" contra la seguridad y la tranquilidad pública o que, en otros términos ejecutan o al menos intentan el evento criminoso, lo que no llegó a materializarse en el caso discutido;

b) Al tener las armas decomisadas un destino específico aplicado a la seguridad del acusado Bastidas, carecían de la potencia amenazadora para un sector de la población, "independientemente de que el peligro por sí solo no representa nada para el bien jurídico tutelado" en el decreto de excepción;

c) La posibilidad del enfrentamiento con repercusiones dañosas para la comunidad no fue sino un riesgo lejano, lo que no amerita la drasticidad de la sanción;

d) En el caso juzgado no hubo una población o parte de una población puesta a riesgo, de modo que se ignoraría si se trataba de una comunidad "inerme e indefensa", como lo concluyó en las razones del Tribunal la presencia de simples suposiciones.

Pasando enseguida al análisis de la conducta, y en particular a la acción del "tráfico" de armas, dentro de la cual estima centrada la imputación hecha a su representado, controvierte la tesis del juzgador, según el cual el tipo se da con el hecho de transportar, portar o adquirir las armas "sin importar el beneficio económico", pues a juicio del censor, el hecho de aparecer dentro del epígrafe del respectivo artículo la condición del "tráfico", convierte a éste en el aspecto "de la esencia de todos y cada uno de los comportamientos descritos con otros tantos verbos rectores: Importar, portar, reparar, almacenar, conservar, transportar, adquirir o suministrar a cualquier título. El epígrafe de la norma habría podido mencionar estos verbos, pero no lo hizo porque en el tráfico se comprenden todos, ya que nadie

realiza esas conductas si no es para obtener un rendimiento o una ventaja de cualquier naturaleza, por lo común patrimonial", concepto sobre el cual insiste bajo citas doctrinarias para otorgar al epígrafe el valor de "la norma misma", expresando que él "vale como su enunciado, como su comprensión total", porque como lo define la Academia, es el "resumen, sumario, cita o sentencia" que encabeza una obra, capítulo o discurso.

Sobre estos presupuestos, que apoya la demanda en nuevas citas doctrinales concluye el actor en que, "si el tráfico es intercambio de valores, cosas compromisos, como queda expuesto, y si esa actividad está incluida en el rótulo, nomore o epígrafe con el cual se bautiza el texto de la norma, siendo ese nombre parte integrante de la misma, es preciso absolver el interrogante de cuál fue la modalidad del negocio realizado por el señor Bastidas Arenas, cuál la cuantía de sus utilidades, de quién recibió los beneficios, o en qué otra forma se lucró o satisfizo conveniencias para sí o para terceros", aspecto que a su juicio carece de respaldo demostrativo en el proceso como de apoyo argumental en la sentencia, de manera que si el acusado no fabricó las armas, con lo que tampoco se habría tenido en cuenta la segunda conducta contenida en el tipo, limitándose a su utilización para su personal protección, la providencia impugnada no concluye en la forma debida.

Para concluir expresa el actor que la causal por él invocada, bajo la redacción más sencilla pero por ello más amplia del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 "no sólo circunscribe el recurso a los casos enumerados, sino que los extiende a todos aquellos en que debe intervenir la jurisdicción superior extraordinaria para corregir ilegalidades especificadas, pero en las cuales el quebranto se manifiesta con claridad y suficiencia. Es un tratamiento más justo de la cuestión, más amplio e idóneo para corregir errores fundamentales por fuera de las situaciones antes previstas", censurando el criterio, a su juicio restrictivo de la doctrina de esta Sala contenida en fallo de mayo 4 de 1990, apuntación simplemente referencial de su criterio, en cuanto no se relaciona con el evento mismo de su recurso al advertir que en él "no hay que buscar las causales de quebranto en contingencias distintas de las mencionadas en el artículo sustituido del Código, pues, como se expresó, la sentencia violó una norma sustancial de derecho porque aplicó indebidamente esa norma, artículo 13 del Decreto 180 de 1988... La conducta atribuida fue atípica y, faltando la realización del tipo, no hay regla penológica para sentencia de condena. Todo lo contrario: El fallo debió ser absolutorio", conclusión sobre la cual recaba dentro de una síntesis final de su pensamiento.

El concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita de la Sala en su concepto de rigor, proceda oficiosamente a decretar la nulidad de las sentencias de primera y de segunda instancia, ordenando en su lugar que por conducto del Tribunal de Orden Público regresen las diligencias a los Juzgados de esa especialidad, pues la norma aplicable debió ser la del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, no la

del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, nulidad extensiva a la actuación relacionada con el no recurrente.

Desarrolla el señor Procurador su pensamiento señalando los que a su juicio constituyen límites de aplicación del Decreto 180 de 1988, inclinando enseguida su discurso en búsqueda de una interpretación coherente del anotado estatuto, para deducir de las fuentes constitucionales que le dieron sustento, que en el caso concreto y por ausencia de un fin terrorista que le diera inspiración, la norma aplicable no sería otra distinta de la contenida en el artículo segundo del Decreto 3664 de 1986.

El fundamento pormenorizado de este pensamiento descansa en las siguientes advertencias:

1. Resultando una verdad inconcusa que el Decreto 180 de 1988 surgió para reaccionar punitivamente contra conductas terroristas, al no incluirse esta exigencia en todas las descripciones típicas que lo integran, resulta necesario recurrir al método sistemático-teleológico para deslindar esa finalidad, pues al desconocerse tal elemento subjetivo se desvirtúa la naturaleza del estado de sitio y resquebraja la estructura del Estado de Derecho, "por extender una política de excepción a quienes no se encuentran dentro de ella".

Considerando, entonces, aplicable la regla de hermenéutica contenida en el artículo 27 del Código Civil para la interpretación de las expresiones oscuras de la ley, y comprendiendo el bien jurídico como sustento de la prohibición frente a un caso concreto, recuerda la Delegada el que ha sido ya su reiterado criterio en búsqueda de la razón de ser del bien jurídico objeto de protección dentro del Decreto 180 de 1988, afirmando la existencia de un paralelismo entre la disposición del artículo 13 de este estatuto y el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 que le precedió en el tiempo, afianzando esa postura sobre los principios de generalidad e igualdad de la ley penal, dado que cada norma se inspira en distintos principios político-sociales, de manera que resulta innegable que aún dentro del estado de sitio prosigue la comisión de verdaderos delitos comunes, hecho que a su juicio terminó por reconocer la Corte en su decisión de Sala Penal de agosto 22 de 1990, bajo ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas, al aceptar que el Código Penal no había sido enteramente desplazado por el "Estatuto de Defensa de la Democracia".

2. Propugnado por una "interpretación coherente" del Decreto 180 y advirtiendo que no participa de la política criminal fundada en el solo incremento punitivo, admite que aún ella se explica en la búsqueda del Estado por reprimir el terrorismo, orientación dentro de la cual ha de interpretarse el artículo 13 alusivo a las conductas de la fabricación, porte, almacenamiento, etc., de las armas de fuego de uso privativo militar.

Sin desconocer, entonces, que la sola tenencia de esas armas amerita reproche al igual que toda otra conducta penalmente prohibida, no por esa sola circunstancia resulta inferible la afectación de la seguridad y la tranquilidad ciudadanas predicadas dentro del estatuto,

porque en él todas las conductas reguladas apuntan a la represión de la finalidad terrorista, ya que de no ser así, el simple aumento de pena resultaría inconstitucional por su falta de conexidad con los motivos que suscitaron la declaratoria del estado de sitio, aclaraciones que en la superación de las deficiencias técnicas de la ley estaría llamada a realizar la jurisprudencia.

3. Relievando a la Constitución como fuente del derecho penal, advierte que aquella debe determinar la recta interpretación de sus preceptos, con mayor razón cuando a raíz de un fallo sobre exequibilidad señala la Corte los parámetros que rigen la aplicación del precepto punitivo. Dentro de este pensamiento resalta las "sentencias de exequibilidad condicionantes" cuyas limitantes ha previsto la propia Corte Suprema de Justicia, una de las cuales sería a su juicio la de 3 de marzo de 1988 que bajo ponencia del Magistrado doctor Fabio Morón Díaz se ocupó de la revisión del Decreto 180 de 1988, señalando que su finalidad se hallaba restringida por el fin antiterrorista que inspira todo ese ordenamiento.

4. Como consecuencia y síntesis del desarrollo argumentativo y sobre una alusión concreta a los hechos, de los cuales destaca que el empleo de las armas decomisadas por parte del acusado señor Bastidas Arenas no sobrepasaba el ámbito de su destinación a la protección personal del justificiable, recuerda de lo probado que la subametralladora como la pistola habían sido facilitadas por el Jefe de Seguridad de Interconexión Eléctrica en Antioquia y coacusado, junto con el soldado que las portaba, para fines distintos de la ejecución o facilitación de actividades terroristas y siendo ello así, el proceso se hallaría viciado desde la sentencia de primera instancia, porque al recurrente no se le debió juzgar como infractor al "Estatuto para la Defensa de la Democracia".

Consideraciones de la Sala:

1. Imponiéndose por su naturaleza y consecuencias el análisis previo de la nulidad cuyo reconocimiento oficioso invoca el Ministerio Público sobre el presupuesto de una adecuación errada de los hechos al tipo del artículo 13 del Decreto 180 de 1988, traducida a una incompetencia parcial, pues a su juicio pervivía el artículo segundo del Decreto 3664 de 1986 frente al llamado Estatuto para la Defensa de la Democracia, fuerza es ocuparse preferentemente de su planteamiento, cuya respuesta obliga las siguientes consideraciones de la Sala:

1.1. *La secuencia legislativa que antecedió y aún ahora subsigue en la represión punitiva del tráfico de armas, indica que declarada la turbación del orden público interno y en estado de sitio todo el territorio nacional mediante Decreto 1038 de mayo 1º de 1984, expidió el Gobierno Nacional los Decretos 1056 y 1058 de ese mismo año, el primero para suspender la vigencia del artículo 201 del Código Penal, sustituyéndolo por el 1º del Decreto 1056 (al cual se integró la contravención prevista en el artículo 21 del Decreto 522 de 1971), y el segundo para otorgar a las autoridades militares la competencia para el conocimiento de las infracciones cometidas por particulares contra el artículo 202 del Código Penal.*

En el mes de diciembre de 1986, prosiguiendo los atentados criminales en contra de algunos de los más caracterizados opositores a la actividad del narcotráfico, se expidió el Decreto 3664 de esas calendas, que derogando expresamente los Decretos 1056 y 1058 acabados de citar, mantuvo la suspensión del artículo 201 del Código Penal bajo la nueva redacción de su artículo 1º, y con el artículo 2º suspendió además la vigencia del artículo 202 del anotado Código, incrementando la sanción para quien "sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas" entre los tres (3) y los diez (10) años de prisión.

*Meses más tarde e invariable la agresión criminal organizada en contra de los altos funcionarios del Estado, periodistas, y líderes cívicos y sindicales, el Gobierno, que para entonces había ya creado con el Decreto 1631 de 1987 y en el ánimo de "fortalecer los mecanismos jurisdiccionales" los cargos de "Jueces de Orden Público", sin que aun hubiesen éstos entrado a operar expidió los Decretos 180 y 181 de enero 27 de 1988, el primero para la "*creación de nuevos tipos delictivos, la modificación parcial de normas del Código Penal vigente, el aumento de penas privativas de la libertad y el señalamiento de circunstancias de agravación punitiva..." *según lo entendió la Corte en su decisión de marzo 3 de 1988, fallo que declaró ajustados sus preceptos a la Constitución, con excepción de los literales a) y b) del artículo 40 que declaró inexequibles.*

En su artículo 52, y sin haber optado por la derogatoria de otras normas expedidas dentro del estado de sitio, precisó en cambio el anotado decreto que quedarían suspendidas las disposiciones que le fueran contrarias, advertencia que notoriamente afectó el artículo 2º del ya citado Decreto 3664 de 1986, sino solamente la nueva disposición en su artículo 13 lo sustituyó ampliándolo (se agregó como conducta alternativa la del transporte, se incrementó la pena y se sustituyó el término "Fuerzas Armadas" por los de "Fuerzas Militares y Policía Nacional", añadiéndolo, como lo hizo dentro de la estructura íntegra de ese ordenamiento, la enunciación epigráfica de su contenido) sino que a partir de entonces, jamás lo volvió a tener como vigente, mencionando tan sólo el artículo 1º relacionado con las armas de defensa personal, frente al artículo 13 del Decreto 180 sobre armas y municiones de uso restrictivo militar, según se comprueba en las disposiciones de los artículos 2º del Decreto 181 de 1988, 2º del Decreto 474 de 1988, 9º y 10 del Decreto 2790 de 1990, 1º del Decreto 99 de 1991, y 4º del Decreto 1676 de 1991. Tal fue la invariable situación, apenas superada frente a la reciente vigencia del Decreto 2266 de 1991 (Diario Oficial 40078 de octubre 4 último), que al adoptar como legislación permanente algunas de las disposiciones emitidas dentro del estado de sitio, prefirió regresar a la operancia del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

Mas, ni siquiera la incorporación de este artículo y no del 13 del Decreto 180 de 1988 como legislación permanente, según lo facultaba la norma 8ª transitoria de la Constitución Política, podría constituir argumento a ulteriori para pregonar aquel paralelismo que sugiere el

Ministerio Público, si la facultad constitucional otorgada al ejecutivo se extendía a la operancia de "los decretos expedidos en ejercicio de las facultades del estado de sitio hasta la fecha de promulgación" del Acto Constituyente, supeditación que no parece excluirlo por el solo hecho de hallarse, como queda visto, transitoriamente suspendido.

2.3. *Si el anterior es el marco normativo sobre el cual discurre la alegación anulatoria, tampoco desde la perspectiva de la interpretación jurisprudencial se abre camino la alegación fiscal, con mayor razón si sus planteamientos no constituyen para la Sala aspecto novedoso, según en el mismo concepto se recuerda, siendo varias las ocasiones en que, desde su vigencia, impuso el Decreto 180 de 1988 los pronunciamientos interpretativos de su alcance. En la primera de aquellas ocasiones y con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas expresó la Corte:*

"Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del Decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuvieren guiadas por finalidades terroristas; y en otras porque la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar cómo en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 2º que se inicia 'el que con fines terroristas...'; y en una u otra forma gramatical, en un primer grupo esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1º, 3º, 4º, 6º, 8º, 10, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31.

"Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. *En el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas*; o la prevista en el artículo 18 interceptación de correspondencia oficial, en la que tampoco se exige que la conducta tenga relación con actividades terroristas; la del artículo 19...el secuestro tipificado en el artículo 22...y finalmente la del artículo 28 que tipifica el secuestro de aeronaves...En el tercer grupo, aparecen tipos de conducta alternativa, donde se describen dos o tres conductas, unas en las que es indispensable la demostración de la finalidad terrorista para que pueda entenderse que la conducta se consumó conforme a la descripción legal y la otra, en la que no se requiere haber actuado

en la tal precisa finalidad. Es el caso de la conducta tipificada en el artículo 7º concierto para delinquir...Finalmente existe una cuarta clase de tipos penales en los cuales la descripción de la conducta no incluye elemento subjetivo de la finalidad terrorista, pero sí se le agrega en la titulación del artículo, es la situación concreta de los artículos 9º y 27..." (auto de septiembre 15 de 1988. Bastardilla de la Sala).

Nueva respuesta dada mediante decisión de julio 9 de 1990 de la que fuera ponente el mismo Magistrado doctor Saavedra Rojas, aún añadió y precisó:

"Así, en efecto, no todos los tipos penales del Decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de la descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas, porque, como ya se vio, para el restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más de que es compatible con el estado de sitio regular —así sea la política penal del incremento punitivo— el comercio y tenencia de instrumentos que por sí mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

"La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del Decreto 180 de 1988 revela esa 'estrategia antiterrorista' que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del Decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad. Y *es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, si es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí por qué se haya establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la Nación.*

"No comparte tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas del estado de sitio sean de carácter pluriofensivo (o plurititulares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino que *su ampliación de la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional, sin*

que pueda predicarse la existencia de dos órdenes públicos diferentes: Uno para casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público, como fenómeno, es uno mismo y está concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones, estas condiciones no se consiguen con la actividad normal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente rigidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo, permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria; ellas por su propia naturaleza están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear 'otro' orden. Cierto es que durante los estados de perturbación continúan cometiéndose delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción a las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose de acuerdo con sus preceptos, porque careceria de sentido entonces expedir estas reglas adicionales o temporales que no tendrían sentido alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos del estado de sitio —quizás todos— se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofística tesis del demandante y del Ministerio Público para impedir la aplicación de la legislación especial" (bastardillas de la Sala).

Sin variar ese sentido y en fecha todavía más reciente, en decisión de agosto 22 de 1990 con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas apuntó la Corporación que frente a la estructura del Decreto 180 y su complejo sistema que, en parte crea nuevos tipos penales cuando no suspende disposiciones que le resultan contrarias y aún en relación con varios delitos.

"...presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinarias y de estado de sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera", por su falta de técnica impone al intérprete.

"...ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuáles son los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuáles rigen simultáneamente con los de estado de sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción".

Los fallos evocados no involucran dentro del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 la necesidad del móvil terrorista, e invariable resulta la doctrina desde entonces.

2.3. *En punto de saber, entonces, si, como lo insinúa la Delegada, impuso o no la Sala Plena de la Corte limitantes en la interpretación del conocido "Estatuto para la Defensa de la Democracia" impidiendo sancionar bajo la drasticidad a las actividades terroristas, nada mejor que contestar con el recurso al texto de la sentencia respectiva, en que con ponencia del Magistrado doctor Fabio Morón Díaz se halló y declaró exequible en estatuto, con la sola salvedad ya advertida de los literales a) y b) de su artículo 40.*

Lo primero que al respecto se destaca y que fuera en renglones anteriores transcrito y resaltado, es el hecho de que para la Corte no hubo duda en cuanto a que el nuevo estatuto consagraba al propio tiempo tanto la creación de nuevas figuras penales, en otras modificaba normas del Código Penal, y aún para terceros eventos se limitaba al incremento de las penas o a la creación de causales de agravación punitiva, aspectos todos que se hallaron ajustados tanto a la conexidad que con esa clase de conductas tenían las causas de la perturbación del orden, como cefidos a los cánones constitucionales en cuanto a su contenido material.

> *"Esta normatividad —allí se dijo—, es una facultad que le corresponde al Gobierno en estado de sitio, pues la gravedad de la turbación del orden público va exigiendo que se adopten nuevas formas delictuales ya que en ocasiones la legislación que está establecida para los tiempos de normalidad jurídica, no es suficiente para superar la conmoción interna o las perturbaciones del orden público".*

Y, ciertamente se añadió que:

> *"La presencia de* nuevas modalidades criminales *viene a ser precisamente la causa de la perturbación justificativa de la implantación y mantenimiento del estado de sitio, ya que ellas no se pueden enfrentar dentro de la legalidad normal".*

Pero es exactamente cierto a la vez, que a renglón seguido se añadió que "es igualmente clara la potestad para aumentar la penas privativas de la libertad de los delitos y contravenciones establecidos en la normatividad de tiempos de paz, si el Gobierno considera que este es un medio conducente y eficaz para restablecer el orden" *lo que no podía ser de otra manera, pues, aún con la sola posibilidad de resultar medios aunque no dirigidos en principio al apoyo de las actividades terroristas, todos aquellos alusivos con el tráfico de armas de uso restrictivo militar (o armas de guerra según luego se verá), constituyen en un momento y lugar determinados punto de apoyo y aún de partida para la realización de esa clase de actividades lesivas para la integridad y la seguridad colectivas.*

Del mismo modo tendrá acierto el reconocer que en el fallo se advirtió cómo gracias a la falta de técnica legislativa, en la interpretación del Estatuto deberían los Jueces "interpretar tales literales con criterio sistemático, armonizando con el artículo 1º que define cuál es la conducta constitutiva del terrorismo y también con las normas ordinarias del Código Penal relativas al aspecto intencional del delito, es decir, a la culpabilidad y a la complicidad".

Mas, sin embargo, no puede menos que reconocerse a la par que aquella advertencia solamente refería a las allí mismo señaladas como "varias formas delictivas (que) corresponden al concepto de normas en blanco o de reenvío" sobre las cuales impugnaron varios ciudadanos, y que teniendo en el fallo el cuidado de analizar individualmente, jamás se referían al caso del artículo 13 en controversia, cuyo texto indica claramente que se trata de una norma completa, sin requerimientos de complementación dentro de un ámbito referencial.

Las decisiones que de esta Sala Penal atrás se han evocado, lejos de estar en contravía con lo resuelto por la Plena según se insinúa, corresponden más bien al necesario desarrollo y epiqueya que demanda el precepto frente al cual responden los dos acusados dentro de estas diligencias, sin que, de otra parte y para colejar por último la alusión que a los hechos trae la Procuraduría Delegada, sobre más bien recurrir al criterio y a la ilustración de la Corte en Pleno, cuando al destacar la entidad de las armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas hizo con motivo de la revisión constitucional del parágrafo del artículo 33 en el Decreto 3398 de 1965 el siguiente análisis de la cuestión:

> *"A juicio de la Corte, el parágrafo 3º del artículo 33 de la norma que se examina, contraviene lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política que establece que 'sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra. Nadie podrá dentro del poblado llevar armas consigo, sin permiso de autoridad. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de asambleas o corporaciones públicas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas'.*
>
> *"Esta disposición constitucional, que tiene su origen en la Carta de 1886, en su redacción originaria, se explica por la necesidad de establecer el monopolio de las armas de guerra, en cabeza del Gobierno, que es el responsable de mantener el orden público y restablecerlo cuando fuere turbado, según lo señala la Carta Política.* Es además una fórmula que tiene sentido histórico para superar graves conflictos que afectaron las relaciones civiles entre los colombianos, y que ahora adquiere una renovada significación ante los problemas que suscitaron las diversas formas de la actual violencia. *El Gobierno legítimo, por esta misma razón, es el único titular de este monopolio,* sin que le sea permitido por la Carta a cualquier otra persona o grupo detentar las que se señalan

como armas y municiones de guerra. *En este sentido, la Corte considera que el concepto de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, debe corresponder al mismo que señala la Constitución en la norma que se transcribe, y que ha sido desarrollado por disposiciones legales para distinguir con base en criterios técnicos, que tienen relación con calibres, tamaños, potencias, usos especializados, dotación, o propiedad, las armas que son de uso privativo de las Fuerzas Armadas y las demás que pueden poseer los particulares" (mayo 25 de 1989. Magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz —subrayó la Sala—).*

El cargo no prospera.

2. La desestimación que de la nulidad viene de ofrecerse, conlleva al necesario y subsiguiente análisis de las razones aducidas por el demandante en el orden que sigue:

2.1. No discute el actor que si bien las armas decomisadas lo fueron en manos del soldado Carlos Alberto Arias, no correspondían ellas a los elementos de dotación oficial dados por el Estado al uniformado para el cumplimiento de sus funciones, siéndole suministradas por terceros y para fines diversos del cumplimiento de sus deberes oficiales. Si ello era así, no podía considerarse autorizado el uniformado para su porte ni legítima su tenencia, pues, como ha tenido ya ocasión de pronunciarse la Sala en caso semejante (Auto de abril 25 de 1989, Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz):

> "...cuando un miembro de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional porte su arma de dotación oficial, en ningún caso se le puede atribuir la conducta del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 que se acaba de transcribir, por la sencilla y contundente razón de que el citado texto requiere que el cuestionado porte sea 'sin permiso de autoridad competente', elemento de no posible predicación en tratándose de un militar o agente de la Policía en servicio activo, que así esté en franquicia como el acusado...dispone por el contrario de un 'permiso permanente' de portar el arma que le ha sido entregada, es decir, la de 'dotación oficial'. Distinto es el asunto, cuando se trate de arma particular, para cuyo porte los uniformados, al igual que los civiles, sí deben obtener el respectivo salvoconducto".

Peor aún, al soldado Arias se le utilizó más bien para que llevara armas de terceros, lo que en modo alguno legalizaba en éstos su tenencia ilegítima, siendo a los acusados Bastidas Arenas y Escobar Soto a quienes obligaba la obtención de los salvoconductos, jamás expedidos por la autoridad competente, ni en posibilidades de lograrlos según lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1663 de 1979.

2.2. *Deferida a la ley por mandato constitucional la clasificación de las armas entre aquellas de defensa personal y las destinadas al uso privativo militar dentro de la división bipartida a que ha hecho refe-*

rencia la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte, cierto es que la intervención del perito podría considerarse como de supletorio auxilio para la elucidación de las dudas que lleguen a surgir, que no para la diferenciación sustancial de unos y otros elementos según critica la demanda.

Mas, no por esa misma circunstancia, resulta de recibo el intentar deducciones opuestas al expreso mandato de la ley, que para el caso y fundada en factores de orden técnico que consultan la capacidad de los calibres, la longitud de los cañones, los sistemas de funcionamiento, la reserva de los proveedores, la energía en la boca de fuego, la característica de las municiones, etc., distancian aquellas armas de simple poder disuasivo, de las neta y exclusivamente configuradas para destrucción y ataque y por ello reservadas a las Fuerzas Militares y de Policía para la defensa del Estado y de las instituciones.

La ley para entonces vigente (Decretos 1663 de 1979, artículos 7 y siguientes y 2003 de 1982, artículos 2º y siguientes) precisaba las características dentro de las cuales podría considerarse un arma de fuego como de defensa personal, así como los casos en que por diferencia con las anteriores, esos elementos bélicos pasarían al exclusivo uso militar, parámetros dentro de los cuales no resulta difícil, aún con prescindencia del auxilio pericial la ubicación de la subametralladora, como de la pistola, por la utilización en ésta de proveedores con capacidad superior a los nueve (9) cartuchos.

Si además de corresponder sus características a las de armas reservadas para el uso de las Fuerzas Armadas, tampoco asomaba en momento alguno dentro de la actuación el salvoconducto que hubiese demostrado como lícita la tenencia de los elementos decomisados, elementos normativos ambos suficientemente esclarecidos en la actuación, no por esmerado cumple el esfuerzo del señor defensor con el propósito de deshacer el cargo, correctamente formulado y deducido a su representado, y fundamento dentro del fallo de condena.

2.3. *Centrada a este punto la discusión sobre la noción del bien jurídico, la primera observación que asoma corresponde con la invariabilidad de la tutela de la "seguridad pública" frente a esta clase de comportamientos, porque encabezando primero la enunciación del Título V, Libro Segundo del Código Penal, ya advertía el interés genérico allí resguardado frente a las agresiones del Capítulo Segundo "delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones", tutela que en este aspecto reitera la denominación del Capítulo Segundo, bajo el cual se ubica el artículo 13 dentro del Decreto 180 de 1988.*

Siendo ello así, e incontestables los conceptos que sobre este bien, como sobre el de la "tranquilidad pública" aporta el libelista, tal parece que su inconformidad se redujera a la deficiente motivación que cree encontrar al respecto dentro del fallo de segunda instancia, porque a su juicio, ni el caso presente repercutía en demérito de aquella tutela, ni el juzgador dio las razones suficientes para apoyarlo.

Haciendo en este aspecto justicia a los razonamientos de la segunda instancia, bien se hará en recordar que para el Tribunal el objeto jurídico materia de la protección legal jamás se confundió conforme se insinúa, con la sola alarma que en la comunidad suscita la ocurrencia de cualquier infracción a un derecho ajeno. Fue así, en cambio, como resaltando la secuencia de hechos que precedieron y acompañaron la vigencia del estado de sitio, apuntó el juzgador que en ese medio era innegable la importancia de las armas de fuego por el papel preponderante que estaban prestando a la realización de las agresiones colectivas vividas, motivo suficiente para ocupar al legislador extraordinario de su especial represión bajo la norma que se discute, preguntándose si bajo esas condiciones podría permanecer tranquila y segura la comunidad a sabiendas de su tenencia en manos de grupos o personas que al margen de la autoridad conservaban la posibilidad de ejecutar agresiones colectivas.

Al responderse el interrogante —hoja 12 del fallo respectivo—, resaltó el ad quem *que era la seguridad pública aquel*

> *"...derecho que tienen las organizaciones comunitarias de vivir sin sobresaltos, sin ingredientes que puedan hacer perder la tranquilidad, la paz, el sosiego ciudadano. Es la certeza de que la vida comunitaria no va a ser objeto de hechos violentos que generen en la población zozobra, miedo, incluso terror, asociados por conductas criminales..." y retomando el caso* sub examine *añadió que "no estaríamos apreciando en toda su dimensión el OBJETO JURIDICO si afirmáramos que por el hecho de que la subametralladora y la pistola calibre 9 milímetros, estaban destinadas a la escolta de BASTIDAS ARENAS, ya no constituían una amenaza para la tranquilidad y seguridad públicas. Pues aunque así fuera, eso no les quita el carácter de amenaza para esos bienes jurídicos protegidos por la ley, y es que bien puede en cualquier momento y en cumplimiento de ese objetivo, protagonizarse un enfrentamiento armado en medio de la población indefensa que resulta ser la víctima de tales hechos, sin la protección ante la subametralladora en pleno funcionamiento" (sic).*

Como de modo fácil puede verse, ni se desestimó, entonces, el hecho para su cotejo frente a los bienes tutelados, ni se hizo caso omiso ni errónea apreciación del objeto jurídicamente tutelado, coincidiendo en lo conceptual las apreciaciones del fallo con las del casacionista, lo que impide acoger la crítica de deficiente, imprecisa o desacertada motivación de la sentencia que a través de esta crítica se insinúa.

Pertinente agregar, sin embargo, a las censuras del impugnador, que no por ser mucho más neto el riesgo cuando el objeto material de que se trata lo constituyen elementos explosivos, inflamables o corrosivos, por su evidente e inminente capacidad dañosa, el temor o la zozobra ciudadanas, y el propio riesgo decrece frente a la presencia de las armas de guerra, distando de sancionarse en cualquiera de las

modalidades de su tráfico la sola desobediencia a una disposición, en la medida en que la fabricación o el almacenamiento, el transporte, la importación, la venta o cualquiera otra de las conductas alternativas de que la disposición se ocupa, evidencian siempre tanto el riesgo de su utilización en detrimento de vidas, integridad y bienes de los usociados, como la posibilidad de que tales instrumentos se prestan para la constitución de grupos o ejércitos privados o en todo caso marginales, capaces no solamente de desestabilizar las instituciones, sino de agredir, matar y destruir, porque lejos de ser las armas instrumentos neutros, desde su propio diseño y fabricación llevan insito su fin de agredir, dañar y destruir con tal poder letal, que ni siquiera en manos de los representantes de la autoridad se confían sin la previa preparación psicológica y adiestramiento manual que garanticen su empleo en provecho público y no en su deterioro.

Las mismas razones impiden acoger las críticas del recurrente al proponer que por hallarse los acusados circunstancialmente en un aeropuerto, no corría la colectividad un peligro inminente, pues ni siquiera se ha probado que el sector se hallase solitario, como tampoco constituye ingrediente del tipo el que la conducta se cumpla en poblado, ni condición de punibilidad la de que la comunidad conozca la presencia y o realidad del riesgo para admitir la puesta en peligro de los bienes que en éste caso se tutelan, pues ello llevaría al extremo inaceptable de sostener que mientras se ignore la existencia de un arsenal, no se consuma el delito, cuando el riesgo para la seguridad de la colectividad y para su tranquilidad, paz y sosiego se han hecho ya efectivos.

2.4. *Discute además el censor la adecuación típica de la conducta ejecutada por el acusado, porque a su juicio no integraba ella la modalidad del "tráfico", única que en su opinión podría ameritar la represión bajo la descripción del artículo 13 que se impugna.*

Afirmación semejante restringe todo esfuerzo al de una interpretación meramente gramatical, desentendiéndose del deber de desentrañar el sentido de la norma a través de un análisis unitario que a la par integre los elementos racional, sistemático, histórico y extrajurídico, fuentes de una interpretación teleológica y verdaderamente capaz de desvelar la voluntad del normador.

El método que el recurrente sobreestima y que aún extrema al pretender que el epígrafe de una disposición tiene sino un valor superior al texto mismo de la norma, al menos trascendencia como elemento constitutivo del tipo, resulta extraño a la dogmática penal colombiana como a las normas que sobre hermenéutica fija la Ley 153 de 1887 y que para el caso obligan, motivo que desvanece su trascendencia en el propósito de guiar las consideraciones críticas del caso bajo examen.

Olvida por lo demás el censor que dentro de las clases de tipos penales los hay elementales y compuestos, siendo de estos últimos el que se hace materia de examen, pues integrado no por un solo verbo rector que a juicio del impugnante sería "traficar", sino por toda una variedad de tipos alternativos, bastaba la realización de uno de ellos

para que el hecho punible se configure íntegramente, situación que lejos de excepcional repiten otras disposiciones como ocurre con los artículos 32 a 37 de la Ley 30 de 1986, que dentro del concepto del tráfico de estupefacientes ubica una serie de conductas con el desarrollo de una sola de las cuales queda configurada la infracción, o, como dentro del mismo Código Penal sucede, en el caso de los artículos 229, 231, 237 y 242 entre otros.

Para el caso de controversia y según lo precisaron las sentencias, la conducta atribuida al recurrente no fue otra distinta a la del porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, ajeno del permiso expedido por la autoridad competente, y esa sola conducta alternativa bastaba a la configuración y consumación del tipo del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 por el cual se le juzgó, pues, como queda visto, con ella se pusieron a riesgo los bienes jurídicamente tutelados, comportamiento que ajeno a motivos de justificación o inculpabilidad, redundó en su condena.

El cargo no prospera.

Dos aclaraciones finales, sin embargo, se imponen previa la decisión que corresponde. La primera, alusiva a la crítica del impugnante según la cual la Corte restringió en fallo de mayo 4 de 1990 la amplitud del sentido conque se había reformado el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, mediante el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989. La segunda porque conforme se ha enunciado, al expedirse aún con posterioridad a la demanda y al concepto de la Delegada el Decreto 2266 de 1991, y desaparecer con él el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, sustituido como norma permanente por el texto del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, la situación de los condenados se torna punitivamente favorable.

Sin que una y otra situación pasen para la Corte desapercibidas, de la primera se dirá que ha sido el propio censor el encargado de desvanecer su alegación al señalar que en nada se afectaba frente a la decisión de éste caso, pese a lo cual ha de advertirse que si a su juicio la garantía del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 logra alcances de mayor cubrimiento sobre la causal primera de casación "porque el vocablo cualquiera" aplicado a una norma de derecho sustancial tiene el alcance de lo indeterminado y se extiende tanto al estatuto procesal como a otros fuera de estas especialidades, a condición de que se dirijan siempre contra disposiciones sustanciales, cuanto hizo la disposición no fue otra cosa que consagrar en el derecho positivo lo que de tiempo atrás había admitido la jurisprudencia de esta Sala.

La reducción de la sanción, a su vez, surgida como consecuencia de la favorabilidad en el tránsito de normas, tiene prevista para su operancia un trámite de instancia y una competencia expresa dentro de la ley, rito y función ajenos a esta Corporación y momento procesal. Resultando atañederos esos dos aspectos al principio constitucional del debido proceso, será la vía del artículo 616 del Código de Procedimiento Penal la que abra camino a la modificación favorable que en este caso implique la vigencia del Decreto 2266 que se trae en comen-

tario, razón suficiente para que la Corte omita en sede de casación la reducción que a otra competencia concierne.

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

Resuelve:

No casar el fallo motivo de impugnación extraordinaria.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Custodia

En los Comandos Generales de Brigada está centralizada la custodia de las armas que son objeto de decomiso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 86.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante providencia de junio 7 de 1991, formuló resolución de acusación al doctor *Cristóbal Lozano Romero*, Exjuez Primero de Instrucción Criminal radicado en esa misma ciudad, como presunto responsable del delito de peculado culposo y ordenó reapertura de la investigación en relación con el posible reato de falsedad por "ocultación, supresión o destrucción de documento público".

Surtido el trámite de la instancia, rindió concepto el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien sugiere la confirmación del auto apelado.

Hechos y actuación procesal:

Tuvo origen la investigación en el escrito de queja dirigido a la Procuraduría Regional de Barranquilla, firmado por Rigoberto Mendoza, quien da cuenta de algunas irregularidades, que en su sentir cometió el doctor Cristóbal Lozano Romero cuando se desempeñaba como Juez Primero de Instrucción Criminal radicado en la misma ciudad. Entre los cargos que menciona está la apropiación por parte del funcionario precitado de un revólver que llegó al Juzgado en razón de un proceso adelantado en ese despacho.

Como consecuencia del consiguiente proceso disciplinario, la Procuraduría remitió al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, copia del mismo, para que se decidiera si la conducta de este funcionario se adecuaba a alguna de las previsiones del Código Penal.

Repartidas las diligencias, el Magistrado sustanciador ordenó abrir la correspondiente investigación que se contrae a la desaparición del

proceso adelantado en el Juzgado Primero de Instrucción Criminal, contra Alvaro de Jesús Acevedo Vásquez por porte ilegal de armas, y la desaparición o apropiación del revólver marca Smith Wesson, calibre 38, cañón corto, pavón negro, calibre de madera, número externo 098870, número interno 00164, que hace parte del proceso adelantado contra el citado Acevedo Vásquez.

A la investigación fue allegada fotocopia autenticada del Acuerdo número 1558 de agosto 5 de 1988, mediante el cual se nombró al doctor Cristóbal Lozano Romero como Juez Primero de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla (fl. 212). No obra en autos acta de posesión del mismo en el cargo mencionado, empero, en la indagatoria el sindicado reconoció haber ejercido el cargo para la época en que ocurrieron los hechos investigados y la abundante prueba documental así lo demuestra.

Se allegaron a este proceso las diligencias practicadas por la Procuraduría Regional, ratificándose algunos de los testimonios allí vertidos.

Dina Rosa Vizcaíno, Secretaria del Juzgado Primero de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, sostiene en su declaración inicial, que su actual jefe le manifestó que el Personero de Sabanalarga, doctor Reyes, le había dicho que el doctor Cristóbal "había vendido el revólver en Sabanalarga y que él conocía la persona" (fl. 9). Posteriormente al ampliar su testimonio afirma que lo que informó el personero era que el doctor Cristóbal "le había propuesto la venta de un revólver" (fl. 123).

Por su parte, los otros empleados del Juzgado, Ramón Eduardo Larios, Wilberto Enrique Estrella, Juan Carlos Schwarteman y René de Jesús Fontalvo, declaran que el doctor Cristóbal Lozano, en su calidad de Juez guardaba todos los objetos que llegaban al Juzgado haciendo parte de los procesos; algunos de ellos señalan que el precitado revólver lo guardaba en la segunda gaveta de su escritorio, la cual no brindaba mucha seguridad, ya que tenía el seguro dañado y en consecuencia, se podía abrir fácilmente; todos coinciden en afirmar que en ningún momento se observó al funcionario acusado usando armas de fuego, ni mucho menos jugando con ellas o presumiendo que fueran de su propiedad (fls. 157 a 167, 191 a 192).

Oído en declaración el doctor Jaime Enrique Reyes García, Personero de Sabanalarga, afirma refiriéndose al doctor Lozano Romero, que "jamás me enteré de que él estaba vendiendo un revólver" (fl. 188).

Se allegó el testimonio de Jorge Nicolás Mastrodoménico, quien aclara que en una oportunidad reparó un arma del hermano del acusado, la cual posee salvoconducto y se la hizo llegar por intermedio del doctor Lozano Romero (fl. 153).

El doctor Jairo A. Altamar Colón, Juez Primero de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, en oficio número 363 de junio 8 de 1990, informa que en el libro radicador de negocios iniciados figuran los siguientes datos: Referencia: 0367; Sindicado: Alvaro de Jesús Ace-

vedo Vásquez; Delito: Porte ilegal de arma; Víctima: El Estado; Iniciado: Julio 24 de 1989 por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal Radicado. El día 24 de julio correspondió por reparto. Figura auto de julio 22 de 1989 dictado por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Permanente en turno, ordenando diligencia de allanamiento en el inmueble ubicado en la calle 47C número 47C-41. En julio 22 de 1989, diligencia de allanamiento practicada por el Juzgado antes citado. En julio 24 de 1989 se dictó auto cabeza de proceso dictado por el Juzgado Primero de Instrucción Criminal. Indagatoria rendida por el sindicado Alvaro de Jesús Acevedo. Hasta el día 26 de julio de 1989 el proceso no tenía más diligencias. Según informe de la Secretaría del Juzgado el negocio aludido no aparece en los archivos del Juzgado, e igualmente puso en conocimiento mediante informe de mayo 9 de 1990 que el revólver calibre 38 correspondiente a dicho negocio se encuentra en poder del anterior Juez, doctor Cristóbal Lozano Romero, ya que no fue relacionado en el acta de entrega.

El doctor Cristóbal Lozano Romero, manifiesta en la indagatoria que de su despacho desapareció el revólver ya reseñado y un texto de Derecho Laboral, motivo por el cual formuló la correspondiente denuncia, que ratificó posteriormente en el Juzgado Tercero Penal Municipal. Asevera que el arma y el libro estaban guardados en una gaveta de su escritorio, sin llave y sin seguro. Expresa que el revólver no lo envió a las autoridades encargadas de su custodia, esto es a la Segunda Brigada, porque consideraba que no era el término indicado para remitirlo a las autoridades respectivas, ya que no se habían practicado una serie de pruebas en dicho proceso. Sostiene que nunca tomó el revólver para su uso personal y que el arma que mandó arreglar en una oportunidad, pertenece a su hermano. Adjunta copia de la denuncia por la pérdida del arma y del libro.

Con fundamento en las pruebas allegadas, el Tribunal *a quo* en la providencia recurrida decretó la resolución de acusación contra el doctor Cristóbal Lozano Romero, por el delito de peculado culposo y ordenó reapertura de investigación por la presunta falsedad por "ocultación, supresión o destrucción de documento público".

En el mismo auto se impuso conminación al acusado como medida de aseguramiento por la infracción por la que fuera enjuiciado.

Contra tal decisión se interpuso el recurso de apelación.

Alegaciones de la defensa:

El señor defensor del procesado, luego de reseñar cada una de las pruebas practicadas a lo largo de la investigación, argumenta que no existió negligencia, imprudencia, incumplimiento, de deber o inobservancia del reglamento por parte del doctor Cristóbal Lozano Romero, porque según el artículo 60 del Decreto 1663 de 1979, "el Juez que instruye el proceso tendrá bajo su responsabilidad el arma de fuego hasta cuando se agote la etapa instructiva", la cual no se había terminado en este caso para el momento en que se extravió el revólver.

Agrega que el artículo 53 del mismo Decreto, señala que "las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados

a la Sección de Control, Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los quince (15) días siguientes al mes que se efectuó el decomiso".

En su criterio, la norma en comento no es aplicable a los Jueces de la República por las siguientes razones:

El artículo 53 del mencionado Decreto, hace referencia a las autoridades encargadas de hacer operativos para los decomisos como son la Policía Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad, Ejército o Armada. "En pocas palabras los Jueces están para aplicar justicia y no para hacer operativos".

Según el señor defensor, su tesis toma mayor claridad cuando el citado artículo 53 se pone en concordancia con el artículo 191 del Código Penal Militar —Decreto 2250 de 1988— cuyo texto transcribe.

Finalmente, estima que hay en este proceso una insuficiencia de pruebas; por ende, solicita que se revoque la resolución de acusación y se dicte un cese de procedimiento, o en subsidio una reapertura de investigación, con el propósito de dilucidar las dudas que existen sobre la responsabilidad penal del acusado.

Concepto del Ministerio Público:

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, resulta indiscutible que la conducta del Exjuez acusado, se adecúa perfectamente a la descripción típica del artículo 137 del Estatuto Punitivo, pues no cabe duda que la omisión del deber de cuidado por parte del funcionario, generó la pérdida del revólver que hacía parte de un proceso adelantado en el Despacho del Juez Lozano Romero, por el delito de porte ilegal de armas.

Estima que están presentes los elementos del tipo penal de peculado culposo: Está demostrada la calidad de empleado oficial del sujeto agente (Juez). Está probado que por razón de sus funciones y como consecuencia de "un decomiso", se le confió la administración y custodia de un arma de fuego. También existe certeza sobre la pérdida de dicho objeto, debido a un acto de negligencia imputable al funcionario.

Agrega que nos encontramos ante un caso de culpa por negligencia, ya que el sujeto activo incurrió en notoria desatención de sus específicos deberes, de la cual se derivó un resultado lesivo para la administración pública. El procesado exhibió un comportamiento negligente al no colocar el revólver en un sitio con las debidas seguridades, limitándose a depositarlo por un lapso más o menos largo en una gaveta de su escritorio sin llave o seguro, que podía abrirse con facilidad, como él mismo lo reconoce en su injurada, a pesar de que de conformidad con el Decreto 1663 de 1979 tenía el deber de remitir el arma al Comando General de las Fuerzas Militares para su custodia.

Además, resulta totalmente previsible que un arma custodiada en esas condiciones irregulares, podía extraviarse en cualquier momento,

ya que al despacho de un Juez tienen acceso un gran número de empleados y terceros que dolosamente podían sustraerla.

En lo atinente a la existencia de un testimonio o indicios graves de responsabilidad en contra del implicado, estima, que es evidente que estos concurren, ya que el mismo Juez reconoce en su indagatoria que siempre guardó las armas en un sitio sin seguridad, con lo que está aceptando que no previó un resultado previsible.

Para el Colaborador Fiscal, no le asiste razón al impugnante en los argumentos que plantea y para demostrarlo hace un juicioso análisis de los mismos, así como de las normas aplicables al caso concreto. Finalmente concluye que "se encuentran reunidas las exigencias del artículo 470 del Código de Procedimiento Penal en relación con el delito contra la Administración Pública al igual que por la falsedad impropia al disponer para ella la reapertura investigativa, se debe colegir que acertó el Tribunal".

Posteriormente se ampliarán los argumentos expuestos por el Colaborador Fiscal sobre el particular.

Consideraciones de la Sala:

Está plenamente acreditada la calidad de Juez Primero de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, del doctor Cristóbal Lozano Romero, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos.

Igualmente está plenamente demostrado, que en el Juzgado a cargo del doctor Lozano Romero, para la época de los hechos, se adelantó una investigación penal, por violación al Decreto 3664 de 1986, contra Alvaro de Jesús Acevedo Vásquez, radicada con el número 0367, cuyo expediente desapareció, al igual que el revólver particularizado y decomisado que el funcionario había recibido en razón de sus funciones y que hace parte del mismo sumario.

Como bien lo consideró el Tribunal, no es atribuíble al Exjuez acusado el delito de peculado por apropiación, pues en verdad no existe un testimonio digno de credibilidad que de manera directa indique que se haya apropiado del arma, o que en el mismo sentido predique sobre la dolosa ocultación o destrucción del expediente, toda vez que el testimonio de Dina Vizcaíno Sandoval, secretaria del Juzgado, única persona que asevera que el Juez usaba el arma como suya, no es digno de credibilidad porque sólo se fundamenta en su dicho, sin tener respaldo en otro hecho, circunstancia o testimonio y no ofrece información adicional que la corrobore, o que constituya un indicio que apunte a la responsabilidad del inculpado en tal sentido. Los demás empleados del Juzgado niegan haber visto el arma al servicio del Juez y otros testigos que fueron señalados como conocedores de la apropiación del revólver desmienten las afirmaciones que comprometen la responsabilidad del acusado y son enfáticos en manifestar que no saben nada al respecto, que conocen un arma de propiedad del hermano del doctor Lozano Romero, pero que de la extraviada no tienen conocimiento.

Ahora bien, *lo que resulta indiscutible, es que la conducta del Exjuez de Instrucción Criminal, se adecúa perfectamente a la descripción típica del delito de peculado culposo —art. 137 del C. P.—, pues con su comportamiento descuidado y negligente dio ocasión a que se perdiera el revólver "decomisado" que por razón de sus funciones estaba en el deber de cuidar.*

Nos encontramos ante un caso de culpa por negligencia, toda vez que el acusado, en calidad de Juez incurrió en notorio incumplimiento de sus deberes específicos, del cual se derivó un resultado lesivo para la administración pública, al no colocar el revólver en un sitio con las debidas seguridades, limitándose a depositarlo, durante un lapso más o menos largo, en una gaveta de su escritorio, "sin llave y sin seguro", que como él mismo reconoce en su injurada, podía abrirse con excesiva facilidad, omitiendo el deber de remitir el arma al Comando General de las Fuerzas Militares para su custodia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 del Decreto 1663 de 1979, que señala:

> *"las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados a la Sección Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los 15 días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso".*

La Sala comparte en su integridad, las acertadas precisiones que consideró necesario hacer el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para demostrar como no le asiste razón al impugnante cuando argumenta que el Decreto 1663 de 1979, no es aplicable al presente caso.

En efecto, tal como lo manifiesta el Colaborador Fiscal, el artículo 53 del Decreto en comento "quiere decir que una vez el arma es decomisada, debe ponerse a buen recaudo, remitiéndose al Comando General, como lo indica la norma, en el término especialmente señalado en ella. El envío de estos elementos es una obligación de las autoridades competentes para decomisar u ordenar el decomiso de los mismos. Una interpretación sistemática y teleológica de esta disposición nos conduce a concluir que la obligación establecida en ella cobija tanto a los Jueces de Instrucción Criminal, como a las autoridades que materialmente decomisan los objetos (DAS, Fuerzas Armadas, Administradores de Aduanas, etc.).

"Por lo expuesto, en verdad no le asiste razón al apelante cuando afirma que el artículo 53 del Decreto precitado no es aplicable al caso concreto, porque hace referencia a las autoridades encargadas de llevar a cabo los decomisos, tales como el DAS, el Ejército o la Armada, pero no a los Jueces. Olvida el apelante que esta disposición se refiere genéricamente a una obligación de las autoridades, término que engloba a los Jueces de Instrucción radicados (el art. 49 del Decreto establece que la obligación es a cargo de las autoridades que decomisen armas)".

Tampoco resulta afortunada la interpretación que hace el impugnante del artículo 60 del mismo Decreto, cuando considera que al

señalar esta disposición que el funcionario tendrá en su poder y bajo su responsabilidad el arma de fuego, hasta cuando se agote la etapa instructiva, releva de responsabilidad a su defendido, ya que en el momento en que se perdió el revólver, el sumario por porte ilegal de armas no estaba aún concluido.

Razón le asiste al Ministerio Público, cuando dice que "deja de lado el impugnante lo previsto en el artículo 59 del mismo Estatuto, el cual señala que a partir de la vigencia del presente Decreto, las autoridades que en razón de sus funciones tengan en su poder armas de fuego con que se haya cometido un delito o que provengan de su ejecución, informarán al Comando General de las Fuerzas Militares y los describirán detalladamente". El artículo 60, por su parte, prevé que "las armas de fuego a que se refiere el artículo anterior quedarán en poder del funcionario judicial correspondiente, bajo su responsabilidad, hasta cuando se agote la etapa instructiva del proceso, luego de lo cual entregarán las mismas a las autoridades militares indicadas".

"Esto quiere decir que los artículos 59 y 60 del Decreto 1663 de 1979, son una especie de normas transitorias aplicables sólo a los procesos que se venían adelantando antes de entrar en vigencia este Decreto. Así, si antes de 6 de julio de 1979, un Juez de Instrucción Criminal radicado tenía en su poder un arma decomisada, al entrar en vigencia el Decreto 1663 debía informar este hecho al Comando General de las Fuerzas Militares y podía conservarla; pero una vez precluido el sumario, debía enviarla a las autoridades, que no es este caso.

"La solución no es la misma para los decomisos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de este Decreto, ya que en estos casos, es deber del funcionario remitir las armas decomisadas al Comando General, dentro de los 15 días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso, según lo establecido en el artículo 53 ibidem".

La claridad de la precisiones que hace el señor Procurador Delegado, no deja la menor duda respecto a la aplicabilidad del Decreto 1663 de 1979, cuya razón de ser no es otra que la de centralizar en los Comandos Generales de Brigada la custodia de las armas que son objeto de decomiso, evitando su pérdida, pues allí poseen todos los mecanismos necesarios para tal fin.

El doctor Lozano Romero, en su acreditada calidad de Juez de Instrucción Criminal incumplió con lo ordenado en este Decreto, y no tomó ninguna medida de protección para el arma puesta bajo su cuidado, siendo claramente previsible que dejándola expuesta se podía producir su pérdida, evidenciándose así su conducta culposa.

Impera entonces confirmar la resolución de acusación, por estar reunidas las exigencias del artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el delito contra la administración pública —peculado culposo—.

Igualmente resulta acertada la reapertura de la investigación por el presunto delito de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, tal como lo hizo el Tribunal.

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

Resuelve:

Primero: *Confirmar* en todas sus partes la resolución de acusación proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, contra el doctor Cristóbal Lozano Romero, en su condición de Juez Primero de Instrucción Criminal radicado en la misma ciudad.

Segundo: *Confirmar* la reapertura de investigación, respecto al presunto delito de falsedad, por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

RECURSO. JUEZ COMISIONADO

Ante el funcionario comisionado, puede interponerse y sustentarse el recurso (En el mismo sentido auto de 27 de noviembre de 1991. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veinte de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 086.

Vistos:

El procesado *Iván Darío Espinosa* interpuso el recurso de reposición contra la providencia de fecha tres de octubre último, por medio de la cual la Corte le negó el beneficio de libertad provisional. *William Alberto Tobón Tapias*, en escrito dirigido al Juzgado Tercero Superior de Medellín, solicita su excarcelación con apoyo en lo preceptuado en el artículo 72 del Código Penal, para lo cual acompañó certificado de trabajo, cartilla biográfica y acta del consejo de disciplina.

La Secretaría de la Sala dio al escrito de Iván Darío Espinosa el trámite previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte:

A Iván Darío Espinosa se le negó el beneficio de libertad provisional mediante providencia de fecha 3 de octubre del presente año, la que fue notificada al Ministerio Público el 23, por anotación en Estados el 24 y al procesado detenido el 28 del mismo mes y año. Este último acto procesal se cumplió por intermedio del Juzgado Segundo Penal Municipal de Calarcá (Quindío) que fuera comisionado para tal fin y, al momento de la notificación, el detenido manifestó que "apelo", es decir, encontró la decisión de la Corte contraria a sus pretensiones por lo que consignó inequívocamente su inconformidad con ella.

En escrito de fecha 30 del mismo mes y año, Iván Darío Espinosa sustenta la impugnación introducida al momento de la notificación personal y en la misma fecha se puso el "pase" del establecimiento carcelario, siendo recibido en esta Corporación el día 7 del presente mes y año.

El artículo 196 del Código de Procedimiento Penal enseña que "los recursos ordinarios podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya hecho el pronunciamiento jurisdiccional hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días, contados a partir de la última notificación".

Como ya se dejó especificado en precedencia, la última notificación de la providencia recurrida en reposición, operó el día 28 de octubre del presente año, es decir, la realizada por el comisionado, luego el término para impugnar la decisión de la Corte, al tenor de la norma antes transcrita, venció el 31 del mismo mes a las 6:00 p.m. sin que la Secretaría de la Sala o el comisionado, hubiesen recibido el escrito sustentatorio por parte del procesado. Por ello, al ser entregado el memorial de Espinosa el 7 del presente mes, resulta extemporáneo.

Podrá afirmarse que el término de tres (3) días previsto en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, para interponer y sustentar los recursos ordinarios por los sujetos procesales que reciben notificación fuera de la sede del despacho judicial que hace el pronunciamiento y en especial para el procesado detenido, se presenta en extremo exiguo, máxime que debe llegar el escrito oportunamente al funcionario comitente dentro del término de ejecutoria, ello resulta en parte cierto pues los medios de comunicación (correo) no son lo suficientemente eficientes. Por ello, considera la Corte que el recurso interpuesto ante el funcionario comisionado, puede ser sustentado ante el mismo, desde luego dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación personal, para ser considerado por el comitente, como oportunamente interpuesto. Restaría solamente, una vez recibido el despacho comisorio, acompañado del escrito de sustentación, determinar si lo alegado permite atender la impugnación o, declararla desierta.

Quiere decir lo anterior, que el comisionado, una vez realizada la notificación personal, deberá *mantener el despacho comisorio por tres (3) días en espera de la posible impugnación, vencidos los cuales,* inmediatamente *lo devolverá con la constancia de haberse interpuesto o no los recursos ordinarios, acompañado del escrito y documentos que se hayan presentado como sustento de la impugnación, de haberse interpuesto.*

En cuanto a la petición de William Alberto Tobón Tapias se tiene que fue condenado a la pena privativa de la libertad de *siete (7) años y seis (6) meses de prisión* como coautor de los delitos de hurto calificado y concierto para delinquir agravados, cuyas dos terceras partes para los efectos de la excarcelación demandada equivalen a sesenta (60) meses de prisión.

El peticionario fue capturado el 30 de julio de 1987, es decir, ha descontado efectivamente en reclusión cincuenta y un (51) meses y veintiún (21) días. Por trabajo acredita 2.828 horas que le dan derecho a una rebaja de tres (3) meses y veintisiete (27) días, para un acumulado de *cincuenta y cinco (55) meses y dieciocho (18) días*, insuficientes para acreditar el cumplimiento del requisito cuantitativo de la

pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, razón suficiente para que la excarcelación provisional le sea negada.

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

Resuelve:

1º *Abstenerse* de considerar el escrito de reposición presentado por el procesado Iván Darío Espinosa contra la providencia de fecha 3 de octubre del presente año, por medio de la cual se le negó el beneficio de libertad provisional, por extemporáneo.

2º *Negar* al procesado William Alberto Tobón Tapias el beneficio de excarcelación provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

IMPUTABILIDAD. Embriagues

No siempre que el individuo actúe bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad de realizar el tipo objeto del delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 86 (noviembre 20 de 1991).

Vistos:

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de fecha 28 de febrero del año en curso y por la cual se confirmó sin modificaciones la del Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, que condenó a *Julio Roberto Niño Martín* a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de rigor, como responsable de homicidio en Campo Elías Perilla.

Episodio procesal:

Los hechos que originaron la investigación se encuentran compendiados con acierto en la sentencia del Tribunal Superior en los siguientes términos:

"Se sabe, de los autos, que para el día nueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve, llegó al municipio de Sutatenza, vereda de Guayabal, Julio Roberto Niño Martín. Aunque éste era oriundo de la región al parecer, se había avecindado en otra parte, y sólo de vez en cuando, se aparecía por allí. En el día ya indicado, el hombre desde tempranas horas, se dedicó a consumir bebidas embriagantes. Ya a eso de las dos y media de la tarde, llegó hasta la casa de doña Delia Guerrero. Obviamente, el sujeto venía embriagado. Incluso, antes de llegar al inmueble se anunció haciendo disparos. Ya allí, se dirigió hacia el individuo Campo Elías Perilla, quien también acertó a llegar, diciéndole: 'Me venía siguiendo' o algo así. Campo Elías, de manera cordial, le dijo que no. No obstante esto, Julio Roberto Niño, se acercó hacia el plato de algunas de las personas que allí se hallaban comiendo, tomó parte del alimento y todo parecía deslizarse sin problema. De un momento a otro Julio dijo, dirigiéndose a Campo Elías: 'Usted

como que es el que está mandando la tropa de ladrones aquí en Guayabal'. El hombre manifestó que no y se quedó allí quieto en posición de sentado. En esto, Julio Roberto Niño disparó sobre él dándole muerte. Hecho lo anterior, el sujeto se retiró del lugar. Se dirigió hacia su tío José Joaquín Roa en compañía de Juan Guerrero, Ernesto Arenas y Natalio Bueno, allí le dijo: 'Vengo aburrido tengo, le dí un tiro a Campo Elías Perilla y tengo que matar a otros cuatro...' (fl. 38). Llevaba el revólver en la mano, pidió una canasta de cerveza y la hizo destapar, tomaba desaforadamente y más tarde se perdió de vista, luego de protagonizar una desagradable escena con la madre" (sic).

Por estos hechos, los juzgadores de primera y segunda instancia dedujeron responsabilidad penal al acusado por un delito de homicidio simple.

La demanda de casación:

Con fundamento en la causal tercera de casación, el actor formula un cargo a la sentencia recurrida, por violación de las formas propias del debido proceso y que hace consistir en la omisión de un dictamen médico completo que determinara en forma clara y precisa el estado mental del acusado en el momento de consumar el delito y por tanto su condición de imputable o inimputable ante la ley penal.

Cita en apoyo de su demanda una jurisprudencia de la Corte, según la cual siempre que existan en el proceso indicios suficientes que permitan inferir que el procesado al momento de ejecutar el hecho típico se encontraba en condiciones de inimputabilidad, es obligación ineludible del Juez ordenar el correspondiente reconocimiento médico legal, como requisito esencial del debido proceso.

Subsidiariamente, en forma confusa y deficiente, parece formular el demandante una nueva censura por violación indirecta de la ley, "...por no tener en cuenta en toda su extensión y repercusiones la embriaguez del sindicado en lo cual quebrantó lo estatuído en el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal que dispone que se debe investigar lo desfavorable como lo favorable y en la misma forma el artículo 186 *ibidem*, pues no valoró integralmente la prueba y el hecho que de ella se deducía, lo que permitió en últimas hacer apreciaciones erróneas y descalificar la indivisibilidad de la confesión, con quebranto del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal y obviamente el artículo 247, porque condenó sin que obrara en el proceso la prueba que condujera a la certeza de que el sindicado realmente ha debido obrar en la forma en que lo quería el Tribunal..."

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicita a la Corte desechar la demanda, porque los cargos en ella formulados carecen de lógica y solidez.

En relación con el reproche de nulidad, expresa el Ministerio Público, que es no sólo infundado, sino además contradictorio, pues empieza por afirmar que comparte la posición del Tribunal en cuanto

a que el acusado obró en estado de "normalidad relativa", con conciencia de sus actos, pero en condiciones de legítima defensa, para agregar acto seguido que el Tribunal no le dio importancia ni trascendencia al comportamiento anormal del acusado quien se hallaba en el momento del reato bajo los efectos de una grave intoxicación alcohólica.

Esta forma de argumentar, en concepto de la Fiscalía "...destruye en sí misma la alegación, porque los conceptos jurídicos que se involucran indistintamente en el cargo son incompatibles e impiden resolver en el fondo la pretensión, afecta como aparece de carencia de lógica frente al recurso extraordinario que se trata..."

Por otra parte, sostiene el Procurador, la pretendida nulidad no se evidencia en el proceso y por ello, tampoco una declaración oficiosa de nulidad tiene cabida.

Respecto al segundo cargo, considera la Delegada, que se trata tan sólo de afirmaciones carentes de respaldo probatorio que dejan el reproche en su mera enunciación y en donde ni siquiera se menciona la norma sustancial que pudo resultar infringida por la inobservancia de las normas procesales que se relacionan.

Concluye, afirmando que la demanda desconoce los principios de lógica y de técnica reguladores del recurso extraordinario y que en consecuencia, no se debe casar la sentencia.

Se considera:

Como bien lo anota la Procuraduría, el cargo de nulidad que formula el censor, además de ser contradictorio, carece de todo fundamento fáctico en el caso presente.

Lo único aceptable, que se puede desentrañar de las alegaciones del demandante, es que el acusado en el momento de realizar su conducta ilícita se encontraba en estado de embriaguez.

Es indudable, que el consumo de bebidas embriagantes produce alteraciones en las facultades sensoperceptivas del individuo y en los casos de embriaguez muy avanzada, puede verse muy recortado su panorama mental e incluso presentarse fenómenos patológicos de importancia.

Pero no quiere decir lo anterior, que siempre que el individuo actúe bajo los efectos del alcohol no tenga conciencia y voluntad de realizar el tipo objeto del delito, que no sepa lo que hace, ni tenga conocimiento de que está efectuando un comportamiento contrario a la ley.

Por eso, la ley y la jurisprudencia han establecido que siempre que en el expediente obren indicios serios de que el individuo ha podido actuar en el momento de realizar su conducta bajo los efectos de una grave anomalía psíquica o un trastorno mental, permanente o transitorio, que le imposibilite estar a tono con el mundo exterior, es necesario acudir a todos los elementos de prueba que obren en el

proceso, incluso al experticio médico-legal, para determinar si se halla el juzgador en presencia de un sujeto agente inimputable.

Y, así procedió el Juez en el caso sub júdice, *para concluir, después de un detenido estudio del dictamen pericial y las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores del hecho punible, que Julio Roberto Niño al momento de ocasionar la muerte a Campo Elías Perilla. tenía plena conciencia de sus actos y de la ilicitud de su conducta.*

El propio acusado en su indagatoria, expresa que "yo sí estaba así un poquito pero no muy embriagado, me daba cuenta de lo que hacía y de lo que le estaba diciendo yo a él" (se refiere al occiso).

Consumado el delito, el homicida se retiró hacia la casa de José Joaquín Cutiérrez a quien comunicó a su llegada que acababa de disparar sobre Campo Elías Perilla.

El reconocimiento practicado al acusado por el experto psiquiatra del Instituto de Medicina Legal, pone en evidencia la ausencia de alteraciones sensoperceptivas en el acusado, quien "a pesar de haber estado consumiendo alcohol, no tenía compromiso de conciencia, ni de memoria" en el momento de ejecutar su conducta y agrega el perito que, "...durante la entrevista tuvo actitud simuladora, por lo que podemos concluir que se negó a colaborar..."

Este dictamen médico legal, bien fundamentado en todos sus aspectos, fue apreciado por el Juez, cotejándolo con los hechos debidamente probados en el proceso, para darle su adhesión con jurídicos y lógicos razonamientos.

Por eso el Tribunal al pronunciarse sobre el estado mental del acusado, llegó a pregonar su condición de imputable en el momento de la realización del comportamiento punible.

Al juicioso y jurídico estudio del Tribunal, pertenecen los siguientes razonamientos que la Sala comparte:

"...En cuanto hace al asunto referente a la situación de inimputabilidad que se alega respecto al procesado, se advierte que ciertamente el sujeto se encontraba en estado de embriaguez. Esto está fuera de toda duda. Sin embargo, el asunto tendría que referirse a una precisión acerca del grado de beodez a que había llegado Niño Martín y naturalmente al efecto que el alcohol había producido en su psiquismo. En este orden de ideas, la Fiscalía comparte el pensamiento del Juzgado en el sentido de que aunque se hallaba embriagado se orientaba en su medio, daba muestras de comprender perfectamente la estructura de su acción posible (sic); elegía los medios adecuados al fin, se movía con eficiencia, reaccionaba con un alto grado de normalidad frente a los estímulos y su comportamiento posterior indica que luego del suceso recordaba perfectamente lo que había ocurrido. Esto estaría de acuerdo con la conclusión a que llegó el médico psiquiátrico..."

Lo anterior significa, que el reproche que formula el demandante a la sentencia carece de fundamento, pugna con la realidad, pues la condición de imputable o inimputable del acusado, fue objeto de estu-

dio y análisis en las instancias, para llegar el juzgador con apoyo en el dictamen médico-legal y con la prueba testimonial valorada y apreciada con acierto, a la conclusión a todas luces evidente, de que cuando Niño Martín realizó la conducta merecedora de reproche penal, no se hallaba en estado de grave anomalía psíquica, ni sufría los efectos de un trastorno mental transitorio producido por el consumo del alcohol.

Despréndese de lo anterior, que el espíritu de la Carta y las normas procesales que regulan el debido proceso, tuvieron en el caso que se examina eficaz cumplimiento y que por tanto la pretendida nulidad que reclama el actor carece de fundamento.

No prospera la censura.

Finalmente, luego de una serie de consideraciones marginales sobre los alcances de algunas normas de procedimiento penal, el demandante según se deduce de su confuso y deficiente escrito parece plantear una violación indirecta de la ley, sin precisar cuáles fueron las pruebas que se dejaron de apreciar o que el Juez supuso, cuáles se estimaron erróneamente o se distorsionaron en su sentido, ni cuál la naturaleza del error, si de hecho o de derecho, ni menos su incidencia en el aspecto de fondo de la sentencia, ni cuál la norma sustancial quebrantada de manera indirecta.

Esta manifiesta y evidente falta de técnica en la formulación del cargo, que desconoce los más elementales requisitos formales y legales, que debe reunir toda demanda, llevan a la Corte a desechar la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada 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 consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. INDAGACIÓN PRELIMINAR

La ausencia del procurador judicial en la etapa de indagación preliminar, cuando se comprueba que de cualquier otra manera las garantías constitucionales han sido tuteladas, hará que el fallador sopese la declaración de acuerdo con las reglas de la sana crítica

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobada: Acta número 0080 (noviembre 05 de 1991).

Vistos:

El nueve (9) de marzo de mil novecientos noventa (1990), el Tribunal Superior de Montería confirmó el fallo proferido por el señor Juez Primero Especializado de la misma ciudad, mediante el cual condenó a *Alejandro Támer Parra, José Domingo Fadul Vergara* y *Manuel de las Mercedes Alvarez Posada* como autores penalmente responsables de un delito de secuestro extorsivo, a purgar la pena principal de ciento veintiún (121) meses de prisión, a cada uno.

Contra aquel fallo recurrieron en casación los defensores de los procesados, declarándose ajustadas a derecho las respectivas demandas. Por su parte, el señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia impugnada.

Hechos:

En estos términos los sintetizó el Tribunal:

> "Según se desprende del informativo, ocurrió que el día 18 de noviembre de 1988 dos personas no identificadas hasta el momento se apearon de un vehículo con motor y secuestraron al niño Eduardo Antonio Haddad Bonilla, por cuya liberación se exigió una considerable suma de dinero en moneda nacional y norteamericana, además, que los desconocidos fueron traídos de Medellín por contactos que en esa ciudad, hiciera don Alejandro Támer y que el encargado de mostrarles el niño a los desconocidos lo fue el señor José

Domingo Fadul Vergara; y, de transportarlos al lugar donde permaneció secuestrado el menor fue don Manuel Alvarez Posada (a) 'El Moni Alvarez'. El niño fue dejado en libertad el 23 de diciembre de 1988, luego del pago de $ 50.000.000.00 de los cuales se hallaron $ 30.000.000.00 en la residencia de don Alejandro Támer dentro de unos tubos de PVC. El dinero fue localizado por agentes del DAS".

Actuación procesal:

Estas son las palabras de la Delegada que la resumen:

"El Juzgado Primero Especializado de Montería, con fundamento en el informe número 011 de fecha enero 7 de 1988, rendido por el DAS —Seccional de Córdoba—, en el que se diera cuenta que entre otras diligencias previas adelantadas en orden a esclarecer el secuestro del menor Haddad Bonilla, figuraba la recepción de la versión grabada de José Domingo Fadul Vergara, quien informó de los pormenores relacionados con el hecho, su participación, así como la de Manuel Alvarez Posada, Vicente León López y Alejandro Támer Parra lo que posibilitó la captura a su vez de los dos últimos sujetos en referencia, así como la recuperación de parte del dinero erogado por el rescate en cuantía de $ 30.000.000.00, en casa de Támer Parra, procedió a abrir la correspondiente investigación.

"En la etapa instructiva entre otras diligencias se vinculó mediante indagatoria a José Domingo Fadul Vergara, quien manifestó sobre su estado síquico haber estado 'en tratamiento siquiátrico, hace siete (?) años en Cartagena, con el doctor Miguel Chisays y hace dos meses nuevamente aquí con el doctor Alvaro Solano...el estado mio era depresivo...' (fl. 53 del cuaderno original) y respecto de las autoacusaciones e imputaciones que hiciera contra los presuntos responsables del punible en la versión ante el DAS, afirmó que tales aseveraciones las expuso estando sometido a torturas y amenazas, obligado a decir lo que le ordenaban sus interrogadores. Así mismo, se oyó en injurada a Alejandro Támer Parra, quien se mostró ajeno a los cargos y adujo que de haber sido sometido a las presiones como lo fuera Fadul Vergara, también habría manifestado las falsedades que él dijo, siendo además un 'enfermo mental'. Igualmente se vinculó a Vicente León López Cotes, quien negó haber sido la persona que había vendido el Toyota blanco en donde fue transportado el secuestrado el día de su aprehensión y que no tuvo participación alguna en el hecho. Manuel Alvarez Posada (a.) 'El Moni Alvarez' fue declarado persona ausente.

"Mediante auto de 8 de febrero de 1988, el *a quo* dispuso el cierre de la investigación, pero como quiera que en consideración de los abogados defensores la averiguación no se encontraba perfeccionada, el funcionario de instancia acce-

dió a la prórroga de la instrucción propuesta y ordenó, entre otras diligencias, las tendientes a establecer el estado sicosomático que presentaba Fadul Vergara para el momento de la comisión del hecho, para lo cual se recepcionaron las siguientes declaraciones:

"El testimonio del doctor Miguel Chisays G., Siquiatra quien atendió al procesado por varios años hasta 1982 y sobre su estado expuso: '...el señor Fadul Vergara padecía de una depresión endógena', agregó que '...el deprimido normalmente es un individuo bien equilibrado dentro del punto de vista sicosocial y solamente cuando se encuentra en un bache depresivo puede llegar a atentar contra su vida, generalmente el deprimido no atenta contra la vida de los demás...' (fl. 325 del cuaderno original número 1).

"La atestación del siquiatra Alvaro Solano Berrío (fl. 284 *ibidem*), que posteriormente trató al implicado e igualmente por síndrome depresivo, coincide con el anterior sobre el comportamiento síquico de éste y afirmó que 'la depresión y ansiedad no son determinantes de ningún tipo de conducta, que más bien dependería de las características de personalidad o de hechos desencadenantes reactivos o sea ante una situación estresante y abrumadora. Que el riesgo de la depresión es la conducta autodestructiva o suicida pero casi nunca la de agredir a otras personas en términos generales".

"Los anteriores testimonios técnico-científicos, sirvieron de fundamento al juzgador de primera instancia para no remitir a Fadul Vergara al examen siquiátrico-forense.

"Por auto de 6 de julio de 1988, el Juzgado del conocimiento citó a audiencia a José D. Fadul Vergara, Alejandro Támer Parra, Manuel Alvarez Posada (a.) 'El Moni Alvarez' y Vicente León López Cotes por el delito de secuestro extorsivo, providencia que por medio del auto de 25 de agosto del mismo año se repuso y dispuso sobreseer definitivamente al último de los procesados en mención.

"Con fundamento en las anteriores diligencias, así como diversa prueba testimonial, pericial, documental, indiciaria e inspección judicial, el Juez Primero Especializado, profirió sentencia condenatoria en contra de José Domingo Fadul Vergara, Alejandro Támer Parra y Manuel Alvarez Posada, como responsables del delito de secuestro extorsivo, decisión que al ser apelada, recibió confirmación por el Tribunal Superior de Montería según se ha dejado consignado".

Las demandas:

Primera demanda.

En representación del procesado José Domingo Fadul Vergara, su apoderado propone un único cargo en el ámbito de la causal ter-

cera de casación pues la sentencia de segunda instancia se fundamentó en un juicio viciado de nulidad, ya que "...no se ordenaron las pruebas tendientes a establecer en forma científica el estado psíquico de Fadul Vergara, cuestión que hubiese permitido averiguar si se trataba de... una personalidad adecuada no enjuiciable por el conducto regular sino por el rito especial deferido al inimputable".

A renglón seguido advierte que el juicio de reproche "...tiene bases deleznables...", debido a que "...se asieron a un concepto muy personalísimo del psiquiatra Miguel Ghisays Ganem, quien atendió a Fadul Vergara en época pretérita cuando sufría una depresión endógena, y sobre ese criterio la honorable Corporación planteó apreciaciones sin fundamento legal para ello, pues no se contaba con un examen claro y preciso que determinara la anomalía psíquica del acusado..."

Habla luego de la depresión severa que ha venido padeciendo el procesado de tiempo atrás y de la prueba existente en el proceso sobre el particular. Refuerza su tesis recordando los antidepresivos que hubo de suministrársele en la versión que rindiera ante el DAS. Remata su intervención señalando el atropello de los numerales 2º y 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

Segunda demanda.

Es presentada por el apoderado de Alejandro Támer Parra, y pone a consideración de la Sala cuatro cargos, formulados en el ámbito de la causal primera, segmento final, los cuales "...se refieren a un mismo medio probatorio, entendiendo que la versión que se diera en llamar 'libre y espontánea' se encuentra compuesta no sólo por la declaración que se transcribió...sino igualmente la grabación magnetofónica que se tomó al señor José Domingo Fadul Vergara..."

Primer cargo: Considera que la sentencia impugnada incurre en error de derecho "...derivado de la apreciación de la 'versión libre y espontánea' del sindicado José Domingo Fadul Vergara...", concretándose "...en valorar el medio probatorio cuando la Policía Judicial sólo puede recibir la denominada versión libre y espontánea en casos de 'urgencia o fuerza mayor acreditada'...", lo que no se dio en el presente caso, como quiera que la captura de Fadul Vergara sólo se produjo quince días después de la liberación del menor secuestrado, "...luego la mencionada captura no fue producto de actividades urgentes, de fuerza mayor...", debiéndose haber puesto el aprehendido a disposición de las autoridades competentes.

Segundo cargo: Plantea un nuevo error de derecho que "...consiste en esta ocasión en valorar la versión, cuando la Policía Judicial sólo puede tomar versiones 'libres y espontáneas' en caso de que se produzca aprehensión en flagrancia", lo que no se realizó en el presente caso. "Tal irregularidad —continúa el censor— sí permite afirmar en sede de casación, la existencia de un error de derecho por indebida asunción de la versión libre y espontánea, ya que la apre-

hensión en estado de flagrancia es requisito indispensable para que la Policía Judicial pueda recibir válidamente una versión del implicado".

Tercer cargo: Esta vez el error de derecho "...consiste en haber valorado este medio de prueba a pesar de que se exige como requisito esencial para su aducción, el que se tome con la participación de un defensor". Aunque recuerda un pronunciamiento de la Sala que no ve irregularidad alguna en este aspecto, se acoge al salvamento de voto que en aquella ocasión se expresara. Para finalizar resalta que la ausencia del defensor no puede ser suplida con la participación de otro sujeto y que "lo único cierto es que existe un requisito legal para que la prueba pueda ser producida y si ese requisito no se dio, la prueba fue obtenida indebidamente, de tal forma que no puede ser tomada en consideración pues se encuentra ilegitimamente allegada al proceso".

Cuarto cargo: Se sostiene en otro error de derecho basado en la sindicación a terceros que hiciera Fadul en contra de su poderdante, razón por la cual estaba obligado el instructor a tomarle el juramento, puesto que esta diligencia se convirtió en declaración testimonial, incumplindose la exigencia legal contemplada en el artículo 434-6 del Código de Procedimiento Penal.

Tercera demanda.

Corresponde al Procurador Judicial de Manuel de las Mercedes Alvarez quien propone a la Colegiatura tres cargos, enmarcados en la primera causal, último cuerpo, por haber incurrido el fallador de segunda instancia en yerros de hecho y de derecho "...en la apreciación de los diferentes elementos de convicción allegados a los autos".

Primer cargo: Advierte la existencia de un error de derecho al tenerse en cuenta como elemento de convicción la "versión libre y espontánea" de Fadul Vergara, sin considerar su invalidez por haberse producido luego de cincuenta días de haberse consumado el secuestro del niño Haddad Bonilla, en momentos en que no existían diligencias preliminares ni investigación penal, aparte de que se ocultó su aprehensión por varias horas, reapareciendo en las dependencias del DAS "visiblemente agobiado", bajo el "tremendo peso" de una sindicación anónima lo que de suyo excluía cualquier tipo de interrogador diferente al Juez instructor. Además, cometieron los falladores otro error de derecho, por falso juicio de convicción, pues le otorgaron "...mérito de convicción a una diligencia judicial jurídicamente inexistente..."

Segundo cargo: Lo fundamenta en un error de hecho por falso juicio de identidad, "...frente al informe rendido por el DAS de Montería...y los testimonios de los doctores Marco Tulio Borja y Ricardo Villarraga". Al respecto advierte que la versión de Fadul Vergara versa sobre el secuestro del menor Haddad, mientras que el dicho informe policial así como las declaraciones en mención, se refieren a otro hecho, sucedido cincuenta días después, que sólo tiene que ver con la presencia de Fadul en las instalaciones del DAS de Montería. No podían pues corroborar la versión de éste.

Tercer cargo. Incurrieron los sentenciadores en errores de hecho cuando concluyeron que la "versión" de Fadul se encontraba confirmada por otras pruebas obrantes en autos. Sin embargo, olvidaron los testimonios de Ricardo y Salim Haddad, con los cuales se descarta el presunto móvil de venganza alimentado por Alejandro Támer contra la familia Haddad, por supuestas irregularidades en la liquidación de la sociedad Támer-Haddad.

De otra parte, Fadul cuenta que el secuestro fue planeado en el restaurante "Uno y dos, sancocho y arroz", afirmación que carece de seriedad si se hubiera tenido en cuenta el dicho de Alejandro Lyons quien asevera que el lugar era frecuentado por lo más granado de la sociedad monteriana, lo que indica lo absurdo de la mención. De otra parte, recuerda la sindicación que el mismo Fadul le hizo a Vicente León López, la que a la postre resultó siendo falsa, muestra de lo cual es la providencia judicial que lo encontró ajeno a los hechos que se le endilgan.

Resalta también la "dosis de perfidia" que acompaña la versión de Fadul al contar que el menor fue mantenido cautivo en una finca de propiedad de Manuel Alvarez Posada, de difícil acceso por cuanto para llegar a ella hay que transitar por carretera y atravesar ríos, lo que fue descartado por el niño Haddad, cuyo testimonio fue ignorado en este aspecto, lo mismo que el de Guillermo Alvarez Machacón. Además, el que hubiera indicado como negociador del rescate al "Moni" Alvarez, cuando la propia madre del secuestrado, Yolanda Bonilla, y Salim Haddad García aseguran que el negociador era un hombre del interior, indica que también se pasaron por alto estas declaraciones que desechan con ello la participación de Manuel de las Mercedes Alvarez.

Finalmente, advierte sobre otros errores de hecho por falso juicio de identidad, como el pretender que la amistad de Alvarez Posada con Támer Parra era un indicio que comprometía al primero. De igual manera, el colegir que unas vacaciones en Cartagena tienen relación con el secuestro de Haddad Bonilla, cuando varios testigos, cuyas palabras no se tuvieron en cuenta (Guillermo Alvarez, Ricardo Alí, Elías Yúnez y Mario del Castillo Blanco), ponen de presente la solvencia económica de Alvarez Posada.

La Corte:

1. Primera demanda.

Según el censor, existe una violación manifiesta al debido proceso. El no ordenarse la práctica de las pruebas técnicas tendientes a demostrar el estado síquico de José Domingo Fadul Vergara, configura el atropello. El estribo de su argumentación radica en las palabras del procesado en su injurada cuando manifiesta las anormalidades de este tipo que lo acompañan.

Sin embargo, no hubo tal desidia por averiguar la verdad del aserto en las instancias. Presto se comunicó el instructor con las personas más idóneas posibles: Los médicos que en el pasado lo trataron con ocasión de sus dolencias de este tipo. El expediente comunica sus voces y aclara el problema planteado. Hablan a una de las crisis depresivas que acompañaron al paciente y que obligaron al respectivo tratamiento, al tiempo que aclaran su imposibilidad de influir en manifestaciones negativas en contra de sus prójimos, puesto que su equilibrio sicosocial no se ve afectado, salvo un "bache depresivo" en el que es posible que atente contra su vida, aunque generalmente no hace lo propio en contra de los demás.

Es claro que, en presencia de estas voces autorizadas, la necesidad de un nuevo peritaje siquiátrico, resultaba innecesaria. La normalidad sobre su estado mental permitía continuar el proceso reservado a los imputables, puesto que se hallaba en pleno goce de sus facultades mentales y, por tanto, capacitado no sólo para comprender el alcance de sus actos, sino también para ejercer dominio y señorío sobre su voluntad.

La improsperidad de la demanda, es manifiesta.

II. Segunda demanda.

Como bien lo señala el Colaborador Fiscal, los cuatro reproches presentados en este libelo, en verdad se reducen a uno solo, cuya piedra angular es la versión recibida al procesado Alejandro Támer Parra, en las dependencias policiales. No poseía la capacidad para ser tenida en cuenta como prueba en las instancias, puesto que "...fue recepcionada sin el cumplimiento de los requisitos legales...", son las palabras del recurrente. Así las cosas, una respuesta común se impone.

Como primer gran tropiezo de la demanda se destaca la dilogía que la regenta. Como lo destaca la Delegada, aunque cuestiona con vehemencia la legalidad de la versión rendida por su poderdante ante las autoridades del DAS, no duda en reconocerle su validez al criticar la ausencia de juramento cuando, en ella, Támer formuló cargos contra terceros. El desquiciamiento de la lógica libelista es manifiesto y bastaría de suyo para predicar el rechazo consiguiente al vulnerar el principio de no contradicción. Pero también, un examen atento de los cargos propuestos, interiormente considerados, consigue idéntico resultado.

Obsérvese.

La crítica principal que se formula a la declaración sin juramento que le tomara el DAS, es que no concurrían en su caso la "urgencia o

fuerza mayor" exigidas por la normatividad para recibir la versión libre y espontánea en la indagación preliminar. Fundamenta su argumentación en la circunstancia temporal de la liberación del secuestrado, producida quince días antes de la aprehensión de Támer, "...luego la mencionada captura no fue producto de actividades urgentes, de fuerza mayor, pues en tal instante procesal ha debido ponerse el sindicado a disposición del respectivo juzgado instructor..."

Al Juez le debe ser "...materialmente imposible recibir la versión del implicado...", es el presupuesto que el censor le aplica al artículo 334 de la sistemática procedimental y a continuación advera que "...en ese evento no sólo era posible sino exigencia legal que se incumplió".

Valgan aquí las siguientes precisiones.

La "urgencia" que señala el Código no está emparentada con la inmediatez en la comisión del ilícito, así como tampoco con su agotamiento. Los avatares de la investigación misma adelantada por las autoridades de policía marcan la pauta, en el evento de que la autoridad judicial aún no haya asumido la investigación. Así las cosas, en un caso como el de la especie, la liberación del secuestrado no implica que la indagación de las fuerzas del orden, quede mediatizada.

Por ello, cuando por cualquier circunstancia el Juez no está regentando la situación y el seguimiento de una pista concreta haga prever un desentrañamiento de los hechos delictuosos, es posible que, en un momento determinado, la prisa con que se aten los cabos, así como la reserva consiguiente, culminen en un feliz resultado. La versión de un implicado y la celeridad con la que se comprueben sus informes, pueden llevar a pistas mayores, terminando con la captura de un número mayor de delincuentes, obtención de mayores pruebas e, incluso, como sucedió en este caso, recuperando una porción del dinero ilícitamente habido.

En el suceso materia de esta investigación, la labor de los organismos de inteligencia se llevó a cabo en contra de los deseos de la familia del secuestrado, que decidió negociar el rescate dentro de la mayor prudencia. Pese a esto, el DAS logró detectar que los captores estaban haciendo sus exigencias a través de familiares cercanos a los padres de la víctima. Liberada ésta, los detectives consiguieron establecer serios indicios en contra de José Domingo Fadul Vergara, como partícipe del ilícito, procediendo a su aprehensión, en las horas de la tarde del seis (6) de enero de mil novecientos ochenta y ocho (1988), recibiéndole de inmediato su versión, en la que se informó detalladamente sobre los pormenores del ilícito y los restantes autores. Es de anotar que para esa fecha, los parientes del menor retenido ilegalmente, no habían presentado la denuncia correspondiente, por lo que ninguna autoridad judicial conocía del hecho.

No obstante, de inmediato el cuerpo de seguridad se puso en contacto con el Juez que se encontraba de turno (Primero —1º— Especializado) para efectuar un allanamiento a la residencia de Alejandro Támer Parra. Los resultados fueron satisfactorios como que se

hallaron en su interior parte del dinero pagado por el rescate del menor Haddad (treinta millones de pesos, aproximadamente) así como varias armas de fuego. Al día siguiente, el mismo Juzgado autorizó un segundo allanamiento, esta vez a la casa de Jairo Alvarez Posada, con un desenlace negativo. Con base en estos resultados, el ocho (8) de enero el referido Juez asumió la investigación formalmente, dictando el auto cabeza de proceso.

Bien puede verse que solamente la celeridad con la que actuaron los agentes del orden hizo posible la captura de Támer y Fadul, así como la recuperación de una fracción considerable del botín. También se observa que cuando las pesquisas dieron sus frutos con la aprehensión de Fadul, los jueces no tenían noticia del hecho y por ello, conforme a la normatividad imperante, la urgencia ameritó la intervención primera de las autoridades de policía, quienes en presencia de los resultados positivos a que se han hecho mención, de inmediato pusieron el caso en conocimiento del Juez especializado de Reparto, ateniéndose de ahí en adelante a sus dictados, más antes de dictarse el auto cabeza de proceso, practicando los dos allanamientos de que se habló en precedencia.

Ahora bien, *en lo que se refiere a la asistencia del defensor en la versión libre surtida en la indagación preliminar, ella tiene como objeto ser el garante de los derechos fundamentales que le asisten a su representado. Su ausencia, por consiguiente, es a todas luces reprochable pues su presencia impide las preguntas capciosas, las presiones de cualquier tipo, y le permite estar atento a que se le informe al aprehendido de los lineamientos legales que resguarden su declaración. Por ello —y con toda razón— la preceptiva del artículo 165 del Código de Procedimiento Penal considera inexistente la diligencia en la que participe el procesado sin la presencia de su defensor.*

Sin embargo, si se comprueba que de cualquier otra manera las garantías constitucionales han sido violadas, la ausencia del Procurador Judicial hará que el fallador sopese la declaración de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dándole importancia indicaria, siempre que otros medios de prueba, recaudados en el sumario, la corroboren con suficiencia. De lo contrario, deberá ser descartada. En el presente caso, pese a que no se le nombró defensor a Fadul, tampoco se le vulneraron sus derechos. Obsérvese. No sólo quedó constancia en el acta sobre la exhortación que se le hizo para que "...sin apremio alguno..." dijera la verdad sobre lo acontecido; también se contó con la presencia del abogado coordinador de la Policía Judicial, adscrito a la Procuraduría Regional de Montería quien, dentro de sus específicas funciones, fue un guardián de la legalidad que si bien no podía reemplazar al defensor, de todas maneras veló porque ningún atropello perturbara la libre expresión de sus ideas al compareciente. Además, el acervo probatorio recaudado con posterioridad, confirmó indubitablemente esta versión razón por la cual los juzgadores le dieron apenas un valor indicario.

De otra parte, "no contraría el alcance de esta interpretación lo dispuesto en el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, según el cual se consideran inexistentes las diligencias practicadas con la

asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor, porque las normas que facultan para recibir la versión libre por parte de las autoridades de policía sin participación de aquel son especiales, teniendo por tanto prelación sobre la primera regulación que es de carácter general, según lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887" (C. S. de J. Casación de octubre 26 de 1989, Magistrado ponente doctor Jaime Giraldo Angel).

Finalmente, respecto de la ausencia de juramento en la versión en comento, cuando Fadul hizo cargos a terceros, la Corte ha sido clara en este aspecto. Basta recordar un aparte de uno de sus pronunciamientos cuya claridad no deja mayor duda, aunque se refiere a la indagatoria: "El hecho que en la diligencia de indagatoria, el instructor hubiere omitido tomar juramento al procesado, en relación con los cargos concretos que éste hizo a terceros, sobre la comisión de un hecho punible, es irregularidad que no afecta el derecho de defensa del indagado ni altera las formas propias del juicio como lo pretende el censor. Esto porque tal exigencia procesal dirigida al Juez, busca básicamente recepcionar dentro de la injurada una denuncia penal que conforme a la ley sí exige que los cargos se hagan bajo la gravedad del juramento, se trata de un mecanismo de economía procesal y a su vez garante de la necesaria lealtad en el proceso penal..."

La improsperidad de la demanda es manifiesta y así ha de declararse.

Tercera demanda.

Como oportunamente lo recuerda la Delegada, cada cargo elevado en casación tiene sus propios fundamentos, debiéndose acompañar a los argumentos de rigor, la enumeración de las normas pretensamente violadas por el sentenciador así como su incidencia en el yerro que se denuncia. La razón es potísima. Cada reproche ha de basarse no sólo en un segmento de la actuación procesal (aunque enmarcado dentro de la totalidad de la suma probatoria) sino que también ha de responder a un específico error, dotado de sus propias particularidades y efectos. No puede pretenderse, como lo hace el casacionista, presentar una enumeración genérica de normas posiblemente atropelladas, válidas indiscriminadamente para todas las censuras propuestas, a la manera de comodines legales. Esto no sólo le resta seriedad a la impugnación, a la vez que pone de manifiesto la inseguridad del proponente; de igual manera, esta formulación abstracta impide conocer a fondo el real pensamiento del recurrente, con lo que la oscuridad conceptual sólo podría ser suplida por la Corte, convirtiéndose de suyo en inaceptable coadyuvante del demandante, Juez y parte dentro del recurso.

Ahora bien, en lo referente al primer cargo en particular, su presentación peca igualmente contra la técnica de este especial medio de impugnación. Como primera medida, plantea al unísono y sobre el mismo medio de prueba, falsos juicios de legalidad y convicción, desconociendo el principio de no contradicción que regenta el recurso. Repugna a la lógica el pretender que se valoró indebidamente una

prueba que no existía jurídicamente en el proceso, pues la estimación parte del supuesto que la probanza fue allegada legalmente al expediente pero el fallador, por exceso o por defecto, le desconoció el valor que la sistemática procedimental le otorga.

En efecto, al tiempo que cuestiona el justiprecio que en las instancias se dio a la versión rendida por Fadul "...*error de derecho*... (falso juicio de convicción)..." advera que "...le otorgaron el mérito de convicción a una diligencia jurídicamente inexistente (falso juicio de legalidad)..." La contradicción es manifiesta. Aparte de esto, advierte que se le dio a la exposición un valor de confesión, lo que no es cierto pues, tanto en primera como en segunda instancia, se le catalogó como indicio, el que unido a otros más, sirvieron de sustento al fallo condenatorio.

Debe rechazarse el cargo.

El *segundo reproche* tampoco corre con mayor fortuna. Habla el impugnante de "...falsos juicios de identidad frente al informe rendido por el DAS de Montería...y los testimonios de los doctores Marco Tulio Borja y Ricardo Villarraga", transcribiendo a continuación apartes de los fallos de instancia en los que se da cuenta de la plena comprobación de la autoría del secuestro, de acuerdo con la versión de Fadul, rendida ante el DAS y los testimonios de Borja y Villarraga. Destaca entonces que estos últimos se refirieron apenas a las circunstancias de la aprehensión de Fadul y a la forma como fue investigado el delito por el cuerpo de seguridad, agregando como simple opinión el calificativo de "fantasiosa novela" a la referida exposición.

Bien se revelan las verdaderas intenciones del actor: Descalificar una de las pruebas de cargo por no estar acorde con su personal visión de las cosas. Aparte de que la subjetividad no es válida en sede de casación, a donde se llega para demostrar un yerro judicial y no para iniciar una polémica defensora de tesis personales, las generalidades del cargo conspiran contra su prosperidad. Olvida que no basta con señalar el presunto error; a la par debe demostrarse su importancia en el decurso procesal, así como su ostensibilidad y la plena comprobación que se produjo como resultado del falso juicio que se alega.

Ello quiere decir que, en el caso presente, debió analizar con detenimiento las pruebas que, a su manera de ver, fueron tergiversadas, poniendo de resalto cual es su verdadero y real sentido, estableciendo la comparación con el que se le dio en las instancias, de tal manera que, sin acudir a complejos discernimientos, surja manifiesto el tropiezo judicial. No obstante, en el evento de haberlo hecho no hubiera corrido con mayor fortuna ya que los testimonios son contestes en afirmar no sólo la ausencia de presiones a Fadul para que rindiera su versión ante el DAS, sino también el haber escuchado de viva voz los pormenores del secuestro del menor Haddad, hecho que de por sí apoya indefectiblemente la exposición en comento y contribuye, como es apenas obvio, a configurar la prueba de cargo.

El fracaso de la censura es ostensible.

El *tercer reparo* también naufraga con prontitud. Detállese. Su primer motivo de inconformidad es el no haberse tenido en cuenta

los testimonios de la víctima y de Guillermo Alvarez, sobre la imposibilidad física de haber sido el lugar de cautiverio la finca de Alvarez Posada. Dicho falso juicio de existencia, sin embargo, no tiene razón de ser. Al contrario de su acerto, en las instancias se miró la declaración del menor, hasta el punto de constituirse en el fundamento para establecer la tipicidad de la conducta endilgada a los procesados. Ahora bien, sobre el lugar cierto en el que se mantuvo cautivo a Eduardo Haddad, el proceso no arroja exactitud alguna. No sucede lo mismo con los partícipes del secuestro. A plenitud se halla demostrado que en la distribución de funciones, a Alvarez le correspondió la tarea de cuidar al secuestrado, trasladándolo de un sitio a otro, si era el caso. Este detalle menor no contribuye a restarle piso a la acusación.

No consulta tampoco con la realidad procesal su señalamiento de que los sentenciadores ignoraron los testimonios de Yolanda Bonilla y Salim Haddad que desconocían la participación de Alvarez como enlace de los secuestradores en la respectiva negociación. El acento de quien comunicaba las condiciones a la familia, es la columna vertebral de su argumentación. Como quiera que el individuo, quien se hacía llamar "Freddy", mostraba un acento del interior del país, se pone en contraposición con la idiosincrasia costeña de su defendido. Sin embargo, una cosa no excluye a la otra. Bien pudo el interlocutor telefónico disimular su voz para minimizar cualquier pista o, incluso, ser una persona diferente que aún se mantiene oculta ante la justicia, o, como lo destaca la Delegada, "...se debe acotar que se desconocen las condiciones personales de identificación física de este procesado, toda vez que está considerado como persona ausente del proceso y el admitir la hipótesis del casacionista sobre supuestos teóricos resulta a esta altura procesal improcedente y desenfocado".

Este cargo también amerita el rechazo consiguiente.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cumplase.

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

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION. PRUEBA. Naturaleza

Las pruebas que se presenten o que deban surtirse durante el trámite de la revisión, deben tener al menos la virtud de presentar la verdad de lo acontecido, distinta de aquella declarada en la sentencia objeto de impugnación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 82 (noviembre 13 de 1991).

Vistos:

El procesado *Aludino Ortega Moreno* otorgó poder al doctor *Alberto Fernández Jiménez* para que a su nombre presentara ante esta Corporación demanda de *revisión* contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintisiete Superior de esta ciudad de fecha 25 de noviembre de 1988, mediante la cual se le condenó a la pena privativa de la libertad de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de cuatrocientos mil pesos, como autor responsable de los delitos de "falsedad en documento privado, estafa, falsificación de valores equiparados a moneda y tráfico de valores equiparados a moneda falsificada (éste en concurso homogénco)...", a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal; pago en abstracto de los perjuicios ocasionados con los delitos por los cuales se le halló responsable y se le otorgó el beneficio de excarcelación por reconocimiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional previsto en el artículo 68 del Código Penal, con un período de prueba por dos (2) años.

En ejercicio de tal mandato, el apoderado del procesado presentó escrito de demanda en el que manifiesta que "...solicito se revise la sentencia condenatoria de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en segunda instancia y en contra de mi poderdante, en proceso que fue fallado en primera instancia por el Juzgado Veintisiete Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en procesos que por el delito de estafa, fue calificado por el mismo Juzgado Veintisiete Superior y otro que, por el delito de falsedad y tráfico de títulos valores calificó el Juzgado Octavo Superior de Bogotá, procesos cuya

acumulación fue decretada, en la etapa de juzgamiento, y por lo mismo fueron objeto de fallo en sendas sentencias dictadas en primera y segunda instancia".

Como quiera que el recurrente sólo presentara copia auténtica de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintisiete Superior de Bogotá, por auto de fecha 13 de diciembre de 1990, antes de decidir sobre la viabilidad de la demanda de revisión que ahora es objeto de estudio por parte de la Sala, se ordenó que el libelista aportara copia del fallo de segunda instancia y la correspondiente constancia sobre ejecutoria del mismo.

El Juzgado Veintisiete Superior de esta ciudad con oficio número 608 de fecha 1º de octubre del presente año y recibido en la Secretaría el día 8 del mismo mes, remitió copia de la sentencia proferida por ese Despacho y del auto de fecha 25 de septiembre de 1989 por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, sin que se surtiera la segunda instancia, dispuso la devolución del proceso por cuanto aquella no tenía el grado jurisdiccional de la consulta.

Consideraciones de la Corte:

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo verificado a través de las fotocopias remitidas por el Juzgado Veintisiete Superior de esta ciudad, dentro del proceso que se siguió a Aladino Ortega Moreno, no se dictó sentencia de segundo grado como lo afirma el recurrente. Así mismo, sigue preocupando a la Corte el manejo que algunos abogados dan a los asuntos a ellos encomendados, puesto que, no obstante haber dispuesto la Corte desde el 13 de diciembre de 1990, que el apoderado debía presentar la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y la correspondiente constancia de ejecutoria, nunca hizo presencia en esta Corporación para enterarse de la suerte de su escrito, al punto que la Secretaría de la Sala tuvo que dirigirse al Juzgado en busca de la documentación que ha debido presentar el profesional del derecho al momento de solicitar el trámite del recurso de revisión por él propuesto.

En cuanto al tema que ahora ocupa la atención de la Corte, es decir, la admisibilidad o rechazo del escrito ya mencionado, dispone el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal que "el recurso se interpondrá por medio de escrito dirigido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y deberá contener:

"1. La determinación clara y precisa del proceso cuya revisión se demanda con la identificación de los Juzgados que lo hubieren fallado.

"2. El hecho o hechos punibles que motivaron el proceso y el fallo, así como la pena que se impuso.

"3. Los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyare la solicitud.

"4. La relación de las pruebas aportadas para demostrar los hechos básicos de la petición".

El escrito con que se propone el recurso extraordinario, no es un simple alegato de instancia pues, por su naturaleza y contenido, debe sujetarse a las exigencias de la norma antes transcrita. Por ello, su elaboración no puede ser caprichosa y simplista, sino ajustarse a la técnica de una demanda. Ello por cuanto lo que se pretende es una acción dirigida a remover la autoridad de cosa juzgada.

Por lo anterior, y en consideración al contenido del escrito presentado, debe la Sala impartir su rechazo in limine *pues, como se verá, no cumple formalmente con los requisitos ya vistos.*

Luego de citar el libelista los Juzgados que adelantaron las dos investigaciones que fueron calificadas con auto de proceder y que dieron origen a su acumulación, cita equivocadamente como juzgador de segunda instancia al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá e invoca un fallo inexistente como ya se dejó ampliamente consignado. Ello indica, a no dudarlo, la falta de conocimiento del profesional respecto de la actuación procesal cumplida en las instancias.

Dedica la mayor parte de su escrito en consignar apartes de la sentencia de primer grado que en fotocopia auténtica aportó y solamente en el último folio consigna:

"4º Se fundamenta la revisión del fallo proferido en el proceso y juicios acumulados por los hechos punibles anteriormente mencionados con fundamento en que Aladino Ortega Moreno no obró culpablemente, esto es, con conocimiento previo de que los certificados de abono tributario que le fueron entregados eran falsos, y que los valores de tarjetas de crédito también les fueron entregados habían sido falsificados y correspondían a tarjetas de crédito hurtadas, situación que hace no punible la conducta de Aladino Ortega a la luz del texto del artículo 5º del Código Penal".

"5º Como pruebas que acreditan la existencia (sic) de culpabilidad en el comportamiento de Aladino Ortega Moreno, se anexan los testimonios de los señores, Alberto Salazar Lozada y Rosalba Garavito de Ortega, recibidos extrajudicialmente y los cuales establecen las circunstancias en que los vales de tarjetas de crédito señalados como falsificados le fueron entregados a mi poderdante Aladino Ortega Moreno en el establecimiento 'Alazán Piano Bar' Edgar Gaona Aguirre y las circunstancias en que el señor Jesús Martínez le hizo entrega a Aladino Ortega Moreno en la casa de habitación de éste, dos paquetes de Certificados de Abono Tributario, certificados que en el proceso, especialmente en el auto calificatorio el mismo, se señala como falsificados, para que los ofreciera y vendiera, por lo cual le sería pagada una comisión, entrega de documentos en los que Ortega Moreno no fue advertido en forma alguna de la procedencia y falta de autenticidad de los documentos que le fueron entregados. En consecuencia, con el aporte de estas pruebas, las cuales no fueron conocidas dentro del proceso cuyo fallo se pide ahora ser revisado, la situación del acusado Aladino Ortega Moreno, cambia radicalmente en cuanto a su inculpabilidad se refiere".

No indica el libelista la causal o causales en que apoya su escrito, así como tampoco los fundamentos de derecho pertinentes, lo cual,

impide a la Corte dar curso a la pretendida demanda. Y lo que es peor, las pruebas que presenta como nuevas o no conocidas en el proceso (testimonios extrajudiciales), provienen de personas que al momento de la investigación bien pudieron comparecer al proceso y cuyo contenido resulta extremamente precario para la finalidad perseguida por el actor.

Alberto Salazar Lozada afirma que conoce al procesado desde hace 12 años de vista trato y comunicación; que "me consta que el señor Edgar Gaona Aguirre en el mes de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983) le entregó unos vales firmados por él en su establecimiento comercial llamado 'Alazán Piano Bar', vales de tarjetas de crédito y el señor Jesús Martínez, por el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), le hizo entrega en su casa de habitación de dos (2) paquetes de Certificados de Abonos Tributarios CERT. Es todo cuanto sé y declaro".

Por su parte Rosalba Garavito de Ortega manifiesta que conoce al procesado desde hace 22 años por ser su esposo, "me consta que el señor Edgar Gaona Aguirre, llegó al establecimiento 'Alazán Piano Bar', en el mes de enero de mil novecientos ochenta y tres, le entregó a mi esposo varios vales firmados por él o sea por el señor Gaona Aguirre de tarjetas de crédito y también me consta que el señor Jesús Martínez le entregó a mi esposo dos (2) paquetes en sobre de manila que contenían Certificados de Abonos Tributarios CERT para que mi esposo los vendiera, operación con la cual le ofreció pagarle una comisión. Es todo cuanto sé y declaro".

Además de las irregularidades presentadas en el escrito de demanda, las pruebas que se acompañan por el actor, visto su contenido, no pueden ser aceptadas como sustento del recurso que se pretende ya que éste por su naturaleza procesal, está encaminado al logro del restablecimiento de la justicia, frente a un fallo condenatorio que constituye factor de alarma social y desconfianza en las instituciones. Las pruebas que se presenten o que deban surtirse durante el trámite de la revisión, deben tener al menos la virtud de presentar la verdad de lo acontecido, distinta de aquella declarada en la sentencia objeto de impugnación. Por ello, resulta extraño que la esposa del procesado, sólo ahora comparezca a declarar la procedencia de los documentos que dieron origen a la investigación y cuya falsedad fue probada suficientemente dentro del proceso imputada exclusivamente a su cónyuge. Y si los declarantes sabían desde el mismo momento de la comisión del hecho delictivo, quienes fueron los autores, sus versiones tan precarias en esta oportunidad no tienen esa virtud de poner en actividad el aparato jurisdiccional por el camino escogido. Nada dicen los exponentes sobre la identidad de las personas presuntamente comprometidas en la infracción, su residencia, documentos de identificación o cualquier otro dato que eventualmente pudiera la Corte comprobar y así, en su momento, entrar a decidir la viabilidad del recurso extraordinario pretendido.

Tal como se dejó consignado al principio de esta providencia, la actuación del actor, en este asunto, bien puede constituir falta disciplinaria a la luz de lo preceptuado en el numeral 8º del artículo 47

del Decreto 196 de 1971, se dispondrá compulsar copias de lo actuado con destino al Tribunal Superior de esta ciudad, para lo de su competencia.

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

Resuelve:

1º *Rechazar* la demanda de revisión presentada por el doctor Alberto Fernández Jiménez en representación del procesado Aladino Ortega Moreno.

2º *Ordenar* se compulsen copias de la actuación, con destino al Tribunal Superior de esta ciudad, Sala Disciplinaria, a fin de que, si lo estima pertinente, inicie la correspondiente investigación de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

3º En firme esta providencia, copia de la actuación cumplida remítase al Juzgado Veintisiete Superior de esta ciudad para que forme parte del proceso seguido contra Aladino Ortega Moreno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION. JURISDICCION DE ADUANAS

Como se eliminó el carácter de hecho punible a las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero, la Corte perdió competencia para desatar el recurso de revisión

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Según Acta número 85.

Revisión: El recurso de revisión está restringido al ámbito de las sentencias proferidas por conductas descritas dentro de la ley penal como *delitos*. Implica lo dicho, que al haber sido despenalizadas por el Decreto 1750 de 1991 las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero, perdió la Corte competencia para conocer en revisión procesos adelantados por los en otrora hechos punibles en dicho estatuto tipificado.

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el sentenciado *Alvaro Enrique Rincón Salamanca* en contra del fallo definitivo de agosto 11 de 1987, decisión que emanada del Tribunal Superior de Aduanas le reprime por la comisión de un delito de contrabando de primer grado.

Hechos:

Se imputó al recurrente la introducción clandestina al país de un cargamento de repuestos para automotores cuya incautación realizaron las autoridades aduaneras el 27 de agosto de 1982 en esta capital cuando eran transportadas dentro del camión de placas JV-5793 a cargo de Miguel Antonio Rojas Hortúa.

La demanda y su trámite:

1. Enderezó el actor su impugnación extraordinaria con fundamento en las causales 3ª y 5ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, acompañando como pruebas de soporte la declaración extrajuicio rendida por el penado ante la Notaría Unica de Tocaima,

fotocopia autenticada de la cédula de ciudadanía expedida a favor de Rincón Salamanca y una certificación del Juzgado que en primera instancia conoció de las diligencias, haciendo constar que los recibos de aprehensión de la mercancía no fueron firmados por el procesado, y que la única firma que como suya se recaudó durante la investigación fue la tomada de la tarjeta decadactilar correspondiente a su cédula de ciudadanía, elementos que a su juicio demostraban su inocencia, pues lejos de ser la persona a quien se juzgó en rebeldía, la sentencia proferida en su contra se sustentó en prueba documental falsa que jamás emanó del puño y letra de quien reclama.

2. Desestimando la Corte de las pruebas solicitadas por el recurrente la ratificación de la versión del sentenciado, según razones expuestas en el auto ordenatorio, dispuso en su lugar y para verificación dentro del término indicado en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal la práctica de una inspección en los archivos de la Registraduría del Estado Civil que permitiera corroborar la posible homonimia alegada, y ante todo, el reconocimiento del rematado en rueda de personas, con el fin de que el testigo Milciades Rincón González explicara si se trataba de aquella persona a quien incriminaba y que decía conocer desde hacía cuatro años; y que el declarante Miguel Antonio Rojas Hortúa explicara si había sido el rematado o un homónimo quien le contrató en los términos de su versión inicialmente rendida.

De estos aportes tan sólo se cumplió con la diligencia de inspección, en cuyo curso se acreditó que en cuatro ocasiones había solicitado Alvaro Enrique Rincón Salamanca copia de su cédula de identidad, ignorándose los motivos que le llevaron a esa repetida petición, mas los reconocimientos resultaron infructuosos, puesto que el impugnante jamás se prestó a su realización, obstinado en su renuencia para comparecer a esta actuación.

Concluido así el término probatorio, tampoco el recurrente presentó alegato cuyas explicaciones de fondo apoyaran su demanda, planteamiento de mayor trascendencia frente a la pobreza de los resultados que de aquella modificación en el ámbito demostrativo pregonara, situación bajo la cual ingresa el asunto para fallo.

Consideraciones de la Corte:

Antes que ingresar en el tema de fondo que suscita el recurso extraordinario, se hace ineludible destacar con la reciente vigencia del Decreto 1750 de 1991 (julio 4) las consecuencias que ese tránsito normativo entraña dentro del presente asunto, pues si de acuerdo con su artículo 1º se eliminó "a partir de 1º de noviembre de 1991" el carácter de hecho punible "a las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero", transmutando su carácter al de "infracciones administrativas aduaneras", no resulta difícil inferir la pérdida de competencia de la Corte para desatar el recurso de revisión, si esta acción extraordinaria se restringe al ámbito de las sentencias proferidas por conductas descritas dentro de la ley penal como delitos. Sobre este

aspecto tiene fijado la Sala su criterio segun lo expuso en decisión de julio 22 de 1987, de la cual hacen parte las siguientes consideraciones:

> *"...tanto en el antiguo como en el nuevo Estatuto Penal Procedimental, la Sala de Casación Penal de la Corte, sólo tiene competencia para conocer del recurso de revisión de sentencias proferidas por la Rama Jurisdiccional y concretamente contra decisiones judiciales que impongan sanción por un comportamiento que la ley penal tipifique como delito. Por eso, tanto el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal anterior, como el 233 del nuevo estatuto, exigen que el actor determine de manera concreta con la demanda, 'el delito o delitos que han dado motivo al recurso' y el hecho o hechos punibles que motivaron el proceso y el fallo, como la pena que se le impuso..."*

> *"No basta —ha dicho Fabio Calderón Botero—, que la sentencia condenatoria lo sea en 'materia penal', pues bajo esa amplia denominación quedarían comprendidas todas las infracciones de la ley penal, no sólo los delitos sino también las contravenciones. Y, precisamente el legislador excluyó estas últimas entidades ilícitas cuando exige que el recurrente en el memorial-demanda con que interpone el recurso determine el 'delito o delitos que hubieren dado motivo a él'. Son por tanto las sentencias de condena por delitos las únicas susceptibles de ser impugnadas en revisión ante la Corte".*

> *"Debemos agregar, que si bien el Decreto 522 de 1952 (sic) estableció un recurso especial de revisión contra la sentencia proferida por fallos contravencionales, tal medida sólo se refiere al régimen policivo y la revisión se interpondrá ante los Tribunales Superiores respectivos" (Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas, Gaceta Judicial, Tomo CLXXXIX, segundo semestre, págs. 67, 68).*

Para el caso del impugnante señor Rincón Salamanca se tiene advertido que su juzgamiento operó bajo el cargo de contrabando de primer grado en la modalidad descrita bajo el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 21 de 1977, figura que consagraba un verdadero delito complejo sancionando exclusivamente como contrabando la conducta de quien adicionara al ingreso o salida de mercancías la comisión de otro hecho punible que le sirviera de medio en esa acción:

> *"importe o exporte mercancía valiéndose de afirmaciones o documentos falsos o cualquier otro medio delictivo"*

comportamiento del cual había predicado al propio tiempo la Sala qué realización se daba cuando se hacían

> *"...valer ante las autoridades aduaneras afirmaciones falsas o documentos falsos de carácter delictivo, calificación esta que se deriva, sin lugar a dudas, de la expresión subsi-*

guiente que emplea la norma al disponer '...o cualquier otro medio delictuoso...', de donde también se deduce que toda afirmación falsa para tener esa entidad debe constar por escrito y en documento aduanero..." (Casación de noviembre 8 de 1984, Magistrado ponente doctor Fabio Calderón Botero).

De la despenalización relativa de los hasta aquí conocidos como delitos dentro del Estatuto Penal Aduanero, derivan entonces, no solamente las anejas consecuencias propias de la favorabilidad del nuevo tratamiento que como infracciones administrativas reciben en el Decreto 1750 de 1991, y que se hacen ajenas a esta sede, sino además la incompetencia que aquí se enuncia surgida para que la Corte entre a definir el recurso de revisión materia de pronunciamiento, pues si de ese tránsito emerge el cambio de la naturaleza en la conducta típica, y su nueva condición la extraña de la impugnación extraordinaria, hácese inaplazable la devolución del expediente al Juzgado de primera instancia omitiendo el pronunciamiento que demandara al impugnante, pues redundando el tránsito de normas en pérdida de competencia cobra esta fuerza de aplicación inmediata.

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:

Abstenerse de desatar el recurso de revisión intentado por el procesado Alvaro Enrique Rincón Salamanca dentro de estas diligencias, disponiendo en su lugar la devolución de la actuación con destino al Juzgado de origen.

Notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

CONFESION. Plural

La simultaneidad en la cooperación con la justicia, permite otorgar el beneficio a un número plural de procesados

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., tres de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 90.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de septiembre de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a *José Jesús Poloche Muñoz* y *Alvaro Antonio Ramírez Londoño*, al primero a 15 años de prisión por los delitos de secuestro extorsivo, hurto y daño en bien ajeno; y, al segundo, a 12 años de prisión por el delito de secuestro extorsivo.

Antecedentes:

En la mañana de 17 de junio de 1987 el señor Enrique Romero Camacho salió de Cali con destino a unas minas de carbón que tiene en el Corregimiento de Golondrinas, siendo interceptado por un vehículo y varios hombres, que luego de romper los vidrios del campero que conducía, lo secuestraron y se apoderaron de dineros, documentos y otros bienes de su propiedad.

Los captores empezaron entonces a llamar a los familiares de Romero Camacho, exigiendo un millón de dólares por su liberación. La policía contactó a José Jesús Poloche Muñoz, quien hacía las llamadas y obraba como intermediario, le hizo el seguimiento del caso y fue así que el 15 de julio subsiguiente se localizó la vivienda rural donde Romero Camacho fue encontrado atado con cadenas a un madero que hacía parte de la misma edificación, lográndose de ese modo su rescate. Ahí mismo fueron aprehendidos Poloche Muñoz, Alvaro Antonio Ramírez Londoño (una de las personas que custodiaban al secuestrado) y otros dos individuos.

El sumario por esos hechos fue asumido por el Juzgado Tercero Especializado de Cali, que vinculó en calidad de sindicados a 21 per-

sonas. Cerrada la investigación, se la calificó por auto de 16 de enero de 1988 (fls. 553 y ss. -4), con cesación de procedimiento para varios, "ampliación de la investigación" para otros, y en cuanto a Poloche Muñoz, Ramírez Londoño —junto con otros sindicados— los citó a audiencia pública: Al primero como autor de los delitos de secuestro extorsivo agravado (Código Penal, arts. 268 y 270-2), hurto y daño en bien ajeno; y, al segundo, como cómplice de dicho secuestro (fls. 565-4).

Apelado ese auto de calificación, el Tribunal, mediante el suyo de 20 de junio de 1988 (fls. 692 y ss.-4), lo confirmó con algunas modificaciones, entre ellas la de tener a Ramírez Londoño como autor y no como cómplice.

Se celebró la audiencia pública, dictándose fallo de 28 de febrero de 1990 (fls. 1068 y ss.5), en el cual, en armonía con la acusación, entre otras decisiones, se condenó a Poloche Muñoz y Ramírez Londoño a las penas privativas de la libertad de 14 y 12 años de prisión. El Tribunal, al conocer por apelación de esa sentencia, incrementó en un año la pena impuesta al primero, confirmando el fallo con otras modificaciones (fls. 1125-5).

Tal decisión de segundo grado fue recurrida en casación por los procesados Poloche y Ramírez, y sus respectivos defensores, quienes presentaron, oportunamente, las demandas de rigor.

Demanda a nombre de Ramírez Londoño:

Dentro del marco de la causal primera de casación del artículo 226-1 del Código de Procedimiento Penal, cuatro cargos dirige la actora al fallo:

1. Aplicación indebida del numeral 2º del artículo 270 del Código Penal, "consistente en someter a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permaneció secuestrado". Dice que "respecto de Alvaro Antonio Ramírez Londoño, no concurre la circunstancia de agravación punitiva aludida por cuanto éste sólo se vinculó al grupo delincuencial cuando ya el señor Enrique Romero Camacho se hallaba efectivamente privado arbitrariamente de su libertad en el sitio que le sirvió de cautiverio y con las seguridades que sus captores le habían impuesto como lo fue el atarlo con una cadena en un madero, siendo la participación de mi mandante la de custodiar al plagiado, y esto después de dos días de haberse iniciado el atentado contra su libertad individual".

Indica que, por el contrario, es la misma víctima "quien afirma que aquél le daba excelente trato, hasta el punto de darle ánimos y levantarle la moral", y disiente de que, como lo hace el Tribunal, pueda hablarse de "tortura", por el simple hecho de "estar atado a un madero con una cadena", cosa que, en su sentir "es una forma de retenerlo y con la que se configura el hecho típico", y agrega:

"Esa aplicación de la norma citada constituye un error de derecho por interpretación equivocada de la disposición, cuando el expediente

reseña con claridad en las pruebas legalmente producidas como lo es el testimonio del mismo ofendido, que dicha tortura no se dio" (fl. 14).

Dentro de ese mismo primer cargo plantea que "hubo igualmente error de derecho al deducirse en la sentencia recurrida la concurrencia de la agravación punitiva prevista en el artículo 66 del Código Penal", por estimar la casacionista que no fue su representado quien "determinó" las circunstancias de tiempo, modo y lugar configurantes de agravación punitiva, ni tampoco se puede predicar de él "la preparación ponderada del hecho punible, pues Ramírez Londoño no fue quien ideó esa ejecución".

2. Falta de aplicación "de lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2490 de 1988, tenido en cuenta en el Decreto 2790 de 20 de noviembre de 1990 en su artículo 59". Añade que "además *podría* aplicarse el artículo 34 de la Ley 2ª de 1984, que trae situación análoga en cuanto a la colaboración del agente en el esclarecimiento de los hechos y de las otras personas responsables del delito", y explica que, como la primera norma de las mencionadas "trae eximente de sanción", la invoca como principal.

3. Se dejó de aplicar la rebaja del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal ya que Ramírez Londoño "rindió confesión simple en donde no solamente expresó su participación en el delito, sino que suministró la información necesaria para deducir la culpabilidad de otros sindicados..."

4. "Error de hecho" al endilgarle a su mandante "un delito de hurto que no cometió ni se le dedujo en el pliego de cargos y que quizás influyó en la elevada dosimetría punitiva" (fl. 16).

En esos términos, pues, solicita la casación del fallo.

Demanda de José Jesús Poloche Muñoz:

Cargo primero: Falta de aplicación del artículo 34 de la Ley 2ª de 1984, advirtiendo el actor que no discute los hechos, y que es una evidencia que a los 3 meses de su captura Poloche Muñoz confesó y acusó a varias personas como partícipes de los delitos, dándole la sentencia "entera credibilidad a dicha confesión", no resultando entonces cierta la afirmación del Juzgado en el sentido de que "la confesión fue tardía y que al momento de rendirse ésta el despacho ya había ordenado la vinculación de casi todos los restantes partícipes del delito" (fl. 26), ni tampoco la consideración del Tribunal de que no procede la rebaja "por cuanto la confesión debe hacerse en la primera versión", y su fundamento es la "obtención rápida de la prueba", requisitos que, según el censor, pertenecen al artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, mas no al 34 de la Ley 2ª de 1984, cuya aplicación es la que pide, y "que plantea es que el *procesado que primero* aporte prueba de responsabilidad. No indica en qué momento procesal debe realizarse tal aporte de prueba".

Cargo segundo: Aplicación indebida del numeral 2º del artículo 270 del Código Penal, sobre la agravación del delito de secuestro extorsivo, que habla de someter "a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada".

Pone de presente que es el propio secuestrado Romero Camacho quien en sus intervenciones dejó claro que no fue amenazado de muerte y que en general le dieron buen trato en cautiverio, y manifiesta seguidamente que "no es posible ubicar la tortura por el hecho del encierro o el haber sido amarrado o secuestrado. Estas acciones son propias de la conducta, es decir, si se retiene a una persona con el solo ánimo de obtener provecho económico, es necesario adoptar las medidas necesarias para evitar la evasión de la persona. No se crea que estoy haciendo una apología del secuestro, no, solamente trato de demostrar que el encierro y medidas de seguridad, para los plagiarios, determina el éxito o el fracaso de la empresa", y precisa líneas adelante:

"Lo planteado por las dos instancias, que porque el ofendido estuvo amarrado y encerrado, es una circunstancia de agravación, es actuar guiado por las vías del sentimiento y no por el derecho, pues en qué secuestro no se produce aislamiento de la persona y en cuántos amarrados?".

Así, pues, estima que por resultar aplicable el artículo 34 de la Ley 2ª, e inaplicable el numeral 2º del artículo 270 del Código Penal, se debe casar la sentencia y hacer la respectiva rebaja de pena.

La Delegada:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice en primer término que ambas demandas "adolecen de protuberantes fallas de técnica" que impiden examinar su fondo.

Que si bien en ambas se aduce la causal primera de casación, no se especifica si se trata de violación directa o indirecta, aunque por el desarrollo de las argumentaciones "estaríamos sin lugar a dudas ante las hipótesis de violación directa", pero ambos actores se introducen en la violación indirecta al referirse también "a la presencia probatoria", especialmente al reiterar que el ofendido descarta cualquier clase de tortura.

Según el Delegado, falta también precisión sobre el "sentido de la violación", pues en la demanda de Poloche Muñoz se alega no tanto la falta de aplicación del artículo 34 de la Ley 2ª, sino "su equivocada interpretación"; y en el libelo de Ramírez Londoño ello "es aún más desconcertante", ya que luego de alegarse la aplicación indebida de la agravante del artículo 270 del Código Penal, "a causa de un error de derecho en la interpretación" de esa norma, se aduce que "tal agravante no ocurrió", como se prueba con el testimonio de la víctima.

Esa misma demanda apoya un cargo en una norma que no existía, como es el artículo 59 del Decreto 2790 de 1990. "La languidez del cargo es evidente —dice la Delegada— y de ahí que recurra la censora a planteamientos subsidiarios para darle fuerza confundiendo por su efecto la impugnación extraordinaria con una tercera instancia al deprecar de la Corte que, de no exonerarse a Ramírez Londoño de la pena principal impuesta por el *ad quem*, por lo menos la rebaja debe reconocérsele".

En cuanto al "cuarto cargo" del libelo de que se viene hablando, dice la Procuraduría que se acentúa "el poco entendimiento de la libelista en punto del manejo técnico de este recurso", pues "ni siquiera se hace cita de norma alguna y mucho menos se entra a demostrar el origen probatorio de ese yerro", a más de que el cargo "riñe con la verdad procesal", pues no es cierto que Ramírez Londoño haya sido condenado por el delito de hurto.

Solicita, así, mantener el fallo.

Se considera:

Ambos demandantes acuden en apoyo de sus reproches a la causal primera de casación, hoy prevista en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del 226 del Código de Procedimiento Penal, y aunque ninguno lo dice expresamente, se basan en la violación *directa* de la ley, pues el demandante a nombre de Poloche Muñoz es claro al advertir que admite los hechos, y el que aboga por Ramírez Londoño dice que "la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial provenientes de error *en su interpretación*" (fl. 12).

Partiendo de dicha premisa y en consideración a que las demandas comparten algunos cargos que resultan idénticos, la Sala comenzará por el estudio de éstos.

1. Se afirma que el sentenciador aplicó de manera indebida el numeral 2º del artículo 270 del Código Penal, según el cual la pena establecida para el delito de secuestro se aumentará hasta la mitad, "si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada".

Así se dedujo dicha agravante en el auto calificatorio de citación a la audiencia pública:

"...porque el solo hecho de saber o pensar que puede ser eliminado en cualquier momento si las condiciones expuestas no concluyen felizmente, no permiten que haya paz interior. No es sino leer determinadamente la transcripción contenida en los dos cassettes sobre la prueba de supervivencia para concluir que el señor Enrique Romero Camacho desde el mismo instante de la retención no volvió a tener tranquilidad, y si a ello no lo podemos denominar tortura moral, entonces qué podemos entender como tal. Lo anterior se suma al lugar donde fue mantenido carente de las elementales medidas de salubridad, de comodidad, a oscuras y encadenado, todo lo cual conduce al estado de desmoralización interior del ofendido" (fls. 559-4).

Y en la sentencia se corroboró esa agravante, reiterándose que "el ofendido permaneció todo el tiempo sometido no solamente al enclaustramiento arbitrario, injusto y degradante, sino que además debió permanecer en estado de postración determinado por las cadenas que lo ataban a un madero que sostenía parte de la vivienda, estando todo el tiempo limitados sus movimientos, aún fueran los más próximos" (fls. 1077 vto.-5).

Los censores, de un lado, discuten esas afirmaciones del fallador al aseverar que no es cierto que el secuestrado haya sido amenazado, y que, por el contrario, siempre se le trató bien: He aquí que, opuestamente de lo aducido —implícitamente, como se dijo— por la vía directa, se desplazan hacia la indirecta al controvertir la prueba. De otra parte, sus estimaciones de que las específicas circunstancias que rodearon el cautiverio de Romero Camacho (particularmente infrahumanas, como lo sostiene el Tribunal en consonancia con la realidad procesal) no entrañan tortura física ni moral, tórnanse muy propias, personales y subjetivas, que, enfrentadas a las del fallador, que la Sala comparte, no logran derruirlas.

El cargo no prospera.

2. *Afirman los casacionistas que hubo falta de aplicación del artículo 34 de la Ley 2ª de 1984, que dice:*

> *"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, en caso de ser condenado, se le disminuirá la pena de una tercera parte a la mitad" (se subraya).*

Es cierto que el fallador admite que en sus últimas ampliaciones de indagatoria (más de 3 meses después de ocurridos los hechos y de ser ellos capturados en flagrancia) Poloche Muñoz y Ramírez Londoño confesaron su participación en el delito y proporcionaron los nombres de varias personas más, que finalmente también fueron condenados, a saber Orlando Neiza Molina, Uldarico Velasco, Cristóbal Rodríguez Castillo y Omar Velásquez Castaño.

Mírese cómo el fallador de primer grado descartó el reconocimiento de dicha rebaja: "Por cuanto ha sido enfático el juzgador de instancia al declarar que tal confesión fue tardía, particularmente por el hecho de que para el momento en que se rindiera el mea culpa, ya el Despacho había vinculado mediante indagatoria a casi todos los partícipes del delito contra la libertad individual. Tal consideración fue precisamente a la que llegó el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, cuando al revisar por vía de apelación una providencia mediante la cual se negó la libertad provisional del procesado Ramírez Londoño, así lo hizo saber" (fls. 1079-5).

Por su parte el Tribunal trató así el punto:

"Resulta improcedente la solicitud de rebaja de pena en favor de los acusados José Jesús Poloche y Omar Velásquez Cataño (sic), por confesión del hecho incoado por los apelantes, por cuanto la confesión para tenerse como reducción de pena debe hacerse en la primera versión, y en autos la confesión de los acusados en cita no lo hicieron en la primera versión sino en oportunidades procesales posteriores que los excluyen del derecho de reducción de la pena, porque lo que busca el legislador en caso de confesión es la obtención rápida de la prueba, que no entorpezca la investigación" (fls. 1166-5).

Tienen razón los actores al decir que el Tribunal en ese aparte no se está refiriendo a la rebaja del artículo 34 sino a la prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, porque, efectivamente, el primero de esos preceptos no contempla en sentido estricto una "confesión" (o sea la admisión de un hecho que perjudique al confesante) sino la "sindicación" que un partícipe del hecho (que puede resultar finalmente condenado o no) hace a otro u otros partícipes, aportando la prueba "necesaria" de responsabilidad.

Desde el auto de proceder, y luego en los fallos de instancia, se admitió sin reparos que, en "sus últimas ampliaciones de indagatoria", Poloche Muñoz y Ramírez Londoño, no sólo confesaron (es decir, admitieron su participación en los hechos) sino que suministraron a la justicia los nombres del "determinador" Neiza Molina y de las demás personas ya mencionadas, contra las cuales también se dictó sentencia penal de condena.

Si no hubiesen asistido las delaciones hechas por Poloche y Ramírez, seguramente la condena sólo hubiera recaído en contra de ellos y de Teodoro Castillo (este último propietario del predio donde se mantuvo cautivo al secuestrado), pero no habría afectado a los demás reos, cuya prueba de cargo surgió de manera fundamental y casi que exclusivamente de las versiones que aquellos hicieron al ampliar sus injuradas (fls. 266 y 276), tal como, ya se anotó, lo reconocen en los fallos de primera y segunda instancia. No queda, pues, duda alguna, de que los sindicados primeramente mencionados, aportaron "la prueba necesaria de responsabilidad" que sirvió para condenar a Neiza, Velasco, Rodríguez y Velásquez.

No obstante que el ya citado artículo 34 circunscribe sus efectos al procesado que "primero" preste la sabida colaboración con la justicia, lo cual ordinariamente puede predicarse de un solo sindicado, en el caso sub júdice la Sala concederá el aludido beneficio a los dos recurrentes, porque dada la simultaneidad de su cooperación, no es posible afirmar que uno sea "primero" en relación con el otro. En efecto, ambos procesados pidieron en la misma fecha y de manera conjunta que se les permitiera ampliar su indagatoria (fl. 265, cuaderno número 3), y el instructor aceptó dicha solicitud escuchando a los dos sindicados el mismo día (14 de octubre de 1987), oportunidad esta aprovechada por Poloche y Ramírez para confesar su participación en el secuestro y delatar a los demás intervinientes en el mismo (fls. 266 y 276). Sería injusto permitir que el azar determinara cuál de los dos merece la rebaja de pena y por ello no puede entenderse que Poloche fue el primero, únicamente por la circunstancia de que su ampliación de indagatoria se legajó en el expediente antes que la otra. La realidad es que la colaboración que estos dos procesados prestaron a la justicia fue simultánea y sin que precedentemente existiera delación alguna; por ello el beneficio en comento favorecerá a los dos.

El cargo por falta de aplicación a esa norma, pues, prospera. En consecuencia, previa la casación parcial de la sentencia, la pena para los dos procesados en cuestión se rebajará en una tercera parte, partiendo de la señalada para cada uno de ellos por el Tribunal, pues si

bien pudiera pensarse que el incremento de pena de un año que la Corporación hizo a Poloche Muñoz debe desaparecer de cara a lo dispuesto por el artículo 31 de la nueva Constitución Nacional, en atención a que la sentencia fue apelada únicamente por los procesados y sus defensores, es claro que la aplicación retroactiva de la referida norma constitucional no procede en el presente caso, por ser el fallo consultable (arts. 19 de la Ley 2ª de 1984, 23 del Decreto 474 de 1988 y 14 del Decreto 1861 de 1989), y tener el Tribunal, por consiguiente, competencia para pronunciarse sin limitación alguna sobre el mismo.

La pena que Poloche Muñoz y Ramírez Londoño deben purgar en definitiva, será entonces la de diez (10) y ocho (8) años, respectivamente.

3. Dice la representante en casación de Ramírez Londoño que el Tribunal también incurrió en "error de derecho" al deducirle a dicho procesado las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 3º, 4º y 7º, que atañen a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hayan afectado especialmente a la víctima, a la preparación ponderada del hecho y al obrar con complicidad de otro: Como anota la Delegada, en este punto también discute la censora la evaluación probatoria que al respecto hace la sentencia, y únicamente se trata entonces de oponer su criterio "valorativo" (recuérdese que hoy no hay prueba con tarifa legal para su evaluación) al del fallador, razón suficiente para el fracaso del cargo.

4. No puede pretender desde punto de vista alguno la casacionista en mención, que se aplique "la eximente de pena" prevista para los casos de *conocimiento de la jurisdicción de orden público* (de cuya naturaleza no participa el que aquí se juzga) en el artículo 6º del Decreto 2490 de 1988, y mucho menos que "se integre" esa norma con el artículo 59 del Decreto 2790 de 1990, que empezó a regir el 16 de enero de 1991, o sea con posterioridad a la emisión del fallo impugnado.

5. Tampoco conforma en rigor cargo alguno la afirmación de la casacionista en el punto último de su libelo, de que "quizás" se le aumentó la pena a Ramírez Londoño por el delito de hurto que se le atribuyó: A la Sala le basta replicar a semejante y descuidada aseveración que al nombrado procesado no se le citó a audiencia por hurto, ni tampoco se le condenó por ese delito; de donde no haya nada más que responder a este reparo.

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:

Casar parcialmente la sentencia recurrida para condenar a los procesados José Jesús Poloche Muñoz y Alvaro Antonio Ramírez Londoño, a diez (10) y ocho (8) años de prisión, respectivamente, según los delitos por los cuales fueron citados a audiencia pública.

Al mismo tiempo queda reducida la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que se impuso a los procesados en el fallo impugnado.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. Oportunidad. COSA JUZGADA

La aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional no puede estar supeditada a que el proceso respectivo todavía se encuentre en trámite

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., tres de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 90.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre si viene o no a propósito la apertura de sumario, contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, doctores *Armando Vergara Cárdenas* y *Lilio César González Vargas*, con ocasión del memorial que al Presidente de la Sala Penal de la Corte, hizo llegar el condenado por el delito de *"peculado por apropiación"*, *Luis Antonio Pupo Monterrosa.*

Resultandos y consideraciones:

1. En el memorial de marras, Pupo Monterrosa, finaliza solicitando al "señor Presidente de la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia me haga valer y respetar los derechos que me otorga la nueva Constitución, los cuales me han sido negados en Sucre". Previamente había señalado que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, el 30 de mayo de 1988, lo condenó a la pena principal de dos (2) años de prisión, $ 100.000.00 de multa e interdicción de derechos y funciones públicas también por dos (2) años y que, el Tribunal —auto de septiembre 2 de 1988—, en virtud del recurso de alzada interpuesto por su defensor como único apelante, modificó la sentencia en el sentido de imponerle como pena principal treintainueve (39) meses de prisión y le revocó la condena de ejecución condicional. Que, su abogado solicitó se le aplicara la ley Papal (48/87), lo que *prima facie* le fue negado, para, por virtud de la presentación de fotocopia de una determinación de la Corte sobre el particular, finalmente concedérsele; pero que se le negó la condena de ejecución condicional, siendo que él considera que tiene derecho a ella. Y, lo que es más grave, el Tribunal no le dio aplicación a los artículos 4º, 31 y 85 de la Nueva Constitución Política de Colombia y de ahí que demande a la Corte lo haga en su lugar.

2. Resáltese, nuevamente, que la inconformidad del memorialista condenado está sustancialmente en que no se le haya dado aplicación al artículo 31 de la Constitución Nacional y de ahí que solicite al Presidente de la Sala Penal de la Corte le haga valer tal derecho. Con todo, como la no aplicación de la susodicha norma, que a términos del artículo 85 de la Carta debe serlo de manera inmediata, en principio puede llegar a comportar ilicitud penal, la Presidencia dispuso que el memorial se sometiera al reparto.

Pues bien, *según aparece del contexto de la determinación del Tribunal de septiembre 24 de 1991, cuya fotocopia adjuntó el memorialista, los Magistrados que la suscribieron entendieron que la petición de aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional no podía despacharse favorablemente por cuanto el fallo de condena de Luis Antonio Pupo Monterrosa se encontraba "DEBIDAMENTE EJECUTORIADO, habiendo sido proferido en vigencia de la anterior Constitución, en la cual no existía tal prohibición. De aceptar que el fallo debe ser modificado con motivo de la innovación constitucional, sería tanto como admitir el colapso de principios como el de la COSA JUZGADA y el de PRECLUSIÓN, que impide que los procesos se tornen indefinidos en el tiempo. Ni más ni menos, se abriría una tronera a la SEGURIDAD JURÍDICA de los fallos" (Mayúsculas de la Corte).*

Es claro pues que no se procedió por capricho o en aras de la arbitrariedad o para desencadenar, conscientemente, una injusticia. No, simplemente se asumió un criterio frente a una disposición novísima. Que el mismo resulta equivocado es obvio, como quiera que la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional no puede estar supeditada a que el proceso respectivo todavía se encuentre en trámite, ya que distingo de esta categoría no lo realiza la norma y así le es imposible al intérprete cumplirlo por su cuenta y riesgo y entonces se impone aceptar que fue voluntad del constituyente crearle esa tal limitación al principio de la cosa juzgada

Otra cosa: El artículo 31 de la Constitución Nacional, conduce a que la pena debe regresar a la impuesta por la primera instancia, lo que de cierta manera puede entenderse como una rebaja de la dispuesta por la segunda y, así, el asunto sería recogido por el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal, o sea que petición de la estirpe que se comenta debe dirigirse al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia; para el caso, Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo. Pero, conviene precisar que la Corte por mayoría se pronunció —sentencia octubre 22 de 1991— en el sentido de que, aún en el trámite del recurso de casación, de manera oficiosa debe darse cumplimiento a lo que manda el artículo 31 de la Constitución Nacional.

3. *La no concesión de la condena de ejecución condicional al procesado Luis Antonio Pupo Monterrosa no fue en manera alguna una decisión inconsulta y, por contrario modo, ella tomó en consideración jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que cuando el procesado refleja desprecio a las normas legales, por la no satisfacción de sus compromisos* idem *y su manifiesto y permanente deseo de escapar a la acción de la justicia, es de colegirse que requiere tratamiento penitenciario. También en aquello de que ejecutoriada la sen-*

tencia no es dable el examen de la procedencia de la condena de ejecución condicional por estarse ante COSA JUZGADA y así se obre con noble móvil. Mal podría entonces ante decisión de tal Juez, derivar de allí la factibilidad de ocurrencia de ilicitud prevaricadora.

Pero quiere la Corte señalar que, dado el artículo 31 de la Constitución Nacional, si el Superior agravó las cosas, por ejemplo, revocando la condena de ejecución condicional que —obvio— había sido concedida por la primera instancia, al regresar aquellas al nuevo orden el subrogado supervivirla pese a que se esté en presencia de una sentencia ejecutoriada porque, como quedó visto, la disposición que de la norma de normas se comenta introdujo sobre este particular una variante al tradicional concepto de la COSA JUZGADA.

En síntesis, la conducta de los Magistrados es atípica y el remedio jurídico que de la Corte solicita el memorialista está en hacer llegar copia de la presente determinación al Juzgado de primera instancia que conoció del proceso adelantado contra Pupo Monterrosa, para que, oficiosamente, como así lo autoriza el artículo 616 del Código Procedimental Penal, se dé aplicación inmediata al artículo 31 de nuestra actual Carta Fundamental.

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

Resuelve:

No hay lugar a apertura de sumario contra los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, doctores Armando Vergara Cárdenas y Lilio César González Vargas, según memorial queja suscrito por el condenado Luis Antonio Pupo Monterrosa.

Por la Secretaría de la Sala, procédase, *de inmediato*, a hacer llegar copia del presente pronunciamiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, en orden a lo indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquse, cúmplase y archívese.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PERJUICIOS. PREVARICATO

No es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados con el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 91.

Por apelación, revisa la Sala la sentencia de 19 de julio de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó al doctor *Alvaro Laureano Gómez Luna,* Exjuez Veintiséis de Instrucción Criminal de El Charco (Nariño), a un (1) año de prisión por el delito de prevaricato.

Antecedentes:

1. La acusación.

Esta Sala, mediante auto de 30 de julio de 1990 (fls. 368 y ss.-2), confirmó la resolución acusatoria que por el delito de prevaricato por acción (art. 149 del C. P.) profirió el Tribunal de Pasto respecto del susodicho Exjuez.

Esa acusación se refiere a que al calificar el sumario seguido contra Ponciano Melanio Cabezas por el delito de homicidio en Guillermo Martínez Granja (alias "Monguito"), por auto de 8 de marzo de 1988 (fls. 101 y ss. del cuaderno número 1), que quedó ejecutoriado en la primera instancia (fl. 105), el doctor Gómez Luna, Juez Veintiséis de Instrucción Criminal de El Charco, cesó procedimiento, con el argumento de que existía "duda" en torno a la legítima defensa, no obstante que dicha justificante aparece frontalmente descartada por la realidad, procesal, como el mismo Juez lo había sostenido en proveídos de 15 y 27 de agosto de 1987 (fls. 81 y 91), y sin que el material probatorio hubiera registrado cambio alguno.

2. El fallo.

a) *El aspecto penal:*

Celebrada la audiencia pública el Tribunal dictó sentencia de 19 de julio de 1991 (fls. 463 y ss.-2), mediante la cual condenó a Gómez

Luna, en armonía con la acusación, a la pena principal de un (1) año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, otorgándole la condena de ejecución condicional.

En esencia, para arribar a esa declaración de responsabilidad penal, el *a quo* estimó que luego de reiterar el procesado en dos proveídos anteriores y en el mismo auto de calificación, que los testigos en pro de la legítima defensa (los que ponen en manos de la víctima un cuchillo agresor) "no dicen la verdad", a "renglón seguido le da un requiebro al análisis probatorio, expresando que aquellas declaraciones, 'engendran DUDA que desubica peligrosamente la labor del juzgador. Pues al fin no se sabe si en realidad el procesado actuó o no en legítima defensa, tal como se quiere hacer aparecer'" (fls. 470 y 471).

Agrega el Tribunal que, además, el doctor Gómez Luna "no desmintió" el cargo que se le hace en el proceso de haber sido visto tomando licor con el acusado de homicidio —Cabezas Angulo—, y que, de otro lado, en su indagatoria el Exjuez estuvo "distante de convencer sobre su inusitado cambio de criterio sin que hubiera variado de manera significativa el acervo probatorio, así como la aplicación del principio del *'in dubio pro reo'* y el reconocimiento de la causal de la legítima defensa de manera abstracta sin un respaldo serio en las probanzas" (fl. 472).

Acerca del "error" alegado por el señor defensor, estima el Tribunal que "los 7 años continuos de Juez", no permiten tildar de "inexperto" al doctor Gómez Luna, como lo quiere su defensor, y que "las condiciones infrahumanas" que se le atribuyen a la población de El Charco por el litigante, "no son de tal magnitud, como para pensar que súbitamente, de un rato para otro, se cambie de una opinión o de un criterio que ya había sido meditado con detenimiento en dos oportunidades" (fl. 474), agregando que "en el caso de estudio, de manera artificiosa, burda y contradictoria, el procesado creó a su antojo una situación de duda que en precedencia había desechado, al negarles credibilidad a los testigos que sin razón valedera y 'coincidencialmente', como él lo dice, habían cambiado de versión en favor del procesado Ponciano Melanio Cabezas".

En fin, concluye el *a quo*, no se daba ninguna causal de cesación de procedimiento, razón por la cual "no hay duda que contrarió el derecho y lo hizo a sabiendas o con conocimiento de que lo hacía torcidamente".

b) *El aspecto civil:*

El Tribunal también consideró que, por virtud de la decisión prevaricante, el proceso por homicidio se archivó, causándose de este modo perjuicios a la mujer e hijas de la víctima, quienes se habían constituido parte civil y quedaron "sin opción de solicitar la indemnización correspondiente por esa vía jurisdiccional", añadiendo que "desde luego dicha conducta prevaricadora, por su propia característica o condición, jamás tendrá los efectos inhibitorios de que habla el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 479).

Recurrió entonces el Tribunal a los artículos 106 y 107 del Código Penal, y condenó al Exjuez a pagar por daños materiales la suma de $ 6.124.060.02, y, por concepto de los morales, "a un equivalente en gramos de oro, asignados así: 10 para la compañera del occiso Lorenza Andrade Montaño y 5 para cada una de sus hijas menores Jennifer y Jovanny" (fl. 468).

Para llegar a esas cuantías en los perjuicios, el *a quo* tuvo en cuenta el salario mínimo, la "vida probable calculada según tabla de supervivencia adoptada por la Superintendencia Bancaria", y las "indemnizaciones consolidada y futura", de acuerdo "al procedimiento utilizado por el Consejo de Estado", para efectuar esta clase de liquidaciones.

En tales condiciones, le fijó al Exjuez un plazo de 6 meses para cancelar esa indemnización.

3. *La impugnación.*

Al apelar el fallo, el señor defensor insiste en que el procesado —"que no es un connotado jurista", dice —, incurrió en un error al creer que, ante la duda sobre la justa defensa (que no es insólita, según el defensor, porque el acusado Melanio Cabezas "pudo actuar convencido de que iba a ser atacado"), se imponía la cesación de procedimiento, y agrega que, de suyo, no constituye prevaricato el hecho de que el Exjuez "pudo corregir su criterio" respecto de la credibilidad que anteriormente le había otorgado a los testimonios que descartaban la referida justificante.

Dedica espacio el recurrente para hablar de la población de El Charco, de la cual dice no haber conocido aún "la civilización", y en la que el doctor Gómez Luna "encontró restringidos medios para el gran oficio de juzgar" (fl. 500).

Se queja de que en el fallo "se haya dejado de lado la excelente personalidad" del procesado, y de que a éste se le haya condenado en perjuicios "como si se estuviera juzgando el delito de homicidio", y no el de prevaricato que se le endilga.

En esas condiciones, solicita que se revoque la decisión y se absuelva al procesado; subsidiariamente demanda la modificación de dicho fallo, "declarando que no hay lugar a la condena en perjuicios".

4. *Concepto de la Delegada.*

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal empieza catalogando la decisión del procesado de "ostensiblemente contraria a la realidad procesal y a la misma ley" (fl. 11), pues estima que por parte alguna se daba causal de cesación de procedimiento con arreglo al artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, y para apoyar el dolo con que procedió el doctor Gómez Luna, reproduce un párrafo del auto enjuiciatorio de esta Sala *ad quem*, descartándose así el error que recalca el apelante.

Pide, pues, que se confirme el fallo, salvo en lo que atañe a la condena en perjuicios, por las razones que más adelante se expondrán.

Se considera:

1. Mediante autos de 15 y 27 de agosto de 1987, el procesado doctor Gómez Luna mantuvo el auto de detención que la Juez Promiscuo Municipal de Olaya Herrera había dictado respecto de Ponciano Melanio Cabezas Angulo por el delito de homicidio en Guillermo Martínez Granja.

En esos proveídos el Juez fue enfático e insistente al repudiar la legítima defensa argüida por el sindicado en su indagatoria y luego avalada por Natividad Sol Quiñones, Abel Obregón, Milton de Jesús Grueso, Plutarco Palacios, Guillermo Garcés, Mabel Lemus, Juan Segura, Orlando Castro y Luz Neida Guerrero: Los tres primeros testimoniaban por primera vez, y el resto lo había hecho desde antes de dictarse el auto de detención, *pero en sentido netamente opuesto* (la única que se mantuvo en su inicial declaración fue Lucía España Aguirre), asevernando que cuando Cabezas Angulo disparó repetidamente contra Martínez Granja, éste se encontraba inerme, e incluso al parecer todavía sentado.

En esos pronunciamientos el Juzgado Veintiséis concluyó que "no existió violencia actual, ni agresión por parte del occiso contra Ponciano Melanio Cabezas Angulo" (fl. 83-1), y que los testigos que afirman tal cosa (que la víctima esgrimió un cuchillo) *No dicen la verdad*, censurándoles a algunos de ellos que en la diligencia de reconstrucción de los hechos "cambiaran sus versiones, sin saber por qué", subrayando que se le da, por el contrario, "plena credibilidad" al testimonio de Lucía España Aguirre, quien desechó la justificante en términos tales que llevaron al Juez Gómez Luna a predicar que "sus manifestaciones irradian un verdadero testimonio de cargo, *al cual la justicia tendrá que acudir hasta la clausura de este proceso*" (fl. 92).

Mas es entonces cuando se posesiona como defensor del procesado el doctor Mario Walter Cabezas Cabezas (a quien se señala en autos *como amigo* del Exjuez acusado), pide la libertad, que es efectivamente otorgada (fls. 97 y ss.-1), y luego, al calificar el sumario por medio de auto de 8 de marzo de 1988, cesó procedimiento con el argumento de la "duda" en torno a la causal de justificación, la cual había descartado en los términos arriba referidos, con la acotación de que "*nada*" la apoyaba en el proceso, como realmente era cierto, pero que *él decidió desconocer* al calificar el sumario, sin que desde luego hubiera variado el aspecto probatorio.

Como es fácil ver, ninguna incidencia revisten, para el cargo concreto por el cual viene condenado el doctor Gómez Luna, las alegaciones sustentatorias de la apelación, de "inexperiencia" del Juez, ni mucho menos de las precarias condiciones socioeconómicas de la población de El Charco. No: Ya se dijo cómo analizó acertadamente la prueba en los dos proveídos anteriores al que se tilda de prevaricador, en el que, de verdad que con sumo descaro, esa prueba "ya no le sirve", ni siquiera la declaración de Lucía España Aguirre que había

"elogiado" tanto, y a quien en esta oportunidad en cierta manera descalifica, al reprocharle "no ser completa, pues señala que al momento de los disparos no miró a la víctima de los mismos, por eso no se puede asegurar: Su estado, posición, ni aptitud, ya sea de defensa o de amenaza" (fl. 102).

No sobra recordar que en relación con los testigos de los cuales echó mano el juez para expedir la "orden", y basar en ésta la cesación de procedimiento, esta Sala, al revisar el enjuiciamiento, dispuso la compulsa de rigor para establecer si aquellos habían cometido delito de falso testimonio (fls. 376 y 378-2).

De ahí que al confirmar la resolución acusatoria, y para inadmitir "el error", dijera la Sala que "aquí no se trata de un error de apreciación de determinada norma ni algo parecido que pudiera en otro evento contemplar la hipótesis de la excusante argüida —el error—, *sino de una grosera contradicción entre el material probatorio y lo finalmente resuelto por el Juez*" (fl. 375), y añadió:

"Es entonces, por decirlo así, un prevaricato 'de hecho', sobre el aspecto 'material' del proceso, cuyas pruebas se distorsionan y se inventa entre ellas unas contradicciones que no existen, motivo de más para que, ni de lejos, se pueda pensar en un error".

Por otra parte, si el Juez reconoció la duda respecto de la justificante, obvio que lo cado no era cesar procedimiento (el mismo doctor Gómez Luna sabe que para una decisión de tal índole debe existir "certeza" acerca de algunas de las causales), sino reabrir la investigación, a tenor del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal.

Tampoco ha de hacerse caso omiso de dos hechos que vienen a robustecer el dolo: Uno, que el Juez "cambió de criterio" cuando se posesionó como defensor del procesado un abogado que los autos señalan como su amigo; el otro, que un cargo no desmentido, el propio Juez Gómez Luna fue visto ingiriendo licor justamente con el acusado Cabezas Angulo.

En fin, cotejando la realidad del proceso por homicidio con la cesación de procedimiento tomada al calificarse el mismo, resulta forzoso aceptar que ésta contraría abiertamente "la ley", como lo prevé el artículo 149 del Código Penal, delito de prevaricato por el cual fue acusado el Exjuez y que motiva la condena que ahora por apelación revisa la Sala y que en consecuencia con lo expuesto habrá de confirmar.

Teniendo en cuenta las características ya mencionadas que exhibe dicho delito contra la administración pública, la Sala disiente tanto de la pena principal impuesta al procesado como de la condena de ejecución condicional que se le otorgó: Con las consideraciones singularmente "severas" que hizo el *a quo* con respecto a este concreto delito, era de esperarse no el mínimo de un (1) año ni mucho menos

el otorgamiento de la condena de ejecución condicional. Sin embargo, frente al artículo 31 de la nueva Carta, tal discernimiento de esta segunda instancia no puede acompañarse de decisión alguna, aunque sí es conveniente que aquí se consigne.

2. *Sobre el aspecto civil del aludido fallo, de verdad que tiene razón el apelante cuando se queja de que a su defendido se le condenó en perjuicios como si él hubiera sido el autor del homicidio que generó el proceso donde, como se ha visto, el Juez prevaricó.*

En esa protesta jurídica lo acompaña profusamente el señor Procurador Primero Delegado, que, en consecuencia, le pide a la Corte revocar esa condenación.

Estima la Delegada, en primer lugar, que como la cesación de procedimiento no se decidió "porque se hubiera probado alguna causal de que trata el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal", no es cierto que se haya cerrado la vía civil para lograr la indemnización del perjuicio causado con el homicidio, "y tal es el camino correcto para lograrla y no por la vía indirecta a través del juzgamiento del Juez que decidió incorrectamente la causal inicial".

Además, dice que, de ningún modo, puede hacerse "la condenación del pago de perjuicios por el delito de homicidio, pues éste no es materia del proceso de juzgamiento del Juez que prevarica" *(se subraya), y según el artículo 50 del citado Código, la condena debe provenir "del hecho investigado", y no de otro. Es decir, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia, "el daño indemnizable en el proceso penal es sólo el inmediato y directo derivado del hecho punible", aparte de que "también se infringe el principio de unidad procesal para cada hecho delictivo, pues la consideración del daño por el homicidio equivale a retomar y fallar el tema en el proceso por prevaricato". Agrega que, de otro lado, "mal puede fallarse en este proceso lo accesorio, sin que se haya tomado una decisión de fondo en el proceso original sobre la materia principal".*

También le critica la Delegada al Tribunal haber "asumido la condición de perito", como que no existía "una base cierta" para cuantificar en concreto los perjuicios que realmente se produjeron; y que si acudió a los artículos 106 y 107 del Código Penal, "es claro que la condena debió hacerse en gramos de oro como base de cuantificación, y no tomar las tablas de supervivencia para hacerlo, con lo que se ve que el Tribunal tomó la posición de perito y Juez a la vez, lo que hace ilegal la condena al pago de los perjuicios del homicidio".

En verdad, salta a la vista que siendo condenado el Juez por haber emitido un auto manifiestamente ilegal, consistente en cesar procedimiento en el sumario por homicidio, no se le podía condenar a pagar los perjuicios derivados de ese delito contra la vida, pues en este aspecto patrimonial que accede a la sentencia penal de condena, se hizo tomar al funcionario condenado el lugar del procesado por el delito de homicidio, obligándolo así a responder por un hecho ajeno, que él no cometió ni estaba obligado a reparar, con clara violación de lo dispuesto por el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal,

en virtud del cual únicamente están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, "los penalmente responsables en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar" *(subrayas de la Sala). Sólo a estos últimos es posible exigirseles, por los damnificados con el delito contra la vida, la completa indemnización de perjuicios, para lo cual, como lo destaca el Ministerio Público, bien puede acudir a la justicia por la vía civil (art. 55 del C. de P. P.).*

Es claro, pues, que no es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados por el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal, que trajo como consecuencia el entorpecimiento de la acción civil que dentro de éste se desarrollaba.

No quiere decir lo anterior que el valor de la acción que resultó dificultada o impedida en virtud del acto prevaricador, no tenga ninguna incidencia al momento de tasar el monto de los perjuicios causados con el prevaricato, pero para ello es preciso tener en cuenta algunos aspectos, entre los cuales destacará la Sala los siguientes:

En primer término, es necesario considerar el grado de viabilidad jurídica de la acción afectada por el prevaricato, pues obviamente que no es lo mismo cuando se trata de una acción ya judicialmente reconocida y contra la cual no cabe ninguna oposición, que cuando por medio de ella se reclama un derecho litigioso.

La incidencia del valor de la acción afectada con el prevaricato en la determinación de los perjuicios causados por éste, dependerá de la mayor o menor posibilidad jurídica que tenga la acción para su reconocimiento o exigencia.

Es también indispensable para resolver el problema en comento, concretar en qué grado la acción resultó afectada por la decisión prevaricadora, pues ésta puede apenas dilatar o dificultar un poco su ejercicio, como cuando se niega ilegalmente una medida cautelar, que luego puede hacerse efectiva como consecuencia de la revocatoria que en segunda instancia se hace de la resolución prevaricadora, o puede llegar al extremo de hacerla absolutamente nugatoria o imposible de continuarla ejerciendo o de exigir su cumplimiento, independientemente de que con la acción afectada se pretenda la exigencia de una obligación cierta o el simple reconocimiento de un derecho litigioso.

De lo expuesto, se deduce con claridad que ninguno de los factores explicados puede tenerse en cuenta aisladamente para resolver la incidencia del valor de la acción afectada por el prevaricato, en la determinación de la cuantía de los perjuicios acusados por éste. Sólo determinando el grado de cada uno de ellos y relacionándolos entre sí, resulta posible llegar a una solución justa.

En el caso sub júdice, *hay elementos de convicción que permiten conocer los expuestos factores: La viabilidad jurídica de la acción, sobre la cual puede afirmarse que sin llegar a tener una completa firmeza jurídica, sí había alcanzado una razonable probabilidad de*

resultar exitosa (dentro del proceso había prueba para proferir resolución de acusación); y, en relación con los efectos que la decisión prevaricadora produjo en la acción civil que se desarrollaba, se sabe que, aunque no hizo imposible su ejercicio (como ya se anotó, les queda a los damnificados todavía la oportunidad de acudir a la justicia por la vía civil), sí causó sobre ella un grave entorpecimiento.

No obstante lo anterior, por no disponer la Sala de elementos de convicción suficientes para determinar el monto de los perjuicios, hará uso de la facultad que le otorgan los artículos 106 y 107 del Código Penal, y en consecuencia condenará al procesado a pagar por concepto de perjuicios materiales el equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro, y por razón de los morales ciento veinticinco (125) gramos de oro.

En dicho sentido se modificará la sentencia impugnada.

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

Resuelve:

1. *Modificar* el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el sentido de condenar al procesado doctor Alvaro Laureano Gómez Luna al pago del equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos de oro por concepto de perjuicios materiales, y de ciento veinticinco (125) gramos de oro por razón de perjuicios morales.

2. *Confirmar* el fallo en lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

AUTO INHIBITORIO

El auto inhibitorio tiene una ejecutoria puramente formal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., seis de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 91 (diciembre 4 de 1991).

Vistos:

El proceso número 2754, en el que obró como Magistrado sustanciador quien funge ahora como Magistrado ponente, y que es sobre el que Victor Hugo Ferreira Avella, solicita "reapertura de investigación por nuevos elementos de prueba", versa sobre lo siguiente:

Ferreira Avella, a raíz de la entrega que el entonces —1987— Comandante General de la Policía Portuaria, Coronel Oswaldo Chaves López, debía cumplir al también Coronel Félix Evangelista Gallardo Angarita, fue designado por el Inspector General Alfonso Gómez García como Interventor. Y, en el correspondiente informe, hace alusión a una visita anterior (1985) que él mismo había practicado a los puertos de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta, con ocasión de la cual hizo algunas recomendaciones "para la orientación de la gestión y se determina una política administrativa a ser cumplida por el Comandante de la Especialidad" —fl. 55—.

Y, en cuanto a la "situación actual", estimó que el Comandante Coronel Chaves López no había dado cumplimiento a las referidas órdenes y que, en general, su gestión presentaba deficiencias. Solicitó entonces se le investigara "ya que al parecer con su conducta ha infringido el Reglamento de Disciplina y Honor". "Recomendó" en consecuencia que el viaje que tenía por hacer al extranjero se suspendiera, hasta tanto "se investigue la responsabilidad que pueda tener".

Y, como considerara que sobre estos hechos puestos en conocimiento del General José Guillermo Medina Sánchez, no se tomó ninguna medida, ni se adelantó averiguación alguna, lo denuncia ante la Corte por prevaricato por omisión o por abuso de autoridad.

En el auto de septiembre 27 de 1988 en el que esta Corporación se abstuvo de abrir sumario contra el señalado General Medina Sánchez, detalladamente se demostró cómo no era cierto que se hubiera desoído el informe del Coronel Ferreira y que en este particular no

existía conducta que se le pudiera reprochar al General en su condición de Director General de la Policía Nacional, "pues, como quedó visto, la Institución que él dirige resolvió prontamente las acusaciones de 'desobediencia' y de 'deficiente gestión' que en el mencionado informe hizo el Coronel Ferreira al multicitado Oficial Chaves L., como Comandante de la Policía Portuaria".

2. Ferreira Avella, pretende ahora que se revoque el auto en el que la Corte dispuso la no apertura de sumario contra el General Medina Sánchez, y con tal fin hace llegar a la misma Corporación el memorial de octubre 11 de 1991 en el que indica que desde el año 1987 ha venido denunciando al TC. Peláez Carmona Oscar Eduardo; también cita allí distintos artículos del Código de Justicia Penal Militar, y termina solicitando que se haga efectiva su protección personal y familiar y lo mandado por el precitado Código.

Obra otro escrito del mismo señor Ferreira de octubre 10 del año en curso, con el cual solicita de la Corte la protección inmediata de "mis derechos fundamentales", "continua, permanente y sistemáticamente" violados por los miembros y funcionarios de la Policía Nacional y el Ejército. Allí mismo señala que el Juez Cincuenta y Uno de Instrucción Penal Militar le negó la acción de tutela y culmina solicitando "actualizar mediante las pruebas pedidas y que se encuentra en esa dependencia mi historia médico-laboral desde 1987 hasta la fecha", petición que ya había realizado, según aquí mismo informa, presentando la correspondiente fotocopia, ante el Jefe de la División de Medicina Laboral de la Policía Nacional y el Secretario General de la misma.

También hace saber que el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía ordenó fijar en las carteleras de esa Institución, "panfletos injuriosos, provocadores y amenazantes, tratándome de *comunista y loco*, los cuales son distribuidos en todos los Comandos de la Policía del país y CAIS de Bogotá". Finalmente presenta una fotocopia de un escrito dirigido al Director del Hospital Militar, con copia al "Asesor Jurídico, Servicio Siquiatría, Concepto Sicología", en el que le reclama sus derechos a conocer los "exámenes, valoraciones e informes para 'actualizar mi historia médico-laboral' ".

3. *La Corte reiterada y pacíficamente ha venido señalando que el auto de no apertura de sumario tiene una ejecutoria puramente formal; que no hace tránsito a cosa juzgada. Pero que la posibilidad de revocarlo depende de que se satisfaga la exigencia legal de desvirtuar probatoriamente los fundamentos que sirvieron de base a la determinación inhibitoria. Que no se trata de controvertir de nuevo esos argumentos, sino de derrumbarlos con prueba que demuestre que no fueron acertados ni valederos. Pues bien, en el evento* sub exámine *nada de aquello que sirvió de apoyo al auto inhibitorio, se ha rebatido y, por contrario modo, la prueba en que se fincó conserva cabal vigencia. Es que aquí el denunciante Ferreira Avella se ha limitado a informar a la Corte de peticiones que ha formulado a otras autoridades y a solicitar cosas que nada tienen que ver con la determinación por ella proferida el 27 de septiembre de 1986. Por parte alguna se ocupó el memorialista de comprobar que la Corte hubiera desatinado con esta su resolución o a señalar porqué las pruebas que aquí se tomaron*

en consideración dejaron de tener validez o eficacia. No, y la verdad es que se dedica sin ton ni son a tratar asuntos bien diferentes y así es imposible que pueda prosperar la petición de revocatoria del auto de no iniciación de averiguación penal.

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

Resuelve:

No hay lugar a la revocatoria del auto de septiembre 27 de 1988 que dispuso la no apertura de sumario contra el General José Guillermo Medina Sánchez, a quien en su condición de Director General de la Policía le había formulado denuncia Víctor Hugo Ferreira Avella, el mismo que interpuso el recurso que ahora se deniega.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Rafael I. Cortés Gornica, Secretario.

PECULADO. Secuestro

Es innegable la disponibilidad jurídica de los bienes que aprehende un Juez comisionado para secuestrar bienes embargados y entregarlos al secuestre o depositario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., once de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 93.

Vistos:

Desata la Corte el recurso de apelación que se interpusiera contra la resolución acusatoria con la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá calificó el mérito del sumario adelantado a la doctora *Nohora Gema Gómez de Ruiz*, Exjuez Quinto Civil Municipal de la Capital, y a otros por los delitos de falsedad documental y peculado por apropiación, una vez rituada la instancia.

Aspecto fáctico:

El Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá, donde correspondió el ejecutivo de "Remotores Ltda." contra Carlos Eduardo Rubiano, Jorge E. Vargas Piñeros y Carmenza Gil de Pedraza, decretó embargo y secuestro de bienes, comisionando para su materialización a un Juzgado Civil Municipal que lo fue el Quinto a cargo entonces de la doctora Nohora Gema Gómez de Ruiz, despacho que cambió el secuestre designado por el comitente y practicó la comisión el 17 de marzo de 1983 en cuyo acto designó como nuevo secuestre al señor Carlos Julio Díaz Romero, quien recibió los bienes y los retiró para desaparecer posteriormente la mayoría de ellos.

Pudo establecerse, entonces, que el secuestre no era la persona designada y a quien se señalaba como tal en la diligencia, no asistió al acto ni firmó obviamente el acta respectiva, no obstante ser conocido de la Juez y el Secretario *ad hoc*, por lo que se adelantó la correspondiente investigación contra Juez y Secretario, el abogado de la parte actora, doctor Orlando Alfonso Páez Lancheros y dos de sus inmediatos colaboradores, así como contra la persona que figuró como auxiliar de la justicia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al calificar la investigación, profirió resolución acusatoria por concurso homogé-

neo de falsedad ideológica en documento público y peculado además, contra los procesados a excepción de Carlos Alberto Díaz Marín a quien favoreció con cesación de procedimiento.

Recurrido el proveído en reposición y subsidiariamente en apelación por el defensor de la Exjuez y directamente en apelación por el abogado Páez Lancheros, sólo parcialmente se repuso, para considerar un solo delito de falsedad el cometido en concurso material con el peculado. Concedida la apelación, se halla el proceso en la Corte para lo de su competencia.

Alegaciones de las partes:

Dentro del término para alegar, lo hicieron el señor Procurador Primero Delegado, el representante de la Parte Civil y los defensores de la Exjuez procesada y el del abogado Páez Lancheros.

La Delegada analiza juiciosamente el haz probatorio, el proveído impugnado y las glosas de los recurrentes para concluir impetrando su confirmación con la modificación de cómplice por autor material respecto del secretario *ad hoc*, Hugo Alirio Muñoz Aldana y la adición de compulsar copias para que se investiguen otras posibles falsedades que se avistaron en el proceso.

El representante de la Parte Civil prohija el pronunciamiento fiscal para demandar igualmente la confirmación del proveído apelado.

El defensor de la Exjuez procesada insiste en los argumentos expresados en la sustentación, esto es, que no hay prueba que comprometa a su defendida con los hechos que se le imputan, pues se limitó a sortear de la lista oficial al auxiliar de la justicia a quien le hizo entrega de los bienes embargados y secuestrados y si desaparecieron sólo éste es el responsable y no la Juez quien no los tenía en custodia ni bajo su responsabilidad. Pide, sin embargo, una reapertura de investigación para ahondar en la búsqueda de la verdad.

Finalmente, el defensor del abogado procesado como determinador de los delitos referidos, también insiste en sus puntos de vista expresados en la sustentación de la impugnación, es decir, que admitiendo la falsedad no así el peculado por ausencia de sus elementos estructurantes, ha de concluirse que el delito atribuible es el de concusión porque con la falsedad se indujo en el error para obtener la entrega de los bienes, el cual está prescrito a juzgar por la época de los hechos. Subsidiariamente pide se califique ese comportamiento como hurto de particulares el cual al no tener nexo alguno con la falsedad, conduciría a modificar el calificatorio y a enviar copias a los Jueces Municipales por competencia.

Consideraciones de la Corte:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, con sujeción a la prueba aportada, hace un análisis que le permite concluir definitivamente en la existencia de un concurso material de delitos: Falsedad ideológica en documento público y peculado

por apropiación. Atribuye dichas ilicitudes a título de determinador al abogado actor Orlando Alfonso Páez Lancheros, como autora material a la titular del Juzgado doctora Nohora Cema Gómez de Ruiz y como cómplices al secretario *ad hoc* Hugo Alirio Muñoz Aldana y a los colaboradores inmediatos del abogado, señores Jorge Humberto Torres Navarrete y Luis Antonio Maldonado Espitia, uno de los cuales se hizo pasar como "el secuestre" en la correspondiente diligencia con conocimiento y aceptación de la funcionaria.

Superado el impase del doble delito de falsedad, al prosperar la reposición en tal sentido, ha de entenderse que la impugnación se dirige exclusivamente a sacar avante la tesis de la inocencia de la Juez, pues según su defensor se limitó a cumplir la comisión impartida, sin que esté demostrado la inveracidad de que se acusa el acto y menos aún que tuviese la disponibilidad de los bienes que desaparecieron en su mayoría en poder del secuestre. Por su parte, para el defensor del abogado procesado, lo discutible es la tipificación dada a la apropiación de los bienes, pues en su sentir ese comportamiento se adecúa a la concusión y no al peculado, modalidad delictual prescrita.

Para la Corte, el juicio de adecuación realizado por el Tribunal y prohijado por la Delegada es el correcto. En efecto, está demostrado que en el acta de embargo y secuestro de bienes elaborada el 17 de marzo de 1983 por la titular del Juzgado Quinto Civil Municipal y quien fungió como secretario *ad hoc* se faltó a la verdad con conocimiento y voluntad de quienes tenían el deber de ser fieles a la función que la ley les señalaba en un acto propio de sus funciones.

No hay duda que dicha acta es documento público, elaborado por funcionarios públicos en ejercicio de funciones y como tal, llamado a servir de medio de prueba de un hecho jurídico-procesal de importancia en el ámbito patrimonial de las personas trabadas en litigio, pues con ello se sacaban unos bienes del tráfico jurídico para garantizar una acreencia.

Se dio la apariencia de cumplir con la ley en el procedimiento llevado a cabo para "seleccionar el auxiliar de la justicia" que necesitaban para el logro de sus objetivos. Fue así como una vez llegó el despacho comisorio al Juzgado se cambió el secuestre designado por el comitente por uno de la lista que nunca apareció para en el desarrollo de la diligencia colocar "coincidencialmente" a la misma persona que solía "aparecer" en casos similares donde actuaba el mismo profesional del derecho aquí involucrado. Ese auxiliar que figuraba en la lista era Carlos Julio Díaz Romero, persona cierta que nunca hizo solicitud y menos actuó como perito, pues quien solía intervenir era Carlos Alberto Díaz Marín, hijo del anterior y persona ampliamente conocida por el abogado Páez Lancheros, pues trabajaba en la empresa que éste apoderaba, y por la Juez y el secretario, ya que había sido su alumno en la universidad y participó como perito en varias oportunidades en el despacho referido. Pese a estas claras circunstancia figura en el acta la designación de Carlos Julio Díaz Romero y firma "Carlos Díaz" con cédula correspondiente a Carlos Alberto Díaz Marín que si en verdad hubiese asistido al exhibir la cédula se había

podido detectar que era persona diferente a la designada, en el supuesto de ser persona no conocida.

Al levantarse el embargo por el Juez comitente y ordenarse la entrega de los bienes, se descubrió que Díaz Marín no asistió a la diligencia ni la firma que aparece como suya es puesta por él. La denunciante no lo reconoce como el que estuviera como secuestre el día de la diligencia, el mismo Díaz Marín da cuenta de haber sido sometido a intervención quirúrgica en esa fecha y las tres pericias grafológicas que se efectuaron no lo señalan como el autor de la signatura dubitada, prueba en conjunto que permite inferir la suplantación en el acto referido.

Si la persona suplantada no hubiese sido ampliamente conocida de la Juez, la tesis del defensor de ésta tendría asidero pues bien pudiera haber sido víctima de un engaño urdido por el abogado actor y el secretario; pero lo que el proceso revela es diferente. Hay estrecha relación del abogado y la Juez y ambos conocían muy bien a Díaz Marín, luego la tesis de la suplantación engañosa para la Juez no es de recibo.

Necesariamente hay que concluir entonces, como lo hicieron el Tribunal y la Delegada, en que todo obedeció al plan determinador del inescrupuloso abogado para quedarse con los bienes que llegaron a su poder con la actuación de venales funcionarios y dependientes suyos.

Razón le asiste a la Delegada, respecto de este delito, en sugerir que se predique de Juez y Secretario la coautoría y respecto de los demás, se mantenga la participación en el grado señalado en el proveído recurrido, pues, a ambos corresponde la función certificadora y testificadora del contenido del acta, respectivamente.

En tal sentido se modificará la calificación.

En cuanto al delito de peculado por apropiación tampoco hay duda para su estructuración, pues el aspecto que cuestionan los impugnantes no es de aceptación. En efecto, hay una estrecha relación de causalidad consecuencial entre la falsedad y el peculado, ya que para consumar éste era menester agotar aquél por las apariencias de legalidad que ofrecía su recorrido criminal.

El argumento referido a la ausencia de la disponibilidad jurídica de los bienes por parte de la Juez comisionada está montado sobre un claro sofisma, toda vez que resulta innegable esa disponibilidad jurídica de los bienes que aprehende un Juez comisionado para secuestrar bienes embargados y "entregarlos" al secuestre o depositario. Esa entrega no tendría jamás legitimidad en las diligencias de secuestro legalmente desarrolladas, con la tesis de la defensa.

Lo que se le reprocha a la Juez, entonces, es haber dispuesto de esos bienes, haberlos entregado a un supuesto secuestre para que se apropiara de ellos cuando ya habían quedado bajo su custodia con el acto mismo del secuestro. Dicho, con otras palabras, solamente a partir de ese momento podía entregarlos a un secuestre o a un depo-

sitario legitimamente designado. Contrario sensu, *entregarlos a uno dolosamente seleccionado equivale, sin esfuerzo mayor, a apropiarse de ellos en provecho suyo o de un tercero.*

No es, pues, un delito de concusión, como lo sostiene el defensor de Páez Lancheros, porque en esta infracción los bienes nada tienen que ver con el Estado, son del particular a quien se los esquilma el funcionario por constricción o por engaño, abusando de su función o de su cargo; mientras que en el peculado los bienes de los particulares están vinculados al Estado a través de la disponibilidad jurídica que el funcionario competente tiene de los mismos.

Tampoco es un delito de hurto, como subsidiariamente lo plantea el mismo distinguido defensor, por la relación jurídica ya referida en que se encontraban con el acto específico que los sacaba del libre tráfico jurídico y con la diligencia que lo materializaba. Cualquiera disponibilidad distinta a la señalada por la ley es acto de apropiación pero de peculado, no de hurto.

Comparte la Corte el criterio de la Delegada cuando afirma respecto a la tipificación de este comportamiento que:

"En tratándose de bienes el embargo se perfecciona con la aprehensión jurídica que el Estado efectúa de los bienes señalados por el demandante como de propiedad del demandado en un acto procesal que es el secuestro, a través del cual se entregan al secuestre debidamente sorteado, individualizado con su documento de identidad, posesionado, y presente en el lugar indicado.

"Es pues el secuestro, un acto funcional que sólo puede cumplir el empleado estatal investido por la ley para efectuarlo, y a no dudarlo, el Juez que lo ha sido, sea por competencia directa o delegada, es el funcionario que con absoluta legitimidad puede cumplir ese acto que tiene por objeto sacar del comercio los bienes trabados y garantizar el derecho del demandante excluyéndolos de la órbita del dominio del demandado.

"Está compuesto por dos momentos perfectamente diferenciables: El de aprehensión jurídica a nombre del Estado, y el de la transferencia al secuestre de los bienes, lo que quiere decir que sin ese acto de potestad para la entrega al auxiliar de la justicia, la conducta asume otra caracterización tipológica frente a la ley penal.

"Es aquí donde nace la relación funcional que tanto extraña el señor defensor entre el funcionario y el bien, como elemento estructurante del atentado contra la administración pública, porque a partir de la aprehensión jurídica los bienes dejan de estar a la disponibilidad de su dueño —quien eventualmente puede permanecer en contacto con ellos— y deben ir a manos del secuestre para su custodia y algunos actos de administración, según sea del caso.

"Jurídicamente el funcionario que en ejercicio de sus funciones practica la diligencia de aprehensión es quien a nombre del Estado asume la custodia de los bienes del particular al que ha privado del

dominio con la medida, si bien traslada la parte fáctica de sus atribuciones, por regla general, a la persona del secuestre quien, así encargado, debe también responder por lo que ha obtenido como custodio, sin que la responsabilidad del Juez lo libere de sus obligaciones, o la suya propia releve al funcionario del deber de vigilar el adecuado cumplimiento de las funciones del secuestre.

"Si el Juez, faltando a su deber de honestidad, le transfiere los bienes a una persona que no es el secuestre designado y que además como persona real no existe ya que el nombre no corresponde a su documento de identidad —habiendo ya despojado a su dueño de la disponibilidad natural—, le está entregando con abuso de su función la disponibilidad que en su persona adquirió el Estado (relación funcional) para darlos al secuestre auténtico, y que en él es una potestad sólo transferible a quien legalmente ha escogido con tal fin; y si lo hace a sabiendas de la suposición personal, por ende estará apropiándose en provecho de tercero, de bienes que debía custodiar jurídicamente hablando, e incurriendo en el delito que encontró estructurando el Tribunal de primera instancia".

Otro tanto de razón le asiste al sugerir se compulsen las copias de los folios 342 a 343 vuelto, 344 a 347 cuaderno 1, para que esas diligencias de secuestro allí referidas en otros procesos pero con los mismos protagonistas, presuntamente falsas, se envíen a reparto de autoridad competente.

De otra parte, ninguna objeción merecen las restantes determinaciones del *a quo*.

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

Resuelve:

Confirmar el proveído recurrido con la modificación respecto al grado de participación en el delito de falsedad del procesado Hugo Alirio Muñoz Aldana para considerarlo coautor de esa infracción y la adición en relación con la compulsación de copias, tal como se consignó en la parte motiva.

En firme, regrese al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

EMPLEADO OFICIAL

Como recomendación práctica para el manejo judicial del concepto EMPLEADO OFICIAL que utiliza el Código Penal, la Sala indica la necesidad de investigar la naturaleza jurídica de la entidad en la cual prestó sus servicios el sindicado

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 090 (diciembre 3 de 1991).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Arturo Rendón Alvarez* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la dictada en primera instancia por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de la misma ciudad, en cuanto le impuso al ahora recurrente pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, multa de diez mil pesos ($ 10.000.00), e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y uso de documento público falso, y modificatoria en el sentido de condenar al pago de los daños y perjuicios en abstracto y no en concreto como lo hizo el Juzgado.

1. Hechos y actuación procesal:

El Tribunal resume los primeros en la sentencia así:

"Inicialmente, el 28 de noviembre de 1985 se recibió en la sucursal del Banco Ganadero situada en la carrera 5ª número 15-60, una solicitud de emisión de giro telegráfico a la oficina principal de esa entidad en la ciudad de Cali por valor de $ 3.800.000.00 (sic) y a favor de Guillermo Martínez Heredia supuestamente firmada por el cliente Cristóbal de los Ríos Rodas, la que tramitada por la entidad enviándose la orden respectiva a esa ciudad y lográndose que ésta se hiciera efectiva con lo que se afectó la cuenta corriente de aquél quien en ningún momento había autorizado la operación lográndose determinar que su firma había sido falsificada.

"Luego el 18 de diciembre de ese año, fueron recepcionadas en la misma sucursal, tres cartas aparentemente enviadas por el Fondo

Aeronáutico Nacional, en las que se solicitaba, con base en el contrato número 3612 de 6 de febrero de 1984, el envío de giros telegráficos a las sucursales del Banco Ganadero, en Santa Marta por la suma de $ 20.000.000.00 (sic) a favor de Humberto Rosas García, en Barranquilla por el valor de $ 15.000.000.00 (sic) a favor de Ernesto Morales Rincón y en Neiva por la cantidad de $ 15.000.000.00 (sic) a favor de Alberto Cabo Arana, las que fueron tramitadas por el Banco tanto para el envío de las órdenes como para ser situados sus valores en las ciudades citadas y hechas efectivas a pesar de encontrarse que las cartas que las soportaban eran falsas en su contenido y firmas, con la consecuente afección fraudulenta de la cuenta corriente del fondo en comento y el menoscabo patrimonial del Banco Ganadero.

La actuación procesal la describe de manera detallada el Ministerio Público en los siguientes términos:

"Con fundamento en la denuncia formulada por José Alejandro Pizarro Barreto (Gerente del Banco Ganadero), en la que da cuenta de las circunstancias modales y temporo-espaciales en que sucedieron los hechos el Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal de esta ciudad, inició la correspondiente investigación el 27 de septiembre de 1985.

"Una vez practicadas pruebas de diversa naturaleza, orientadas a establecer la materialidad de la infracción, se vinculó mediante indagatoria a Carlos Arturo Rendón Alvarez, quien para la fecha en que ocurrieron los hechos se desempeñaba como Jefe de Giros y Remesas de la entidad defraudada, y quien sin confirmar previamente con los clientes, autorizó los giros y firmó simultáneamente los télex de aviso y confirmación, actividad considerada irregular según las reglas del Banco. En su injurada el procesado acepta que emitió la confirmación de las órdenes de giro, haciendo énfasis en que éstos ya venían autorizados por el subgerente, doctor Muñoz, por lo cual actuó convencido de la legalidad de las operaciones e incluso asevera que el día 26 de diciembre en las horas de la mañana, Myrian Muñoz, empleada de la Aeronáutica Civil, le confirmó los giros, aunque ya se habían emitido los télex el 19 de diciembre a las diferentes sucursales. Niega su participación dolosa en los hechos y argumenta que la omisión en confirmar los giros con antelación a la fecha en que fueron pagados por las sucursales del Banco Ganadero, se debió al exceso de trabajo.

"En la etapa instructiva se recaudó diversa prueba testimonial y documental que sirvió de fundamento al Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal, para que el 9 de septiembre de 1986, se dictara resolución de acusación contra Carlos Arturo Rendón Alvarez y otros, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación y cómplice del punible denominado uso de documento público falso. Apelada esta decisión por el defensor del procesado, recibió confirmación por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de 23 de mayo de 1980 (sic) modificando el pliego de cargos, en el sentido de que el procesado debe responder como autor de varios peculados en concurso y como autor, no como cómplice de falsedad por uso de documento público.

"El 27 de julio de 1989, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito (Juez de conocimiento en la primera instancia), abre el juicio a prueba por el término de tres días, para que las partes tuvieran la oportunidad de solicitar pruebas conducentes.

"En la etapa probatoria del juicio el defensor de Rendón Alvarez solicitó la ampliación de diversas declaraciones, indagatorias e inspecciones judiciales, que en su sentir contribuían al esclarecimiento de los hechos investigados; pruebas que negó el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito 'porque estas ya habían sido evacuadas en su mayoría y sirvieron de base para la edificación del pliego de cargos' y por ende su práctica significaría 'volver a oír lo que ya está evidenciado'. Apelada esta decisión y concedido el recurso ante el Tribunal, éste confirma la providencia señalando que 'en la generalidad de las pruebas el peticionario se limita a enunciar los interrogantes que deberían formularse a los deponentes sin que aparezca por parte alguna el aspecto sustancial que se busca demostrar y en consecuencia no se sabe si con ellas el memorialista perseguía dilucidar o controvertir ya aspectos objetivos o bien subjetivos inherentes al debate que se suscita en la etapa del juicio'.

"Efectuada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito, profirió la precitada sentencia de primera instancia, en la cual además de la pena principal y las accesorias correspondientes, se condenó a Carlos Arturo Rendón Alvarez al pago de ciento cuarenta y cinco millones novecientos cincuenta y seis mil cuatrocientos pesos ($ 145.956.400.00) moneda corriente, por los daños y perjuicios causados con los delitos de peculado por apropiación y uso de documento público falso objeto del fallo.

"Interpuesto recurso de apelación contra la referida sentencia, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de julio 12 de 1990, confirmó el fallo apelado, modificándolo en lo concerniente al pago de perjuicios, que deberían tasarse en abstracto y no en concreto como se disponía en la sentencia de primera instancia".

II. La demanda:

Al amparo de la causal tercera de casación, el libelista impugna la sentencia por encontrarla violatoria del derecho de defensa, lo cual constituye nulidad tanto procesal como constitucional.

Para el defensor, el Juzgado de primera instancia violó el derecho de defensa al no tener en cuenta ni resolver las nulidades propuestas durante la audiencia pública, y el Tribunal Superior "al no tener como fundamento para pronunciarse sobre las nulidades propuestas en primer lugar el auto de 26 de octubre del año de 1989 (sic), por medio del cual confirmó el auto proferido por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá de 26 de octubre, tal como se aprecia al folio 35 del cuaderno original 10". También al tener en cuenta la inspección judicial que obra a folios 58 y siguientes del cuaderno original, y no la que se suspendió el 5 de julio de 1988 y que jamás se continuó, "al parecer cuando se empesaron (sic) a encontrar buenas pruebas que permitía dar con los delincuentes".

Así mismo, estima el demandante que se desconoció el derecho de defensa al no practicar las pruebas solicitadas ante el Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal, las cuales decretó y posteriormente pedidas ante el Juzgado del conocimiento que las negó, auto que fue confirmado por el Tribunal.

A continuación transcribe la extensa lista de pruebas solicitadas en varias oportunidades, con las cuales dice que pretendía demostrar que su defendido en ningún momento cometió los ilícitos por los cuales se le condenó.

Cambia de tema agregando que en el proceso no sólo existe las nulidades ya anotadas, sino también el haber incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, debido a que los procesados y sentenciados no son trabajadores oficiales sino particulares vinculados con contrato de trabajo. La sustentación de esta aseveración la hace transcribiendo la conclusión del alegato presentado en la audiencia pública por el defensor del procesado no recurrente José Alejandro Pizarro Barreto, y el salvamento de voto suscrito por el Magistrado Manuel Corredor Pardo, en que él manifiesta su inconformidad con la providencia confirmatoria de la sentencia.

La petición es que se case el fallo respectivo, "y se deduzca que efectivamente se encuentran probadas las nulidades anotadas".

III. Concepto del Ministerio Público:

1º El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se ocupa inicialmente de formularle reparos a la demanda por deficiencias técnicas, y en ese aspecto relaciona las siguientes:

a) El casacionista yerra al calificar la violación del derecho a la defensa como causal de nulidad constitucional y legal. En opinión del colaborador Fiscal "...sólo es posible atacar una sentencia por nulidad supralegal, cuando en la actuación procesal que la precedió se desconoció el principio de legalidad o el de favorabilidad. No obstante, el censor en este caso concreto plantea una nulidad legal y supralegal a la vez, como consecuencia de la omisión en la práctica de pruebas, desconociendo que este aspecto, debe ventilarse en casación por violación al derecho de defensa, solamente, y no como causal supralegal relacionada con la no observancia de las formas propias del juicio, ya que esta causal, por un lado es legal, y por el otro no surge como consecuencia de la omisión en la práctica de pruebas, puesto que esta circunstancia no implica un desvío de la estructura procesal establecida ni del esquema del proceso como tal, presupuesto básico para que surja la causal analizada";

b) El libelista incurre en el error de enunciar una causal y desarrollarla por la vía de otra.

La crítica obedece a que, el Delegado considera que el error en la denominación jurídica no da lugar a nulidad sino que debe atacarse

por la causal primera de casación, "lógicamente admitiendo la responsabilidad del procesado, sólo que por un delito distinto a aquél por el cual se lo llamó a juicio".

Además, la proposición jurídica no está completa, porque no dice qué delito se tipifica en lugar del peculado, en el supuesto de que su poderdante no sea empleado oficial;

c) El impugnante pretende que se declare nulo el proceso pero no concreta a partir de qué acto procesal. "Olvida definitivamente que una demanda de casación es mucho más exigente que un alegato de instancia y que por lo tanto, cuando se alega una nulidad con fundamento en la causal tercera, es imperioso que el peticionario señale el alcance de la misma, demostrando qué parte del proceso se encuentra afectado y las diligencias procesales que deben reponerse".

2ª No obstante los errores de técnica relacionados, el Ministerio Público se ocupa de las nulidades planteadas y concluye que la demanda no se debe casar.

La violación al derecho de defensa no existió, porque "examinadas en su totalidad cada una de las pruebas solicitadas, por el censor, impera precisar que ellas en sí misma no poseen la capacidad de quebrar la sentencia condenatoria proferida por los Jueces de instancia ya que con todas esas ampliaciones de declaraciones a empleados del Banco Ganadero y de la Aeronáutica Civil, ampliaciones de indagatoria e inspecciones judiciales, el casacionista intenta demostrar que otras personas participaron en los hechos y no establecer que su defendido nunca intervino en ellos".

Además, no demuestra de qué manera la omisión de las pruebas podía cambiar las decisiones de las sentencias de primera y segunda instancia. Tampoco "indica cómo la práctica de esas pruebas, con respecto a los demás medios probatorios en que se sustenta la sentencia condenatoria, hubiera persuadido de mayor credibilidad al funcionario judicial que manejó el caso examinado".

En cuanto al error en la denominación jurídica, afirma que existe polémica doctrinaria y académica respecto a la naturaleza jurídica de las "Empresas o Instituciones de Economía Mixta", para determinar si en relación con ellas puede tipificarse el delito de peculado, y el debate se ha centrado en lo que debe entenderse por "Empresas o Instituciones" y "Parte". Agrega que existen tres tesis en relación con la naturaleza de la participación estatal en la Empresa o Institución, denominadas "la del fundamento económico del tipo penal", "la de la intervención estatal", y la mixta, "la del aporte económico e intervención estatal".

Y concluyo: "Si de acoger alguna de estas teorías se tratara, es incuestionable para esta Delegada, que de *lege lata* la regulación penal en punto del delito de peculado recoge la primera concepción, pues extiende la protección penal a las 'Empresas o Instituciones en que éste (es decir el Estado) tenga parte', con lo cual no queda duda que en la prohibición punitiva (art. 133 del C. P. para referirnos al caso

concreto) están incluídos las empresas de economía mixta por cuanto en ellas el Estado tiene parte, como sucede con el Banco Ganadero, y siendo que la ley no especifica el porcentaje, necesario es comprender que la tutela penal está fundamentada en la defensa de los bienes de la colectividad confundidos con los netamente privados en la dinámica de las funciones propias de esta clase de empresas.

"De ahí que la Corte, acertadamente, haya decidido en un caso sustancialmente similar al presente, ya que se trataba de un trabajador de la Caja de Crédito Agrario (también sociedad de economía mixta vinculada al Ministerio de Agricultura) que para los efectos tales empleados son oficiales y por ende, pueden ser sujetos-agentes de delitos contra la administración pública (C. S. de J. Cas. 23 de julio de 1986, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas)".

Finaliza diciendo que en la primera providencia citada, la Corte acepta que un trabajador de una empresa de economía mixta tiene la calidad de empleado oficial y por lo tanto puede ser sujeto activo del delito de falsedad ideológica en documento público o de punibles que vulneren el bien jurídico de la administración pública. Además, allí se considera que por funcionar una empresa de economía mixta como entidad comercial de derecho privado y estar sometida a la jurisdicción ordinaria, no se puede admitir que sus empleados sean particulares para todos los efectos o que cuando atenten contra su patrimonio cometan delito de hurto y no el de peculado.

Basándose en las anteriores premisas, estima que Rendón Alvarez cometió el delito de peculado por apropiación.

IV. Alegato del no recurrente:

El defensor del procesado José Alejandro Pizarro Barreto presentó dentro del término de traslado un escrito en el cual coadyuva la procedencia de la causal de nulidad propuesta por el demandante, en cuanto se refiere a que el recurrente y su defendido no pueden ser considerados como empleados oficiales, y además no tenían la disponibilidad jurídica de los bienes, luego mal puede hablarse de la vulneración del objeto jurídico en el caso en estudio.

Los argumentos que contiene el alegato son los mismos transcritos en la demanda, apoyados en jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a las Sociedades de Economía Mixta y la calidad de sus servidores, en lo atinente a en qué circunstancia adquieren la condición de trabajadores oficiales y cuándo son empleados particulares.

Considera inexacta la afirmación contenida en el concepto del Ministerio Público, "en el sentido que la doctrina y la jurisprudencia a más de los antecedentes observados en las memorias del trabajo de elaboración de Código Penal, no se distinguía la cualificación y se extendía sólo por el hecho de tratarse de efectos penales... Ya lo vimos: Las comisiones redactoras y la doctrina, afirman todo lo contrario, le reconocen a la expresión EMPLEADO OFICIAL, 1ª categoría

de ingrediente normativo y además se dice en las memorias de los Comités Preparatorios, la remisión a las normas de la denominada "Reforma Administrativa".

También discrepa del criterio Fiscal, en cuanto ubica en el mismo plano al Banco Ganadero y a la Caja de Crédito Agrario, apoyado en una jurisprudencia de la Corte con ponencia del honorable Magistrado Edgar Saavedra, ya que "el Régimen (sic) de ambas entidades es diverso, pues diversa es la aportación de capital entre ambas. La denominada "Caja Agraria", en lo único que se parece al Banco Ganadero, es en cuanto a ser entidades bancarias y hacer referencia al Ministerio de Agricultura, pero su actividad, su estructura y su capital, como ya se dijo es diverso. La Caja Agraria posee régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, por cuanto el Estado posee más del 90% del capital social".

Para terminar expresa que como lo afirma el concepto de la Delegada, la causal de casación sería del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, pero siempre que no se hubieran inobservado las formas propias del juicio constituyendo nulidad, como ocurrió en este caso por no ajustar la calificación a la prueba sobreviviente en la etapa del juzgamiento.

Como su cliente fue condenado por un delito culposo y tal modalidad no existe como punible contra el patrimonio económico, fuerza concluir que su comportamiento tampoco sería punible.

V. Consideraciones de la Sala:

1º *Observaciones sobre los requisitos técnicos de la demanda.*

a) Es evidente que el libelista incurre en una imprecisión de carácter formal, al acusar la presunta inobservancia del debido proceso y la violación del derecho a la defensa como causal de nulidad constitucional y legal simultáneamente.

A las normas constitucionales se debe acudir en aquellos casos en que la falta cometida no está prevista en las normas de procedimiento como motivo para invalidar la actuación. Como el Decreto 409 de 1971 no consagró la lesión a las garantías del debido proceso o del derecho a la defensa como causas legales de nulidad, por esa razón la jurisprudencia las desarrolló dándoles la denominación de "nulidades constitucionales o supralegales", y con ese nombre se demandaban.

El Decreto 050 de 1987, estableció expresamente en los numerales 2º y 3º del artículo 305, que la infracción a una cualquiera de esas garantías procesales da lugar a nulidad, motivo por el cual, a partir de su vigencia, lo correcto es demandarlas invocando únicamente su carácter legal.

No hay duda de que el debido proceso y el derecho a la defensa son garantías constitucionales, cuya violación está prevista en la ley procesal como motivo de nulidad, de manera que resulta exagerada la conclusión del Ministerio Público, en el sentido de que la simple

denominación simultánea de esas causales de nulidad como constitucionales y legales pueda dar al traste con el recurso, sin que se deje de reconocer que realmente es una inexactitud del demandante;

b) Se equivoca el Procurador Delegado al afirmar que el error en la denominación jurídica se debe demandar por la causal primera —violación directa de la ley sustancial—, pues como reiteradamente lo ha sostenido la Corte esto no es posible porque implicaría dictar el fallo de reemplazo, y se rompería la consonancia que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia.

De llegarse a la conclusión de que el delito cometido no es peculado por apropiación sino abuso de confianza o hurto, la Sala no podría casar la sentencia y dictar la de reemplazo como lo ordena el numeral primero del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, pues es evidente que resultaría dejando de lado el pliego de cargos para condenar al acusado por un delito diferente a aquel por el cual se le llamó a juicio. La hipótesis planteada es el único caso en el que, no obstante ser un error *in iudicando*, no se puede demandar por la causal primera como sería lo normal de acuerdo con la regla general, y en su lugar se debe acudir a la vía de la nulidad, camino procedente, porque como también lo ha repetido esta Sala, la correcta calificación del mérito del sumario constituye una garantía del debido proceso y si ella no se cumple, se debe invalidar la actuación para corregir la irregularidad en que se ha incurrido.

En lo que sí tiene razón el colaborador Fiscal, es en que el cargo no se formuló debidamente, se dejó incompleto, pues cuando se alega error en la denominación jurídica, es necesario que el actor demuestre cuál sería la calificación acertada. Esta falla seguramente la genera la circunstancia de que el defensor pretende plantear simultáneamente la inocencia de su cliente y el desacierto en la calificación, aspiraciones excluyentes;

c) El censor acusa violación del derecho a la defensa y solicita que se decrete la nulidad al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal pero estando en la fundamentación, sin formular el cargo por separado, resuelve cambiar de tema y se dedica a transcribir argumentos para demostrar que hubo error en la denominación jurídica, variación que además de hacerlo entrar en contradicción con el planteamiento inicial, no le permite decir a partir de qué momento procesal se debe declarar la nulidad, elemento que forma parte de la petición, como quiera que es un requisito para precisarla;

d) El reproche por supuesta violación del derecho a la defensa tiene como fundamento, que no se decretaron las pruebas solicitadas por los defensores, pero no se hace ninguna claridad respecto a qué incidencia podían tener en cuanto a la decisión atacada, y precisamente esta misma falla fue advertida por el Juez de primera instancia en el auto que las negó, y allí se afirmó que en nada podían variar la situación acreditada en el proceso, criterio reiterado al negar la reposición, y acogido por el Tribunal Superior al confirmar el auto.

Ahora, nuevamente, el defensor pretende que se decrete la nulidad del proceso, con una alegación que emerge como una necesidad de su parte, porque además de afirmar que con esas pruebas pretendía demostrar que su poderdante no cometió los ilícitos por los cuales se le condenó, no hace la más mínima referencia a de qué manera esas diligencias no practicadas podían quebrar la credibilidad que les fue otorgada a las que sirvieron de sustento a la sentencia. Además, la verdad procesal no permite inferir que haya existido lesión al derecho de defensa, todo lo contrario, las alegaciones y los recursos ordinarios interpuestos confirman la intensidad y lealtad con que se adelantó el debate.

2º *El problema de fondo.*

Pese a las deficiencias que presenta la demanda, la Sala considera necesario ocuparse del tema del error en la denominación jurídica, lo cual es además procedente, porque tratándose de la causal tercera de casación, llegado el caso, es posible declararla de oficio.

El recurrente fue llamado a juicio y condenado como autor de los delitos de peculado por apropiación en concurso con uso de documentos públicos falsos. La denominación jurídica controvertida es la del peculado, por lo tanto en ella se centrará la atención.

Resolución de acusación y sentencia:

La resolución de acusación es de una extrema pobreza en cuanto al tema de la tipicidad de la conducta, pues únicamente dice al referirse al peculado:

"Para que se dé esta figura es fundamental la existencia de la participación financiera; el Banco Ganadero fue creado por ley, luego tiene el carácter de establecimiento público y el ente estatal invirtió en él capital con vista a la estabilidad o fomento que, aunque tenga un servicio social o comunitario, lo que en cierta forma torna intangible el aporte y somete el manejo de sus fondos a condiciones acordes con la finalidad de beneficio o servicio común.

"Sus empleados son vinculados mediante contrato, son trabajadores oficiales para efectos penales y como tal pueden ser sujetos activos de peculado, tienen asignadas funciones por reglamento y por ellas responden, ahí está la esencia del delito de peculado en esa condición de empleados oficiales.

"Los bienes se les confiaron para administrarlos, es decir para recaudarlos, custodiarlos, manejarlos, ordenarlos como si fueran dueños o poseedores, por razón de sus funciones".

El auto del Tribunal Superior de fecha mayo 23 de 1989, mediante el cual confirmó el llamamiento a juicio de Rendón Alvarez y tomó otras determinaciones, nada le aporta a la calificación del punto controvertido por la defensa, ya que se limita a sostener:

"Esta Sala en providencia del veintinueve de septiembre del año próximo pasado (fl. 56-8ª, cuaderno original) ya definió que se está en presencia del delito de peculado y no de estafa como argumentan varios defensores, en efecto el artículo 133 del Código Penal, dice que incurre en esta infracción: 'El empleado oficial que se apropie en procecho (sic) suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte...', es decir la norma no hace distinción sobre el monto de las acciones que posea el Estado, y comprobado está que el Banco Ganadero se constituyó con dinero de particulares y de aquél, y que mediante el Decreto 133 de 1976 se ratificó la naturalez (sic) jurídica de esa entidad como sociedad de economía mixta adscrita al Ministerio de Agricultura, condición que aún hoy conserva, puede que para asuntos laborales o administrativos se le considere como empresa particular por el número de las acciones que estos poseen, pero no para los efectos penales, tal como lo sostiene el doctor Alfonso Gómez Méndez, en su libro de Derecho Penal, Tomo I, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia".

La sentencia de primera instancia, en cuanto a este punto hace, es una lamentable demostración de servilismo jurídico, pues antes que dar una respuesta a los argumentos planteados por la defensa, se escuda en su superior jerárquico para decir "...en lo que hace al punible de *peculado*, respeta el Juzgado los argumentos de los señores defensores cuando sostiene que no se tipifica este punible por cuanto los empleados al servicio del Banco Ganadero tienen carácter de trabajadores particulares por cuanto el porcentaje de que (sic) tiene el estado (sic) en esa entidad, es inferior al 50%, pero no puede compartirlo, por cuanto sobre este aspecto ya el Tribunal en sus providencias de fecha 29 de septiembre de 1988 y 23 de mayo de 1989, fue enfático en afirmar que no se tipifica el punible de estafa sino el de peculado que define y sanciona el artículo 133 del Código Penal (Libro 2º, Título 3º, Capítulo I) por cuanto esta norma no hace distinción alguna sobre el monto de los aportes que posea el Estado en las empresas o instituciones, sino que basta que exista un aporte como en el caso del Banco Ganadero, que asciende al 22.81% para que se tipifique esta conducta".

El fallo de segunda instancia objeto de la impugnación que aquí se resuelve, no hace el más mínimo esfuerzo por aportar argumentos a la solución de la controversia, únicamente se conforma con repetir lo ya dicho así:

"Igualmente y como lo dejara por sentado la Sala presidida por el honorable Magistrado doctor Fernando Maldonado Cala en su providencia de 23 de mayo de 1989, la conducta delictiva que emerge de esa situación fáctica es la descrita en el artículo 133 del Código Penal por cuanto la norma no hace distinción sobre el monto de las acciones que deba poseer el Estado y que estando como lo está, comprobado, que el Banco Ganadero, se constituyó con dinero de particulares y de aquél ratificándole a éste el Decreto 133 de 1976 su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta adscrito al Ministerio al Ministerio (sic) de Agricultura, para los efectos penales y no laborales, el elemento cualitativo de la calidad de empleados oficiales de los acusados se hace patente".

Del peculado por apropiación:

El inciso primero del artículo 133 del Código Penal es del siguiente tenor:

> "*Peculado por apropiación.* El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de dos a diez años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cinco años".

Separando los elementos que contiene la norma transcrita tenemos:

a) Sujeto activo: Empleado oficial;

b) Conducta: Apropiarse en provecho suyo o de un tercero;

c) Objeto material: Bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones.

Es evidente que se trata de un tipo de sujeto activo cualificado, porque exige del autor material la condición de *empleado oficial*, sin la cual la conducta no puede adecuarse a esa disposición (los particulares pueden ser sujetos activos de peculado por extensión, en las hipótesis previstas en el artículo 138 del Código Penal).

La expresión *empleado oficial* es un ingrediente normativo del tipo, predicado en este caso del sujeto activo, cuyo significado y alcance debe ser precisado por el intérprete mediante un juicio de valor. En el caso que nos ocupa, la inquietud se concreta en verificar si el procesado, vinculado laboralmente al Banco Ganadero es un empleado oficial, para cuyo efecto la investigación recaudó estos datos:

a) El Banco Ganadero es una sociedad anónima, de economía mixta, vinculada al Ministerio de Agricultura, de nacionalidad colombiana, en cuyo capital participan el Estado y los particulares;

b) En el año de 1985 correspondía al sector oficial el 24.7% del capital, y al sector privado el 75.3%. En la fecha de la sentencia de primera instancia ya se había rebajado el aporte del Estado a un 22.81%;

c) Carlos Arturo Rendón Alvarez desempeñaba en el momento de los hechos el cargo de Jefe de Giros y Remesas de la Sucursal del Banco Ganadero ubicada en la carrera 5ª número 15-60 de Santafé de Bogotá;

d) Obra en el expediente fotocopia de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 22 de abril de 1977, Magistrado ponente doctor Luis Carlos Sáchica,

en el cual concluye que, "...cuando el literal b) del artículo 3º del Decreto reglamentario 1848 de 1969, establece que quienes sirven en las sociedades de economía mixta, como también en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales, dicha disposición no tiene otro alcance que el de calificar como trabajadores oficiales a quienes laboran en sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 90% de su capital. Sin que los efectos de dicha norma puedan extenderse a quienes trabajan en las demás sociedades de economía mixta";

e) También hay fotocopia de la publicación de una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado de noviembre 18 de 1970. Consejero ponente doctor Rafael Tafur Herrán, en la que textualmente dice:

"Son empleados públicos 'las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos' dice el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, agregando que, sin embargo, si trabajan 'en la construcción y sostenimiento de obras públicas' son trabajadores oficiales. Como lo son también (trabajadores oficiales) de acuerdo con el 2º inciso de la disposición 'las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado', si bien estas empresas han de precisar en sus estatutos 'que actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos'.

"No menciona para nada esta disposición como empleados oficiales empleados públicos y trabajadores oficiales a las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta. Quizá con aplicación del artículo antes visto, 3º del Decreto 3130 de 1968, haya de concluirse que si la participación del Estado en dichas sociedades es del 90% o más, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales. Pero en los otros dos grupos de sociedades de economía mixta, no. Mucho menos en tratándose de entidades como el Banco Ganadero, en las que por tener el Estado una participación minoritaria, son propiamente empresas privadas con participación estatal.

"Esto, no obstante lo que aparece diciendo o puede deducirse del Decreto 1848 de 1968, reglamentario del que viene analizándose número 3135 de 1968, cuando en su artículo 1º incluye entre los genéricamente denominados empleados oficiales aún a las personas que trabajan al servicio de las sociedades de economía mixta. No incluyéndolos el Decreto-ley reglamentado, es claro que en esa parte el reglamentario ha excedido a aquél y no puede aplicarse en consecuencia.

"Los empleados del Banco Ganadero, en síntesis, no son empleados oficiales, ni son oficiales, por tanto, los cargos por ellos desempeñados";

f) Obra fotocopia de la publicación del fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, de julio 16 de 1971, en la que esta Corporación, al resolver la

demanda presentada contra el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, declaró la nulidad del inciso 2º del artículo segundo; del literal b del artículo 3º, en su parte final que dice: "Con excepción del personal directivo y de confianza que trabaja al servicio de dichas entidades"; el artículo 4º en su integridad, y, el artículo 5º en cuanto incluye a las "sociedades de economía mixta" entre los establecimientos públicos que deben hacer la clasificación correspondiente entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

Al margen del expediente, es oportuno advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado sobre este tema, acogiendo expresamente los planteamientos del Consejo de Estado, como puede verse en la sentencia de 7 de junio de 1989, con ponencia del doctor Jacobo Pérez Escobar, en un caso en donde el demandado era el Banco Ganadero. En uno de sus apartes dice:

"2º Precisamente la circunstancia de ser dicho Banco la persona jurídica a la que el actor prestaba servicios, fue determinante en la decisión de los falladores de instancia, debido a su carácter, no disputado, de sociedad de economía mixta con participación estatal minoritaria; singularidad esta que si bien obliga a que frente a la entidad bancaria se deba agotar la vía gubernativa o procedimiento reglamentario antes de provocar su comparecencia en juicio, no permite, como sin fundamento lo pretende el censor, calificarlo a él como trabajador oficial y, consecuentemente, sumar por ello el tiempo que laboró allí con aquel en que estuvo al servicio de entidades estatales. Ello porque, sin negar que las sociedades de economía mixta 'están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control en los términos de las leyes y estatutos que la rijan', pues así lo dice el parágrafo del artículo 1º del Decreto 1050 de 1968, que igualmente define esta clase de organismos en su artículo 88, ni desconocer tampoco que por definición legal las sociedades de economía mixta son personas jurídicas genéricamente designadas con el nombre de 'entidades descentralizadas' (Decreto-ley 3130 de 1968, art. 1º), es lo cierto que no son estas disposiciones las que gobiernan lo referente al régimen laboral de los servidores del Estado, pues dicha regulación la hace es el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en donde para nada se menciona a las sociedades de economía mixta. Dicha norma para clasificar a los empleados públicos y trabajadores oficiales, habla sólo de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado.

"Es por esta razón de no incluirse las sociedades de economía mixta en la regulación que trae el mencionado artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, *que únicamente cuando por participar el Estado en la composición de su capital con por lo menos el 90% del mismo reciben una tratamiento especial de la ley, asimilándose entonces a las empresas industriales y comerciales que tiene el Estado (Decreto-ley 3130 de 1968, art. 3º) hipótesis esta en la que sus servidores adquieren el carácter de trabajadores oficiales, con todas las consecuencias que de allí se derivan*" (Subrayado de la Sala).

Atendiendo a la anterior reseña jurisprudencial, *es innegable que desde el punto de vista administrativo laboral, los empleados del Banco Ganadero no son trabajadores oficiales, y esa determinación tiene gran importancia en el campo penal, porque el ingrediente normativo "empleado oficial", que incluye a los trabajadores oficiales, es de contenido jurídico, es decir, es un concepto que se debe precisar acudiendo a una sustentación en derecho.*

El artículo 63 del Código Penal señala las alternativas que comprende la expresión "empleado oficial" en los siguientes términos:

> *"EMPLEADO OFICIAL: 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 función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargado de un servicio público".*

Según la norma transcrita, la locución "empleado oficial" la utiliza el Código Penal en un sentido genérico, de tal modo que el Juez debe precisar en cada caso a cuál de las modalidades que comprende se refiere. Dichas modalidades son: a) Empleados públicos; b) Trabajadores oficiales; c) Miembros de las Corporaciones Públicas; d) Miembros de las Fuerzas Armadas; e) Toda persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio; y f) Quien estuviere encargado de un servicio público.

Ampliando en lo esencial los conceptos que interesan a la solución de este recurso, tenemos:

a) EMPLEADOS PUBLICOS: Al tenor del inciso primero del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, tienen esta calidad, "las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos...";

b) TRABAJADORES OFICIALES: Atendiendo al inciso segundo de la disposición citada en el literal anterior, se considera como tales a "las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado..."

En los dos casos puede haber excepciones que deben estar previstas en los estatutos, en las que laborando para un establecimiento público se tenga la condición de trabajador oficial, o perteneciendo a una empresa industrial y comercial del Estado, la de empleado público, pero de todas maneras eso no altera la calidad de "empleado oficial" que esa persona tiene de acuerdo con el Código Penal.

Las sociedades de economía mixta "son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley" (Decreto 1050 de 1968, art. 8º).

Respecto a estas entidades, el artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 establece, que si el Estado posee el noventa por ciento (90%) o más del capital social, "se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado", de donde se infiere que en ese caso sus servidores son trabajadores oficiales.

Un ejemplo apropiado para ilustrar esta situación es el siguiente: La Caja Agraria es una sociedad de economía mixta en la cual más del noventa por ciento de su capital pertenece al Estado, por esta razón las personas que allí laboran son trabajadores oficiales. El Banco Ganadero es también una sociedad de economía mixta, pero como el Estado es propietario de menos del noventa por ciento de su capital, quienes le prestan sus servicios tienen el carácter de trabajadores particulares.

Precisamente en este tema se equivocó el Ministerio Público en el concepto, como bien lo destaca el defensor del no recurrente, pues asimila el caso resuelto en la sentencia de esta Sala, de fecha julio 23 de 1986, con ponencia del doctor Edgar Saavedra, en la cual no se casó el fallo condenatorio dictado contra un empleado de la Caja Agraria, por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, cometidos en su reconocida condición de trabajador oficial, con el que ahora nos ocupa, en el que, como se demostró ampliamente en el proceso, el implicado es un trabajador particular.

Una recomendación práctica para el manejo judicial de procesos similares al presente, consiste en investigar la naturaleza jurídica de la entidad en la cual prestó sus servicios el sindicado, de suerte que si es un Ministerio, un Departamento Administrativo, una Superintendencia o un establecimiento público, se tratará de un empleado público; *o si es una empresa industrial y comercial del Estado, será entonces un* trabajador oficial, *ambas clasificaciones hacen parte del concepto* EMPLEADO OFICIAL *que es el que utiliza el Código Penal.*

Si la naturaleza jurídica de la entidad es la de sociedad de economía mixta del orden nacional, *se debe concretar a cuánto asciende el aporte del Estado, porque si es del noventa por ciento o más del capital, está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo tanto sus empleados son jurídicamente* trabajadores oficiales. *Si el Estado posee menos del noventa por ciento del capital, las personas vinculadas laboralmente a la sociedad son trabajadores particulares.*

Los demás servidores del Estado son funcionarios o empleados públicos, por lo mismo no existe ninguna duda de que están incluidos dentro de la denominación que utiliza el estatuto penal.

También es necesario tener presente, que es posible que alguien que desde el punto de vista laboral no es EMPLEADO PUBLICO ni TRABAJADOR OFICIAL, puede ser considerado al amparo del artículo 63 del Código Penal como EMPLEADO OFICIAL, como es el caso de quien ejerce una función pública aunque sea de modo transitorio o está encargado de un servicio público.

Así las cosas, el hecho demostrado de que Carlos Arturo Rendón Alvarez no es EMPLEADO PUBLICO ni TRABAJADOR OFICIAL, es igualmente válido para el Derecho Administrativo Laboral y para el Penal, ya que en eso no puede existir ninguna distinción, pues son cualificaciones de carácter jurídico cuya afirmación o negación repercute en todo el derecho.

Pero a la conclusión de que el acusado no es EMPLEADO OFICIAL, llegamos, porque tampoco es miembro de las corporaciones públicas (Senado, Cámara, Asamblea y Consejos), ni de las Fuerzas Armadas (Ejército, Marina, Aviación y Policía), ni en el momento de los hechos estaba ejerciendo una función pública (su cargo era de Jefe de Giros y Remesas de una sucursal del Banco Ganadero), ni se puede decir que estaba encargado de un servicio público, de una parte porque el Estado no le encargó ninguna tarea, y de otra, porque sus actividades no están comprendidas dentro de esa especial denominación.

Es notorio que en la resolución de acusación la Juez partió de afirmaciones completamente equivocadas, como por ejemplo: "El Banco Ganadero fue creado por la ley, luego tiene el carácter de establecimiento público". Le hubiera bastado leer los artículos 5º y 8º, del Decreto 1050 de 1968, para advertir la diferencia entre sociedades de economía mixta, que es la naturaleza jurídica del Banco Ganadero, y los establecimientos públicos.

Con la misma simpleza agrega que los empleados del Banco Ganadero "son trabajadores oficiales para efectos penales y como tal pueden ser sujetos activos de peculado", aseveración que no sólo no fundamenta sino que carece de sustento jurídico, pues contraría los Decretos que regulan la materia e introducen la inaceptable tesis de que existen "trabajadores oficiales" para efectos penales.

El Tribunal Superior confirma el pliego de cargos incurriendo en los mismos errores del a quo, *y citando a un autor nacional que también está equivocado al afirmar que el tenor de lo dispuesto en el artículo 5º, del Decreto 3135 de 1968, todas las personas que laboran en sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales, yerro que demuestran las sentencias del Consejo de Estado y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a las cuales se hizo referencia anteriormente.*

Existe en la calificación del mérito del sumario error en la denominación jurídica, al imputársele al procesado el delito de peculado por apropiación, del cual no puede ser sujeto activo por no tener la condición de empleado oficial. Para subsanarlo, se decretará la nulidad del proceso a partir de la audiencia pública, para que aplicando el trámite del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, se proceda a hacer la variación correspondiente.

Se debe reconocer que le asiste razón al defensor de Carlos Arturo Rendón, en el sentido de que su cliente incurrió en el delito de estafa cometido en perjuicio del Banco Ganadero, y no en el de peculado, como tantas veces lo sostuvo en los alegatos presentados en las instancias.

3º Aplicación extensiva de la sentencia.

El fallo que se casará condena además del recurrente, al entonces Gerente de la sucursal bancaria José Alejandro Pinzón Barreto, por el delito de peculado culposo previsto en el artículo 137 del Código Penal.

Como es evidente que el error cometido en la adecuación típica de la conducta afecta por igual a los dos procesados, la sentencia se anulará en su totalidad para que se proceda en la forma ya indicada.

El defensor del no recurrente concluye su escrito diciendo: "Existe pues quebranto a los intereses de mi patrocinado, pues si la descripción aflora de un delito culposo, fuerza es reconocer que como punible contra el patrimonio económico tal modalidad no existe, por manera que el comportamiento tampoco sería punible". Esto puede ser cierto si la participación de Pinzón Barreto sigue siendo considerada como culposa, pero ese es precisamente uno de los aspectos que debe analizar el Juez al modificar la calificación, teniendo en cuenta las observaciones que sobre ese punto hizo el Magistrado del Tribunal Superior que salvó voto.

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

Resuelve:

Primero: Casar la sentencia impugnada.

Segundo: Declarar la nulidad del proceso a partir de la audiencia pública, para los fines expuestos en la parte motiva.

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

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

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SENTENCIA. Error aritmético

La corrección de la sentencia por error aritmético no puede modificar, alterar o reformar lo que fue materia de debate y decisión.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Santafé de Bogotá, D. C., trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 93 (diciembre 11 de 1991).

Vistos:

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de única instancia dictada por la Sala en este proceso, la defensora del sentenciado *Mario Enrique Penagos Portela* solicita que sea reformada en el sentido de corregir el error aritmético cometido en la tasación de la pena impuesta a su representado, adicionándola con el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional por haberse incurrido en su parte resolutiva en "omisión sustancial".

Resultandos:

La Corte mediante sentencia definitiva de seis de noviembre pasado, condenó a Mario Enrique Penagos Portela a 37 meses de prisión, multa a favor del Tesoro Nacional, pago en abstracto de los perjuicios causados y a las sanciones accesorias correspondientes, por hallarlo responsable de los delitos de peculado por apropiación en concurso con el de falsedad ideológica en documento público, negándole expresamente el derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional; determinación cuestionada por su defensora a través del mecanismo incidental del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal a fin de que se corrija el error aritmético cometido en la tasación de la pena privativa de la libertad y se adicione en el sentido de concederle el sustituto penal denegado.

Argumenta la peticionaria que habiendo reintegrado su cliente los bienes indebidamente apropiados a mediados del mes de agosto de 1987, como aparece de autos; esto es, mucho antes de 20 de octubre del mismo año, fecha en la que esta Corporación como Juez de mayor jerarquía inició formalmente la correspondiente investigación penal, se hizo acreedor a una disminución "hasta en las tres cuartas partes" de la pena como establece el inciso primero del artículo 139 del Código

Penal y no "hasta en la mitad" como fue reconocido en la sentencia por considerarse que el reintegro se produjo antes de dictarse sentencia de segunda instancia (inciso primero, *ibidem*); error aritmético que debe ser enmendado rebajándole la pena impuesta, en la proporción indicada.

Agrega que en las motivaciones y parte resolutiva de la sentencia de condena no se hizo referencia al hecho del reintegro antes de iniciarse investigación, el que por su gran significación resta *gravedad* al punible de peculado; omisión sustancial que afectó considerablemente la situación de Penagos Portela privándolo de un mayor descuento punitivo (tres cuartas partes de la pena en lugar de la mitad) y del subrogado de la condena de ejecución condicional.

"A conclusión distinta —expresa— se hubiese llegado si no se hubiese omitido la consideración de esa circunstancia del reintegro anterior a la iniciación de la investigación, que introduce modificación sustancial a la calificación de más o menos *grave* que pueda darse al hecho punible, a su naturaleza y modalidades".

Pide que reconocida la diminuente punitiva de las tres cuartas partes de la pena "se evalúe la 'gravedad, modalidad y naturaleza del hecho' a fin de establecer a la luz de esa nueva situación, la viabilidad desde el punto de vista subjetivo, de reconocer al sentenciado Penagos Portela el derecho a *la suspensión condicional de la condena*".

Considerandos:

La corrección de la sentencia por error aritmético y su adición, se fundamentan en el equivoco de considerar que la apertura formal de la investigación tuvo lugar el 20 de octubre de 1987, fecha en la que el suscrito Magistrado sustanciador dispuso tal cosa únicamente respecto al funcionario aforado, esto es, el Comisario Especial del Vaupés doctor Heraclio Vega Goyeneche contra quien aparecían cargos concretos de haber participado en la contratación indebida de unas plantas solares; avocando el conocimiento del proceso que venía adelantando un funcionario instructor, por concurrir los factores de conexidad contemplados en los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Penal.

Había acontecido en efecto, que en lo concerniente a los demás sindicados, entre los que se encontraba el almacenista Mario Enrique Penagos Portela, la investigación penal fue iniciada mediante auto dictado por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal Ambulante de Mitú el *28 de julio de 1987* con base en la copia del acta de prueba selectiva practicada en el mencionado almacén en la que se constató un faltante de 25 plantas solares por valor de nueve y medio millones de pesos (fl. 7 del primer cuaderno) y en desarrollo de la que surgieron cargos al citado Comisario dando lugar a que el funcionario instructor remitiera el expediente a la Corte para los fines pertinentes lo que significa que para todos los efectos legales relacionados con los procesados no cobijados por fuero, la apertura formal de la investigación penal ocurrió en la fecha últimamente señalada.

Siendo entonces evidente, como quedó consignado desde el pliego de cargos formulado al peticionario que el reintegro de los bienes por él apropiados lo fue a mediados del mes de agosto de 1987, esto es, después de iniciada la investigación penal en su contra y antes de dictarse sentencia, se le disminuyó la pena en la mitad.

El error aritmético que autoriza la corrección de la sentencia por el mismo Juez que la dictó y constituye una excepción al principio general de la irreformabilidad de la misma, es el que resulta de una equivocada operación matemática en la que los factores numéricos permanecen inalterables; y no el que emerge de un cálculo en el que se cambian o alteran dichos factores, como cuando se pretende una diminuente punitiva mayor que la reconocida en el fallo emitido; pero desconociendo los fundamentos fácticos tenidos en cuenta por el fallador.

La corrección de la sentencia por error aritmético no puede modificar alterar o reformar lo que fue materia de debate y decisión, ni tiene por objeto revivir la controversia sobre la legalidad de las cuestiones resueltas. Un planteamiento en tal sentido no buscaría enmendar el error cometido, sino la revocación parcial o total del fallo dictado.

Y la adición de la sentencia por omisión, a que alude el artículo 216 ibidem, *tendría lugar cuando en su parte resolutiva se pretermite la decisión de aspectos sustanciales relacionados con el hecho punible o la culpabilidad o inocencia del procesado dejando sin adecuada respuesta las bases sentadas en su parte considerativa rompiéndose la armonía y correspondencia que debe existir entre las premisas y la conclusión de un silogismo, como lo es toda sentencia; situación que no se da en el presente caso por cuanto en la parte resolutiva del fallo de condena expresamente se le negó al sentenciado Penagos Portela el derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional como conclusión de las consideraciones expuestas en la parte motiva y sobre las cuales no es procedente reabrir ningún debate por ser absolutamente improcedente.*

Deviene de lo anterior, que el error aritmético atribuido a la Sala en la dosificación de la pena impuesta al sentenciado es absolutamente infundado debiendo desestimarse, lo mismo que la pretendida adición del fallo emitido por sustentarse en un yerro a todas luces inexistente.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal *niega* por improcedente la corrección-adición de la sentencia definitiva dictada en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

INDICE ALFABETICO POR MATERIAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1991

A

Págs.

ACCION DISCIPLINARIA ... 189

APELACION. ... 493

APELACION. ... 497

APELACION. Sustentación. ... 237

APODERADO. ... 17

APODERADO. ... 48

APODERADO. ... 185

APODERADO. ... 242

AUTO INHIBITORIO. ... 630

C

CASACION. ... 185

CASACION. ... 371

CASACION. ... 520

CASACION. Requisitos. ... 7

CASACION. Requisitos. ... 124

CASACION. Técnica. ... 435

COLISION DE COMPETENCIA. ... 198

COMPETENCIA. ... 202

COMPETENCIA. ... 206

COMPETENCIA. ... 397

Págs.

COMPETENCIA. ... 353

COMPETENCIA. Territorial. ... 547

COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). ... 353

CONCURSO. ... 69

CONCURSO. Aparente. ... 59

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. ... 327

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. ... 441

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. ... 462

CONEXIDAD. ... 7

CONEXIDAD. ... 280

CONFESION. ... 357

CONFESION. ... 504

CONFESION. Plural. ... 510

CONJUEZ. ... 48

COSA JUZGADA. ... 619

D

DELITO CONSUMADO. ... 132

DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA. ... 35

DEMANDA DE CASACION. ... 35

DEMANDA DE CASACION. ... 78

DEMANDA DE CASACION. ... 303

DEMANDA DE CASACION. Técnica. ... 82

DEMANDA DE CASACION. Técnica. ... 102

DEMANDA DE CASACION. Técnica. ... 108

DEMANDA DE CASACION. Técnica. ... 211

DEMANDA DE CASACION. Técnica. ... 390

DERECHO DE DEFENSA. ... 397

DERECHO DE DEFENSA. ... 420

Págs.

DERECHO DE DEFENSA. ... 589

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO). ... 431

DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA. ... 547

E

EMPLEADO OFICIAL. ... 539

ERROR DE DERECHO. ... 330

ERROR DE HECHO. ... 220

ERROR DE HECHO. ... 330

ERROR DE HECHO. ... 487

ERROR DE HECHO. ... 526

ESTAFA. ... 377

ESTAFA. ... 448

ESTAFA. Competencia. ... 198

ESTAFA. Elementos. ... 93

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. ... 297

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. ... 297

FAVORABILIDAD (ACLARACION DE VOTO). ... 157

FUERO. ... 338

FUERO. ... 349

FUERO. ... 404

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). ... 363

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). ... 418

H

HABEAS CORPUS. ... 532

HABEAS CORPUS. ... 542

HOMICIDIO. Cónyuge. ... 509

Págs.

I

IMPEDIMENTO. ... 17
IMPEDIMENTO. ... 43
IMPEDIMENTO. ... 215
IMPEDIMENTO. ... 315
IMPEDIMENTO. Sala de Decisión. ... 89
IMPEDIMENTO. Salas. ... 526
IMPUTABILIDAD. Embriaguez. ... 584
INDAGACION PRELIMINAR. ... 589
INDUBIO PRO REO. ... 69
INDAGACION PRELIMINAR. Competencia. ... 300
INDICIO. ... 220
INDUBIO PRO REO. ... 497

J

JUEZ. ... 349
JUEZ. Ambulante. ... 202
JUEZ. Civil. ... 471
JUEZ. Deberes. ... 175
JUEZ (SALVAMENTO DE VOTO). ... 353
JUEZ COMISIONADO. ... 581
JURADO DE CONCIENCIA. ... 164
JURISDICCION DE ADUANAS. ... 606
JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 387
JURISDICCION PENAL MILITAR. ... 338
JURISDICCION PENAL MILITAR. ... 404
JURISDICCION PENAL MILITAR (SALVAMENTO DE VOTO). ... 418

Págs.

L

LIBERTAD ... 206

LIBERTAD ... 208

LIBERTAD PROVISIONAL. Prohibición ... 140

LIBERTAD PROVISIONAL (ACLARACION DE VOTO) ... 153

N

NARCOTRAFICO ... 35

NARCOTRAFICO. Dosis personal ... 35

NULIDAD ... 35

NULIDAD. Mora ... 397

P

PARTE CIVIL ... 237

PARTE CIVIL ... 242

PARTE CIVIL. Oportunidad ... 127

PARTE CIVIL. Perjuicios ... 493

PECULADO. Secuestre ... 633

PENA ... 154

PENA ... 159

PENA ... 195

PENA ... 357

PENA ... 493

PENA ... 504

PENA. Acumulación ... 69

PENA. Discrecionalidad ... 390

PENA. Ira ... 247

PENA. Límite ... 124

Págs.

PERJUICIOS. ... 78

PERJUICIOS. ... 822

PORTE ILEGAL DE ARMAS. ... 387

PORTE ILEGAL DE ARMAS. ... 552

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Custodia. ... 573

PREVARICATO. ... 139

PREVARICATO. ... 320

PREVARICATO. ... 482

PREVARICATO. ... 471

PREVARICATO. ... 322

PREVARICATO. Intereses. ... 253

PREVARICATO. Omisivo. ... 229

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. ... 98

PROCESADO. Identificación. ... 365

PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD. ... 96

PRUEBA. Naturaleza. ... 501

R

RECEPTACION. ... 185

RECURSO. ... 581

RECUSACION. ... 315

REFORMATIO IN PEJUS. ... 154

REFORMATIO IN PEJUS. ... 159

REFORMATIO IN PEJUS. ... 195

REFORMATIO IN PEJUS. ... 208

REFORMATIO IN PEJUS. ... 208

REFORMATIO IN PEJUS. ... 327

REFORMATIO IN PEJUS. ... 441

Págs.

REFORMATIO IN PEJUS. Oportunidad. 619

REFORMATIO IN PEJUS (ACLARACION DE VOTO). 157

REPOSICION. Impugnabilidad. 117

REPOSICION. Punto nuevo. 345

REVISION. 277

REVISION. 371

REVISION. 301

REVISION. 606

REVISION. Hecho o prueba nueva. 23

REVISION. Hecho o prueba nueva (SALVAMENTO DE VOTO). 28

S

SECUESTRO EXTORSIVO. 132

SECUESTRO EXTORSIVO. 477

SECUESTRO SIMPLE. 477

SENTENCIA. Corrección. 483

SENTENCIA. Error aritmético. 656

SUMARIO. 620

SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO). 431

T

TERMINO. Interrupción. 117

TESTIMONIO. 487

TORTURA. Definición. 477

TRANSITO DE LEGISLACION. 164

V

VIOLACION DIRECTA. 69

VIOLACION DIRECTA. 96

Págs.

VIOLACION DIRECTA. 457

VIOLACION INDIRECTA. 457

INDICE DE PROVIDENCIAS PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1991

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

Págs.

CASACION. Requisitos. CONEXIDAD. En los delitos conexos la demanda de casación que se presente debe dirigirse exclusivamente respecto de las infracciones susceptibles del recurso extraordinario. Auto de casación. JULIO 2 DE 1991. *No repone su auto.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): José Urias Duque. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 7

APODERADO. IMPEDIMENTO. No hay lugar a recusación ni tampoco constituye impedimento, la situación que emerge del cambio de defensor o probanzas nuevas deban necesariamente conducir a la certeza de la parte contraria o el Ministerio Público. Auto de impedimento. JULIO 3 DE 1991. *Rechaza impedimento.* Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado (s): Magistrados Tribunal Superior de Cúcuta. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 113 del Código de Procedimiento Penal. ... 17

REVISION. Hecho o prueba nueva. Los sucesos o probanzas deben demostrar con suficiente vigor la inocencia que se predica del procesado. Sentencia de revisión. JULIO 5 DE 1991. *No ordena la revisión.* Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Bogotá. Procesado (s): Cruz Enrique Hernández Fernández y otros. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 23

REVISION. Hecho o prueba nueva (SALVAMENTO DE VOTO). La causal tercera de revisión se instituyó con el fin de abrir el camino a un reexamen de la cuestión procesal, pero no quiere decir que los sucesos o probanzas nuevos deban necesariamente conducir a la certeza de la inocencia. Sentencia de revisión. JULIO 5 DE 1991. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 28

Págs.

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD. Es correcta la demanda al aducir que con base en un error en la denominación jurídica de la infracción, porque se condena al acusado por la comisión de un delito cuando los hechos resultan constitutivos de una contravención, se deriva la ocurrencia de una nulidad por incompetencia. Sentencia de casación. JULIO 8 DE 1991, *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Citalli Adriana Corradine Torres. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 35

NARCOTRAFICO. Dosis personal. No será dosis personal la que "exceda" de la cantidad que de modo expreso se señala, tampoco la que aún por debajo del tope fijado, no se halle destinada al "propio consumo", ni la que tenga por destinación su distribución o venta. Sentencia de casación. JULIO 8 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Citalli Adriana Corradine Torres. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 35

NARCOTRAFICO. DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA. No resulta difícil inferir que los tipos penales previstos en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, tienen como objeto la protección de la salud pública. Sentencia de casación. JULIO 8 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Citalli Adriana Corradine Torres. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 35

IMPEDIMENTO. APODERADO. No es posible que cuando un funcionario del orden judicial incomoda, exista el subterfugio de constreñirlo a no conocer de un proceso con el grosero expediente de acudir a un enemigo para apartarlo del conocimiento del asunto y del deber de juzgar. Sentencia de casación. JULIO 9 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado (s): Luis Alfonso Barrera Carvajal y otros. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 48

IMPEDIMENTO. CONJUEZ. Si se propone erróneamente una causal de impedimento y se deja en manos de conjueces la potestad de juzgar, se entrega la capacidad decisoria a quienes carecían de titularidad legítima. Sentencia de casación. JULIO 9 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado (s): Luis Alfonso Barrera Carvajal y otros. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 48

CONCURSO. Aparente. Existen supuestos en los que parece que concurren varios delitos, pero con una interpretación adecuada, la consecuencia resulta desacertada dado que uno de ellos excluye al otro o a los otros. Auto de única instancia. JULIO 10 DE 1991. *Cesa procedimiento*. Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Cecilia María Perafán de Zambrano. Intendente Nacional de Putumayo. Delito: Prevaricato y otros. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. 59

Págs.

INDUBIO PRO REO. VIOLACION DIRECTA. Cuando el sentenciador admite que el proceso arroja duda y, no obstante ese reconocimiento, profiere fallo de condena, se da la violación directa de la ley. Sentencia de casación. JULIO 10 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Segundo Cristiano Abril. Delito: Homicidio y daño en bien ajeno. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 248 del Código de Procedimiento Penal. 69

CONCURSO. PENA. Acumulación. En el caso de delitos concurrentes se tasa la pena privativa de la libertad para el delito que la tiene prevista, sin hacerle incremento, se impone además la multa señalada para el otro ilícito. Sentencia de casación. JULIO 10 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Segundo Cristiano Abril. Delito: Homicidio y daño en bien ajeno. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 26 del Código Penal. 69

DEMANDA DE CASACION. PERJUICIOS. La exigencia en la cuantía de las pretensiones sobre los perjuicios causados, para recurrir en casación el fallo condenatorio, constituye una exigencia adicional. Auto de casación. JULIO 10 DE 1991. *No repone providencia*. Tribunal Superior de Santa Marta. Procesado (s): Orlando Insignares Palma y otro. Delito: Peculado culposo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 78

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Las exigencias de lógica y precisión inherentes al recurso de casación, no permiten que pueda ser sustentado, con una alegación "libre" propia de las instancias. Sentencia de casación. JULIO 10 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Edelberto Agudelo Ciro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 82

IMPEDIMENTO. Sala de Decisión. El estatuto procesal actualmente vigente que sí permite la manifestación conjunta de impedimento, debe entenderse referido sólo a los integrantes de la Sala de Decisión. Auto de impedimento. JULIO 10 DE 1991. *Se abstiene de conocer*. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado (s): Magistrados Tribunal Superior de Cúcuta. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 89

ESTAFA. Elementos. Como bien lo han destacado jurisprudencia y doctrina, la estafa tiene elementos de varios delitos, sin que por ello llegue a confundirse con estos. Auto de colisión. JULIO 11 DE 1991. *Dirime colisión de competencia*. Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cúcuta. Procesado (s): Alvaro Pérez Torres. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. 93

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD. PROLONGACION ILICITA DE PRIVACION DE LA LIBERTAD. VIOLACION DIRECTA. Las discusiones sobre si la privación de la libertad obedece a abuso de la función,

Págs.

o a prolongación ilícita, recaen sobre la selección o interpretación del tipo, en razón al carácter valorativo de tales conceptos, los cuales habrán de ser propuestos en el marco de la violación directa. Sentencia de casación. JULIO 11 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Alexander Hincapié Acevedo. Teniente. Delito: Privación ilegal de la libertad. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 234 del Código de Procedimiento Penal. 96

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Si un segundo reproche se formula partiendo de la base de que prospere el primero, es alternativa que no contraría la técnica del recurso. Sentencia de casación. JULIO 12 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Armando Garavito. Delito: Homicidio culposo. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 102

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Si del texto se infiere con claridad cuál es el verdadero sentido de la censura, estas primarias imprecisiones desaparecen ante la diafanidad del texto. Sentencia de casación. JULIO 17 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Luis Gaviria Castro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 108

REPOSICION. Impugnabilidad. Frente a lo decidido con la reposición, alguno de los sujetos procesales puede adquirir interés jurídico para recurrir. Auto de casación. JULIO 17 DE 1991. *No repone.* Procesado (s): Samuel Alberto Escrucería Manzi. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 200 del Código de Procedimiento Penal. 117

TERMINO. Interrupción. La reanudación debe seguir la regla prevista para la iniciación, porque la interrupción es un evento excepcional. Auto de casación. JULIO 17 DE 1991. *No repone providencia.* Procesado (s): Samuel Alberto Escrucería Manzi. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. 117

CASACION. Requisitos. PENA. Límite. Frente a fallos que cobijan delitos "casables" y otros que no lo son, únicamente es dable recurrir y, posteriormente presentar la demanda, en relación con los primeros (en el mismo sentido providencias de esta fecha, en procesos número 5929 y número 6057). Auto de casación. JULIO 18 DE 1991. *No repone su auto anterior.* Procesado (s): Luis Bultrago Rincón. Delito: Lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 124

PARTE CIVIL. Oportunidad. La oportunidad para la presentación de la demanda de parte civil precluye con la ejecutoria del auto que fija la fecha para la realización de la audiencia pública. Auto de segunda instancia. JULIO 19 DE 1991. *Confirma.* Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Alirio Sedano Roldán. Juez Cuarto Penal Municipal.

Págs.

Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 39 del Código de Procedimiento Penal. 127

SECUESTRO EXTORSIVO. DELITO CONSUMADO. No es elemento para la consumación del delito de secuestro extorsivo la obtención del provecho o utilidad. Sentencia de casación. JULIO 30 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Omar Salguero y otros. Delito: Secuestro extorsivo. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 268 del Código Penal. 132

LIBERTAD PROVISIONAL. Prohibición. La prohibición de libertad provisional se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario. Auto de segunda instancia. JULIO 31 DE 1991. *Confirma resolución de casación.* Tribunal Superior de Valledupar. Procesado (s): Rómulo Amadis Pinto Solano, Juez Promiscuo Municipal de Oro César. Delito: Prevaricato por acción. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 491 del Código de Procedimiento Penal. 140

Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 153

REFORMATIO IN PEJUS. PENA. Si la sentencia no tiene el grado de consulta y solamente es recurrida por el condenado, o su defensor, el superior no podrá agravar la pena que se le haya impuesto en el fallo de primera instancia (en el mismo sentido providencia del doctor Didimo Páez Velandia, proceso número 5113). Auto de segunda instancia. JULIO 31 DE 1991. *Se abstiene de considerar rebaja.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Ricardo Antonio de la Santísima Trinidad Durán Ramírez o Aldemar Libreros Reyes. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 154

FAVORABILIDAD (ACLARACION DE VOTO). REFORMATIO IN PEJUS (ACLARACION DE VOTO). LIBERTAD PROVISIONAL (ACLARACION DE VOTO). Si se busca la concesión de la libertad, ante la prohibición constitucional actual de agravar la pena cuando el condenado sea apelante único, basta con acudir al principio de la retroactividad de la ley penal favorable (en el mismo sentido en el proceso número 5113). Auto de casación. JULIO 31 DE 1991. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Aclaración de voto del doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 157

REFORMATIO IN PEJUS. PENA. No es admisible la postura de que frente a un fallo mixto, es decir, con declaraciones diversas las partes deban ser vistas en forma independiente según sus propios intereses y, en cada materia, considerárseles como recurrentes únicos. Auto de casación. JULIO 31 DE 1991. *Niega libertad.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Israel Martínez García. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 159

Págs.

JURADO DE CONCIENCIA. TRANSITO DE LEGISLACION. Si al advertir la abolición del juicio con jurado se conservó "el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento" en aquellos eventos donde se había "iniciado audiencia", esa alusión se refería exclusivamente al acto público y no a toda o a varias partes de la "etapa" de la causa. Sentencia de casación. AGOSTO 1º DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Custodio Barahona y otro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. ... 164

Salvamento de voto de los doctores Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. 172

JUEZ. Deberes. El Juez como director del proceso pero, sobre todo, como dador de la justicia y la equidad, ha de estar atento a que éstas marquen la pauta en la aplicación del derecho. Auto de segunda instancia. AGOSTO 5 DE 1991. *Confirma cesación de procedimiento.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jorge Eduardo Ferreira, Juez Sexto Civil Municipal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 175

RECEPTACION. La receptación no depende en su estructura del delito que intenta encubrir. Auto de casación. AGOSTO 12 DE 1991. *Rechaza demanda de casación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Juan Eliseo Hernández Gutiérrez. Delito: Hurto y encubrimiento. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 185

CASACION. APODERADO. La representación clara y explícita de un profesional en el recurso de casación no puede traspasar el linde que le ha concedido el poderdante. Auto de casación. AGOSTO 12 DE 1991. *Rechaza demanda de casación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Eliseo Hernández Gutiérrez. Delito: Hurto y encubrimiento. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 185

PREVARICATO. ACCION DISCIPLINARIA. Una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria, tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Auto de única instancia. AGOSTO 14 DE 1991. *No repone auto.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Magistrados Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 189

REFORMATIO IN PEJUS. PENA. Requisitos señalados por la Constitución Nacional en relación con la limitación de la segunda instancia, en cuanto a la pena señalada en el fallo que se revisa. Auto de casación. AGOSTO 14 DE 1991. *Se abstiene de considerar petición.* Tribunal Superior de Santa Marta. Procesado (s): Ulises Cormane Guerrero. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 195

Págs.

ESTAFA. Competencia. COLISION DE COMPETENCIA. Sólo en el lugar donde el agente obtiene un beneficio ilícito como resultado del error en que ha inducido a la víctima que sufre el perjuicio, debe considerarse consumada la infracción. Auto de colisión. AGOSTO 15 DE 1991. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio. Procesado (s): Gonzalo Gutiérrez. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 193

JUEZ. Ambulante. COMPETENCIA. La competencia de los Jueces ambulantes se extiende a todo el territorio nacional, mediante asignación de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal y les corresponde la instrucción y calificación del sumario. Auto de colisión. AGOSTO 23 DE 1991. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Sesenta y Cinco Inseriminal de Bogotá. Procesado (s): Alvaro Coneo C. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. ... 202

REFORMATIO IN PEJUS. COMPETENCIA. LIBERTAD. En firme la sentencia, al Juez de primera instancia corresponde decidir sobre el beneficio de libertad en relación con el principio constitucional de la *reformatio in pejus.* Auto de casación. AGOSTO 27 DE 1991. *Se abstiene de decidir.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): José Nicolás Gil Castaño. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 206

REFORMATIO IN PEJUS. LIBERTAD. Tratándose de la libertad del condenado, la Corte tiene competencia para decretarla con base en la aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional. Auto de casación. AGOSTO 27 DE 1991. *Dispone cancelar órdenes de captura.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Martha Soraya Vidal Gutiérrez. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional 208

DEMANDA DE CASACION. Técnica. La demanda de casación no es un simple escrito de instancia y en su elaboración se deben observar los requisitos mínimos exigidos por la ley procesal. Auto de casación. SEPTIEMBRE 4 DE 1991. *Rechaza demanda de casación.* Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado (s): Luis Ernesto Beltrán Acencio. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 211

IMPEDIMENTO. Las pautas que en sentido general y amplio ha sentado la Corte, no son obstáculo para que en un caso patente de prejuzgamiento, se dé nacimiento a la causal de impedimento especial que normalmente no se produce. Auto de impedimento. SEPTIEMBRE 4 DE 1991. *Admite impedimento.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Rubén Darío Pinilla Cogollo y Javier Zapata Ortiz. Ma-

Págs.

gistrados del Tribunal Superior de Medellín. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. 215

INDICIO. ERROR DE HECHO. La prueba indiciaria es impugnable por la vía del error de hecho, cuando se ataque no la prueba en sí sino la inferencia lógica en que la misma consiste. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 4 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Jorge Eliécer Rubio Gaviria. Delito. Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 302 del Código de Procedimiento Penal. 220

PREVARICATO. Omisivo. Cuando el exceso de erudición se convierte en el abandono de algunos procesos que sufren demoras injustificadas en su fallo, se incurre en una conducta reprochable. Auto de única instancia. SEPTIEMBRE 4 DE 1991. *Profiere resolución de acusación*. Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Guillermo Escobar Mejía, Fiscal del Tribunal Superior de Medellín. Delito: Prevaricato omisivo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 229

PARTE CIVIL. APELACION. Sustentación. Cuando el vencimiento del término no tolera una sustentación por aparte, a la pretensión de reconocimiento de la parte civil, debe agregarse la interposición del recurso y la sustentación del mismo. Auto de recurso de hecho. SEPTIEMBRE 5 DE 1991. *No concede el recurso de apelación*. Tribunal Superior de Popayán. Procesado (s): Harold Londoño Tobón, Juez Laboral del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 207 del Código de Procedimiento Penal. 237

PARTE CIVIL. APODERADO. El apoderado dentro de un proceso puede sufrir daño efectivo y real por la actuación ilícita de un funcionario. Auto de segunda instancia. SEPTIEMBRE 5 DE 1991. *Confirma providencia*. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado (s): Pedro José Ribero Ferreira. Delito: Delitos contra la Administración Pública. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 44 del Código de Procedimiento Penal. 242

PENA. Ira. Cuando la investigación recoge abundante y grave prueba sobre la diminuente que consagra el artículo 60 del Código Penal, el juzgador debe asemerarse en la confrontación de ese sustancial aspecto, para reconocerlo o extrañarlo. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 10 DE 1991. *Casa parcialmente*. Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Fanny Sampayo Alvarez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 60 del Código Penal. 247

PREVARICATO. Intereses. La aplicación del artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el 69 *ibidem*, solamente procede cuando en los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital, no se hubiere especificado por convenio el interés. Auto

Págs.

de segunda instancia. SEPTIEMBRE 11 DE 1991. *Confirma resolución de acusación.* Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Orlando Ramírez Bahamón y Eduardo Alfonso Trujillo Niño, Juez y Secretario Tercero Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 263

REVISION. Son tan exigentes los motivos de revisión, porque sólo excepcionalmente la cosa juzgada puede ser cuestionada y removida. Auto de revisión. SEPTIEMBRE 11 DE 1991. *Inadmite demanda de revisión.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): José Santiago González. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. ... 277

COMPETENCIA. CONEXIDAD. La capacidad de un funcionario para conocer determinados delitos, sólo le puede ser conferida por la ley. Sentencia de casación SEPTIEMBRE 12 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Aduanas. Procesado (s): Roberto María Delgado. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 5º del Decreto 1861 de 1980. 280

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. COMPETENCIA. En el delito de falsedad documental puede ser distinto el lugar de su consumación, según se trate de documento privado o público. Auto de colisión. SEPTIEMBRE 12 DE 1991. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali. Procesado (s): Marino Cobo Titimbo. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 297

INDAGACION PRELIMINAR. Competencia. Para adelantar esta especial indagación la iniciativa del Juez de Instrucción no sufre desmedro en el evento de que una Corporación, sea la que deba conocer de los hechos denunciados. Auto de única instancia. SEPTIEMBRE 12 DE 1991. *No decreta nulidad.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Pablo Emilio Parra Mojica. Delito: Abuso de autoridad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 300

DEMANDA DE CASACION. Los cargos han de ser presentados con claridad, precisión, sustento jurídico y demostración contundente del yerro acusado, teniendo en cuenta que si bien cada cual goza de autonomía, no puede depender de los demás. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 13 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Luis Arias y Julián Peláez. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 303

IMPEDIMENTO. RECUSACION. No hay diferencias entre la invitación al impedimento y la solicitud al funcionario de que se declare impedido y no puede aceptarse que, en uno y otro caso, se eleve a la categoría de *recusación*, lo que en rigor jurídico no lo es. Auto de impedimento. SEPTIEMBRE 16 DE 1991. *Se inhibe de pronunciarse.* Tribunal Supe-

Págs.

rior de Bogotá. Procesado (s): Jorge Alberto Hernández Esquivel, Magistrado. Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 315

PREVARICATO. La Corte no está en la obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal. Auto de segunda instancia. SEPTIEMBRE 18 DE 1991. *Confirma cesación de procedimiento.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Amparo Leonelia Rojas O. y Harold Insunsty A., Jueces Primero Penal Municipal de la Florida y Quinto Penal del Circuito de Palmira. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 320

REFORMATIO IN PEJUS. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Al revocar en su fallo de segunda instancia el subrogado de la condena de ejecución condicional, el Tribunal hizo más gravosa la situación punitiva bajo la cual se hallaba el procesado, contrariando de ese modo el mandato constitucional del artículo 31 de la actual Carta Política. Auto de casación. SEPTIEMBRE 18 DE 1991. *Concede libertad.* Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Gonzalo Zuleta. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 327

ERROR DE HECHO. ERROR DE DERECHO. Tradicionalmente la Corte ha establecido precisos lindes entre los dos yerros, sin embargo, esto no es óbice para que de un estudio detallado de ellos a más de encontrar exclusiones, halle también complementos en su invocación simultánea. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 19 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Alirio Duarte Forero o Medina. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 330

FUERO. JURISDICCION PENAL MILITAR. El hecho, común o militar, para que pueda ser juzgado con arreglo a la legislación militar debe ser efectuado en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 20 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Saúl Ojeda Castro. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Decreto 2550 de 1988. 338

REPOSICION. Punto nuevo. Por "puntos nuevos" han entendido jurisprudencia y doctrina aquellos que aparecen por primera vez en la parte resolutiva. Auto de única instancia. SEPTIEMBRE 20 DE 1991. *Se abstiene iniciar sumario.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Jaime Omar Cuéllar Romero. Delito: Inhibitorio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 348 del Código de Procedimiento Penal. 345

FUERO. COMPETENCIA. JUEZ. En los procesos seguidos por delitos de responsabilidad, son la calidad del funcionario inculpado y la naturaleza de la infracción cometida los que determinan el fuero especial

Págs.

y señalan la competencia. Auto de colisión. SEPTIEMBRE 23 DE 1991. *Dirime colisión de competencia*. Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Gloria Luz Barrera Robledo, Juez Ciento Dos de Instrucción Criminal (ambulante). Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 69 del Código de Procedimiento Penal. 349

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). JUEZ (SALVAMENTO DE VOTO). A los Tribunales Superiores de Distrito Judicial corresponde el juzgamiento de los Jueces, sin dejar de lado el lugar de la comisión donde la acción u omisión adquieren relevancia penal. Auto de colisión. SEPTIEMBRE 23 DE 1991. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 69 del Código de Procedimiento Penal. 353

PENA. CONFESION. El procesado se coloca en posición incompatible con la aminorante punitiva, cuando, lejos de aceptar una responsabilidad mermada por la ocurrencia de un factor disminuente en su obrar, pretende la absoluta exoneración por la presencia de una causal de inculpabilidad o excluyente de la antijuridicidad. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 26 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Carlos Arturo Sosa Duarte y otros. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. 357

PROCESADO. Identificación. El nombre con el cual se haya conocido o dado a conocer el procesado, cuenta de manera secundaria, importante sí que no se dude respecto de su determinación física. Sententencia de casación. OCTUBRE 1º DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Wilson Ortiz Guzmán. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 127 del Código de Procedimiento Penal. 365

REVISION. CASACION. Reiterada ha sido la jurisprudencia de la Corte al advertir que, en sede de revisión solamente tienen acogida los llamados errores *in iudicando*. Sentencia de revisión. OCTUBRE 3 DE 1991. *Niega la revisión*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Orlando Flórez Triana. Delito: Acceso carnal violento y corrupción. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. 371

ESTAFA. Es indiferente si para ello se requiere o no de la relación personal y directa entre el estafador y el estafado, pues en tal situación, la inducción o el mantenimiento en error pueden ser directos o personales o indirectos o genéricos. Sentencia de casación. OCTUBRE 9 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Gabriel y Fernando Camacho y otros. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 377

Págs

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. Todos los casos en que se haya aplicado el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, deberán ser revisados de acuerdo con el criterio expuesto por los juzgadores de instancia en la sentencia (en igual sentido auto de 16 de octubre de 1991, Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez). Auto de casación. OCTUBRE 9 DE 1991. *Niega libertad.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Luis Alberto Quezada Gómez. Delito: Fabricación y tráfico de armas. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículos 201 y 202 del Código Penal. 387

DEMANDA DE CASACION. Técnica. PENA. Discrecionalidad. No prospera el cargo cuando se plantean censuras para cuestionar el ejercicio de la discrecionalidad judicial. Sentencia de casación. OCTUBRE 10 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): William Rodríguez Camargo. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 390

NULIDAD. Mora. DERECHO DE DEFENSA. La mora sólo atenta contra el debido proceso, cuando obedece a un arbitrario desconocimiento de los términos judiciales. Sentencia de casación. OCTUBRE 10 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Procesado (s): Camilo Bernal Izquierdo. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 317 del Código de Procedimiento Penal. 397

JURISDICCION PENAL MILITAR. FUERO. Los excesos extralimitaciones o abusos cometidos por los integrantes de las fuerzas del orden, mientras realizan los deberes inherentes a su encargo, no eliminan su condición de tal, ni desvirtúan su status oficial. Sentencia de casación. OCTUBRE 11 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Víctor García R. y otro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto de los doctores Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas. ... 404

JURISDICCION PENAL MILITAR (SALVAMENTO DE VOTO). FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). Para que se dé de la competencia de la justicia castrense, no sólo es necesario que se trate de un miembro activo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni que esté de servicio, sino que además de los anteriores requisitos la conducta motivo del juzgamiento debe haberse realizado con ocasión del mismo, o en relación con él. Sentencia de casación. OCTUBRE 11 DE 1991. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Salvamento de voto de los doctores Guillermo Duque Ruiz y Edgar Saavedra Rojas. 418

DERECHO DE DEFENSA. SUMARIO. Durante todo el desarrollo del sumario el procesado debe estar debidamente asistido por un abogado. Sentencia de casación. OCTUBRE 15 DE 1991. *Casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Raúl Arturo Garay Quevedo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas.

Págs.

Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 29 del Código Penal. 420

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO). SUMARIO (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando el sumario se ha adelantado con reconocibles muestras de imparcialidad y se ha logrado conformar una estructura completa, el proceso debe mirarse como válido y tenerlo por debido. Sentencia de casación. OCTUBRE 15 DE 1991. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez, Gustavo Gómez Velásquez y Juan Manuel Torres Fresneda. 431

CASACION. Técnica. Cuando se alega violación directa de la ley sustancial, es deber del recurrente aceptar explícita o implícitamente los hechos en la forma en que fueron reconocidos por el juzgador. Sentencia de casación. OCTUBRE 16 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Yesid Clavijo Rodríguez. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 435

REFORMATIO IN PEJUS. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. El artículo 31 de la Constitución Nacional emplea una forma verbal (agravar), que cobija tanto el *quántum* como la agregación de otras sanciones o la modalidad de su ejecución. Sentencia de casación. OCTUBRE 22 DE 1991. *Casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Orlando Ibarra Russi. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 441

ESTAFA. Es imperioso que entre la maniobra engañosa y el aprovisionamiento exista una estrecha relación de causalidad, hasta el punto que lo uno no puede ser sino consecuencia de lo otro. Sentencia de casación OCTUBRE 23 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Héctor Julio Fandiño Pinzón. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 356 del Código Penal. 448

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. No siempre que se alegue la aplicación indebida debe plantearse otra norma sustancial como la que se ha debido aplicar. Sentencia de casación. OCTUBRE 23 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): José Edilberto Rico Barragán. Delito: Peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 457

PREVARICATO. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Tratamiento penitenciario. El Juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario. Sentencia de segunda instancia. OCTUBRE 24 DE 1991. *Confirma sentencia condenatoria.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Gustavo Montejo Reyes, Juez Cuarto de Instrucción Criminal.

Págs.

Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 149 del Código Penal. 462

PREVARICATO. JUEZ. Civil. El principio inquisitivo –que en materia probatoria orienta y regula la legislación procesal civil–, señala al juzgador la obligación de emplear sus poderes oficiosos, para la búsqueda de la verdad histórica o material en contraposición a la formal o meramente externa. Auto de segunda instancia. OCTUBRE 30 DE 1991. *Confirma parcialmente*. Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Procesado (s): Guillermo Pinzón Delgado, Juez Veinticuatro Civil de Circuito. Delito: Delito contra la Administración Pública. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 471

SECUESTRO EXTORSIVO. SECUESTRO SIMPLE. Basta en el secuestro extorsivo el ánimo de obtener utilidad y en el secuestro simple, por exclusión, un propósito distinto, sin que se contemple referencia alguna a la ilicitud de la exigencia. Sentencia de casación. OCTUBRE 30 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Jorge Rubio y Germán Sánchez Laverde. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 268 del Código Penal. 477

TORTURA. Definición. El legislador no define la tortura consagrada como tipo penal residual, ni como circunstancia específica de agravación punitiva. Sentencia de casación. OCTUBRE 30 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Jorge Rubio y Germán Sánchez. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículos 270 y 279 del Código Penal. ... 477

SENTENCIA. Corrección. Las figuras de la aclaración, corrección y adición dentro del término de ejecutoria de las sentencias, son mecanismos procesales para corregir errores puramente objetivos. Auto de casación. OCTUBRE 30 DE 1991. *No aclara fallo de casación*. Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Moisés Tuaty Alexander. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 216 del Código de Procedimiento Penal. 483

ERROR DE HECHO. TESTIMONIO. En el caso de que el juzgador se salga de las pautas fijadas legalmente en la valoración del testimonio, se incurre en error de hecho, porque se quiebra la lógica, la racionalidad –objetiva– que debe servir de piso a su valoración. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 5 DE 1991. *No casa*. Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado (s): Angel Cliveros Niebles. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 487

PARTE CIVIL. Perjuicios. PENA. APELACION. La parte civil no puede solicitar la modificación de la pena privativa de la libertad, salvo que de ella dependa el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción. Auto de casación. NOVIEMBRE 5 DE 1991. *Concede libertad*. Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo. Procesado (s): Salvador Cortés Méndez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doc-

Págs.

tor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 60 del Código Penal. 493

CASACION. IN DUBIO PRO REO. Son diferentes y de suyo sustancialmente inconfundibles los yerros surgidos del reconocimiento de la duda razonable y su omisión en aplicarla, de la ignorancia sobre su existencia. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Pedro Pablo Mesa Hernández. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 497

CONFESION. PENA. La ley no se restringe a la mención única de la "confesión", sino que ha agregado el mérito que ésta debe contener y expresar. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Manizales. Procesado (s): Jorge William García Tabares. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. 504

HOMICIDIO. Cónyuge. La calidad de cónyuge que da lugar a la aplicación de la agravante no es únicamente la que surge del vínculo jurídico, sino el que corresponde a una efectiva y real relación. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Antioquia. Procesado (s): Nelson Ortiz Salas. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 234 del Código Penal. 509

ERROR DE HECHO. CASACION. La censura por presuntos errores de hecho en la apreciación probatoria, no puede quedarse en la sola invocación. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 14 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Procesado (s): Carlos Enrique Díaz Silva. Delito: Falsedad en documento privado. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 520

IMPEDIMENTO. Salas. No surge el impedimento, cuando en la etapa del sumario, el pronunciamiento del Tribunal se dirige exclusivamente a fijar la competencia para conocer del proceso, basándose en circunstancias objetivas. Auto de impedimento. NOVIEMBRE 14 DE 1991. *Declara infundado el impedimento.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Edgar Escobar López, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 535 del Código de Procedimiento Penal. ... 526

HABEAS CORPUS. La institución del *habeas corpus* no reglamenta una instancia jurisdiccional que permita la revisión del contenido de la decisión que restringe la libertad de un ciudadano. Auto de segunda instancia. NOVIEMBRE 19 DE 1991. *Confirma sentencia condenatoria.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): José Rafael Alfredo Pulido Rodríguez, Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 464 del Código de Procedimiento Penal. 532

Pág.

HABEAS CORPUS. Como este instituto apunta a la garantía de la libertad personal, su reglamentación se excepciona de los mecanismos propios de la instancia. Auto de segunda instancia. NOVIEMBRE 19 DE 1991. *Se inhibe de desatar recurso de apelación.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Alejandro Londoño Tamayo y otro. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 456 del Código de Procedimiento Penal. ... 542

COMPETENCIA. Territorial. DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA. Con la creación del Distrito Judicial de Antioquia, quedó el Círculo de Santa Rosa de Osos expresamente incorporado a esa nueva comprensión territorial (en el mismo sentido auto de 29 de noviembre de 1991, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas). Auto de colisión. NOVIEMBRE 20 DE 1991. *Dirime colisión de competencia.* Juzgados Superiores de Yarumal. Procesado (s): Eduard Vasco Duque. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Decreto 2270 de 1989 547

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Secuencia legislativa en la represión punitiva del tráfico de armas. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 20 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): César Augusto Bastidas Arenas y otro. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 2368 de 1991. 552

PORTE ILEGAL DE ARMAS. Custodia. En los Comandos Generales de Brigada está centralizada la custodia de las armas que son objeto de decomiso. Auto de segunda instancia. NOVIEMBRE 20 DE 1991. *Confirma resolución de acusación.* Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado (s): Cristóbal Lozano Romero. Juez Primero de Inscriminal. Delito: Falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Decreto 1853 de 1979. 573

RECURSO. JUEZ COMISIONADO. Ante el funcionario comisionado, puede interponerse y sustentarse el recurso (en el mismo sentido auto de 27 de noviembre de 1991, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas). Auto de casación. NOVIEMBRE 20 DE 1991. *No repone auto.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Iván Darío Espinosa. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 196 del Código de Procedimiento Penal. 581

IMPUTABILIDAD. Embriaguez. No siempre que el individuo actúe bajo los efectos del alcohol, carece de conciencia y voluntad de realizar el tipo objeto del delito. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 21 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Tunja. Procesado (s): Julio Roberto Niño Martín. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 31 del Código Penal. ... 584

DERECHO DE DEFENSA. INDAGACION PRELIMINAR. La ausencia del procurador judicial en la etapa de indagación preliminar, cuando se comprueba que de cualquier otra manera las garantías constitucionales han sido tuteladas, hará que el fallador sopese la declaración

Págs.

de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 26 DE 1991. *No casa.* Tribunal Superior de Montería. Procesado (s): Alejandro Támer Parra y otros. Delito: Secuestro Extorsivo. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 352 del Código de Procedimiento Penal. ... 589

REVISION. PRUEBA. Naturaleza. Las pruebas que se presenten o que deban surtirse durante el trámite de la revisión, deben tener al menos la virtud de presentar la verdad de lo acontecido, distinta de aquella declarada en la sentencia objeto de impugnación. Auto de revisión. NOVIEMBRE 27 DE 1991. *Rechaza demanda de revisión.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Aladino Ortega Moreno. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 601

REVISION. JURISDICCION DE ADUANAS. Como se eliminó el carácter de hecho punible a las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero, la Corte perdió competencia para desatar el recurso de revisión. Sentencia de revisión. NOVIEMBRE 29 DE 1991. *Se abstiene de desatar el recurso.* Tribunal Superior de Aduanas. Procesado (s): Alvaro Enrique Rincón Salamanca. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Decreto 1750 de 1991. 606

CONFESION. Plural. La simultaneidad en la cooperación con la justicia, permite otorgar el beneficio a un número plural de procesados. Sentencia de casación. DICIEMBRE 3 DE 1991. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): José Jesús Poloche Muñoz y otro. Delito: Secuestro extorsivo. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. 610

REFORMATIO IN PEJUS. Oportunidad. COSA JUZGADA. La aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional no puede estar supeditada a que el proceso respectivo todavía se encuentre en trámite. Auto de única instancia. DICIEMBRE 3 DE 1991. *No inicia investigación.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Armando Vergara Cárdenas y Lilio César González V., Magistrados del Tribunal Superior de Sincelejo. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 31 de la Constitución Nacional. 619

PERJUICIOS. PREVARICATO. No es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados con el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal. Sentencia de segunda instancia. DICIEMBRE 4 DE 1991. *Modifica sentencia condenatoria.* Tribunal Superior de Pasto. Procesado (s): Alvaro Laureano Gómez Luna, Juez Veintisés de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 38 del Código de Procedimiento Penal. 622

Págs.

AUTO INHIBITORIO. El auto inhibitorio tiene una ejecutoria puramente formal. Auto de única instancia. DICIEMBRE 6 DE 1991. *No revoca su auto.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): General José Guillermo Medina Sánchez, Director de la Policía Nacional. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 352 del Código de Procedimiento Penal. 630

PECULADO. Secuestre. Es innegable la disponibilidad jurídica de los bienes que aprehende un Juez comisionado para secuestrar bienes embargados y entregarlos al secuestre o depositario. Auto de segunda instancia. DICIEMBRE 11 DE 1991. *Confirma resolución acusatoria.* Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Procesado (s): Nohora Gema Gómez de Ruiz, Juez Quinto Civil Municipal. Delito: Falsedad y peculado. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 133 del Código Penal. 633

EMPLEADO OFICIAL. Como recomendación práctica para el manejo judicial del concepto EMPLEADO OFICIAL que utiliza el Código Penal, la Sala indica la necesidad de investigar la naturaleza jurídica de la entidad en la cual prestó sus servicios el sindicado. Sentencia de casación. DICIEMBRE 12 DE 1991 *Casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Carlos Arturo Rendón Alvarez. Delito: Falsedad en documento y peculado. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 63 del Código Penal. 639

SENTENCIA. Error aritmético. La corrección de la sentencia por error aritmético no puede modificar, alterar o reformar lo que fue materia de debate y decisión. Auto de única instancia. DICIEMBRE 13 DE 1991. *Niega corrección de la sentencia condicional.* Procesado (s): Mario Enrique Penagos Portela y otros. Delito: Peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 216 del Código de Procedimiento Penal. 656

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial
"PARA LA LIBERTAD" en el mes de junio de 1995.
Penitenciaria de Colombia

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA