REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber leyes no es tan solamente en aprender el decir las letras dellas, más es saber el verdadero entendimiento". (Siete Partidas: 1ª, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MAYO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXIX NUMERO 2468

PRIMER SEMESTRE

SANTAFE DE BOGOTA D. C., COLOMBIA - AÑO 1992

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.

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

PRIMER SEMESTRE 1992

SALA PLENA

Doctor Pedro Lafont Pianetta, Presidente
Doctor Dídimo Páez Velandia, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria General

SALA CIVIL

Doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Presidente
Doctor Carlos Jaín Moya Colmenares, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Edgardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA LABORAL

Doctor Ernesto Jiménez Díaz, Presidente
Doctor Javier Antonio Ferrándiz Sierra, Secretario

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 Ricardo Calvete Rangel, Presidente
Doctor Rafael Ignacio Cortés Canales, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Cerveón Lucerga
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Velásquez
Didime Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Patricia Duque Sánchez
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES

SALA CIVIL

Doctor Rafael Rodríguez Mello

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA PENAL

Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez

TUTELAS

Doctora Piedad Ardila Espinosa

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctor Rafael Rodríguez Melo*
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Isés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez*
TUTELAS: *Doctora Paulat Arrilla Espinosa*

Tomo CCXIX - Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia - Año 1992 - Número 2468

SALA DE CASACION PENAL

DEMANDA DE CASACION / PRINCIPIO DE LIMITACION

La Corte debe respetar el pensamiento del actor, restando la posibilidad de complementar o corregir las fallas del libelo.

NARCOTRAFICO - Calidad de la sustancia

La calidad de la sustancia no es ya factor determinante de la entidad de la pena imponible en un caso determinado.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 03. Casación No. 6091

Vistos:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado *Omar de Jesús Duque Muriel* en contra del fallo proferido el 19 de febrero de 1991 por el Tribunal Superior de Manizales, con el cual se le modificó para agravarla, la sanción impuesta en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Anserma como infractor al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Hechos:

1.- El Agente de la Policía Nacional *Omar de Jesús Duque Muriel* resultó aprehendido con su compañero de uniforme *Rubén Antonio Valencia* y el particular *Gustavo Emilio Imbata Trejos* en la noche del once de agosto de 1990, tras ser sorprendido cuando arrojaba por una de las ventanillas del Renault 4 de placas KD-7986 en que se desplazaba en zona urbana de la ciudad de Anserma, un paquete en cuyo interior fueron halladas varias bolsas de polietileno contentivas de bazuco.

2.- Iniciada la investigación en el Juzgado Penal del Circuito de Anserma, su trámite se ciñó al procedimiento abreviado según determinación tomada mediante auto de agosto 17 de 1990, providencia que a un tiempo definió la situación provisional de *Duque Muriel* con medida de aseguramiento de detención preventiva, en cuya parte considerativa se concretó la imputación bajo la modalidad del porte de sustancia estupefaciente a base de cocaína, en cantidad superior a los 100 gramos (inciso primero, artículo 33 de la ley 30 de 1986).

Culminada la instancia, profirió el Juzgado el 13 de noviembre siguiente fallo de condena en contra del único acusado, pues la investigación prosiguió bajo copias en contra de los co-implicados, imponiéndosele a *Omar de Jesús Duque* la pena principal de doce (12) meses de prisión y $82.050 de multa, adicionándole como accesoria la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y privándole del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Llegado el asunto a conocimiento del Tribunal Superior de Manizales por vía de alzada, el cargo se retomó en la forma en que había sido formulado originariamente por el Juzgado, confirmando la condena pero elevando la sanción de prisión a cuatro (4) años y la pecuniaria a la suma de $410.250,oo decisión en contra de la cual se impugna extraordinariamente.

La Demanda:

Endereza el actor único cargo en contra del fallo de segunda instancia, invocando la causal primera de casación del Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, atribuyendo al Tribunal la violación de la ley sustancial por haber dado "una interpretación errónea, distinta y completamente diferente al Artículo 33 de la Ley 30/86", ubicando la conducta del procesado bajo el evento del inciso primero, cuando el comportamiento imputado correspondía a la fórmula más benigna del inciso segundo.

Dentro de la anunciada demostración del cargo y transcribiendo aparte del fallo que impugna, recuerda el censor que los dictámenes sobre reconocimiento de la sustancia señalaron que su pureza solamente alcanzaba entre el 40 y el 47,6%, información de la cual deduce que el contenido de cocaína no llegaba a los cien gramos en total de la sustancia decomisada.

De esta premisa infiere que la norma aplicable al caso juzgado debería ser la del inciso segundo de la comentada disposición, pues considera injusto que la pena a imponer sea mayor cuando se decomisa menos de cien gramos de cocaína porque están mezclados con mayor cantidad de otra sustancia inerte, que cuando se alcanza a portar inclusive los 99 gramos de la sustancia pura, tesis del Juzgado que a la defensa le parece más acertada y justa de aquella por la cual se inclinó el Tribunal, corporación que para nada sopesó la situación del procesado, de éste modo notablemente más gravosa.

A lo anterior se añade que por ninguna parte el inciso segundo del artículo 33 traído a cita condiciona su aplicación al propio consumo como destino de la sustancia detentada, rematando con la afirmación de que el defecto predicado constituye un "error de derecho" "...al darle a determinados hechos la calidad de configurativos de los ilícitos sancionados en el inciso primero del Art. 33 de la ley 30/86, cuando en realidad éstos se ubican en el inciso segundo de la citada norma", lo que habría de llevar a la Corte a casar el susodicho fallo, profiriendo en su lugar aquel que corresponda de conformidad con el inciso segundo del Artículo 33 ya invocado.

Concepto del Ministerio Público:

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal descorrió el traslado de rigor, sugiriendo a la Corte la desestimación del cargo invocado,

señalando los protuberantes errores de técnica que en su formulación incurrió el censor, pero además, e ingresando en el tema planteado, el desacierto argumental sobre el cual se sienta la aspiración propuesta.

En el primer aspecto se resalta cómo lejos de indicarse en la demanda el motivo y el sentido de la violación escogidos para enderezar el ataque, callando el censor si invoca la violación directa o la indirecta, su formulación impide el esclarecimiento de ese aspecto sustancial dentro de la técnica que rige el recurso, pues alternativamente se sugiere que el *ad-quem* incurrió en interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 33 de la ley 30 de 1986, desatendiendo que se trata de dos eventos disímiles e inconciliables, que jamás podrían ser aducidos válidamente a un mismo tiempo.

Sin embargo de ésta observación basilar a la demanda, agrega la Delegada que tampoco bajo la consulta de las razones con las cuales se pretende la sustitución del fallo de condena, podría esa aspiración cobrar vigencia, pues la aplicación del comentado artículo 33 era ineludible, conocida la cantidad total de la sustancia y su destino al comercio, no al consumo, además de que una interpretación como la pretendida llevaría a la inaceptable conclusión de hacer atípica la conducta del tráfico con las sustancias que como el bazuco, pese a integrar apenas una parte del principio activo de la cocaína, generan grave perjuicio a la salud de sus usuarios.

Consideraciones de la Corte:

1. Tiene razón en su severa crítica el Ministerio Público, cuando repara en la demanda la presencia de defectos de técnica flagrantes como suficientes para determinar el absoluto fracaso de la impugnación.

Procede para comenzar el resaltar que de ninguna manera hizo notorio el libelista si su acusación se centraba en la ocurrencia de una violación directa de la ley sustancial, o si a ella se había llegado por la vía de una errada apreciación de las pruebas, sin que una u otra hipótesis logre desestimarse dentro del desarrollo argumental, pues cuando parecía enrumbarse el discurso hacia la violación directa, acusando la imposición de una sanción más grave al acusado como consecuencia de la indebida aplicación del inciso primero del artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, pronto se centra la atención sobre los resultados de la prueba técnica de reconocimiento de las sustancias incau-

tadas, para sugerir que fue por su desatención como llegó a desconocerse que los porcentajes de mezcla de la cocaína no superaban el 47% del peso total del material, con lo cual se habría llegado a la confirmación de la pena más benigna impuesta al rematado.

Tan protuberantes omisiones e inconciliables posturas no podrían salvarse ahora y de manera oficiosa por la Sala, ceñida como se encuentra a la observancia del principio de limitación que esboza el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal, pues frente a él se impone a la Corte el respeto hacia el pensamiento del actor, restando la posibilidad de complementar o corregir las fallas del libelo, que dentro del coherente mandato del artículo 224 *ibídem*, estaba obligado a indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la impugnación, y cohibido al planteamiento de cargos incompatibles entre sí.

Si la violación de la ley sustancial quiso plantearse bajo la vía directa, fué acertada y suficiente la respuesta de la Delegada en su desestimación:

> "Aduce en primer lugar el demandante interpretación errónea del artículo 33 de la ley 30 de 1986 que describe y pune en sus dos incisos el porte y tráfico de estupefacientes, para a renglón seguido afirmar que el Tribunal al desatar la alzada "aplicó" en forma equivocada el inciso primero excluyendo el segundo al calificar de insostenibles las acertadas consideraciones que en su sentir plasmó el juzgador *a-quo*.
>
> Evidente el desacierto porque olvida que la aplicación indebida supone el yerro del sentenciador en la escogencia de la norma reguladora del caso concreto lo que implica a su vez, el rechazo absoluto de esa disposición fundamento a la postre de la decisión. En tanto que la errada interpretación consiste en que habiendo acertado el juzgador en la selección de la norma, a su contenido sin embargo se le otorgan alcances y significados distintos a los pretendidos por el legislador; siendo por tanto un contrasentido sostener que a pesar de atinar el sentenciador en la escogencia de la ley sustancial, ella de todas formas no es procedente porque otra bien diversa es la apropiada".

Cuando hace luego el libelista alusión a los dictámenes rendidos por el Instituto de Medicina Legal para fijar el grado de pureza de la sustancia estupefaciente, todo parecería indicar que el reclamo enruta hacia un

posible error de hecho, porque el juzgador no tuvo en cuenta esos dictámenes, si nó porque llegó a su tergiversación incurriendo en un falso juicio de identidad. Sin embargo, cuanto a la postre se afirma es que con ello se protagonizó un "error de derecho que vicia la sentencia acusada" de modo "trascendente y manifiesto", afirmación que una vez más se restringe al solo enunciado, que jamás se explica ni encamina a la demostración de un falso juicio de legalidad o un falso juicio de convicción, y que dentro del principio de neutralidad inhibe tanto a la Corte la posibilidad de complementar el alegato, como la de superar las contradicciones flagrantes que se muestran de relieve, y que en el fondo llevan con la inadmisible posibilidad de conjugar la violación directa con la indirecta, al necesario rechazo del libelo.

2.- Siendo lo anterior suficiente para la desestimación del cargo formulado, solo para atender aquella inquietud del Ministerio Público encaminada al entendimiento de la disposición del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 frente al tema de los porcentajes de principio activo integrados a una cantidad mayor de sustancia estupefaciente derivada, se ha de recordar que al contrario de cuanto ocurría en vigencia del Estatuto anterior (Decreto 1188 de 1974, artículo 43-3), la calidad de la sustancia no es ya factor determinante de la entidad de la pena imponible en un caso determinado, persistiendo tan solo el factor cantidad en la determinación tanto de la dosis personal, como de los factores que deslindan las dos modalidades previstas en los incisos del artículo 33, y aún para un mayor incremento como así lo dispone el artículo 38-3 del Estatuto que hoy regula la materia.

Lejos de abrirse camino en la legislación actualmente vigente a las discusiones doctrinales que el censor plantea, el tema aparece dilucidado sin dificultad alguna en los artículos 2o. y 33 de la Ley 30 de 1986, pues el inciso segundo del literal j en la primera disposición, equipara la cocaína con "cualquier *sustancia a base de cocaína*", lo que a todas luces reconoce que la incorporación del alcaloide resulta de por sí variable o indiferente para afectar el factor "cantidad", concepto que se reitera en el artículo 33, fijando la sanción frente al tráfico de toda "droga que produzca dependencia", e insistiendo en el inciso segundo, en que el límite de los cien gramos fijado para la cocaína, lo es también para cualquier *"sustancia a base de cocaína"*.

La claridad de esa advertencia dentro de la sistemática del Estatuto, no da lugar a especulaciones ni esguinces interpretativos.

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 recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de procedencia.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

IMPEDIMENTO \ ACCION DISCIPLINARIA

La Sala mayoritaria ha admitido la operancia de la causal de impedimento, sobre la base de que la opinión vertida por el funcionario que adelanta la investigación criminal, cuando conoció del trámite disciplinario, ciertamente es vinculante y constitutiva de causal de impedimento.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 03. Radicación No. 7117.

Vistos:

Resuelve la Sala la recusación formulada en contra del Doctor *José Rafael Angarita Zerpa* en su condición de Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, por el procesado Jaime Armando Chávez Bustos, sindicado del delito de Abuso de Confianza, en proceso que arribó a esa Colegiatura a fin de desatar la alzada interpuesta en contra de la providencia que resolvió la situación jurídica del inculpado.

Consideraciones:

1o.- La recusación formulada en contra del Magistrado *Angarita Zerpa* la fundamentó el procesado Chávez Bustos en el hecho de que el mismo Magistrado falló en su contra un proceso disciplinario que se adelantó con base en los mismos episodios que originaron luego la investigación penal, e invocó entonces lo dispuesto en el inciso 4o. artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, reclamando del funcionario su separación

del conocimiento de éste proceso, por 'haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del mismo'.

Inadmitió el Ponente la recusación, contestando al formulante que la opinión que virtió en el asunto disciplinario referenciado no era vinculante para impedirle conocer del proceso penal donde se investigan los mismos episodios que originaron el primero, pues, según lo recuerda, la Jurisprudencia Nacional desde antaño y pacíficamente viene señalando que aquella 'opinión' que vierten los Funcionarios Judiciales en cumplimiento de sus deberes y, en desarrollo de su competencia funcional, no constituye causal de impedimento.

2o.- La copia del fallo disciplinario anexa al escrito de recusación presentado por el procesado Jaime Armando Chávez Bustos, informa que ese averiguatorio se inició por queja que formuló el ciudadano Samuel Bohórquez Tarazona, reprochando al abogado el haberse apropiado de dineros que entregó para gestiones judiciales previamente contratadas con éste; asunto que culminó con sentencia adversa al profesional del derecho, a quien se irrogó sanción disciplinaria consistente en suspensión en el ejercicio de la profesión por el término de seis (6) meses; sentencia de la cual fue ponente el mismo Magistrado *José Rafael Angarita Zerpa*.

Los mismos episodios que informa el fallo disciplinario, son los que, en su connotación jurídico penal se investigan por medio de estas diligencias, en las que figura como denunciante el propio ofendido Samuel Bohórquez Tarazona.

3o.- Frente a esa identidad de hechos en los procesos disciplinario y penal y al resolver recusaciones formuladas en contra de funcionarios judiciales que han conocido de ambos, la Sala mayoritaria ha admitido la operancia de la causal de impedimento contenida en el numeral 4o, artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, sobre la base de que la opinión vertida por el funcionario que adelanta la investigación criminal cuando conoció del trámite disciplinario, ciertamente es vinculante y constitutiva de causal de impedimento.

Las razones esgrimidas entonces por la Sala, entre otras, en providencias de marzo 4 y abril 19 de 1991 y ponencias de los Magistrados, doctores Saavedra Rojas y Carreño Luengas, respectivamente, refieren a que:

"...Nadie discute que la acción disciplinaria y la penal se puedan ejercitar paralelamente, pues así lo dispone la propia ley y es por ello que con mucha frecuencia un mismo hecho es origen tanto de un proceso penal como de uno disciplinario; pero la aceptación de tales premisas no pueden llevarnos a aprobar que los juicios valorativos que haga el juzgador respecto de uno de ellos, sean diversos de los que deba realizar sobre los mismos hechos en el otro, porque a pesar de que la naturaleza de las infracciones y de cada uno de los procesos es diferente, los hechos originarios de las distintas acciones, son los mismos, y a pesar de lo afirmado con anterioridad, la verdad es que con menos exigencias que con la infracción penal , la falta disciplinaria igualmente requiere de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y es prácticamente imposible que cuando se haya realizado la valoración penal de unos hechos para concluir con la existencia de un prevaricato por omisión, por ejemplo, posteriormente el mismo juzgador enfrentado a los mismos hechos pudiera hacer abstracción de tales elucubraciones y pudiera hacer una nueva valoración sin que tuvieran influencia sobre su intelección las que en sentido similar realizó con anterioridad. Habrá que reconocer que resulta difícil, por no decir imposible, que en el ejemplo colocado a manera de hipótesis, después de haber condenado por prevaricato por omisión, se pudiera absolver por mora en el proceso disciplinario.

Tal la posición mayoritaria de la Sala, que si bien no es ni ha sido la de quien aquí suscribe como ponente, se adopta como fundamento de la decisión en el caso presente, acogiendo la recusación formulada por el procesado Chávez Bustos.

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

Resuelve:

Declarar fundada la recusación propuesta respecto del doctor Jose Rafael Angarita Zerpa Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta. Por consiguiente, se le declara separado del conocimiento de este asunto.

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, -con Aclaración de Voto: *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

IMPEDIMENTO / ACCION DISCIPLINARIA
(ACLARACION DE VOTO)

No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la comisión de un mismo hecho.

He suscrito la anterior providencia, acogiendo el que de fecha reciente ha venido a constituirse en criterio mayoritario de la Sala para la solución del tema propuesto, con el fin de agilizar la respuesta que de la Corte se demanda, y hacer honor a la determinación que la Corporación opta para casos parejos. Sin embargo, como mi personal criterio prosigue en discrepancia, también por lealtad a mi pensamiento debo transcribir, a continuación las razones que de tiempo atrás me distancian frente al análisis de la causal de recusación que se define, y que para agilizar el trámite en curso, plasmo apenas como una aclaración:

1.- No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la comisión de un mismo hecho, según establecen entre otros los artículos 83 del Decreto 052 de 1987 y 10 del Decreto 1888 de 1989.

2.- La competencia que asigna la ley tanto en materia penal como disciplinaria viene a recaer sobre unos mismos funcionarios, pues tanto a la Corte, como a los Tribunales e inclusive a los jueces otorgan el Código de Procedimiento Penal (artículos 68, 69 y 70 a 73) como el Decreto 1888 de 1989 (artículos 25 a 30) el conocimiento de las faltas cometidas por los funcionarios y empleados a quienes corresponde designar.

3.- Pese a la simultaneidad de las anotadas competencias, dentro de las taxativas causales de recusación no previó el legislador un motivo de impedimentos que marginara del juzgamiento penal al funcionario a quien hubiese correspondi-

do conocer anteladamente del mismo hecho en un trámite disciplinario, y viceversa, siendo fácilmente comprensible que de ser ello así, las recordadas disposiciones perderían su sentido, o entrarían a trasladar prácticamente la competencia para el segundo pronunciamiento a falladores *ad-hoc* o salas de conjueces.

En ese campo, y bueno será ahora el recordarlo, solamente aparece en el parágrafo del artículo 43 del anotado Decreto 1888 de 1989 el impedimento que para revisar sus propias providencias de destitución surge para las Salas Disciplinarias, con lo cual apenas si se reitera en esta materia la causal contenida en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

4.- El criterio que aún en época reciente traía la Corte en esta materia era bien distinto de aquel que en sus últimos pronunciamientos adopta: "...un juicio de valor que se emita para tener como una conducta como atentatoria del régimen disciplinario -dijo la Sala en julio 10 de 1990-, no es idéntico al que ha de vertirse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o no el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre materia diferente, que está reglada por parámetros diversos. Y mal pueden entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión", argumentos que entonces llevaron precisamente a desechar un impedimento basado en circunstancias idénticas al que hoy se acepta.

Es más, no escapa que existiendo diferencia en la redacción de los tipos que consagran las figuras penales y las faltas disciplinarias, siendo disímiles los bienes protegidos, distinta la naturaleza de cada disciplina y diversos los enfoques de las alegaciones, pero ante todo diferentes las pruebas, la valoración del mismo hecho bajo los dos aspectos no necesariamente debe conducir a la adopción indefectible de decisiones gemelas de absolución o de condena, porque la independencia de cada una de las actuaciones debe redundar precisamente en la independencia de sus soluciones, sin que pueda acusar el fallador un interés distinto al de administrar recta justicia, pues si media en él alguno de índole particular, cabe entonces, pero sólo entonces, la excusación por vía de la causal 1a. del artículo 103 del C. de P.P..." "...en ausencia de una causal de recusación que

para el caso se consagre, con la virtualidad suficiente para desplazar a quien por vocación legal se llama a intervenir en estos dos juzgamientos, recurrir a la del numeral 4 del artículo 103 del C. de P.P. implicaba, como de modo reiterado lo ha advertido la Sala, el que la anticipada opinión reuniera las exigencias de correspondencia con los hechos *sub-judice*, coincidencia con los elementos de convicción y unidad de circunstancias, al punto de que esa identidad genere el compromiso intelectual con el anterior pronunciamiento que resulta vinculante, desvaneciendo la imparcialidad debida. Sólo que tratándose de una situación excepcional, no presumible, y por ello de obligatoria demostración por el manifestante, no puede llegarse a ella por la vía de las inferencias que permiten los ejemplos... ...pues ello conduciría al riesgo de hacer de una excepción principio, marginando del juzgamiento al fallador que ex-profeso ha convocado el legislador a que intervenga".

Honorables Magistrados,

Juan Manuel Torres Fresneda.

IMPEDIMENTO - Sala

Conduce al impedimento la determinación que tenga relación con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Cómez Velásquez*

Aprobado Acta número 03

Vistos:

Encontrándose el presente proceso en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, en el trámite de la segunda instancia, fruto de la apelación interpuesta por el defensor del procesado *Ulvio Antonio Pedraza Gil*, a quien el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa misma ciudad, el 13 de agosto último, condenó a la pena principal de *tres (3) años de Prisión* y a las accesorias de rigor, como autor responsable del delito de *'falsedad en documento público'*, los Magistrados *José Alirio Cruz Perdomo, Ranulfo Guerrero Guerrero y Noriel Mejía Rendón*, quienes componían la Sala de Decisión a la que correspondía conocer del asunto, se declararon *impedidos* para actuar en el mismo, fundamentando su decisión así:

Que, al estudiar la determinación de esta Corporación de abril 24/90, encuentran que de allí se desprende que, "...sencillamente cuando la Sala respectiva o alguno de los miembros integrantes de otras Salas de Decisión, han tenido que ver con pronunciamientos de fondo atinentes a la tipicidad y culpabilidad del procesado, y/o a los perjuicios ocasionados con la infracción penal investigada, en la etapa de la investigación, están impedidos para actuar en la etapa de juzgamiento. No interesa,

pues, que la intervención en la primera etapa del proceso, no haya sido con motivo del recurso de apelación, para que se dé la causal en comento. Y ello debe ser así, porque el instituto de los impedimentos y de las recusaciones, como también lo ha fijado la Corte, lo estableció el legislador para 'despojar al fallador de prejuicios o preconceptos que puedan comprometer su criterio con posteriores decisiones, separando netamente las etapas de investigación y acusación de la de juzgamiento'.

"Sucede, entonces, que el pensamiento del Colaborador Fiscal Primero, en cuanto a la competencia de esta Sala, debe acogerse, puesto que los suscritos Magistrados *Cruz Perdomo y Guerrero Guerrero* intervinieron en la investigación de este proceso donde fijaron sus criterios reiterados sobre el hecho investigado y la responsabilidad del acusado *Pedraza Gil* en las providencias que resolvieron la situación jurídica de éste (fls. 183 y ss.) y calificaron la investigación primigenia (fls. 310 y ss.), en las que hubo aclaraciones (fls. 200, 318 y 323) y salvamento de voto (fl. 205). Y el doctor*Mejía Rendón*, integrante de la Sala, intervino en la confirmación de la resolución acusatoria".

El impedimento declarado por los doctores *Cruz Perdomo y Guerrero Guerrero* no fue aceptado por la Sala que seguía en turno en tanto que sí se reconoció el del Magistrado *Norbel Mejía Rendón*. Y las razones para tal determinación estribaron en lo siguiente:

"El doctor *Mejía Rendón*, quien por impedimento, como ya se dijo, aceptado a la Sala presidida por el doctor Norberto Antonio Calero Avila, llegó a complementar la presidida por el doctor Luis Fernando Tocora López, para conocer en segunda instancia de la apelación de la Resolución de Acusación dictada en contra de *Fulvio Antonio Pedraza Gil* en este proceso, indudablemente está cobijado por el impedimento especial aquí atendido, razón por la que deberá reconocerse.

"En relación a los doctores *Cruz Perdomo y Guerrero Guerrero*, se tiene que *en momento alguno han conocido de este proceso en segunda instancia*. Ciertamente a los anotados magistrados les correspondió, en unión del Dr. Calero Avila, resolver la situación jurídica de *Fulvio Antonio Pedraza Gil*, como funcionarios de primera instancia, pero *esa actuación no se puede equiparar al conocimiento de recurso de apelación en la etapa de investigación*, exigencia del artículo 535, N. 3, C. de P. Penal, para invocarlo.

"El impedimento citado es de suma claridad, pues señala concretamente que las Salas respectivas del Tribunal que conozcan apelaciones que se surtan en la etapa de investigación, no podrán conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento.

"En el evento a resolver, luego de producido, en el proceso adelantado contra la doctora Cilia Inés Vanegas Becerra y otros, auto de cesación de procedimiento a favor de la mencionada Juez, se rompió la unidad procesal y, entonces, lo actuado contra *Fulvio Antonio Pedraza Gil*, María Fanney Piedrahita de Muñoz, Marina Vélez de Lozano y Heider Fabio Escobar Daraviña, entró a configurar un proceso diferente, en el que, lo actuado por la Sala de Decisión Penal del Tribunal, fue tomado en cuenta para seguir sobre ello la presente actuación.

"El hecho de que la providencia de la Sala que resolvió la situación jurídica de los aquí acusados, se tomara como parte del proceso actual, no implica la causal de impedimento propuesta por cuanto no se dan los presupuestos del inciso 3o. del citado artículo 535, porque *en ningún momento los doctores Cruz Perdomo Perdomo y Guerrero Guerrero han conocido de este proceso por apelación*, pues cuando se presentó esa situación, otra Sala del Tribunal, acogiendo impedimento del ordinal 4o. del art. 103 del C. de P.P., que merece respeto, mas no aceptación, convocó al Magistrado *Noribel Mejía Rendón* para este menester.

"Por lo demás, si el impedimento se invoca por cuenta del ordinal 4o. del Artículo 103 del C. de P.P., también es injurídico, como lo ha hecho ver reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia al decir 'que la opinión que imposibilita la posterior actuación del funcionario es la que emite por fuera del proceso, pero no la que expone -se recalca- en cumplimiento de su deber y en ejercicio de la función que le es propia'...".

Breves consideraciones de la Sala:

1.- La providencia de esta Corporación de abril 24 de 1990, en la que afirman los Magistrados que se declararon impedidos encuentran apoyo, estribo para su decisión, comienza por señalar que "Dos son los aspectos a considerar en torno a la procedencia o no del impedimento de que trata el art. 535 del C.P.P. en este asunto: el momento en que se produjo el pronunciamiento sobre un incidente de desembargo, a fin de dilucidar si lo fue o no durante la investigación y la naturaleza de tal tipo de pronunciamiento, en orden a establecer si poseyendo carácter inci-

dental, genera o no el motivo de excusación para conocer de la alzada contra decisiones producidas en el juicio ". Y, sobre lo primero, analiza la situación con anterioridad a la vigencia del D. 1861/89, para indicar que la decisión que se afirma impeditiva y que se emtió con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación pero antes del auto de control de legalidad, en estricto sentido, no fue proferida ni en el juicio ni en la investigación.Y concluye: "Esto implica... que el pronunciamiento de la Sala del Tribunal que aduce el impedimento no puede ser tenido como motivo para sustraerse y adoptar decisiones que tengan que ver con el juicio, pues ello sólo es posible cuando el pronunciamiento ha sido producido durante la investigación".

Y, con posterioridad al Dto. 1861, que suprimió el auto de control de legalidad y que fuera dictado estando el expediente en la Corte, para afirmar que "la iniciación del juicio se produce a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, entre otras cosas porque así aparece de manera expresa establecido en el artículo 31 del mencionado Decreto." Entonces, si el auto que se asegura impediente se emitió "con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación, ella es decisión del juicio...y, por tanto, no da lugar a inhabilitación en el conocimiento de providencias proferidas durante esta etapa del proceso. Esto porque la teleología del impedimento que se examina lo que busca es evitar la influencia de las decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra".

Pero no es permisible olvidar del contenido de la decisión de la Corte, para desprender de allí, desatinadamente, consecuencias que no prohija, que se trataba -y ello está bien claro en su contexto- de asegurarse, por parte de los Magistrados que se declaraban impedidos, que cuando *conocieron en segunda instancia del Auto que negó el desembargo* de un vehículo, realizaban comportamiento que se subsumía en la causal consagrada en el Artículo 535 del C.P.P. Y, a la procedencia o no de ese aserto, era a lo que atendía la Corte. Por ello las expresiones que su proveído contiene indefectiblemente deben analizarse dentro de todo ese marco circunstancial, no de manera aislada. Aquí cabe pues la glosa de que si cuando de interpretar un artículo se trata lo primero a hacerse es leerlo en su *Integridad*, de igual forma debe procederse si el asunto busca fijar el contenido y alcance de determinada jurisprudencia.

Y, sobre lo segundo (naturaleza de la providencia presuntamente impeditiva), anotó entonces esta corporación:

"Las consideraciones aducidas por la Sala del Tribunal al rechazar el impedimento propuesto en este asunto, con base en la naturaleza incidental del auto que lo suscita, resultan para la Corte igualmente puestas en razón. Cierto es que el art. 535 del C.P.P., con carácter general, establece como motivo de impedimento para conocer de *apelaciones en el juzgamiento, por parte de las Salas de Decisión de los Tribunales, el haber resuelto las interpuestas durante la investigación*. Sin embargo, débese dejar en claro que *ese concepto aparece circunscrito por las finalidades que ella atribuye* el Art. 360 del C.P.P., las cuales dicen con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito. Aspectos diversos dilucidados durante el curso de la investigación que no se vinculen con el tema mismo de la investigación, más allá del momento en que son resueltos, no generan el impedimento de que trata el art. 535 ya citado".

No se ve pues del contexto integral de la providencia que se remembra cuál aparte es el que le sirve de fundamento a los magistrados que se declaran impedidos para sostener que a la Corte no le importa "que la intervención, en la primera etapa del proceso, no haya sido con motivo del recurso de apelación, para que se de la causal en comento". Y mal podría ser este criterio de la Corte -y no lo fue jamás, se enfatiza y demuestra- pues que de asumirlo se convertiría en legisladora dado lo diáfano de la exigencia del artículo 535 del C.P.P. en el sentido de que la intervención del *Tribunal* inhibitoria de conocimiento del proceso respectivo para la etapa de *juzgamiento*, tuvo que haber acaecido en la fase *investigativa* y fruto de una *Apelación*.

Así, pues, con la providencia que se comenta se buscó sólo fijar el alcance del multicitado 535, en cuanto que no toda determinación emitida por Sala de Tribunal en las circunstancias que allí se precisan, conduce al impedimento, sino que debe tratarse de proveído que tenga que ver con el tema de la prueba señalado en el artículo 360 del C.P.P., esto es, se recalca ahora, que diga 'con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito', ya que otras decisiones que de estas específicas materias se apartan, se tendrán como *incidentales* y así, mal pueden comprometer, que es lo que importa, el criterio del juzgador sobre lo sustancial del proceso. Pero de allí a sostener que esta Corporación le quitó uno cualquiera de los requisitos de los claramente señalados por el legislador para la viabilidad del impedimento, hay un considerable abismo y, por lo tanto, un apartamiento ostensible de lo realmente adverado por la Corte en la jurisprudencia de marras.

Clarificadas así las cosas, hay que reconocer que la Sala del Tribunal que aceptó únicamente el impedimento del Magistrado *Norbel Mejía Rendón*, acertó en su decisión, fijando en sus cabales lindes, el meollo del presente asunto.

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

Resuelve:

Declarar que les asiste razón a los Magistrados que tuvieron por *no procedente* el impedimento manifestado por sus colegas, doctores *José Alirio Cruz Perdomo y Ramiro Guerrero Guerrero*, para conocer del presente asunto en su fase de juzgamiento.

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 Cortés Carrica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA \ FAVORABILIDAD

La favorabilidad opera cuando las normas procesales tienen un contenido material, o sea que consagren derechos, mas no cuando consagran meras ritualidades o "formas" de juzgamiento, como acontece cuando a cambio del jurado de conciencia se coloca el Juez de derecho.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta número 03. Radicación No. 6382

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 2 de abril de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a *Filemón Galindo Borda* a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1.- En la madrugada del 30 de Julio de 1983 Filemón Galindo Borda disparó sobre su contertulio Filemón Amador Rodríguez y le causó la muerte, en hechos ocurridos en Bogotá dentro del establecimiento de la transversal 10 Este No. 27-26 sur.

2.- El Juzgado 14 de Instrucción Criminal de esta ciudad abrió investigación, practicó las pruebas de rigor y declaró reo ausente a Filemón Galindo Borda, pasando luego el expediente, por competencia, al Juzgado 9o. Superior, que cerró el sumario y lo calificó mediante auto de 6 de mayo de 1987 con llamamiento a juicio contra el sindicado, por el delito de homicidio simple (fls. 285 y ss.-1), decisión que, apelada por el defensor, recibió aprobación en el Tribunal (fls.14 y ss.-2).

EL 16 de junio de 1989 se celebró audiencia pública con intervención de jurado de conciencia (fls. 351 y ss.-1), el cual emitió veredicto de no responsabilidad (fls. 362) que fue declarado contraevidente. Al ser consultada dicha decisión, el Tribunal se abstuvo de revisarla con base en el artículo 1º del Decreto 1861 de 1989 (fls. 23 y ss.-2).

Se señaló fecha para celebrar la segunda audiencia, también con participación del Juri, mas la Fiscal del Juzgado pidió la nulidad del proveído, alegando que el susodicho Decreto había eliminado la intervención del jurado y citando en su apoyo la providencia de esta Sala de 25 de octubre de 1989 con ponencia del Dr. Jaime Giraldo Angel.

El Juzgado no accedió a la solicitud, la Fiscal apeló y el Tribunal, por auto de 29 de mayo de 1990 (fls. 51 y ss.-2), revocó y declaró la nulidad con salvamento de voto de uno de los Magistrados.

De nuevo se celebró audiencia pública (sin jurado), y el Juzgado dictó sentencia el 25 de enero de 1991 (fls. 93 y ss.), por medio de la cual, en consonancia con la acusación, condenó al procesado (ausente) a la Pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios, concediéndole la rebaja de pena de la ley 48 de 1987 y negándole la condena de ejecución condicional. El defensor apeló y el Tribunal, en fallo recurrido en casación por aquél, le impartió confirmación total (cuaderno No. 3).

La Demanda, Concepto Fiscal y Consideraciones de la Corte:

Primero.- Acude el actor a la causal de nulidad, según los artículos 305-2 y 226-3 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo que se violó el debido proceso, ya que la "segunda" audiencia debió celebrarse con intervención del jurado de conciencia, toda vez que, a tenor del artículo 36 del Decreto 1861 de 1989, débese afirmar que "ya se había iniciado" el trámite de juzgamiento con participación del Juri. "Las dos audiencias forman una unidad", dice el casacionista, extrayendo de ahí que al realizarse aquí la segunda audiencia sin jurado, "se rompió la unidad del juzgamiento".

Se remite en esencia al salvamento de voto del doctor Rivera Llano en el Tribunal, y estima como normas sustantivas violadas el artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal y el ya citado 36 del Decreto 1861, solicitando, en consecuencia, la casación del fallo y la declaratoria de

nulidad a partir del referido proveído de 29 de mayo dictado por el Tribunal, con cuyo fundamento se hizo la nueva audiencia sin jurado.

Segundo.- El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal manifiesta que, tal como lo ha dicho en otros conceptos, él comparte la posición minoritaria de la Sala (salvamentos de voto de los Magistrados Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia), ya que la llamada "nueva" o "segunda" audiencia, se encuentra unida inseparablemente a la "primera" que se celebró con intervención del jurado y que es su "presupuesto". Se refiere a las actuaciones procesales, y precisa que en casos como el presente se está frente a un "acto complejo", que se inicia con el sorteo de los jurados y su posesión y "termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto" (fls. 29).

Piensa que en este caso de "sucesión de leyes" resulta favorecido el procesado con la aplicación del Código (Decreto 050/87), en cuanto a la intervención del jurado, y que se debe cuestionar "la tajante afirmación en el sentido de que en tratándose de normas procesales, por su naturaleza no procede el juicio de favorabilidad, máxime cuando el fundamento constitucional y legal de esa garantía, no distingue entre el carácter de las normas, que en 'materia penal', obligan a su reconocimiento".

En presencia de "graves irregularidades que afectan el debido proceso", estima la Delegada que le cabe razón al actor y, por tanto, el fallo debe ser casado en los términos que se demandan.

Tercero.- Ya esta Sala, en repetidas oportunidades, ha concluido que, como el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989 eliminó la intervención del jurado de conciencia, dejándolo exclusivamente, para las audiencias iniciadas con anterioridad a su vigencia, resulta claro, de cara a una segunda audiencia por efectos de contraevidencia, que no es de recibo legal que el Juri intervenga.

En fallos de casación de 5 y 11 de diciembre de 1990 (M. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel), se dijo al respecto:

"El debido proceso es el que se aplicó. Si el Juez hubiese permitido que un jurado -cuya participación había sido suprimida por el nuevo Decreto se pronunciara sobre la responsabilidad del procesado, habría incurrido en nulidad, porque en ese caso sin ninguna duda estaría utilizando un procedimiento no previsto en la ley".

Luego se refirió la Sala al artículo 40 de la ley 153 de 1887 (en cuanto a que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir") y acotó:

"Una excepción sería el principio de favorabilidad, también aplicable en caso de sucesión de leyes procesales en el tiempo, pero como lo ha reiterado la Sala, no existe tratándose de confrontación entre audiencias con jurado y sin él, ya que nada permite inferir de manera concreta que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra".

No ha aceptado, pues, la Sala, que en una especie de ficción, las dos audiencias constituyan "una sola"; ni mucho menos que el pretendido "acto complejo" comience desde el sorteo de jurados. Por otro lado, resulta igualmente claro que la mencionada jurisprudencia mayoritaria no desconoce la favorabilidad de las normas procesales (y no podría hacerlo, so pena de contravenir disposiciones constitucionales y legales), sino que ha reafirmado (cosa nada nueva, por lo demás) que esa favorabilidad opera solamente en el caso de que dichas normas procesales tengan un contenido material, o sea que consagren derechos, mas no cuando consagran meras ritualidades o "formas" de juzgamiento, como acontece en el presente evento, en el cual en lugar del jurado de conciencia se coloca al Juez de derecho para que falle el proceso: la Delegada no sustenta por qué ese "reemplazo" de 'Juez' favorece al acusado y desde luego que tampoco lo hace el casacionista.

En ese orden de ideas, obliga admitir que al realizarse la segunda audiencia sin intervención del Juri, no se violó de modo alguno el debido proceso, no incurriéndose por tanto en la nulidad planteada en la demanda, razón por la cual el cargo no prospera.

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

Resuelve:

No Casar la sentencia impugnada.

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

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 Cortés Carrica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA \ FAVORABILIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

Donde la llamada segunda audiencia se realiza con intervención del jurado en vigencia del Decreto 1861 de 1989, no se quebranta el principio del debido proceso.

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 en lo pertinente las referidas en el salvamento a la decisión en el proceso 5218 con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas:

"...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 sí, 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.

"Visto 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 declara-

toria 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 otros 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 en 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".

Como en el presente caso, al omitir el jurado en la segunda parte de la audiencia, se quebrantó el debido proceso, debió anularse la actuación en nuestro sentir.

Con toda consideración.

Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

fecha, *ut supra*
(enero 22/92).

REFORMATIO IN PEJUS \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Al conocer en Casación de una sentencia, como la situación jurídica del procesado no se ha consolidado, es imperioso aplicar el Artículo 31 de la Constitución Nacional, en relación con la condena de ejecución condicional.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 003 (22 ene./91). Casación No. 6123

Vistas:

El veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa (1990) el Juzgado Trece (13) Superior de Bogotá condenó a *Fernando Pinzón Avila* a purgar la pena principal de veintiocho (28) meses de prisión, como autor penalmente responsable de un delito de homicidio culposo agravado. Recurrida la sentencia en apelación, el Tribunal la confirmó en lo fundamental, mediante providencia de cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), revocando la condena de ejecución condicional concedida en primera instancia.

Contra esta decisión, el defensor del procesado recurrió en casación, presentado la respectiva demanda, ajustada a las prescripciones legales. A su turno, el señor Procurador Tercero (3o.) Delegado en lo Penal solicita la desestimación del libelo.

Hechos:

La síntesis la hizo el Tribunal. Repárase en sus palabras:

"José del Carmen Chuquen, de sesenta y siete años de edad y su esposa Flor María Pinzón Suárez cruzaban en dirección occidente oriente la carrera 30 a la altura del puente de la calle 68, y cuando estaban próximos a ganar el separador central el final del segundo carril en dirección norte sur, el anciano fue atropellado violentamente por el automóvil Fiat, de placas AI-5189, que conducía Fernando Pinzón Avila, y en esta forma padeció lesiones que determinaron su fallecimiento inmediato. La tragedia ocurrió en esta capital, aproximadamente a las cuatro y media de la tarde del 15 de noviembre de 1983". (folio 12 cuaderno del Tribunal).

Actuación Procesal:

Los términos de la delegada que la resumen, los hace suyos la *Sala*.

"El Juzgado Cuarenta y Dos de Instrucción Criminal de Bogotá inició la respectiva investigación penal en auto datado el dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Capturado el acusado, se le escuchó en indagatoria el día tres de diciembre del mismo año, procediendo luego a resolverse su situación jurídica en auto del siete de diciembre con medida de detención preventiva.

Agotada la fase de investigación, se clausuró el ciclo sumarial el día nueve de enero de mil novecientos noventa, y el veintiséis de febrero siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el incriminado la que quedó ejecutoriada el día treinta de marzo de mil novecientos noventa.

La audiencia pública de juzgamiento se celebró el diecisiete de septiembre del año próximo pasado y la sentencia de primer grado once días después de ella". (Folio 17 cuaderno de la Corte).

La Demanda:

El recurrente eleva dos cargos con fundamento en la causal primera, cuerpo inicial, por considerar que la sentencia impugnada es "...violatoria de una norma de derecho sustancial".:

Primer Cargo:

Considera que el fallo proferido por el Tribunal de Bogotá, violó el art. 80 del Decreto 100 de 1980 "... porque no decretó la prescripción de la acción a favor del sentenciado... en razón a que el delito se cometió el 15 de noviembre de 1983 y la resolución de acusación fue proferida el 26 de noviembre de 1990. Es decir, que habían pasado los cinco años que exige la norma para conceder la prescripción... de acuerdo a los 28 meses a que fue condenado mi poderdante".

A continuación advierte que el *ad-quem* tuvo en cuenta la pena máxima para el homicidio culposo (6 años) incrementada por la agravante (3 años) para negar la prescripción, pero olvidó aplicar las circunstancias de atenuación punitiva, normadas en el art. 61 del C.P., numerales primero, séptimo y octavo.

Segundo Cargo:

Señala que la providencia recurrida violó el art. 67 del C.P. "...por cuanto no tuvo en cuenta las circunstancias de atenuación que en este caso deberían concurrir con las de agravación para resolver la petición de prescripción", pues se limitó a estimar el máximo imponible, sin atender los respectivos atenuantes.

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

Luego de resaltar la falta de claridad en la demanda, el silencio sobre el sentido que invoca y la indeterminación sobre los contenidos y alcances de las normas que estima infringidas, solicita su infirmación.

La Corte:

1. Como lo recuerda la Delegada y lo ha dicho la *Sala* en múltiples oportunidades, no basta con exponer en la demanda de casación la norma que se considera atropellada por el sentenciador. Esta insular mención priva a la *Corte* de los elementos de juicio necesarios que le permitirán conocer el correcto alcance de la censura y, por ende, la demostración del desajuste del fallo impugnado con el derecho.

2. En el cargo inicial, el casacionista olvida esta preceptiva. En un comienzo se limita a transcribir el primer inciso del art. 226 del Código

de Procedimiento Penal, referente a la violación directa de la ley sustancial, sin precisar el sentido, aunque casi para finalizar advierte que "... se dejó de aplicar el artículo 80 del Decreto 100 de 1980...", lo que da a entender que es la exclusión evidente la fuente de su inconformidad.

Sin embargo su crítica no pasa del mero enunciado. Simplemente destaca el que no se decretó la prescripción cuando la solicitó el defensor, siendo que la sanción impuesta a su poderdante fue de veintiocho (28) meses de prisión y que como quiera que el ilícito se cometió el 15 de noviembre de 1983 y la resolución de acusación se profirió el 26 de noviembre de 1990, habían pasado con suficiencia los cinco años que manda el precepto.

Así, el hecho jurídico en sí es mostrado, mas no advera nada sobre la norma misma, pretensamente violada, precisando su esencia, es decir, su contenido material y formal y los efectos llamados a producir, aplicados al caso de la especie. El silencio sobre este aspecto impide a la *Corte* conocer con precisión en que consistió la falencia, pues no se compara el verdadero sentido de la norma y el dado erróneamente por el intérprete judicial.

De otra parte, tampoco establece la necesaria comunión entre el canon vulnerado y el que recoge el tipo penal que le sirvió al fallador para delinear la conducta criminosa y establecer la sanción respectiva. Además, parte de una premisa falsa: tomar como término prescriptivo la sanción impuesta por el sentenciador y no la que trae la norma, con lo cual todo su pensamiento se distorsiona.

Si hubiera procedido en forma correcta, habríase dado cuenta del desatino de sus palabras, pues el texto del art. 80 en comento, no deja la menor duda. En él se establece que "La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena *fijada en la ley* si fuere privativa de la libertad ..." (cursivas ajenas el texto), esto es, la que aparece en la norma misma.

Por tanto, teniéndose en cuenta que se trata de un homicidio culposo agravado, debe estarse a lo dispuesto en los artículos 329 y 330 del estatuto punitivo, fijando el primero de ellos una sanción primaria de seis (6) años de prisión como máximo, incrementada en tres (años) por el siguiente, convirtiéndose en nueve (9) años el lapso prescriptivo.

Finalmente, su referencia a la falta de aplicación del artículo 64 ibidem, causa un mayor estrago en su argumentación. Confundiendo la individualización legal con la judicial, demanda la presencia de varias circunstancias genéricas de atenuación punitiva, como partícipes de la sumatoria exigida en el referido art. 80. Olvida el recurrente, que éstas se sujetan a la discrecionalidad del juez para fijar la pena en concreto, que no deberá trasponer los lindes mínimo y máximo fijados en la normatividad. Nada más.

El fracaso del cargo es su medida.

3. Con relación al segundo reproche, de nuevo su desconocimiento de la prescripción, le causa un tropiezo al censor. Según su parecer, el artículo 67 del Código Penal fue violado por el Tribunal, pues no tuvo en cuenta en su aplicación las circunstancias de atenuación, que deben concurrir con las de agravación. Al respecto advierte que para la dosificación de la pena sí se acomodó como atenuante la buena conducta anterior, más se ignoró para aplicar la prescripción.

Válidas y suficientes son las palabras de la Delegada para responder a las insensatez del reproche.

"El epígrafe "*Aplicación de Mínimos y Máximos*", habla por sí sólo de que tal precepto entra a jugar únicamente en el momento de la graduación punitiva, pues en tal etapa es donde se hace la '*Aplicación en Concreto* de la ley en cuanto consagra una consecuencia sancionatoria para el hecho típico. Pero, si ello fuera poco, el mismo texto del artículo no deja duda alguna a qué se refiere. Se dice allí: "*Sólo podrá imponerse el máximo de la pena* cuando concurran únicamente... ". Es norma reguladora de la sanción, no disposición atinente a la prescripción de la acción penal que aunque referida a la pena máxima según los términos del Artículo 80 C.P., no implica la aplicación del 67.

Es por ello que acertadamente el Tribunal tuvo en cuenta la citada disposición al momento de la graduación punitiva pero la ignoró cuando se ocupó de la prescripción -como debía hacerlo-, pues se reitera que el artículo 80 remite el fenómeno extintivo al máximo de pena *Fijada en la Ley* y no a la finalmente deducida en la sentencia".

La desestimación del cargo es la respuesta.

4. De otra parte, es preciso hacer una reflexión final. En la primera instancia le fue concedido a Fernando Pinzón Avila el beneficio de la condena de ejecución condicional, el que fue revocado por el Tribunal al conocer de la apelación contra la providencia condenatoria, el cinco (5) de marzo del año próximo pasado. Sin embargo, esta decisión no hizo tránsito a cosa juzgada toda vez que contra ella se interpuso el recurso extraordinario de casación, del que hoy conoce la Sala.

En el entretanto, fue promulgada la Constitución Nacional de 1991 que en su Artículo 31 preceptúa que "El Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único. Por consiguiente, como quiera que la situación jurídica del procesado no se ha consolidado, impera la aplicación del precepto en referencia, atendiendo el principio de favorabilidad, puesto que los intereses del procesado han sufrido mengua en la segunda instancia. En consecuencia, se hace imperioso restablecer el subrogado en comento, a través de la casación parcial de la sentencia.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

Casar Parcialmente el fallo impugnado dejando sin vigencia lo atinente a la revocatoria que hiciera el Tribunal de la condena de ejecución condicional, en la sentencia revisada.

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 Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS \ CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

En el trámite de la Casación, la nueva tasación de la pena en ejercicio de la Reformatio in pejus, no tiene otro alcance que el propio de la provisional o corregible, pero no es posible sobrepasar de allí la competencia.

Compartiéndolo, he citado y transcrito en la providencia, el criterio del Ministerio Público por parecerme correcto su enfoque acerca del tema allí tratado. No obstante, me aparto de él, en cuanto allí se afirma que las causales de agravación punitiva, pergeñadas en el artículo 66 del C.P., deben deducirse en el cuerpo de la sentencia o como se advierte "...únicamente en el momento de la graduación punitiva...". No es este mi concepto como de sobra lo conoce la *Sala*. A mis anteriores planteamientos me remito.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha, *ut supra.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Radica exclusivamente nuestra discrepancia frente a la decisión adoptada por la Sala dentro del presente asunto, en la casación parcial y oficiosa de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal del Distrito, pues al dejar sin vigencia la revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional, la determinación mayoritaria se distancia de los principios que rigen el recurso extraordinario, *so pretexto* de hacer vigente el artículo 31 de la Carta Política, cuya operancia, en nuestro sentir, tiene vías legales diferentes que dentro del principio de legalidad se imponían en el caso de análisis.

Como las razones de nuestra discrepancia han quedado suficientemente expuestas en salvamentos suscritos para casos análogos, baste hacer de ellas transcripción para sustento del presente:

> "...1.- A diferencia del principio que rige los recursos ordinarios en donde el juez procede dentro de la plena jurisdicción a la revisión integra e ilímite de la providencia, con la sola restricción ahora prevenida en el artículo 31 de la Constitución Política; el recurso de casación se rige por el principio de limitación que consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual : 'La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes', enunciación que implica tanto la imposibilidad de complementar y corregir las deficiencias y omisiones en que la demanda incurra, como y ante todo el entrar a considerar causales no invocadas por el recurrente de manera expresa. Para el caso motivo de controversia resulta notorio como el fallo lo explícita, que la causal invocada por el recurrente: "violación indirecta de la ley sustancial" no tuvo vocación de prosperidad, y sin embargo, ello en nada obstó para que la Corte procediera a casar de todos modos la sentencia recurrida, regresando a los términos originales contenidos en el fallo de primera instancia.

Tal manera de actuar no solamente desquicia el invocado principio de limitación por viabilizar el recurso de modo oficioso, opción exclusivamente prevista para el caso de la nulidad, sino al sobrepasar además abiertamente las causales que de modo expreso y con taxatividad señala el legislador en el Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y 15 del Decreto 1861 de 1989 que a su vez lo modifica, haciéndose todavía más insólita la solución, si el fallo substitutivo por el cual se opta, se restringe a los casos indicados en el artículo 228-1 del Código de Procedimiento Penal, ninguno de los cuales se invoca.

2.- Si la razón trasciende, entonces, de una invocación a la necesidad de darle al artículo 31 constitucional aquella aplicación inmediata que le reconoce el artículo 85 del mismo ordenamiento superior, se olvidó la Sala del precepto también constitucional de la legalidad y del debido proceso (Artículo 29), según el cual solamente se puede adelantar el juzgamiento de un ciudadano conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, y bajo la observancia de la plenitud de las formas que corresponden a cada juicio.

Si, entonces, los efectos que derivan del tránsito de normas para favor del procesado (y el artículo 4o. de la Constitución predica que es ella norma de normas) y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia para un primer pronunciamiento al juez que profirió la sentencia de primera, nada distinto asoma a su competencia para la realización del pronunciamiento que aquí en su lugar tomó la Corte, porque en ese sentido la atribuye el Artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto si, que ésta Corporación ha venido sosteniendo que en acatamiento del artículo 85 constitucional incumbe dar aplicación inmediata al artículo 31 de la misma jerarquía en aquellos casos en que la decisión de la segunda instancia ha hecho más gravosa la situación del apelante único, cuando con motivo del estudio de la excarcelación del procesado, se suscita la necesidad de consultar la pena sobre la cual proceden las reducciones, si no la estimación de su agotamiento o de la libertad condicional.

Sin embargo y como en esas providencias ha quedado claro, la nueva tasación no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pues al privar el interés del derecho a la libertad, el Artículo 429 del Código de Procedimiento Penal extiende a ésta sede, como a "cualquier estado del proceso" la posibilidad de accederla por el procesado que llena la exigencia normativa.

Mas, sobrepasar de allí la competencia, y lo que es peor, bajo el amparo de una causal de casación que ni existe en la legislación, ni el recurrente alega, es decisión que de ninguna manera compartimos así se invoque la economía procesal..."

Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

DEMANDA DE CASACION \ PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION

Hay falta de coherencia y de lógica en la presentación de los cargos, si el censor plantea situaciones jurídicas excluyentes, como el planteamiento de una legítima defensa de la propia vida o de un tercero y, al mismo tiempo, la actuación en estado de ira.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 006 (29 ene./92). Casación No. 6077

Vistos:

El defensor del procesado *Marco Aurelio Moreno Angel*, interpuso en oportunidad el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Cundinamarca del 21 de febrero de 1991 por la cual se impartió aprobación a la del Juzgado Sexto Superior de Bogotá, que condenó al acusado a la pena principal de dieciséis años de prisión como autor responsable del delito de homicidio en José Joaquín Moreno.-

Agotado el trámite propio del recurso y escuchado el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se procede a resolver lo que fuere pertinente.

El Episodio Procesal:

Por diversas razones, no marchaban bien las relaciones entre Manuel Moreno, padre del homicida Marco Aurelio Moreno y José Joaquín Moreno a su vez suegro de Marco Aurelio.

El 9 de julio de 1989, llegó José Joaquín Moreno en compañía de un amigo, a una cantina del municipio de Venecia (Cundinamarca), donde se encontraba consumiendo licor Manuel Moreno en compañía de su hijo.

El recién llegado no fue bien recibido y un cruce de palabras con marcada ironía se suscitó entre los presentes, quienes hicieron amago de mutua agresión.

Fue entonces cuando Marco Aurelio Moreno tomó el revólver que portaba su padre y lo disparó por una sola vez contra su suegro ocasionándole la muerte.

Por estos hechos, tanto en primera como en segunda instancia Marco Aurelio Moreno fue condenado a la pena de dieciséis años de prisión como autor del delito de homicidio calificado por el parentesco y se le absolvió por el delito de porte ilegal de armas.

Contra esta decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La Demanda:

Al amparo de la causal primera de casación del art. 226 del C. de P.P. el recurrente plantea diversos cargos por violación indirecta de la ley sustancial.

Considera el recurrente que se desconoció el art. 29 numeral 4o. del C.P. porque no se reconoció a favor de su asistido una causal de justificapor legítima defensa de un tercero.

Considera igualmente, que se quebrantó el artículo 325 del C.P. porque el acusado en su declaración indagatoria plantea la falta de intención homicida y por tanto, se debe aceptar que es responsable de un homicidio preterintencional.

Agrega en tercer lugar, que se violó por falta de aplicación el art. 30 del C.P. pues, " su confesión aunada a la de su padre en el peor de los casos denotaba un exceso de defensa...".

Que se inaplicó la norma sustancial del art. 60 del C.P. pues el acusado actuó movido por una pasión de justa ira ante el ataque injusto y grave de que era objeto su padre.

Que de igual modo, existió violación de la ley sustancial al no conceder la rebaja de pena que por confesión merecía el acusado, de acuerdo al art. 301 del C. de P.P.

Finalmente, arguye que dentro del proceso no aparece prueba documental que demuestre el parentesco de afinidad entre víctima y victimario, ya que el Tribunal "erróneamente consideró como hecho notorio el matrimonio de dos campesinos...".

Concluye sus alegaciones el recurrente, pidiendo a la Corte que se case la sentencia y se absuelva al acusado por haber obrado en legítima defensa de la vida del padre, y que además se tenga en cuenta que no se demostró legalmente el supuesto parentesco de afinidad y que puede existir un exceso en la defensa o un homicidio preterintencional.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones de la demanda y solicita a la Corte no casar el fallo impugnado ya que es tan evidente la carencia de claridad y precisión del libelista que imposibilita el estudio de fondo del problema.

Sostiene la Procuraduría, que "el libelista se limita a presentar una serie de cargos de manera desordenada, imprecisa y desarticulados entre sí con base en la causal primera, cuerpo segundo del art. 226 del C. de P.P., omitiendo señalar con precisión cual es la naturaleza del error en que dice incurrió el juez de instancia, de hecho o de derecho, en que consistieron uno y otro según el caso, cuál su incidencia, al punto que de no haber ocurrido, la decisión hubiera resultado contraria a la adoptada por el juzgador.

La Delegada se detiene en el examen del cargo formulado por el recurrente por aplicación del art. 324 del C. Penal (homicidio calificado por el parentesco) para rechazarlo con el poderoso argumento de que en el

campo penal existe libertad de medios probatorios y que por tanto resulta totalmente viable probar una relación de parentesco con base en testimonios como sucede en el caso sub exámine.

Concluye el Ministerio Público, afirmando que lo presentado a la Corte por el recurrente no es una demanda de casación, sino un simple y común alegato de instancia, razón por el cual el recurso debe ser desestimado.-

Consideraciones de la Corte:

Tiene razón el Ministerio Público en las observaciones de orden jurídico y técnico que formula a la demanda. Evidentemente el actor se ha limitado a formular una serie de cargos, inconexos, incompatibles, hasta el punto de que llevan a posiciones irreconciliables.

Así, con fundamento en sus personales puntos de vista en relación con la valoración de unos testimonios plantea el censor situaciones que en el campo jurídico son excluyentes. Quien obra en legítima defensa de su vida o de la de un tercero, no realiza una conducta antijurídica ni culpable, porque actúa -secundum jus, en ejercicio de un derecho y amparado por una causal de justificación.

Quien se defiende legítimamente no merece reproche penal y no puede al mismo tiempo estar cometiendo un delito preterintencional o un homicidio atenuado por la ira. El homicidio preterintencional presupone una conducta antijurídica, como es el ánimo de causar un indebido daño a la persona que a la postre resulte muerta; y quien obra en estado de ira, no actúa para defenderse de una agresión actual e inminente que ponga en peligro su vida, sino bajo los efectos de una pasión o emoción intensa y por ello el actuar es delictuoso y merecedor a una pena benignamente reducida, teniendo en cuenta la causa generadora del hecho punible.

La contradicción es más evidente, si se tiene en cuenta que el actor recurre a los mismos elementos de prueba (la indagatoria del acusado Moreno Angel y de su padre) para plantear tesis irreconciliables entre sí.

Esta falta de coherencia y de lógica en la presentación de los cargos, pone en evidencia la inseguridad del actor al formular la censura y por ende, la manifiesta ineptitud de la demanda, ineficaz para los fines que persigue.

El art. 51 del Decreto 2651 de 1991, mantiene el principio de que son inadmisibles en casación los cargos que por su contenido sean incompatibles entre sí. Agrega, no obstante, que si se presentan y adolecen de tal defecto, la Corte podrá tomar en consideración los que atendiendo los fines propios del recurso, a su juicio guarden adecuada relación con la sentencia, con la índole de controversia, con la posición procesal por el recurrente adoptada en instancia y en general con cualquier otra circunstancia comprobada que para el propósito indicado resultare relevante.

Sin embargo, esta facultad que la ley otorga a la Corte, no puede ser ejercitada por la Sala de Casación Penal, no sólo porque el citado decreto perceptúa en su art. 62 que en los procesos iniciados antes de su vigencia los recursos interpuestos "se regirán por las normas vigentes cuando se interpuso el recurso", sino esencialmente, porque el contenido del decreto está encaminado a descongestionar la justicia civil y laboral y por tanto, se trata de norma específica con destinación especial, de ámbito restringido, que no puede tener efectos en el campo del derecho Penal, donde la materia se encuentra íntegramente regulada en el Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991 (nuevo Código de Procedimiento Penal).

Así lo entendió la Sala en sentencia del 22 de enero del año en curso con ponencia del H. Magistrado Ricardo Calvete.

Sin embargo, como el actor plantea cargos relacionados con la adecuación típica del hecho punible y la rebaja de pena del artículo 301 del C. de P.P., con apoyo en diferentes elementos de prueba, pues afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho al calificar el homicidio con apoyo en prueba supuesta y al negar la rebaja de pena desconociendo hechos suficientemente probados, de estos dos aspectos se ocupará a continuación la Sala.

Fundamenta el actor el primer cargo, en el hecho de que el acto homicida fue calificado por el parentesco sin que obre en el Proceso prueba documental que demuestre el vínculo de afinidad entre la víctima y victimario. Atribuye en consecuencia al fallador un error de hecho, al dar por demostrada la circunstancia calificadora del homicidio sin que exista prueba que la acredite.

Olvida el recurrente al formular el cargo, que en materia penal la ley no otorga a determinado medio probatorio la idoneidad en forma exclusiva para acreditar las relaciones de parentesco y las consecuencias que

de ella se deriven en el proceso. Aquello que interesa a la justicia, es determinar si el sujeto agente en el momento de obrar tenía conocimiento de dicho parentesco y que esta circunstancia se refleje en el proceso por cualquier elemento de convicción legalmente producido.

Por eso, la Corte viene sosteniendo en forma reiterada que "La ley penal ha querido más que la verdad formal la verdad histórica, interesada precisamente en comprender en forma íntegra la realidad, llega a desestimar hechos debidamente acreditados con una excelente prueba documental por falta de conocimiento en el procesado, no obstante la calidad de públicos u oficiales de dichos documentos con valor universal, o por el contrario, darse por existentes a pesar de carecer de previo y especial respaldo notarial por haberlos conocido el incriminado y actuado bajo la impresión de una indiscutible realidad" (Sent. Ago. 23/79).

Y en el caso de estudio, los testimonios de Josefina Muñoz de Moreno (suegra del acusado) y su propia esposa Carmenza Moreno ponen en evidencia la existencia de un matrimonio efectuado por el rito católico y por tanto válido, que hizo surgir entre Marco Aurelio Moreno y su víctima un vínculo de afinidad en primer grado, que el homicida no podía desconocer.

Critica igualmente el recurrente la sentencia, porque el juzgador no reconoció a favor de su asistido la rebaja de pena que contempla el art. 301 del C. de P.P.

Pero aquí como en el punto anterior, el Tribunal procedió con singular acierto y lógica jurídica, sin incurrir en error al negar el aludido beneficio, porque como bien es sabido, no es suficiente para el otorgamiento de la gracia que el acusado confiese el hecho en su primera versión, sino que es además indispensable que sus palabras contengan la confesión de una conducta ilícita, que esa confesión sea el fundamento de la sentencia de condena y que la conducta no se haya realizado en un caso de flagrancia, requisitos que no se ofrecen en el caso de estudio.

Marco Aurelio Moreno, no confesó un hecho punible, pues aceptó únicamente haber disparado el revólver para "asustar" a la víctima e impedir que éste atacara a su padre, sin intención de matar ni de ocasionar daño ubicando su comportamiento en total ausencia de culpabilidad como un verdadero caso fortuito ajeno al reproche penal. En estas condiciones, su confesión no fue ni podía ser el fundamento de la condena.

Por otra parte, el juzgador se encontró en presencia de un caso de flagrancia, porque el hecho ilícito se realizó en establecimiento público, en presencia de un número considerable de personas.

No prospera el cargo.-

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador 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 ya consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONSULTA \ SENTENCIA

Una cosa es que a una sentencia consultable no se le dé ese trámite, y otra muy diferente que remitido el proceso a la autoridad competente, ésta defina mediante providencia motivada que en ese evento no hay lugar a grado jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 06 (29 ene./92). Casación No. 5890

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el procesado *Eduardo Arenas Correa*, en su condición de abogado titulado, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmatorio de la dictada por el Juzgado Décimo Penal del Circuito, con algunas modificaciones, entre ellas la reducción de la pena privativa de la libertad de treinta (30) a veinte (20) meses de prisión, por el delito de abuso de confianza.

I. Hechos y Actuación Procesal:

En el año de 1.984, el abogado *Eduardo Arenas Correa* fue contratado por el Señor *Luis Carlos Gómez Serrano*, para que lo asesorara en la búsqueda de un arreglo a los conflictos surgidos con algunos familiares.

Como consecuencia de la resolución de un contrato de compraventa celebrado sobre un inmueble ubicado en la ciudad de Villavicencio, el denunciante recibió cinco cheques por valor total de un millón setecien-

tos cincuenta mil pesos ($1'750,000) Mcte, los cuales endosó a su apoderado a título no traslativo de dominio, pero éste se apropió del dinero, lo que obligó a *Gómez Serrano* a poner ese hecho en conocimiento de las autoridades.

La investigación fue adelantada por el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal. La primera calificación la realizó el Juzgado Décimo Penal del Circuito, decretando en favor del sindicado un sobreseimiento temporal. Surtidas las diligencias ordenadas, el mismo Despacho profirió llamamiento a juicio por el delito de abuso de confianza, y posteriormente, tramitada la etapa de la causa, dictó sentencia condenatoria, fijando como pena principal treinta (30) meses de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad y del ejercicio de la profesión de abogado.

Luego de notificar el fallo personalmente al Ministerio Público y por edicto a las demás partes, el Juzgado remitió el expediente al Tribunal para el trámite de la consulta. El Magistrado sustanciador dictó un auto el 11 de julio de 1.988, manifestando que no había lugar al grado jurisdiccional mencionado, por cuanto existía en el proceso parte civil reconocida.

Una vez regresó el expediente el Juzgado del Circuito, allí se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por el Superior, entendiendo que la sentencia había quedado ejecutoriada.

Con el fin de que el condenado cumpliera la obligación de suscribir la diligencia de compromiso se ordenó su captura, pero éste se presentó a firmar el acta respectiva el 21 de junio de 1989. Tres días después, el defensor presentó un memorial interponiendo el recurso de apelación contra la sentencia, afirmando que la notificación personal a su defendido había ocurrido el día que suscribió la diligencia referida. El Secretario pasó el escrito al Despacho con la anotación de que la providencia quedó ejecutoriada el 11 de junio de 1988.

Como era lógico el Juzgado no concedió la apelación, motivo por el cual el procesado interpuso el recurso de hecho. El Tribunal Superior, con ponencia del mismo Magistrado que antes había sostenido que no era viable la consulta, resolvió confirmar la negativa de la impugnación, pero concluyó que era procedente la consulta, amparado en que la Jurisprudencia puntualizó sobre el inciso final del artículo 210 del Decreto 052 de 1987, que tratándose de sentencia condenatoria que no hubiera

sido notificada personalmente al procesado o a su defensor, esto debía consultarse aunque hubiera parte civil reconocida. Para su trámite solicitó que le remitiera el expediente.

El Fiscal trece de la Corporación, al descorrer el traslado, con fecha septiembre 13 de 1989, conceptuó que la providencia no era susceptible del grado de jurisdicción de consulta, como consecuencia de haber entrado en vigencia el Decreto 1861 de 1989 en agosto 18 de ese año. El Tribunal Superior acogió el criterio expuesto por el Ministerio Público, y en consecuencia decidió abstenerse de conocer de la consulta, mediante proveído de febrero 03 de 1990.

El Juez del Circuito, nuevamente dijo "obedézcase y cúmplase" lo resuelto por el Superior, pero ante la solicitud del condenado para que se remitiera el proceso al Tribunal con el fin de que atendiera la consulta, el Juzgado accedió a ello con fundamento en el principio de favorabilidad.

El Fiscal conceptuó de nuevo solicitando al Tribunal abstenerse de conocer de la consulta con la tesis de que, ni a la luz del anterior Código de Procedimiento Penal ni del nuevo, (Decreto 1861 de 1989) era dable consultar la sentencia. Aceptando el argumento de la favorabilidad, el *ad-quem* procedió a revisar el fallo, y aunque estuvo de acuerdo en que fuera condenatorio, lo modificó reduciendo la pena de prisión a veinte (20) meses, imponiendo multa de diez mil pesos ($10.000) y dejando como pena accesoria únicamente la de interdicción de derechos y funciones públicas.

La determinación anterior fue atacada mediante el recurso de casación que ahora nos ocupa.

II. *La Demanda:*

El impugnante invoca la causal primera inciso segundo, y a su amparo formula dos cargos así :

1o.- " Violó indirectamente los artículos 358 que tipifica el delito de abuso de confianza, el art. 372 numeral 1o., circunstancia genérica de agravación, el art. 23 que señala pena para el autor de un hecho punible, el art. 61 que contempla los criterios para fijar la pena. Todas estas normas con del Código Penal. También se violó el art. 247 del C.P.P. que establece cuáles son los requisitos para condenar. Esta violación fue por

error de hecho, por apreciación errónea del título a que el Señor Luis Carlos Gómez Serrano transfirió a Eduardo Arenas Correa la suma de $1'750.000".

La equivocada apreciación se debió a que se mal interpretaron las siguientes circunstancias, que según el demandante, estaban probadas: que el 50% del dinero recibido correspondía a honorarios profesionales por haber recuperado el millón setecientos cincuenta mil pesos; que el abogado gastó en transporte ciento diez mil pesos ($110.000); que le prestó asistencia jurídica al denunciante en varios procesos y en asuntos extrajudiciales; que sufragó todos los gastos de fotocopias, autenticaciones y pólizas, así como la manutención de su defendido durante varios meses; que le entregó a su poderdante dinero en efectivo por valor total de doscientos treinta y cinco mil pesos ($235.000); y que *Luis Carlos Gómez* le dio el dinero de manera voluntaria, periódica y de manera que comprendía varios actos, endoso y entrega del título valor.

Transcribe parte de las sentencias de primera y de segunda instancia, para posteriormente relacionar las pruebas con las cuales considera que están probados los hechos referidos en el párrafo anterior.

Sostiene que mientras las pruebas demostraban la legitimidad del pago hecho en su favor, el sentenciador interpreta que no había causa para su existencia, que no había voluntad de transferir su dominio, y que el abogado recibió esa suma a título precario. Más adelante agrega que se violó en el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal que obliga a valorar las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La condena fue por apropiarse indebidamente de seiscientos cincuenta mil pesos, ($650.000) cuando eso no podía inferirse de lo que obraba en el proceso.

2o.- El segundo reproche consiste en un presunto error de hecho por apreciación errónea de las circunstancias relacionadas con una propuesta de arreglo por la suma de seiscientos cincuenta mil pesos ($650.000). Se malinterpretó un esfuerzo de la familia del procesado para aliviarse de la presión ejercida por la familia de *Luis Carlos Gómez*.

Para la demostración del error de hecho alegado dice: "Lo que el expediente muestra ostensiblemente es lo siguiente: Que el seguimiento y el constrañimiento (sic) a mi familia era tal por parte del denunciante Gómez Serrano y sus familiares en mi ausencia de la ciudad, pues por

ésta época el Dr. Arenas Correa se encontraba en la ciudad de Villavicencio trabajándole a Gómez Serrano en los negocios encomendados, que mi señora esposa de nombre Cecilia Mórtigo de Arenas bajo presión y con el único propósito de evitar dicha presión día y noche optó por saldar la cuenta de ahorros que tenía a su nombre y a nombre de una de nuestras hijas de nombre Martha Cecilia Arenas Mórtiga, ahorros que constituían lo del sustento diario de una familia y prometerle su entrega al aquí denunciante *Luis Carlos Gómez Serrano*, por el saldo total a la fecha.

"En cambio los falladores concluyen que el Dr. *Eduardo Arenas Correa* tenía conciencia de una tenencia precaria por lo menos de esa suma de dinero. Este es el contraste entre lo probado y lo apreciado por el Tribunal al confirmar la sentencia del Juez Penal del Circuito".

Asevera que hubo error en la forma de valorar las pruebas en contra de los principios de la sana crítica. Por esta razón estima violado el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal. También cita como infringidos los artículos 246 y 247 ibídem, y de manera indirecta por aplicación indebida, los artículos 358 y 377 numeral 1o. y el 61 del Código Penal.

La petición es que se case la sentencia y se dicte fallo de sustitución absolutorio.

III. *Concepto del Ministerio Público:*

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, hace inicialmente un análisis sobre el trámite de la segunda instancia para resaltar lo que él denomina un antiprocesalismo, que sin embargo no da lugar a nulidad, "toda vez que si se debería observar íntegramente la ley procesal anterior (Decreto 409 de 1971) en este proceso, el grado jurisdiccional de consulta era procedente de acuerdo con ella y por lo tanto la irregularidad no es más que formal, careciendo entonces de sentido la anulación para que se repita una actuación que culminará -tarde o temprano- con similares consecuencias procesales".

En cuanto al contenido de la demanda en su primer cargo, considera que no cumple con los requisitos de técnica, pues el libelista no hace ataques concretos a la forma como fueron evaluadas las pruebas, ni señala cuáles fueron los medios de convicción ignorados o tergiversados. Además desvía la demostración del error de hecho hacia el error de derecho.

En el segundo cargo no demuestra el error ni su transcendencia en el fallo. Parte de bases diversas a las del fallador para hacer aseveraciones que no pasan de ser argumentos propios de las instancias. Y agrega: " Aquí también, partiendo del error de hecho como base de su alegación, desplaza sus planteamientos al ámbito del error de derecho; igualmente, olvidó preci (sic) si el yerro fáctico se originó por suposiciones de pruebas, desconocimiento de ellas o tergiversación de los medios de convicción".

Sugiere que no se case la sentencia recurrida.

IV. Consideraciones de la Sala:

Dando aplicación al principio de prioridad que rige el recurso, y en ejercicio de la facultad otorgada a la Corte en el Artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, se ocupará la Sala de estudiar la ostensible irregularidad cometida en el trámite que se le dio al proceso a partir de la sentencia de primera instancia, para definir si es del caso o no que se decrete la nulidad.

Como se vio en la reseña de la actuación procesal, el Juzgado envió el expediente al Tribunal Superior para el trámite de la consulta, y en forma inexplicable, el Magistrado sustanciador resolvió declarar en auto de sustanciación que no había lugar a ella por existir parte civil reconocida.

Siendo un pronunciamiento que correspondía a la Sala, esa irregular devolución del expediente dejaba latente y pendiente la consulta, sin que por lo mismo pudiera entenderse que el procedimiento ordenado por la ley estaba agotado.

Pero el negocio volvió al Tribunal, y en decisión de la Sala Penal correspondiente de fecha febrero 23 de 1990, mediante auto interlocutorio, acogió el planteamiento del Fiscal de la Corporación, en el sentido de que ese fallo no era consultable. Acertado o no, con este proveído lo resuelto en la sentencia hizo tránsito a cosa juzgada, y no podía ser removida por una actuación posterior violatoria del debido proceso.

Una cosa es que a una sentencia consultable no se le de ese trámite, omisión que debe ser subsanada en el momento que se advierta, y otra muy diferente, que remitido el proceso a la autoridad competente, ésta defina mediante providencia motivada que en ese evento no hay lugar a grado jurisdiccional. En éste último caso, el fallo adquiere la calidad de cosa juzgada que únicamente puede ser removida mediante la acción de

revisión, y de ninguna manera por un cambio de parecer del funcionario, así después descubra que su decisión fue equivocada.

Adoptar una conclusión diferente llevaría a que la providencia que declara que una sentencia no es consultable no produce ningún efecto, y por lo tanto en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte podría cambiarse de opinión y reclamar el proceso para proferir el fallo de segundo instancia, situación claramente improcedente y violatoria del principio de la seguridad jurídica.

Si la sentencia del Juzgado quedó en firme al resolver el Tribunal que no procedía la consulta, es claro que la actuación posterior es nula, y así lo declarará la Corte.

Es oportuno destacar, que al quedar vigente la sentencia de primera instancia, la pena es la allí prevista, sin que por esto se desconozca la prohibición consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, pues no se trata en este caso de una sentencia de segunda instancia que agrave la sanción tasada por el inferior, sino todo lo contrario, una declaración de nulidad que deja intacta la decisión del a-quo.

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.- Decretar la Nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia en la cual el Tribunal Superior de Bogotá dispuso que no era procedente el grado jurisdiccional de la consulta, cobrando ejecutoria la sentencia de primera instancia.

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

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION - Requisitos

Es objetivo del recurso extraordinario realizar un juicio de legalidad sobre los fallos de segunda instancia que admiten tal impugnación y está limitada la potestad de la Corte a los planteamientos que se presenten a su consideración.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 005 (29 ene./92). Casación Exp. 6701

Vistos:

La Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Nicolás Alberto Muñoz Jiménez*, condenado por los delitos de hurto calificado e infracción al Decreto 3664 de 1986.

Hechos:

En las horas de la mañana del 24 de octubre de 1990, varios individuos que portaban armas de fuego intimidaron a los empleados y personas que se encontraban en el Banco Popular de la carrera 5a. con calle 39 de la ciudad de Ibagué, y sustrajeron algunos millones de pesos depositados en la entidad bancaria, además de otros que en cheques y dinero efectivo portaba Luis Ricardo Castiblanco Gómez con el propósito de consignarlos.

En los momentos subsiguientes a los hechos, las autoridades de policía lograron la captura de Ovidio de Jesús Muñoz Jiménez llevando consigo parte de la suma sustraída; y al registrar la habitación del hotel Cor-

dillera en donde el aprehendido informó que se hallaba hospedado, se encontraron varias armas de fuego. De otra parte, fueron capturados Fredy León Cuesta Enciso y Nicolás Alberto Muñoz Jiménez, éste último, reconocido por dos de los testigos presenciales del asalto bancario, hermano del primer capturado, se había alojado en otro hotel cercano al ya citado.

Actuación Procesal:

Las diligencias policivas que concluyeron dejando a los capturados a disposición de las autoridades judiciales, sirvieron de base al Juzgado 29 de Instrucción Criminal Ambulante de Ibagué para que el 29 de octubre de 1990 profiriera el auto cabeza de proceso.

El 3 de noviembre de 1990 se resolvió la situación jurídica de los tres aprehendidos sometiéndolos a la medida de aseguramiento de detención preventiva; pero, además, se ordenó separar la investigación adelantada contra Ovidio Muñoz Jiménez para ajustarla al procedimiento señalado por el Artículo 474 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, la cual fue enviada al juez de conocimiento.

El Juzgado 29 de Instrucción criminal de Ibagué, que prosiguió la averiguación contra Nicolás Alberto Muñoz Jiménez y Fredy Nelson Cuesta Enciso, el 26 de noviembre de 1990 revocó la medida de aseguramiento que había adoptado con el último de los dos sindicados.

El mismo Juzgado instructor, mediante pronunciamiento del 31 de enero de 1991 calificó la investigación que había clausurado el 11 de ese mes, profiriendo Resolución de Acusación contra Nicolás Muñoz como autor de un delito contra el patrimonio económico y de la infracción al Decreto 3664 de 1986, en tanto dispuso la cesación del procedimiento que se adelantaba contra Fredy Cuesta.

Surtida la etapa probatoria y realizada la audiencia pública, el Juzgado Cuarto Superior de Ibagué , el 22 de abril del presente año, profirió la sentencia a su cargo condenando a Nicolás Muñoz como autor del delito de hurto calificado y de la infracción al Artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y a las accesorias de rigor; se abstuvo de imponerle condena por los perjuicios causados con los hechos ilícitos, y le negó el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Mediante pronunciamiento efectuado el 25 de julio de 1991 en el grado de consulta, el Tribunal Superior de Ibagué modificó la sentencia del a-quo, solamente para condenar a Nicolás Alberto Muñoz Jiménez a pagar solidariamente con los demás coautores de los hechos, el valor de los perjuicios materiales y morales que el Juez Cuarto Penal del Circuito de Ibagué cuantificó al condenar a Jesús Ovidio Muñoz Jiménez.

La Demanda:

La impugnación de la cual es objeto la sentencia de segunda instancia, está formulada en los siguientes términos:

"A.-*Causal Primera de Casación.*- Cuando la sentencia viola cualquier derecho sustancial.

"A. I. La inocencia se presume la responsabilidad de una persona debe probarse, toda persona es inocente mientras no se demuestre culpa, dolo o preterintención y no hay existencia de ello. El Tribunal incurrió en error al decidir la consulta porque en nuestro caso solo hay un sentenciado, los otros lo fueron en proceso separado y fallado en otra dorma (sic). El fallo de los otros es benévolo comparado con el de Nicolás Alberto Muñoz, siendo que este no estuvo presente en el lugar de los hechos y el hecho del hotel no hace suponer que haya desaparecido la presunción de inocencia, el reconocimiento no es calro (sic) y puede prestarse a confusión, pero sobre todo el H. Tribunal se enreda al calificar para la consulta, agrava, toca lo que no debe tocar, comomo (sic) bien lo anota el Magistrado que salva voto. No se le tuvo en cuenta que además colaboró en todo lo que pudo con las autoridades cuando tuvo la oportunidad.

" Causal cuarta de casación (en subsidio)

" Haber producido el H. Tribunal Superior de Ibagué al dictar la sentencia de 2a. instancia o grado de jurisdicción una decisión que grava al reo cuando al no mediar recurso y por prohibición expresa de laey (sic) según se ha dicho aquí, no podía hacerlo, sino limitarse a tramitar la consulta sin perjuicios que no tienen por que (sic) fijarse, ni anotaciones sobre otras penas, porque además la constitución nal. (sic) actual prohibe agravar la sanción y se anota que aquí los procesados son varios cuando no lo son ya que el otro procesado que lo hubo fue sobreseido (sic) en el cierre o calificación.

"Petición:

"Sobre la base de lo brevemente pero claramente expuesto, pido de uds! (sic) se ordene darle curso a esta demanda que instauro en tiempo para que se *Reforme o Revoque* la sentencia materia del recurso proferida en 2a instancia por la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Ibagué y se tenga en cuenta que por tratrse (sic) se (sic) un solo recurrente la situación no puede ser jurídicamente agravada como lo hizo el Tribunal pero que ya en Casación podría ser mejorada según la actual C.N. Ello (sic) según las premisas sentadas en las páginas anteriores donde deduzco que por lo menos al dársele aplicación al art. 225 del C. de P.P. se corre el trasaldo (sic) que indica dicho texto y acompaño copia de la demanda para ello. La cooncluision (sic) que extraigo es que la procesado (sic) se le debe rebajar su sanción o se debe decretar nulidad de lo actuado por error grave del Tribunal al definir la 2a instancia. Uds. tiene (sic) la competencia para conocer de la demanda ya que en esa H. Corporación reposa el proceso de la referencia con la sentencia recurrida en recurso extraordinario cuyo trámite señala el C. de P.P. ya anotado. Puede la H. Corte Suprema de Justicia en cabeza del H. Ponente decretar alguna prueba que considere eficaz para el caso sub-examine y eso sobra que yo lo diga...".

Consideraciones de la Corte:

El pronunciamiento de fondo sobre una demanda de casación requiere como presupuesto sine qua-non que ésta cumpla con las formalidades impuestas por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal las cuales han sido minuciosamente desarrolladas por la jurisprudencia, conformando lo que se ha denominado técnica de casación. Su incumplimiento acarrea la desestimación del recurso, como lo sanciona el artículo 225 *ibídem*.

Ahora bien, partiendo de la premisa conforme a la cual uno de los objetivos primordiales del recurso extraordinario es el de realizar un juicio de legalidad sobre los fallos de segunda instancia que admiten tal impugnación, y estando delimitada tal potestad a los planteamientos que se presenten a la consideración de la Corte, resulta de capital importancia que el libelo señale específicamente y con toda nitidez, además de la causal invocada, las normas substanciales que se estiman infringidas.

Tan elementales presupuestos técnicos han sido completamente ignorados por el recurrente, que presenta a la Sala un memorial confuso tanto en sus planteamientos como en los objetivos perseguidos. Así, enun-

cia dos causales, la primera y la cuarta que, sin que se encuentre un motivo que convalide la proposición de la última, en la medida en que habida cuenta de la fecha en que ocurrieron los hechos, el procedimiento aplicable es el del Decreto 050 de 1987, modificado por el Decreto 1861 de 1989, que establece tres causales solamente.

En lo que se refiere a la primera causal de casación, no se hace especificación ninguna respecto del tipo de la violación a la ley, si es directa o indirecta, ni la modalidad ni sentido de aquella; como tampoco se citan las normas presuntamente infringidas, de tal manera que para la Corte resulta absolutamente imposible dilucidar cual es la pretensión jurídica perseguida por el impugnante.

En la sustentación que debería conducir a la demostración de la existencia de la causal anunciada se entremezclan todo tipo de argumentaciones confusas e indiscriminadas, pues se parte del principio de la presunción de inocencia, refiriendo la responsabilidad exclusivamente a la culpabilidad; se atribuye al Tribunal un error por haber decidido la consulta existiendo un solo sentenciado; también se, critica la evaluación probatoria que atañe al reconocimiento de Nicolás Alberto Muñoz; por otro lado se reprocha la agravación efectuada a través de la consulta, además de que se reclama que no se hubiera tenido en cuenta la colaboración del procesado con las autoridades.

Ahora bien, para invocar la "causal cuarta de casación", que ha de suponerse corresponde a la tercera o de nulidad, el demandante regresa a la crítica sobre la agravación de la "sanción", asegurando que al respecto existen prohibiciones legales y constitucionales que no especifica y cuya violación no demuestra, por lo que es evidente que ningún error imputable al Tribunal se ha comprobado; menos aún la incidencia que el yerro habría acarreado en las decisiones del fallo impugnado.

Pero el desacierto técnico adquiere mayores proporciones cuando el libelista trata de concretar la petición que le formula a la Sala, en cuanto plantea diversas soluciones impropias de este recurso, manteniendo la indefinición de lo que pretende; así, solicita reforma o revocatoria de la sentencia, rebaja de la sanción, nulidad por error del Tribunal, e inclusive, llega a manifestar que la Corte podría allegar alguna prueba.

El absoluto desconocimiento de la técnica casacional por parte del libelista lo ha conducido al incumplimiento de las exigencias mínimas

impuestas por la ley y la jurisprudencia para que la Sala pueda entrar a estudiar de fondo el asunto planteado, por lo que la ausencia de requisitos de forma, fuerza a declarar desierto el recurso.

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

Resuelve:

Rechazar *in-limine* la demanda de casación formulada contra la sentencia dictada el pasado 25 de Julio por el Tribunal Superior de Ibagué.

Ordenar que el expediente vuelva al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carmca, Secretario.

DESCONGESTION JUDICIAL \ CASACIÓN

La Sala considera que, atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651 de 1991, a la finalidad que debe perseguir y a las facultades que permitieron su expedición, el Artículo 51 del mismo, no comprende el recurso de Casación en materia penal. En el mismo sentido providencia del 12 de julio de 1992 - M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 03 (22 ene./92). Casación No. 5206

Visos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados*Carlos Arturo Ortiz Rojas* y *Alonso Calderón Castro*, y sustentado por sus respectivos defensores, contra la sentencia del Tribunal Superior de Florencia, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, con la modificación de condenar solidariamente a los implicados al pago de los perjuicios y ordenar la cancelación de los registros de las escrituras.

Las penas impuestas fueron veintiocho (28) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, como responsables de los delitos de fraude procesal y estafa.

I. Hechos y Actuación Procesal:

Los primeros los resumió el Tribunal así:

"Enrique Tovar Sandoval y Rosa Tulia Salazar Escandón denunciaron penalmente a Carlos Ortiz Rojas porque prevalido de la ejecución de unas mejoras que introdujo en la casa de habitación situada en la carrera 12, número 15-17 y 15-25 de esta capital, cuya tenencia ejercía en calidad de arriendo, dejó de pagar desde abril de 1986 los cánones pactados y engañó a las autoridades municipales haciéndose pasar por poseedor del inmueble y propietario de las mejoras y solicitó la adjudicación del lote de terreno donde está construida la casa.

"Para lograr ese cometido, consiguió que se recepcionaran las declaraciones falsas de Alonso Calderón Castro y Jorge Enrique Benavides Aguilera".

El Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Florencia abrió la investigación contra *Carlos Arturo Ortíz Rojas* por el delito de estafa y ordenó su captura para recepcionarle indagatoria. Posteriormente compulsó copias para que se investigara por separado el punible de falso testimonio en que pudiera haber incurrido *Alonso Calderón Castro y Jorge Enrique Benavides Aguilera.*

Oído en indagatoria *Ortíz Rojas*, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de estafa y se le negó la cesación de procedimiento impetrada por su defensor. El Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto contra este auto, cambió la medida de aseguramiento por la de detención preventiva y dispuso la vinculación de *Calderón Castro y Benavides Aguilera,* a quienes luego de la indagatoria se les dictó auto de detención por los delitos de estafa y fraude procesal.

El mérito del sumario fue calificado con resolución de acusación contra*Carlos Arturo Ortíz* y *Alonso Calderón*, mientras que a *Jorge Enrique Benavides* se le otorgó cesación de procedimiento, providencia confirmada por el Tribunal Superior al desatar la apelación interpuesta contra ella.

Surtida la etapa del juicio por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, se celebró la audiencia Pública el 18 de enero de 1990, y días después, el mismo Despacho dictó sentencia condenatoria imponiéndole a los acu-

sados la pena de veintiocho (28) meses de prisión como autores responsables de los delitos de fraude procesal y estafa.

Contra el fallo confirmatorio del Tribunal Superior, con las modificaciones inicialmente anotadas, se interpuso y sustentó el recurso extraordinario que ahora se resuelve.

II. *A) Demanda a Nombre de Carlos Arturo Ortíz Rojas*

Primero Cargo: Con apoyo en la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, solicita que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación.

La demostración consiste en afirmar que el juez no ha debido ordenar que la investigación por los posibles delitos de falso testimonio se adelantara por separado, pues eran conexos con el fraude procesal y la estafa.

Estima que se rompió el principio de la unidad procesal dando lugar a la violación del derecho a la defensa de su cliente. "... toda vez que en el proceso penal por falso testimonio no tuvo ninguna oportunidad de intervenir para demostrar la veracidad de las declaraciones con lo que se le cercenó un valioso medio de defenderse".

También asevera que la irregularidad afectó ostensiblemente el debido proceso, debido a que no se observaron los artículos 14 y 85 del estatuto procesal penal.

Agrega que el rompimiento de la unidad procesal dificulta la adecuación típica del comportamiento; "se quebrantan importantes garantías procesales, como el derecho a excarcelación en la investigación por delito que se ha separado; se expone al procesado a una suma aritmética de las penas impuestas en los dos procesos abiertos; se alenta contra la economía procesal; se pueden dar sentencias contradictorias; pensemos sólo en que *Calderón* y *Benavides* resulten absueltos por falso testimonio, qué podríamos decir de la condena de Ortíz?; los pretendidos ofendidos podrían constituirse en parte civil en ambos procesos, y obtener resarcimiento de perjuicios en los dos?".

Termina la sustentación insistiendo en que se debe declarar la nulidad de la sentencia recurrida.

Segundo Cargo: Dice así: impugno y acuso la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Florencia por la causal primera, segundo aspecto del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal al infringir los artículos 247 y 295 ibidem, debido a evidentes errores del hecho en que incurrió el Juzgador de Segunda instancia por la errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras, al tener por demostrada la existencia de los punibles de *Fraude Procesal* y *Estafa* sin haberse acreditado elementos de transcendental importancia del tipo penal como la conducta, el ingrediente subjetivo del tipo la culpabilidad lo que condujo a aplicar indebidamente las normas contenidas en los artículos 187 y 356 del Código Penal ".

Los supuestos errores de hecho en que incurrió el ad-quem son: 1o) No dar por demostrado estándolo, que *Carlos Arturo Ortíz* compró "en su condición de promitente comprador, a *Ignacio Sandoval*, como promitente vendedor... las mejoras plantadas en el lote de propiedad del Municipio de Florencia, ubicado en la carrera 12 No. 15-17 y 15-25 de esta localidad".; 2o) No dar por demostrado que *Ortíz Rojas* efectuó los pagos correspondientes a la promesa de compra venta, mediante consignaciones en la cuenta corriente del vendedor, en el Banco de Bogotá; 3o) No dar por demostrado que el mismo *Ortíz Rojas* construyó mejoras, hizo reparaciones y realizó el mantenimiento de la casa con ánimo de señor y dueño, es decir, era el poseedor de esas mejoras.

Hace una relación de pruebas que en su opinión fueron erróneamente apreciadas, pero no precisa la afirmación. Con fundamento en la secuencia de los aumentos del canon de arrendamiento, especula sobre la imposibilidad de que haya pasado de diez mil a veinte mil pesos, y de escrito a verbal, circunstancia esta "que el sentenciador de segundo grado debió haber observado al valorar las pruebas y particularmente al estudiar los documentos mencionados".

También advierte que antes de las consignaciones de veinte mil pesos el pago no se hacía de esa manera, lo cual, sumado al elevado aumento del valor del arrendamiento y a la falta de contrato escrito, le permite concluir que el pacto de compraventa entre *Ortíz* y *Sandoval* sí existió.

Argumenta que el Tribunal admitió la existencia de una promesa de compraventa, pero que ésta no se llevó a cabo por falta de solemnidades. Que el valor consignado no alcanzaba a cubrir el precio total acordado, por lo tanto *Ortíz* no podía hacerse adjudicar el lote de terreno, a todo lo

cual concluye que el incumplimiento de su cliente fue a una obligación puramente civil, de lo que no se puede colegir que no estaba legitimado para comprar el terreno sobre el que se encontraban las mejoras.

El error del documento visible al folio 105 del Cuaderno número 4, lo concreta en no darle " el mérito de por lo menos un principio de prueba", que sumado a los recibos de consignación habrían llevado a aceptar que *Ortiz* era poseedor de las mejoras, por lo tanto estaba legitimado para comprar al Municipio el lote de terreno.

Se refiere a las declaraciones de *Hernando Castiblanco* y *Alfonso Noriega*, quienes en su sentir reconocen que con posterioridad al momento en que ellos conocieron la casa se le hicieron mejoras, y reparaciones, lo cual concuerda con los descargos del acusado en su injurada " No haber dirigido su atención en este sentido al momento de evaluar estas pruebas, hizo que ese proceso mental se plasmara en la forma como quedó en la Providencia impugnado (sic), lo que evidencia un franco error de hecho en la aparición (sic) de esas pruebas lo cual llevó al juzgador a aplicar indebidamente las normas substanciales y citadas al formular el cargo..."

Confronta los testimonios de *Eladio Vargas Motta* y *Rosa Tulia Salazar*, para concluir que son contradictorias y no confiables. El no haber advertido esta situación el Juez Plural, " hace manifiesto lo ligero y errado de su apreciación", por lo que es procedente el quebrantamiento de la sentencia por cargo formulado.

Como prueba no apreciada cita el testimonio del Señor *Isaac Romero Ramírez*, admitiendo vaguedad de la versión, caracteristicas ésta que lo hace más creíble y constituye otro argumento de que su poderdante si construyó mejoras e hizo reparaciones en la casa tantas veces mencionada.

Invoca la declaración de *Neftaly Cicery Méndez*, para insistir en que *Ortiz Rojas* si realizó mejoras por su propia cuenta, y la de *Vidal Antonio Peña*, presunto testigo de una conversación entre el procesado e *Ignacio Sandoval*, respecto a la negociación de las mejoras.

Con estos elementos de juicio la sentencia, en su sentir, ha debido ser absolutoria.

Tercer Cargo: Es también por violación indirecta de la ley sustancial y lo presenta en los mismos términos del anterior. Los presuntos errores

cometidos en la sentencia son: 1o.) Dar por demostrado que las declaraciones rendidas por *Alonso Calderón* y *Jorge Enrique Benavides* ante el Juzgado Segundo Civil Municipal fueron apócrifas 2o.) Dar por demostrado que esas supuestas falsas declaraciones constituyeron los artificios para inducir en error a la Junta de Ejidos Municipales de Florencia; 3o.) Dar por demostrado que como consecuencia del error a que se indujo a la Junta se produjo una resolución administrativa adjudicando el lote de la carrera 12 No. 15-17 y 15-25 a *Carlos Arturo Ortíz*; y 4o.) Dar por demostrado que esa resolución fue contraria a la ley.

Relaciona como erróneamente apreciadas las declaraciones de *Alonso Calderón* y *Jorge Enrique Benavides*; la escritura pública 2225 del 6 de agosto de 1986 de la Notaría Unica de Florencia visible a folio 61 y 62 del cuaderno No. 1; y, la declaración *Ives Pacheco Alvarez*, obrante en los folios 72 y 73 vuelto del cuaderno No. 1.

Afirma que el Tribunal pone en boca de los dos declarantes palabras que jamás pronunciaron para estructurar un falso testimonio que en la realidad no se presentó. Lo que ellos dijeron fue: " si es verdad y me consta que bajo sus propias expensas el peticionario *Ortíz Rojas*, construyó mejoras sobre un lote de terreno ubicado en la carrera 12 No. 15-17 con ficha catastral..."

Isaac Romero y *Nefhaly Cicery* aseguran haber realizado trabajos por cuenta de *Ortíz Rojas*, y *Alfonso Noriega* y *Hernando Castiblanco* aceptan que hay mejoras construidas en oportunidad posterior a la en que ellos conocieron la casa. De otra parte, no hay constancia dentro del expediente de que contra *Calderón* y *Benavides*, se halla al menos dictado auto cabeza de proceso indicativo de la posibilidad del falso testimonio. En consecuencia, el sentenciador incurrió en error al dar por cierto que las dos versiones eran falsas luego si no es así, no constituyen artificios o engaño de que tratan las normas sustantivas aplicadas al sentenciado.

Sobre las declaraciones del doctor *Ives Pacheco Alvarez* Presidente de la Junta de Ejidos para la época, asegura el libelista que no fue apreciada debidamente por el juzgador de segunda instancia, por lo que incurrió en evidente error de hecho que lo condujo a tener por demostrada la inducción en error. "El obrar de *Ortíz* se adecua a esos pasos y fue público y abierto, sin recurrir a maniobras ocultas o actuaciones fingidas para tratar de hacer caer en error a la Administración Municipal".

Pasando al tema del fraude procesal, plantea que en el proceso no obra original ni copia del acto o resolución de la Junta Municipal que es la prueba del acto administrativo y no solamente se requiere dicha prueba, sino también de su notificación y ejecutoria. "Si en derecho Administrativo se exige como requisito para la prosperidad de la acción que se acompañe copia del acto acusado con constancia de notificación y ejecutoria, resulta un mayor imperativo para el proceso penal que exista la prueba documental del acto de cuya existencia se habla".

Al tener por existente en el proceso el acto administrativo o resolución supuestamente producida por la Junta de Ejidos Municipales, el adquem incurrió en error de hecho, al dar por demostrado un hecho cuya prueba no existe materialmente en el proceso.

Comentando la providencia atacada hace esta inferencia: "El fraude procesal se agota con la obtención de la mencionada resolución, y a la vez esta presente resolución es el acto que al reflejar el error a que ha sido llevado el ente Municipal, sirve como eslabón para unir los dos delitos", y agrega "Empero así como arriba se demostró, si de ese acto administrativo no existe en el proceso más que referencias, no existe por lo tanto procesalmente hablando, esa cadena se rompe en la parte más importante, pues no se establece que la administración Municipal haya sido llevada al error, que para el Tribunal lo fue la resolución de marras".

Acto seguido admite que dentro de la escritura pública No. 2225 del 6 de agosto de 1986, en la que consta la venta del Municipio a *Carlos Arturo Ortíz*, se inserta un extracto de la resolución, mediante la cual se autoriza al Alcalde Especial de Florencia, para que previo el visto bueno del Personero Municipal otorgue los títulos escriturales de los lotes propiedad del Municipio y que estén dentro del área urbana del mismo. Pero como la resolución 001 tiene fecha 30 de julio de 1985, y las declaraciones de *Calderón* y *Benavides* fueron recibidas en el Juzgado Civil Municipal de Florencia el 11 de abril de 1986, concluye que no existió relación de causalidad y por lo tanto el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de esos documentos, así como de la escritura pública que contiene el extracto de la resolución, al tener por establecido que esas declaraciones constituyen el medio fraudulento, artificioso o engañoso para inducir en error a ese ente municipal, lo que llevó a aplicar indebidamente los artículos 182 y 356 del Código Penal.

Cuarto Cargo: Con el nombre de "Subsidiario", presenta un último reproche cuya redacción es la siguiente:

"Impugno y acuso la sentencia del Honorable Tribunal Superior de Florencia -Sala Penal- por la causal primera, segundo aspecto, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 del Dto 1861 de 1989, por violación indirecta, al infringir los artículos 247, 295, 253, 281, 246 del Código de Procedimiento Penal, debido a errores evidentes de hecho en que incurrió el Colegiado de Segunda Instancia por la errónea apreciación de algunas pruebas, al tener por demostrada la existen (sic) del punible de estafa, sin que se hubieran acreditado elementos de necesaria consecuencia para su tipificación, lo que condujo a aplicar indebidamente el artículo 356 del Código Penal".

La petición que formula con base en esta censura es, que se case la sentencia y se absuelva a su poderdante por el delito de estafa.

Los errores de hecho que le atribuye al sentenciador son: 1o.) Dar por demostrado que la venta del lote de la carrera 12 No. 15-17 y 15-25 de Florencia, realizada por el Municipio, constituyó un provecho ilícito para *Carlos Arturo Ortiz*; 2o.) Dar por demostrado que la precitada venta ocasionó un perjuicio para *Rosa Tulia Salazar Escandón, Enrique Tovar Sandoval* y *Jorge Hernando Trujillo Tovar*.

En siete numerales relaciona las pruebas supuestamente mal apreciados, y luego hace una explicación sobre los conceptos de "provecho" y "perjuicio", para llegar a la tesis de que su cliente no obtuvo ningún incremento patrimonial porque compró el lote al Municipio pagando una suma de dinero equivalente al avalúo oficial vigente. La ganancia obtuvo por la venta del inmueble a *Calderón* es propia de los negocios civiles o mercantiles, por lo que no se puede hablar en ese caso de provecho ilícito.

Se trata de un error de hecho en la apreciación de las escrituras públicas, y lo que impugna no es el valor legal de los documentos, sino "la ligera y equivocada deducción que de los hechos ellos dan fe hizo el *ad-quem*".

A continuación trata de demostrar que *Rosa Tulia Salazar* no sufrió perjuicio alguno, porque nunca tuvo la posesión de las mejoras plantadas en el lote tantas veces referido. Situación semejante afirma de *Enrique Tovar* y *Jorge Hernando Trujillo* de quienes asegura, ni siquiera conocían el inmueble.

Estima que es un error reconocer como perjudicados a *Tovar* y *Trujillo*, puesto que la copia del auto del Juzgado Unico Civil del Circuito de Florencia, en donde se le reconoce como heredero de *Ignacio Sandoval* no

transfiere la titularidad de los bienes del causante, ya que esto solo se logra con la partición y adjudicación debidamente aprobadas.

El Juzgador no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por el enjuiciado *Alonso Calderón* en la audiencia pública, consistente en copias auténticas del proceso de filiación natural y petición de herencia promovido por *Gabriel Ortíz, Miguel Angel Gutierrez y Carmen Ortíz* contra la sucesión de *Ignacio Sandoval*. La sentencia declaró a los dos primeros como hijos extramatrimoniales del causante, y que en tal calidad tendrían derecho a participar en el juicio mortuorio de su padre con exclusión de cualquier otra persona. Y finaliza el demandante así: "El Colegiado de Segundo Instancia omitió la apreciación de esta prueba. De haberlo hecho habría concluido que *Tovar* y *Trujillo* no tenían derecho a reclamar perjuicios por la supuesta comisión del delito, y así, al tenerlos como perjudicados aplicó indebidamente el artículo 356 del Código Penal".

Concepto del Ministerio Público:

Respecto a la anterior demanda, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que sea desestimado por razones de carácter técnico y de fondo.

En síntesis sus planteamientos son los siguientes:

a) El cargo por nulidad no puede tener éxito por cuanto no existió lesión verdadera del derecho a la defensa. Aún aceptando la conexidad alegada y el rompimiento de la unidad procesal, al no vulnerarse la garantía de defensa del procesado, por expreso mandato del artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, no hay lugar a la invalidación demandada.

b) Los errores de técnica se refieren a: 1) La presentación de un cargo como subsidiario de otro no es correcto, porque eso demuestra falta de precisión y claridad. Los cargos tienen su propia individualización y deben formularse todos como principales; 2) No se puede discutir simultáneamente la atipicidad y la inculpabilidad, pues si se cuestiona esta última es porque se admite la primera; 3) La casación no es una tercera instancia en donde los recurrentes "pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor especiales, en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo"; 4) En el ataque a las pruebas invoca errores de hecho y los desarrolla con argumentos propios del error de derecho.

c) en cuanto a la problemática de fondo, el Ministerio Público hace las siguientes observaciones:

1o.- La afirmación de que el fallador no dio por demostrada, estándolo, que *Carlos Arturo Ortíz* compró a *Ignacio Sandoval* las mejoras plantadas en el lote de terreno de propiedad del Municipio de Florencia, riñe con la realidad, pues la promesa de compraventa es un precontrato y como lo define el artículo 1611 del Código Civil, "no es un acto de enajenación, y por lo mismo su objetivo es el perfeccionamiento del contrato prometido". Desde este punto de vista, el objeto de la promesa es el contrato prometido no el bien sobre el cual versa el convenio. La promesa no convirtió al procesado en propietario de las mejoras.

"El contrato de subarriendo de noviembre 6 de 1984, prueba respecto a la cual nada dice el censor, demuestra que cuatro años después del presunto contrato de compraventa siguió reconociendo a Ignacio Sandoval como propietario y arrendador de la casa de habitación, luego las mejoras, reparaciones y mantenimiento regular del inmueble que realizó no fueron con ánimo de señor y dueño, sino como arrendatario. Entonces mal se puede alegar que era poseedor material del inmueble.

"Siendo ello así, resulta evidente que *Ortíz Rojas* no estaba legitimado para comprar el lote de terreno del municipio, máxime cuando nada dice del censor respecto del 50% de las mejoras de propiedad de *Rosa Tulia Salazar*, la cual estaba legitimada para comprar el 50% del mismo lote".

Estando establecido que la venta de mejoras no existió, es desatinada la censura sobre la errónea apreciación de los testimonios de *Castibianco* y *Noriega*, pues esas versiones se refieren a hechos anteriores al vínculo contractual, y fueron tenidas en cuenta para dar por demostrado que *Ignacio Sandoval* fue quien reconstruyó la casa después del incendio, lo que corrobora que es el propietario de las mejoras.

El reproche sobre la credibilidad otorgada a las declaraciones del médico *Eladio Vargas* y *Rosa Tulia Salazar*, se desvía del error de hecho planteado y se ocupa de cuestionar el valor probatorio, el cual está deferido al Juez según las reglas de la sana crítica, y las valoraciones personales del recurrente no tienen cabida dentro de la vía de impugnación intentada en este caso.

2o.- La afirmación de que el Tribunal no dio por demostrado, estándolo, que *Carlos Arturo Ortíz* efectuó pagos correspondientes a la promesa de compraventa, no tiene respaldo en el plenario, puesto que no fue allegado el contrato de compraventa, ni documento o prueba que permita establecer cuáles fueron los términos acordados para el pago, "Los recibos de consignación nada dicen al respecto y la constancia de la Administración de Impuestos no determina el bien respecto del cual se dice existe una promesa de compraventa entre *Ortíz* y *Sandoval*. Siendo ello así, la censura no pasa de ser una simple afirmación sin ningún fundamento".

3o.- La acusación de que no se dio por demostrado estándolo, que *Ortíz Rojas* construyó mejoras y reparaciones (según versión de Isaac Romero y Neftaly Cicery Méndez) con ánimo de señor y dueño o lo que es lo mismo, era poseedor de sus mejoras, riñe con la realidad procesal, porque el fallador le reconoce la construcción de mejoras y el mantenimiento regular de la casa, pero como arrendador, pues cuatro años después de la fecha que dice celebró la promesa de compraventa reconoció a *Sandoval* como propietario del inmueble, tal como puede verse en la fotocopia del contrato de subarriendo.

La sentencia de primer grado se refiere expresamente al testimonio de *Antonio Peña Ariza* (Fl. 153 cuaderno No. 4), luego no existe el error de hecho alegado. Los fallos de primera y segunda instancia forman una unidad conceptual, argumentativa y legal, por lo tanto no es cierto que la prueba no fue apreciada.

4o.- En lo atinente al *Segundo Caso*, la aseveración de que se dio por demostrado, sin estarlo, que las declaraciones de *Calderón Castro* y *Benavides Aguilera* fueron apócrifas porque el Juzgado incurrió en error de hecho al poner en boca de los testigos palabras que jamás pronunciaron, no tiene ningún fundamento, porque ellos afirmaron que constituyó mejoras en un lote de terreno de propiedad del Municipio, cuando estaba acreditado que las mejoras y reparaciones no fueron realizadas en el lote, sino en la casa que ya estaba construida en él, de propiedad de *Ignacio Sandoval* y *Rosa Tulia Salazar*.

El Juez al valorar la prueba estableció que era mentirosa, sin que para ello fuera necesario que se hubiera dictado auto cabeza de proceso o medida de aseguramiento contra los deponentes por el punible de falso testimonio.

5o.- En cuanto a la resolución de Junta de Ejidos que autorizó al Alcalde de Florencia para vender lotes de propiedad del Municipio, dice el colaborador Fiscal que es general y no con respecto a persona determinada, simplemente se hace la venta al comprador que demuestre que es la persona que realizó las mejoras sobre el lote materia de la compraventa. "Por ello la resolución puede tener fecha anterior a la de la recepción y protocolización de las declaraciones mentirosas que Ortiz Rojas presentó a la Administración Municipal para lograr que se le vendiera el lote de terreno".

Agrega que la transcripción de parte de la resolución en la escritura demuestra su existencia, teniendo en cuenta que hay libertad de prueba en la ley procesal Colombiana Art. 254 del C.P.P.

De otra parte, como bien lo explica el juez de primera instancia en la sentencia, "el fraude procesal no estriba en la obtención fraudulenta de la resolución de la Junta de Ejidos, sino en el engaño a la Administración Pública Municipal para demostrar las condiciones exigidas por dicha resolución, a fin de que se produjera la escritura de compraventa del terreno. Es evidente que es cuestión de inferir de la prueba, visto que se tiene una consecuencia (la escrituración), ella con los actos de solicitud y decisión de producirla conforman un acto administrativo complejo, producido con base en el engaño creado para colocarse en la situación exigida por el acto condicionante de la Junta de Ejidos: La sola decisión de escriturar el lote, tomada por el Alcalde, envuelve en si misma un acto de la administración pública que concluye con la escritura en referencia. Por ello el fraude si existe con sus elementos, por lo que la legalidad y acierto de la sentencia resultan apoyados en realidades probatorias de los autos, que mantienen la decisión impugnada en casación.

"La transferencia del dominio que hizo la Administración Municipal constituye un acto administrativo contrario a la ley, y a la norma que autorizaba tal acto de la Alcaldía Municipal".

6o.- Para la Delegada, el primer aspecto del cargo subsidiario no coincide con la realidad procesal, pues el provecho ilícito que obtuvo *Ortiz Rojas* consistió en que el terreno pudo ser adquirido jurídicamente como parte de su patrimonio, con perjuicio para las personas que si eran dueñas de las mejoras, y que por el acto condición de Ejidos tenían la expectativa cierta de incorporar el lote a su órbita patrimonial.

El derecho a adquirir el dominio del lote y las mejoras hechas sobre él tiene un claro contenido patrimonial que puede ser cuantificado, y que si se toma en contra de quien estaba en la situación-condición preestablecida, le causa un perjuicio. Por esta razón el argumento de la ausencia de provecho patrimonial y de perjuicio carece de apoyo en lo realmente ocurrido.

En cuanto a la no tipificación del delito de estafa por falta de perjuicio ajeno, estima el Ministerio Público que el demandante confunde el elemento "perjuicio ajeno" propio de la estafa, con la titularidad de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Estando demostrado el dominio y posesión del inmueble en cabeza de *Ignacio Sandoval*, es lógico que sus herederos resulten perjudicados, independientemente que sean *Enrique Tovar* y *Hernando Trujillo*, o los hijos extramatrimoniales reconocidos posteriormente. "Aún en el evento de que no exista legitimación en la causa por parte de Trujillo y Tovar para reclamar la indemnización de perjuicios, ello no incide en tipificación (sic) del delito, y quienes resulten evidentemente perjudicados, pueden reclamar cuando lo estimen oportuno el cumplimiento de sus derechos".

En cuanto a *Rosa Tulia Salazar*, el argumento de que no era poseedora porque no realizó mejoras y que el error estuvo en tener la inscripción que obra en la matrícula inmobiliaria como prueba de que era poseedora de las mejoras, el tema es el mismo, pues está acreditado que ella tenía el derecho de dominio y posición de la cosa construida sobre el lote, y es esa mejora lo que le da derecho a la escritura del terreno.

Impetra el Procurador Delegado desechar la impugnación.

B) Demanda a Nombre de Alonso Calderón Castro.

Primer Cargo: Solicita que se declare nulo lo actuado a partir del auto que declara cerrada la investigación petición para la cual se apoya en la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

La sustentación coincide con lo expresado en la demanda anteriormente registrada, e inclusive algunos párrafos son copia textual de la misma. En el escrito que ahora nos ocupa, el autor considera exagerado que el artículo 14 establezca que el rompimiento de la unidad procesal solo de lugar a nulidad procesal cuando afecta al derecho de la defensa. Dice

que de aceptarse que eso es así, también en el caso de la incompetencia solo generaría nulidad cuando se violará el derecho de defensa, lo cual le parece absurdo.

Plantea la aplicación del principio de favorabilidad, con base en que cuando se produjo la ruptura de la unidad procesal estaba vigente el Decreto 409 de 1971, y en él no se contemplaba la exigencia de la afectación del derecho de defensa.

Pese a lo anterior, sostiene que hubo violación de la garantía de la defensa, porque no se le formularon cargos por falso testimonio, por lo tanto su poderdante no tuvo oportunidad de exculparse. "Dar por descontado la comisión del punible medio para tenerlo como uno de los elementos estructurales del delito fin sin haber investigado sobre la configuración de aquél cuando incluso era competente para conocerlo, sin permitirle al incriminado rebatir esa imputación es una monumental violación del derecho de defensa".

Apunta el censor que incluso para un neófito en cuestiones de derecho, al leer la providencia no entendería cómo se condena a una persona por un delito que no ha sido debatido en el proceso.

Segundo Cargo: Invoca la causal primera, violación indirecta de la ley sustancial, al infringir los artículos 247, 253, 295, 302 y 304 del Código de Procedimiento Penal", debido a evidentes errores de hecho en que incurrió el ad-quem por la errónea apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras, al tener por demostrada la existencia de los delitos de *Fraude* y *Estafa* sin haberse acreditado la existencia de elementos de crucial importancia en el tipo penal tales como la conducta, el ingrediente subjetivo, la culpabilidad lo que condujo fatalmente a aplicar indebidamente las normas contenidas en los artículos 182 y 356 del Código Penal".

Relaciona hechos que en su opinión debían darse por demostrados, y otros que por el contrario no debían haberse dado por demostrados. También hace una lista de pruebas supuestamente erróneamente apreciadas y otras dejadas de apreciar, estas últimas, las declaraciones de *Isaac Romero, Nelfuly Cicery* y *Vidal Antonio Peña.*

Con la misma armonía que guardan los cargos formulados en esta demanda con la del otro procesado, la sustentación es también similar y consiste en lo siguiente:

a) Que se pone en boca de *Calderón* y *Benavides*, para estructurar un falso testimonio, cosas que ellos nunca dijeron.

b) Que las declaraciones de *José Antonio Ríos, Gonzalo Restrepo Castaño, Hernando Castiblanco* y *Alfonso Noriega* no desvirtúan los testimonios extraproceso de *Calderón Castro* y *Benavides Aguilera*.

c) Que el Tribunal pasó por alto las declaraciones de *Isaac Romero Ramírez* y *Neftaly Cicery Méndez* referentes a las mejoras realizadas por cuenta de *Carlos Ortíz*.

d) Que el sentenciador se equivocó al no tener como indicio de la existencia de la transacción entre *Sandoval* y *Ortiz*, el documento visible al folio 105 del cuaderno No. 4.

e) También especula sobre el hecho de que antes de las consignaciones por valor de veinte mil pesos no existieron otras, y respecto al aumento del canon de arrendamiento de doce mil a veinte mil pesos, circunstancia que según el actor indican que el valor consignado era por concepto de la venta de las mejoras. Al no llegar el Tribunal a esa conclusión se equivocó por la errónea apreciación de las pruebas.

f) Critica la credibilidad que le dio el Juzgador al testimonio del Médico *Eladio Vargas Motta*, según el cual en los últimos seis años de vida, *Ignacio Sandoval Díaz* permaneció recluido en su lecho en Garzón, salvo pocas ocasiones en que le permitió permanecer unos días en Suaza bajo vigilancia permanente. Para el impugnante esa declaración es falaz, por lo que el Tribunal incurrió en error de hecho, infringiendo las claras reglas sobre estimación de las pruebas contenidas en los artículos 295, 253 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

g) Asegura que el Juez colegiado dejó de apreciar el testimonio de *Vidal Peña Ariza*, recibido durante la audiencia pública, según el cual presenció la negociación entre *Ortiz* y *Sandoval*.

Luego a manera de balance anota: "La desinteligencia del ad-quem en este punto consistió en no haber dado a las pruebas analizadas el sentido que ellas reclamaban; en no otorgarles el mérito probatorio que algunas tenían y dárselo a otras que no lo merecían; igualmente en no apreciarlas en conjunto para extractar de ello una correlación o concordancia acerca de los hechos que globalmente evidenciaba; lo que, en resumen,

estructuran la inobservancia de las normas procesales probatorias ya mencionadas, con la consecuente indebida aplicación de los artículos 182 y 356 del Código Penal".

b) Repite la argumentación de la otra demanda relacionada con la inexistencia del delito de estafa, de una parte porque Ortíz Rojas carecía de los conocimientos necesarios para engañar a los funcionarios de la administración municipal, y de otra porque los supuestos falsos testimonios no constituyeron el medio fraudulento utilizado para obtener la resolución contraria a la ley.

Al dar por existente la resolución que autorizaba al Alcalde a vender los lotes, el juez de segunda instancia incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, aunque también reconoce que en la escritura esta transcrita parte de la resolución.

Pretendiendo plantear el argumento de que las declaraciones de *Calderón* y *Benavides* fueron posteriores a la fecha de la resolución, dice lo contrario así: "La resolución fruto del error es posterior a las declaraciones utilizadas para lograr ese error".

Finalmente aclara se refiere en toda la demanda a la situación de *Ortíz Rojas* y no a la de su cliente *Alonso Calderón* porque eliminando la responsabilidad de aquél, se extingue lo que pudiera afectar a su defendido.

Considera que su poderdante no participó a ningún título en la comisión de los delitos investigados, ni siquiera como cómplice, y si la circunstancia de haber comprado posteriormente el bien se tomó como indicio, no tendría porque deducirse su participación, porque éste sería levísimo y único, lo cual no es suficiente para que resultará condenado.

Aspira a que "se repare el injusto inferido contra *Alonso Calderón Castro*", reiterando la solicitud de prosperidad de los cargos.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Delegado solicita que se deseche los cargos formulados, y para ello acude a los mismos planteamientos expuestos en el concepto sobre la demanda presentada a nombre de Ortíz Rojas.

Respecto a la aseveración del libelista sobre la no participación de su cliente en los delitos investigados, el fiscal transcribe la parte pertinente

de la sentencia de primer grado, y los términos en que el Tribunal Superior la acoge, para demostrar que no es cierto que la vinculación de *Calderón* solo existió en la mente del *ad-quem*.

III. *Consideraciones de la Sala:*

Como se advierte de la anterior reseña de las demandas, los cargos formulados son substancialmente los mismos, existiendo en la fundamentación varios apartes que fueron copiados textualmente de una a otra.

Esta situación permite que la respuesta de la Sala sea válida para los dos libelos, haciendo referencia expresa a uno u otro en aquellos aspectos que se considere necesario.

1o.- *De la Nulidad*

Conforme a los hechos declarados probados en la sentencia, los testimonios de *Alonso Calderón Castro* y *Jorge Enrique Benavides Aguilera*, rendidos ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia el 11 de abril de 1986, que fueron utilizados por *Carlos Arturo Ortíz Rojas* para probar ante las autoridades municipales su calidad de poseedor del lote y propietario de las mejoras, no corresponden a la verdad, pues numerosas y contundentes pruebas demuestran que *Ortíz Rojas* realmente era un arrendatario del inmueble. Ante esta conclusión, y la evidente posibilidad de que los dos declarantes mentirosos hubieran incurrido en el delito de falso testimonio, el Juez ordenó que se compulsarán copias para la investigación por parte de la autoridad a quien le fueran repartidas. (Folio 53 cuaderno No. 1).

Es elemental saber, que para que el Juez no le reconozca credibilidad a la prueba testimonial, no es necesario esperar a que se inicie un proceso por falso testimonio, ni que se condene al declarante por ese delito, pero si el funcionario advierte la posibilidad de que él se haya cometido, está obligado a disponer lo necesario para su investigación.

Cuando el falso testimonio sirve de medio para la comisión de otro punible, lo procesalmente correcto y conveniente, es que por existir conexidad ideológica se investiguen y fallen conjuntamente. Por esta razón el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, admite esa circunstancia como excepción al principio de que por cada hecho se hará un proceso.

Sin embargo, por expresa disposición de la misma norma, su no cumplimiento solo genera nulidad cuando se afecta el derecho de defensa.

Esta era la tesis reiterada por la jurisprudencia durante la vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal, y el legislador del actual la incorporó al estatuto en el artículo 14, de manera que la invocación del principio de favorabilidad que hace el defensor de *Alonso Calderón* carece por completo de fundamento y su argumentación pretendiendo desconocer el mandato legal es absurdo, pues a nadie se le puede ocurrir que para efectos de la nulidad por falta de competencia prevista expresamente en el numeral 1o. del artículo 305 *ibidem*, se exige también afectación del derecho de defensa.

No hay en las demandas demostración alguna de que se haya infringido la garantía de la defensa, los actores se limitan a hacer afirmaciones sin respaldo procesal, y en realidad el cargo es inoficioso, pues no es un planteamiento serio decir que los procesados no tuvieron oportunidad de probar que los testimonios no eran ajenos a la verdad, ya que es ostensible que ese punto fue objeto de debate durante toda la actuación, y esto es tan cierto, que en los cargos que formulan a continuación se ocupan nuevamente de insistir en ello.

A través de todo el proceso los acusados tuvieron pleno conocimiento de que los funcionarios juzgadores estimaron que las declaraciones eran contrarias a la verdad, y a demostrar que esa conclusión era equivocada apuntaron los alegatos y las pruebas solicitadas por los defensores, debate que hasta ahora terminará con este fallo de casación, de donde se infiere que resulta insólito acusar la sentencia por presunta violación del derecho a la defensa, debido a que los imputados no tuvieron oportunidad de controvertir la falsedad de los testimonios.

El reproche no prospera.

2o.- *Cargos por violación indirecta*

Los responde acertadamente el Procurador Delegado, de manera que bastaría remitirse a esos argumentos para desestimarlos. Sin embargo, la Sala los ampliará con otros comentarios que resultan oportunos, así:

a) Las demandas son confusas y carecen de la precisión que corresponde observar cuando se sustenta este extraordinario recurso. Primero

pretenden demostrar que *Ortíz Rojas* compró y pagó las mejoras a *Ignacio Sandoval*, y además que él también le hizo mejoras a la casa, pero el alegato es tan inconsistente, que dejan de lado y sin explicación lo referente al 50% de las mejoras pertenecientes a *Rosa Tulia Salazar*, derecho del cual también se apropio *Ortíz Rojas* y luego lo vendió a *Calderón Castro*. Luego dice que el Tribunal puso en boca de los testigos palabras que jamás pronunciaron y por lo tanto no hay falso testimonio, tesis ilógica y contradictoria, porque si ellos no hubieran dicho lo que el Juez les atribuye y cuya claridad no tiene discusión en el proceso, el Alcalde no le hubiera podido vender el lote ya que la condición era acreditar que se habían constituido mejoras sobre él.

Para colmo del desconcierto, luego dice que la resolución que sirvió de base para que el Alcalde le vendiera el lote a *Ortíz* no existe, por lo tanto el sentenciador incurrió en falso juicio de existencia, pero a renglón seguido admite que la escritura a favor del procesado, la número 2225 del 6 de agosto de 1986, si existe (Fl. 61) y en ella está transcrita la resolución porque fue entregada por el Alcalde en fotocopia auténtica para ser agregada al protocolo, tal como lo certifica el Notario en la introducción del documento público.

Y como remate a las contradicciones, después de cuestionar el fraude procesal y la estafa diciendo que esos delitos no existieron, presentan un cargo en que admiten el fraude procesal, pero solicitan que se les absuelva por la estafa, demostración evidente de que confundieron el recurso de casación con una tercera instancia.

El defensor de *Alonso Calderón* aporta una contradicción de su propia cosecha, pues luego de advertir que la demanda se ocupa todo el tiempo de *Carlos Ortíz*, porque demostrando la inocencia de éste de allí se derivaba la de su cliente, resuelve finalizar el escrito, como si de pronto se hubiera acordado, afirmando que entre su representado y el otro procesado no existió ningún vínculo, ni siquiera para ser tachado como cómplice, pues no tuvo ninguna participación en los punibles.

b) El presunto error del Tribunal en la apreciación de las pruebas que en opinión del libelista indican que entre *Ortíz* y *Sandoval* existió una negación consiste en "no haber apreciado en su justo valor los documentos y declaraciones y en la segunda demanda, "no haberle dado el valor de un poderoso indicio", motivación que no corresponde al error de hecho alegado, y que por vía del error de derecho tampoco hubiera tenido prosperidad pues esas pruebas no están sujetas a tarifa legal.

c) La alegación sobre la existencia de una promesa de compraventa entre *Ortíz* y *Sandoval*, no es demostrativa de ningún error, simplemente pretenden hacer prevalecer su opinión personal sobre lo manifestado por el juez en la sentencia, olvidando que está amparada por la doble presunción de acierto y veracidad.

Pero además carece de fundamento, pues como se espera que todo abogado lo sepa, la promesa no transfiere la propiedad, simplemente es un acuerdo para hacer un futuro negocio. De otra parte, es el mismo procesado el que al subarrendar (Fl. 15) reconoce que no es propietario de la casa, y contra esta prueba no se esgrime ningún argumento.

d) Los testimonios *de Isaac Romero* y *Neftaly Cicery Méndez* no fueron mal apreciados, lo que ocurre es que se refieren a pequeñas mejoras que *Ortíz* hizo en la casa construida en el lote, lo cual es muy diferente a lo expresado por *Alfonso Calderón* y *Jorge Enrique Benavides*, en cuya boca nada pone el juzgador que no dijeran, pues textualmente afirmaron en su orden (Fl. 65 y Vto.): "Si es verdad y me consta bajo sus propias expensas el peticionario *construyó mejoras sobre un lote de terreno ubicado* en la carrera 12 No. 15-17, con ficha catastral 01-02-042-00 y que se halla dentro de los siguientes linderos..." "Me consta que el peticionario bajo sus expensas *construyó mejoras en un lote de terreno de propiedad del Mpio- Ilcin (sic)* ubicado en la carrera 12 No. 15-17 de esta ciudad, el que posee matrícula inmobiliaria ..."

Las declaraciones de *Hernando Castiblanco* (Fl. 46) y *Alfonso Noriega* (Fl. 49), no dejan la más mínima duda de que *Ignacio Sandoval* y *Anselmo León Ruíz* construyeron la casa que posteriormente tomó en arrendamiento *Carlos Ortiz*, de manera que las obras que por su cuenta se realizaron fueron algunas reparaciones a la casa ya existente, no lo que exigía la resolución dictada por la Junta de Ejidos para poder comprar el inmueble.

Anselmo Ruíz le vendió en junio de 1983 su derecho del 50% de la casa construida, a *Rosa Julia Salazar Escandón* (Fl. 10), derecho del cual también la despojaron ilícitamente.

Las pruebas son claras y así las entendió el sentenciador de instancia, son los demandantes los que las tergiversaron y les dan un alcance que no tienen.

e) Es un burdo planteamiento, el decir que los testimonios falsos nada tuvieron que ver en la resolución dictada por la Junta Municipal de Ejidos

porque fueron posteriores, pues con ello, o se pretende confundir a la Sala o los demandantes demuestran que no entendieron el proceso.

La resolución No. 001 de julio 30 de 1985, autorizó al Alcalde Especial de Florencia para que una vez cumplidos los requisitos exigidos en el Código Fiscal (acuerdo 001 de enero 18 de 1985), y previo visto bueno el Personero Municipal, otorgará las escrituras de los lotes propiedad del municipio, ubicados en el área urbana del mismo. Es una resolución general, por eso resulta infantil decir que en ella no se nombra a *Carlos Arturo Ortíz*. Para aprovecharse de lo allí dispuesto es que el arrendatario consigue los dos testimonios falsos, y con ellos logra en forma fraudulenta que el Alcalde le otorgué mediante escritura pública la propiedad del lote que si bien es cierto que canceló su valor, también lo es que para hacerse al despojo a quienes tenían el legítimo derecho, causándoles el perjuicio correspondiente.

Es obvio que los testimonios son posteriores a la resolución No. 001, como también es obvio que ellos no se rindieron para lograr que se dictara dicha resolución, sino para llevar al Alcalde al otorgamiento de la escritura, que fue precisamente lo que consiguieron.

f) El cargo que presenta como subsidiario de la demanda a nombre de *Carlos Arturo Ortíz* es inaceptable.

Técnicamente no es posible presentar en casación penal cargos subsidiarios, pues como bien lo anota el colaborador fiscal, todos deben formularse como principales. También tiene el problema de ser contradictorio, como ya se explicó.

Pero lo peor está en el contenido. Al libelista le resulta difícil entender que es verdad, que al arrogarse su cliente el derecho perteneciente a otras personas, para adquirir por compra al Municipio la propiedad de un lote, obtuvo un provecho ilícito. El asunto es tan claro que no amerita ninguna explicación.

Y como si lo anterior no fuera suficiente desatino de una presunta confusión sobre los legítimos herederos de *Ignacio Sandoval*, que en su opinión son los hijos extramatrimoniales y no *Enrique Tovar* y *Jorge Hernando Trujillo*, llega a la ilógica, pero con lo visto ya no extraña conclusión, de que no existieron perjudicados y por lo mismo no hubo estafa.

Como acertadamente lo concreta el Procurador, confunde la existencia de los perjuicios con la titularidad de los mismos.

g) Resumiendo, las demandas son antitécnicas por contradictorias, por confundir alegaciones propias del error de derecho con las del error de hecho y por no demostrar los errores que anuncian. Pero además, los reproches no tienen respaldo procesal y están elaborados a partir de una evidente tergiversación de los hechos que fueron objeto del proceso.

Los cargos no prosperan.

3o.- Aplicación del Decreto 2651 de 1991

La Sala estima oportuno pronunciarse respecto a las normas sobre descongestión judicial, toda vez que en el artículo 51 del Decreto introduce algunas modificaciones al recurso de casación, sin decir expresamente la materia a la cual se refiere, lo que podría generar confusión.

Sin embargo, existen suficientes elementos de juicio que permiten inferir que las modificaciones relacionadas con los requisitos de la demanda no están dirigidas al campo penal. Ellos son:

a) El Decreto se ocupa de reglamentar la Conciliación, (de la cual excluye expresamente los asuntos penales); el arbitramento; el aporte de pruebas por las partes haciendo más flexible las rigurosas normas del Procedimiento Civil, para darles la agilidad que tiene el sistema penal; las objeciones en los concordatos; y, la competencia de los Notarios para adelantar sucesiones. Es evidente que ninguna de estas modificaciones se refiere al procedimiento Penal.

b) El artículo 51 está en el capítulo VII denominado *"Otras Disposiciones"*, en el cual, entre varios temas, se autoriza la grabación de audiencias y diligencias, mecanismo que está previsto en el artículo 149 del Procedimiento Penal vigente, lo que indica que el Decreto se está refiriendo a los Códigos que no contienen esa previsión.

c) El Gobierno Nacional, con el visto bueno de la Comisión Especial, el 25 de noviembre de 1991 expidió el Decreto 2651, y cinco días después, haciendo uso de las facultades otorgadas en el mismo artículo 5o., transitorio de la Constitución Nacional, expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, (Decreto 2700), en el cual mantiene las exigencias formales

actualmente vigentes para las demandas de casación. En estas condiciones, es lógico entender que no tendría sentido introducir modificaciones sobre un tema, para unos días después, cuando éstas aún no han empezado a regir, volver al sistema anterior, y mucho menos si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 62 del Decreto de descongestión de los despachos judiciales, este se aplica a los recursos de casación que se interpongan a partir del 10 de enero del presente año, es decir, sus normas serían aplicables solo por seis meses, no por 42 como dice en el artículo 2o., pues a partir del 1o. de julio entra en vigencia el nuevo estatuto procesal.

d) En cuanto al contenido del artículo 51 del Decreto 2651, se observa que en materia penal no produciría descongestión, sino todo lo contrario, pues eliminando la posibilidad de desestimar las demandas que no reúnan los requisitos formales, obligaría a que cualquier escrito fuera tomado como una demanda de casación sobre la cual se tendría que hacer un trámite y un pronunciamiento de fondo inoficioso. Pero además, resultaría ostensible la inconstitucionalidad de ese artículo, pues pondría a la Corte en el trabajo absurdo de perfeccionar la demanda y luego darse respuesta, desbordando las facultades que le fueron otorgadas al Gobierno por la Constitución Nacional.

En el supuesto de que existiera congestión en la Sala de Casación Penal, sería totalmente ineficaz pretender solucionarla eliminando las exigencias técnicas de la demanda, pues esa medida daría lugar a que se acudiera al recurso extraordinario como si se tratara de un tercera instancia.

De otra parte, no sería explicable que para descongestionar los Despachos, se expidiera una norma que obligue a resolver de fondo en todos los casos, aún en aquellos en que la incompatibilidad de los cargos impide saber con claridad la verdadera inconformidad del recurrente.

e) Sin perjuicio de lo que en materia civil y laboral se resuelva, esta Sala considera que atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651, a la finalidad que debe perseguir, y a las facultades que permitieron su expedición, el artículo no comprende el recurso de casación en materia penal.

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, nofifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

INTERVENCION EN POLITICA \ CORPORACION PUBLICA - Voto

A todo empleado oficial le está prohibido postularse y someterse al voto popular para acceder a las Corporaciones Públicas.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 06. Radicación No. 4849

Visios:

Califica la Sala el mérito de la presente actuación sumarial seguida en contra de los doctores *Ely Gómez Ortega* y *Gorgonio Palacios Cuesta*, Magistrado el primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó y conjuez de esa corporación el segundo, a quienes se atribuye la comisión de un delito de prevaricato.

Hechos:

Suscita la presente investigación el repentino cambio de criterio que para la solución de casos análogos protagonizara el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Quibdó doctor *Ely Gómez Ortega*, actitud que bajo el calificativo de injustificada, repentina y peligrosa enteró a esta Corporación el doctor Luis Ramón Garcés Herazo, quien como compañero de Sala del denunciado terminó relegado a una posición minoritaria frente a la intervención de un conjuez.

El caso remite a los interlocutorios de septiembre 18 de 1989 y noviembre 20 del mismo año, emanados de la Sala de decisión integrada

por los doctores *Gómez* y *Garcés*, en que se revisaba por vía de apelación la medida de aseguramiento de conminación impuesta en contra de los educadores Rafael Geovo Gutierrez y María Angela Anastasia Torres Murillo, quienes a pesar de su vinculación oficial, presentaron sus nombres y resultaron elegidos como concejales del Municipio de Istmina.

Para el primer proceso y con ponencia del Magistrado doctor Garcés Herazo, por unanimidad le confirmó la Sala la conminación al profesor Geovo. En el segundo y apenas transcurridos dos meses, bajo ponencia del doctor *Gómez Ortega* no solamente se revocó aquella medida, sino que aún llegó a favorecerse a la Torres de Murillo con cesación de procedimiento, determinación disentida por el meses después, denunciante doctor Garcés, pero apoyada por el conjuez *Gorgonio Palacios Cuesta*, de quien vendría a saberse era defensor en otros asuntos semejantes, de la nueva tesis asumida.

Actuación Procesal:

1.- Acreditada documentalmente la vinculación oficial del inicialmente denunciado doctor *Gómez Ortega* como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó para la época de los sucesos denunciados, la actuación procesal avanzó con el allegamiento de las siguientes probanzas:

1.a.- Con motivo de la ratificación de su denuncia, hizo saber el doctor Luis Ramón Garcés que eran múltiples las razones de inconformidad que habían surgido frente a su compañero de Sala el doctor *Ely Gómez Ortega*, existiendo otras denuncias de propia iniciativa en contra de su colegá, tanto por la morosidad de su despacho como por la obstrucción que había puesto a una visita de la Procuraduría que intentaba comprobarlo.

Para el caso que aquí concreta, y repitiendo que la actitud de su compañero le resultaba sorpresiva y lesiva para los intereses de la administración de justicia, añadió que las explicaciones de ese cambio de criterio parecían radicar en la visita que al despacho del doctor *Ely* había visto el denunciante que hacía la procesada señora de Murillo, jefe Cordobista del Municipio de Istmina, acompañada del político Daniel Palacios Martínez. Ese hecho le pareció al denunciante suficientemente indicativo de la docilidad del funcionario a los intereses del político, porque éste patrocinaba económicamente la "Casa de Cultura Jorge Isaacs", fundación de la cual sabía que el Magistrado *Gómez* era presidente.

1.b.- Las explicaciones que sobre el caso otorgan los indagados se ocupan de rechazar en un todo las insinuaciones de prevaricadores que les endereza el denunciante, precisando cada uno las circunstancias de su intervención dentro del mismo de la forma que sigue:

El doctor *Ely Gómez Ortega* -folio 126- admitió que al recibir para estudio del doctor Garcés la ponencia en el caso del señor *Cerro*, la halló conforme a derecho y respaldó con su firma sin mayor análisis. Posteriormente y cuando llevó para revisión el segundo caso (proceso contra la docente Torres de Murillo), optó por estudiarlo más a fondo, y consultando dentro de su limitada biblioteca la obra del doctor Luis Carlos Pérez, halló en ella aquella referencia que luego citaría en su ponencia, y que le sirvió para sustentar su disentimiento variando la postura inicialmente asumida.

Los pormenores de esa discrepancia constaron por escrito, y en ellos hizo ver el indagado que si a su juicio se había incurrido en la primera decisión en un error, no podría sentirse obligado a repetirlo solo para evitar contradicciones, así que mantuvo su cambio de criterio y con él se adoptó la nueva decisión, dado que su planteamiento coincidió con el análisis del conjuez. Desde entonces, añadió el procesado, los demás casos que llegaron a su estudio se resolvieron con el criterio amplio y favorable, sin que para su variación hubiese mediado malicia o interés distinto al de acertar mediante fórmulas más justas.

Por esas mismas razones le resultó al indagado absolutamente inadmisible la imputación que le hiciera su ex-compañero de Sala el doctor Garcés, pues no solamente era mentirosa su afirmación de haber sido visitado por la procesada y por el doctor Palacios, sino repudiable la sola insinuación de que hubiese procedido por parcialidad, calificando los cargos como fruto del resentimiento de quien los propone, pues mientras de su parte ha procurado vincularse siempre con actividades culturales y de beneficio social (se cita como co-fundador de la Casa de la Cultura Jorge Isaacs, de la Universidad de Quibdó, de la Academia Departamental de Historia, y de otras asociaciones, así como miembro del Club de Leones), su denunciante se había hecho conocer como persona asocial y sectaria, según lo estableció la Corte en otro proceso al cual se allegó copia de un diario donde se publicaba una intervención suya de carácter político, cuando aún se desempeñaba como magistrado (folio 130).

Para el doctor *Gorgonio Palacios Cuesta* -folio 201-, su vinculación como sindicado le resultaba sorpresiva y única durante su frecuente intervención como conjuez del Tribunal de Quibdó, explicando que en el caso de

interrogatorio se limitó, una vez convocada, a conocer los dos criterios que dividían a los doctores *Gómez* y Garcés, hallando de su propio análisis digna de respaldo la tesis planteada por el co-sumariado, luego de estudiar tanto la norma del artículo 158 del Código Penal como la del artículo 86 del Decreto 1333 de 1986.

En escrito adicional añadiría que tampoco encontraba motivo de crítica por haber representado al profesor Dionisio Palacios en otro proceso en que se le imputaba el mismo cargo, pues su intervención allí fue posterior a la de su desempeño como conjuez.

1.c.- Mediante inspecciones cumplidas por comisionado en el Tribunal de Quibdó y en los Juzgados que adelantaban las respectivas actuaciones y profusa adjunción documental lograda en ellas, cuando no por iniciativa de los indagados -folios 32, 66, 133, 136, 143, 206, 223, 234, 251 y 329.- se estableció que para la época de los hechos se adelantaron varias investigaciones en contra de docentes de Istmina y Quibdó por violación al artículo 158 del Código Penal, pues no obstante su vinculación oficial como profesores de distintos planteles educativos estatales, prestaron sus nombres y resultaron elegidos como concejales, entrando a participar en las sesiones de los respectivos cabildos.

Impugnadas algunas de las decisiones adoptadas dentro de esos procesos ante el Tribunal, el primer pronunciamiento de segunda instancia se adoptó por unanimidad y con ponencia del doctor Garcés Herazo, confirmando la conminación impuesta al docente Rafael Geovo, auto de septiembre 18 de 1989 que en escasos dos folios apenas afirmó correctos los motivos del *a-quo* para ratificarlos.

No transcurrido aún un mes, llegó a la Sala el proceso seguido en contra de la profesora Angela Torres de Murillo a quien se sindicaba de igual cargo, y repartido de nuevo al doctor Ramón Garcés, resultó su ponencia disentida por su colega el doctor *Gómez Ortega*, generando un cruce de notas en que el primero recordaba que el tema había sido estudiado y resuelto como una vez más lo proponía, en tanto el ahora procesado replicó que luego de estudiarlo más a fondo encontraba que su primera postura era equivocada, debiendo procurar su rectificación, pues ningún juez podía ser obligado a persistir en error.

Protocolizado el desacuerdo, el propio doctor Garcés sorteó conjuez para que dirimiera el empate, posesionando como tal al doctor *Gerzonio Palacios Cuesta*, quien días más tarde hizo conocer por escrito su criterio

de la Sala, apoyando la tesis del Magistrado *Ely Cómez*, que al ser plasmada como providencia el 20 de noviembre, sentó como fundamento de hecho el que la única conducta atribuible a la procesada era la de haber prestado su nombre para la inscripción de una lista de aspirantes al concejo de Istmina, comportamiento que en opinión de tratadistas nacionales (cita la providencia la opinión de los profesores Luis Carlos Pérez y Antonio Vicente Arenas), no podía estimarse constitutiva de delito, porque los cabildos eran entes administrativos y no políticos, y el ánimo de sus integrantes el de prestar gratuitamente un servicio a la comunidad.

A partir de entonces el doctor *Gómez Ortega* mantuvo su criterio en casos análogos, aún en ausencia del doctor Garcés Herazo, reemplazado por el magistrado doctor Coutín Padilla, y como éste último participara del criterio del aquí denunciante, las mayorías se hicieron con la participación del conjuez doctor Jorge H. Mena Barco (providencia de febrero 8 de 1990 en el proceso seguido contra el docente Paul Hernán Murillo), y de la conjuez doctora Mirtha Abadía Serna (Proceso contra Pascual Rentería fallado en junio 1o. de 1990).

1.d.- Cuidadosamente se investigó sobre la imputación lanzada por el doctor Ramón Garcés, relacionada con la visita que al despacho del doctor *Ely Gómez* realizaran la procesada Angela Torres en asocio del senador doctor Daniel Palacios Martínez, y que a su juicio habría sido el fundamento para que el procesado cambiara su criterio ya contenido en la solución del caso del profesor Geovo. Los resultados obtenidos, lejos de confirmar la imputación del denunciante, apuntaron invariablemente a su mendacidad:

Como personas allegadas al Tribunal rindieron declaración el Secretario de la Sala Penal señor Eparquio García -folio 93-, sosteniendo que al doctor Daniel solamente lo ha visto en el Tribunal con motivo de su posesión como gobernador del Departamento, y la señora Concepción Posso Mena -folio 75-, auxiliar del doctor *Gómez Ortega*, rechazando de manera enfática la supuesta visita.

Por su parte doña Angela Anastasia de Murillo -folios 74 y 124- expresó que solo de vista conoce al doctor *Ely* por el cargo que desempeña, pero que laborando ella en Istmina, jamás atendió lo relacionado con su proceso de manera personal, rechazando de manera enfática el que hubiera visitado al magistrado y mucho menos acompañada del doctor Palacios a quien también conoce pero nada en absoluto le comentó de su proceso.

Coincidiendo con la anterior, el doctor Daniel Palacios certificó que jamás había visitado el despacho del magistrado Gómez, y mucho menos le había comentado sobre el caso de la profesora, considerando que la mención que en tal sentido hace el denunciante solo se puede explicar como consecuencia de su amargura o ánimo de venganza personal o política, pues a su juicio no puede tener semejante aserto otra explicación (folio 86).

Interrogado el doctor Augusto Cicerón Mosquera, quien fuera defensor de la Torres de Murillo, rechazó ahincadamente que el caso de su cliente se hubiese fallado por amistad o simpatía, resaltando que inclusive el doctor *Ely Gómez* es de partido distinto al de la procesada, asegurando que ni él ni la procesada visitaron al magistrado, evento tanto más remoto como que la profesora siempre permanecía en Itsmina (folio 191)

Para mayor abundamiento, el interrogatorio se extendió a todos los procesados dentro de los diferentes sumarios seguidos por intervención en política, coincidiendo Heraclio Mena (folio 181), Pascual Rentería (folio 182v), Paul Hernán Murillo (folio 189) y Dionisio Palacios (folio 192), que nada anormal incidió en la definición de sus asuntos ante el Tribunal, siendo sabedores de su favorecimiento, a veces por voces de sus compañeros de causa, y que a su entender la apelación del señor Geovo fracasó por mala sustentación, pues inclusive, en todos los casos de Istmina, por lo menos, el apelante había sido el Personero.

Rafael Geovo, por su parte (folio 120), explico el surgimiento de los procesos como consecuencia de la denuncia de la profesora Betty Chamat, a quien primero se le imputara el cargo, explicándose la decisión adversa a sus intereses por un ánimo de favorecimiento para los concejales cordobistas, explicación que no concretó más allá de sus conjeturaciones.

Por último y en un exhaustivo análisis de la vinculación del doctor *Ely Gómez* con la Casa de la Cultura Jorge Isaacs de la cual se le cita como co-fundador, tanto su presidente José de Calazans Mosquera -folios 98 y 171 v.-, como los directivos Mariano Roa, Jorge Valencia Díaz, Guido Gonzalez y Armando Luna (folios 170 v., 172 v., 172 bis v., y 177), sin llegar a desmentir la colaboración económica que el doctor Daniel Palacios ha prestado a esa fundación, reiteradamente apuntan que los fines de esa institución son enteramente apolíticos, y que las relaciones entre sus directivos no pasan de corresponder a las propias de un trato social normal, y de una comunidad de intereses culturales y de beneficio social,

sin que se hubiese hecho notoria jamás una amistad o trato especial entre el doctor *Gómez* y el senador, primero y luego gobernador doctor Palacios.

1.e.- Como los cargos en contra del doctor *Palacios Cuesta* asomaron luego de conocerse que como defensor tenía para la época del pronunciamiento favorable a la señora Torres de Murillo la representación de otro docente denunciado con el mismo cargo, la investigación se aplicó al esclarecimiento de éste aspecto, logrando establecer que de los varios procesos que por entonces se adelantaban por el delito de intervención en política, el doctor *Gorgonio Palacios* solamente intervino en la defensa de Pascual Rentería, evidenciándose la presentación del mandato el día 20 de octubre de 1989, valga decir, en la misma fecha en que se le sorteaba como conjuez y tomaba posesión, y que su única solicitud en favor de su representado la hizo llegar al Juzgado el 8 de febrero de 1990, valga decir, meses después de resuelto el caso de la señora Torres de Murillo.

2.- En tiempo oportuno presentaron sus alegaciones el indagado doctor *Palacios Cuesta* y el señor defensor del sumariado doctor *Gómez Ortega*, coincidiendo en su solicitud para que opte la Sala por la cesación de todo procedimiento seguido en su contra.

En su escrito petitorio sostiene el primero de los nombrados que su actuación se limitó al cumplimiento del deber para el cual había sido convocado como integrante de la Sala de Decisión Penal, actuando con total independencia y expresando su criterio personal, a la postre coincidente con el co-sindicado, y haciendo alusión a los hechos insiste en que a la docente, a quien ni siquiera conoce, no se le había demostrado comportamiento típico, motivo bastante para adoptar la decisión que ahora se critica.

Por su parte, estima que la representación del profesor Dionicio Palacios no fue concomitante sino posterior a su intervención como conjuez, y que si en esa disparidad de criterios en que debió terciar, se le quisiese inferir un hecho típico, jamás se le probó ni se le podrá demostrar una actitud dolosa, condición sin la cual solo procede su favorecimiento.

En representación del doctor *Gómez Ortega* la alegación se orienta al análisis de la conducta de las docentes favorecidas con la decisión de los doctores *Gómez* y *Palacios*, con miras a mostrar que ni el criterio asumido por ellos en la decisión controvertida se distanciaba manifiestamente de la ley, ni la decisión podía diferir de la cesación de procedimiento adoptada, pues en el primer aspecto, la disposición del artículo 158 del Código

Penal admitía la interpretación que se le daba, y por lo demás, estaba de bulto la ausencia de dolo con que procedieron, tanto porque resultaba un lugar común la intervención de profesores oficiales en los concejos municipales de muchas localidades del Chocó y fuera de ese Departamento, sino además, porque los indagados habían hecho una interpretación de buena fe del estatuto docente, ubicándose, en el peor de los casos, bajo la preceptiva del numeral 4 del artículo 40 del Código Penal, inculpabilidad que irremediablemente debía conducir a la determinación que los denunciados adoptaron.

Consideraciones de la Sala:

1.- Ante todo habrá de resaltarse que la afirmación del denunciante doctor Ramón Carcés Herazo, orientada a mostrar el interés y las motivaciones proclives de su colega de Sala el magistrado *Ely Gómez Ortega*, al sostener que su cambio de criterio en cuanto a la adecuación del delito de intervención en política derivó de la visita que le hiciera la procesada Angela Tortes de Murillo, acompañada del político doctor Daniel Palacios Martínez, se demostró absolutamente falaz, rechazada como fuera de manera enfática por los presuntos visitantes y visitado, como por todas aquellas personas que con inmediación al Tribunal o a los protagonistas tuvieron amplia oportunidad de comparecer y rendir su testimonio dentro del presente asunto.

Este resultado incuestionable conduce de una parte a establecer que jamás los motivos del cambio de criterio en el doctor *Gómez Ortega* se vincularon con el afecto o la parcialidad que le suscitaran una procesada a quien no conocía, una simpatía política hacia un grupo que precisamente era distinto del suyo, ni una complacencia hacia un político con quien simplemente compartían actividades sociales como del mismo modo lo hacía con muchos otros prestantes miembros de la sociedad chocoana, tanto en la Casa de la Cultura de la cual había sido co-fundador, como en otras actividades de la misma índole social y cultural que con amplitud en procesado reconoce y sus allegados le avalan.

2.- Descontada con tan copioso y atendible aporte probatorio la connivencia sugerida, queda por determinar si el solo cambio de doctrina por parte de una Corporación íntegra hecho punible, y si en aquel que protagonizara el procesado doctor *Ely Gómez Ortega*, la nueva postura asumida, si no la anterior, podría constituir aquel marginamiento ostentoso o evidente frente al derecho claramente reconocido por la ley.

Cuanto concierne con el primer aspecto, fuerza es advertir que siendo la jurisprudencia criterio auxiliar y orientador de la actividad judicial, ninguna aspiración resulte de mayor vehemencia que aquella que demanda en las decisiones de los jueces tanto acierto y justicia como permanencia, a fin de conservar a la vez la seguridad que permita un desarrollo armónico dé la doctrina, como de impedir la odiosa posibilidad de que a personas autoras de unos mismos hechos se resuelvan contradictoriamente sus asuntos.

Ese anhelo de unidad y perdurabilidad no podría sacrificar, en todo caso, y así ha dicho comprenderlo el indagado, ni aquella vocación humana por la búsqueda científica y persistente de mejores y más justas soluciones, ni la posibilidad de superar errores, cuando se llega a la convicción de haber en ellos recaído previamente.

Para el caso propuesto, en que la situación vista demuestra que la primera providencia adoptada bajo ponencia del doctor Garcés Herazo, no llegó a superar dos páginas para el análisis de la conducta del profesor Ceovo, omitiendo toda propia consideración del Tribunal frente al dificultoso tema abordado, no extraña la excusa del doctor *Gómez Ortega*, quien advierte que al conocer de una nueva controversia, halló del caso volver sobre el estudio de aquel tema, hallando para sorpresa suya en la tesis del tratadista Luis Carlos Pérez un criterio contrario al adoptado, que por calzar en aquel que estaban discutiendo y resultar aún más de favor al procesado, prefirió acoger en la solución del problema planteado.

Sin que la excusa hubiese surgido, entonces, a posteriori y con el ánimo de enfrentar su defensa en éstas diligencias, las explicaciones del magistrado se ofrecieron a su colega por escrito, según copias que no han sido tachadas en ésta actuación, y que corriendo al folio 147 y siguientes, dejan ver que el doctor *Gómez* se atenía a las explicaciones de la indagada que expresaba su entendimiento de que la prohibición legal no la alcanzaba, y frente a ella coincidía la opinión del doctrinante citado, replicándole al doctor Garcés que como funcionario tenía derecho a "rectificar hoy lo que de ayer vea equivocado", sin que la ley le prohibiera "corregir, ni rectificar, ni mejorar las opiniones y conceptos" dados.

Por lo demás, hácese notorio que el criterio del magistrado *Gómez* no varió exclusivamente para favorecer a la señora Angélica Anastasia de Murillo, regresando ulteriormente a la que había sido tesis inicial de la Sala, sino que desde allí continuó insistiendo en el mismo entendimiento

y aún abundándolo en razones como se observa en la decisión alusiva a los docentes Rentería, Mena y Palacios Hernández, apoyado en los siguientes casos por otros conjueces diferentes, los doctores Mirtha Abadía y Jorge H. Mena Barco, y que sus motivos tampoco se restringieron a un análisis exclusivo del tipo penal, sino que en cada uno de los eventos que tuvo bajo estudio coincidió en un análisis de las excusas de los procesados, para orientarse hacia la ocurrencia de un verdadero error de tipo.

Este último aspecto, sobre el cual insiste la defensa, es relevado en la ponencia de doña Angela Anastasia al reproducir de sus explicaciones el entendimiento que de buena fe tenía la docente en cuanto el solo hecho de facilitar su nombre para la integración de una lista para el consejo sumado al propósito de servirle a la comunidad local, constituía abiertamente una causal de inculpabilidad, abonada por la circunstancia aquí puesta de manifiesto y relacionada con la repetición de los casos en que los profesores oficiales, al parecer por su preparación y liderazgo frente a la comunidad chocoana en que se desempeñaban, venían de tiempo atrás incurriendo en esa misma conducta por la cual se abrieron los varios procesos a través de éste expediente conocidos.

2.b.- Ahora bien, determinar si la decisión final adoptada por el doctor *Gómez Ortega* con el voto del conjuez doctor *Palacios Cuesta* resultaba notoriamente contraria a derecho implica saber si, como lo había dicho ya en precedente ocasión el Tribunal bajo ponencia del denunciante doctor Garcés Herazo, los profesores oficiales estaban impedidos para tomar parte en debates político-electorales, situación común a los varios casos de que venía conociendo esa corporación.

Sobre el particular, clara y tajante debe aceptarse la prevención del artículo 158 del Código Penal al proscribirle a todo "empleado oficial" su "participación en comités, juntas o directorios políticos" como su intervención en "debates o actividades de ese carácter", siendo precisamente el electoral el prototipo de la controversia política.

Si el inciso segundo de esa disposición exceptúa de la prohibición a los "miembros de las corporaciones públicas de elección popular", tal exclusión se orienta, como fácilmente se infiere de la naturaleza de esa función y así se advirtió por lo demás en el seno de la Comisión revisora del Código Penal (Acta 18 Comisión de 1979), precisamente bajo el entendimiento de que "los miembros del Congreso, asambleas departamentales y concejos municipales tienen representación política y pueden in-

tervenir en política", razón única de ser de éste agregado a la norma del anterior artículo 180 del Código Penal de 1936, que mas bien confirma la naturaleza de éstas colectividades, y por ende la vigencia de la prohibición para que los empleados oficiales se postulen y sometan al voto popular para acceder a esas corporaciones.

Desde éste punto de vista, bien podría sostenerse que la decisión suscrita por los doctores *Gómez Ortega* y *Palacios Cuesta* resultaba claramente opuesta al texto y sentido del artículo 158 del Código Penal, siempre y cuando esa tesis se restringiera exclusivamente a la inaplicación de la prohibición legal para el caso de los docentes, pues se estaría con ella creando una excepción que la ley no consagra y muy por el contrario hace remota al repetir el artículo 299 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) que ningún funcionario o empleado público puede formar parte de "comités, juntas o directorios políticos" o intervenir en "debates o actividades de ese carácter", pues en caso de hacerlo incurriría disciplinariamente en pérdida del empleo, "sin perjuicio de la sanción prevista en el artículo 158 del Código Penal".

Sin embargo, es lo cierto y evidente en el caso que se analiza, que para llegar a la conclusión que sienta la providencia criticaba, no solamente se asistió el ponente doctor *Ely Gómez* de un criterio doctrinal, aparentemente mal interpretado (ciertamente sostiene el profesor Luis Carlos Pérez que ". .no es punible la actuación de los empleados en los concejos municipales, porque éstos son instituciones administrativas, a no ser que se utilice el puesto para hacer prácticas partidistas...", pero también verdad que renglones más adelante añade que esa conducta es bien distinta de la de quien "acepta la postulación en una lista de candidatos a cuerpos representativos, en la que se presuponen compromisos políticos"), sino que extendió sus argumentaciones al análisis de la conducta que en el caso concreto se atribuía a la procesada, para advertir que, en todo caso, dadas las circunstancias también aquí acreditadas de ser una actividad común y de recibo en el Departamento del Chocó y excepcionales las condiciones de esa región, bien cabía admitirle a la docente que había incurrido en un error de tipo, que no solamente tiene cabida en el artículo 40-4 del Código Penal como causal de inculpabilidad, sino que además daba cabida a la improcedibilidad que la instancia decretó con apoyo en el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal.

Siendo ello así, y admisibles los presupuestos de hecho que asumió el indagado para adoptar la providencia que genera la inconformidad de su colega de Sala hoy denunciante, no solamente se desnaturaliza el im-

putado delito de prevaricato, pues bajo las circunstancias advertidas ha de reconocerse que no se dio aquella desviación ostensible, notoria o manifiesta entre la determinación adoptada y el precepto legal que demandaba aplicación, sino que el examen cumplido por el doctor *Gómez Ortega* resultó en ésta ocasión mucho más amplio que el realizado por el doctor Garcés, y cobijando el aspecto subjetivo de la conducta de la imputada, terminó contando con la debida fundamentación que le servía de apoyo.

La conducta protagonizada por el doctor *Gómez Ortega* en el caso bajo examen, se acredita así cumplida sin malicia ni compromiso de parcialidad alguno, y apuntando en cambio al análisis omnicomprensivo de la actividad de la procesada, lleva a concluir la atipicidad misma del hecho que se le atribuye, siendo acogible el pedimento que en su favor se trae para su desvinculación definitiva.

3.- Siendo hasta éste punto comunes las razones dadas en el caso del doctor *Gómez Ortega* para el análisis de la situación de su colega el doctor *Palacios Cuesta* por su intervención como conjuez dentro del mismo caso discutido, aparece sin embargo para éste un aspecto que sobrepasa la sola afinidad de pensamiento para la definición de la instancia y que obliga resolver, al conocerse que para la fecha de la firma de la providencia, había aceptado el doctor *Palacios* un mandato para defender en otro proceso a un docente que respondía por idéntica imputación a la de la señora Torres de Murillo.

De surgir allí alguna causal de recusación, no cabe duda que al conjuez le obligaba declararla, pues así ejerciera ocasionalmente funciones como administrador de justicia, estaba en ellas obligado a actuar con la imparcialidad y objetividad que demanda el delicado cargo de juez.

Así lo ha entendido ésta Sala, estimando que incurre en prevaricato omisivo y no simplemente en falta disciplinaria el funcionario que a sabiendas de la existencia de una causal que le impide su intervención en un determinado asunto, se abstiene de manifestarla en contradicción con el deber que le impone el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, pues no consagra la norma una facultad sino una "perentoria obligación exigible desde el momento mismo en que el respectivo funcionario advierta" la existencia de la causal, y "particularmente respecto de aquellas causales de impedimento que siendo de carácter objetivo (matrimonio, parentesco, guarda) exigen inmediato pronunciamiento del juez o magistrado en quien concurran "(cfr. auto de agosto 10 de 1984 M.P. Dr. Alfonso Reyes E.)

Para el caso discutido se estableció que el doctor *Gorgonio Palacios* carecía de un interés directo en el proceso, pues sin que se haya acusado relación parental, amistad u otro vínculo relevante con alguno de los sujetos procesales, tampoco tenía de ellos representación.

Podría estimarse que por venir de aceptar el conjuez un mandato para apoderar a otro de los profesores imputados de igual conducta, el mismo día en que ocasionalmente resultó sorteado para dirimir el empate que se presentaba en la Sala Penal, existía en él un interés en la decisión del asunto, distinto de aquel propio del deber funcional y que radica en la vigencia y efectividad de la ley y el restablecimiento del derecho.

Con todo, esa circunstancia no parece suficiente para impelerle a la declaratoria de impedimento, si, además de surgir concomitantemente a la intervención procesal, y sin haber motivado aún la actuación del abogado dentro de aquel proceso, se observa que dadas las circunstancias en que se desarrollaba el debate en el Tribunal, ni remotamente podría tener incidencia la decisión del caso de la señora de Murillo en la solución del que interesaba al doctor *Palacios*, pues existiendo ya decisiones del Tribunal en sentido opuesto a su cliente, y marginado el procesado de la solución del asunto que le incumbía, bien podía éste dirimirse de modo dispar al caso de la Torres, a sabiendas de la discrepancia que tenían en sus tesis los magistrados titulares.

La situación, cuando menos, no se revestía, de aquellas circunstancias de ostensibilidad o evidencia que impusieran la obligación de declarar la excusa, y ello solo basta para concluir en la atipicidad de la conducta omisiva de prevaricato que llegó en un inicio a vislumbrarse, motivo suficiente para que aún por ésta segunda situación, proceda la cesación de trámite que impone el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal en favor del doctor *Gorgonio Palacios Cuesta*.

La anterior decisión impone sin embargo su complemento mediante la expedición de copia de lo pertinente, para que se investigue la conducta del denunciante doctor Garcés Herazo, pues si entre sus formales incriminaciones aseguró como hecho relevante que el doctor *Gómez Ortega* había resultado permeable a la visita de la procesada y del senador Palacios, para llevarle a una modificación de su criterio, esa información se demostró mendaz, obligando proceder como se advierte.

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

Resuelve:

Primero: Cesar todo procedimiento seguido en contra de los doctores *Ely Gómez Ortega* y *Gorgonio Palacios Cuesta* dentro de éstas diligencias, frente a los cargos que por el delito de prevaricato les fueran deducidos según denuncia del doctor Ramón Garcés Herazo, y

Segundo: Disponer la expedición de copia de lo pertinente para esclarecimiento del posible delito de falsa denuncia a que se hace referencia en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

El Juez o Magistrado pro fuerza ha de elaborar un criterio personal sobre las leyes, pero esta labor jurídica no puede interpretarse como causa de una posible perturbación de su ánimo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 0010. Impedimento No. 7112

Vistos:

Conoce la *Corte* de la solicitud de impedimento manifestada por el *Dr. Julio Lancheros Lancheros*, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

Antecedentes:

En su solicitud, el *Dr. Lancheros* señala que ha expresado "...extraprocesal y reiteradamente, mi opinión sobre el asunto materia del proceso, hecho que configura la causal contemplada en el numeral 4o., parte final, del art. 103 del C.P.P.". A renglón seguido, el funcionario advierte que "El punto a dilucidar se refiere a la aplicabilidad o no del art. 199 del Decreto Reglamentario No. 1660 de 1978, con posterioridad a la vigencia del Estatuto de Carrera judicial...", siendo partidario de su inaplicabilidad por estar contenido en un Decreto Reglamentario. Por consiguiente, considera que le es "...humanamente imposible resolver un caso como el presente, con la serenidad e imparcialidad que debe acompañar... a los ad-

ministradores de justicia, esto es, desprovistos de cualquier prejuzgamiento interpretativo sobre el concreto asunto a resolver".

Por su parte, los restantes miembros de la Sala, declararon infundado el impedimento por considerar que la opinión extraprocesal vertida por su colega se refiere a la vigencia de una norma y su posible aplicación y no sobre el fondo del asunto en cuestión, reduciéndose el problema a una simple elaboración de "...un juicio sobre la posible tipicidad de una conducta.". Luego advierten que "Afirmar lo contrario, sería tanto como abrir la posibilidad que cada que se exprese una opinión de contenido jurídico, por parte de un funcionario, ya sea en la cátedra, o en conferencias, foros, etc., en proceso posterior en que se presente la eventualidad sobre la que se opinó, se declare impedido".

La Corte:

1. Las causales de impedimento tienen su razón en la absoluta imparcialidad que debe acompañar en todo instante al administrador de justicia, como tal. Si su serenidad, por circunstancias extrañas a sus funciones, corriere el peligro de verse perturbada, hasta el punto de influir en su decisión, ha de apartarse de su cometido, para que otro, en su reemplazo, decida con la equidad y la conformidad con el derecho, que requiere su misión.

2. Entre los motivos consagrados por la sistemática procesal, se encuentra el haber "...manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.", según las voces del artículo 103, numeral 4o. del estatuto procedimental. Ahora bien, desde antaño la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que el juicio impediente ha de ser emitido por el funcionario extraprocesalmente, lo que equivale a decir que su pronunciamiento debe hacerse en negocio diferente, o en circunstancias extrañas al acto mismo del juzgamiento y ha de tener por se, fuerza que comprometa seriamente su criterio dentro del asunto debatido, en forma sustancial y concreta. Esta limitación es explicable pues cuando actúa en ejercicio de sus funciones judiciales, sólo puede tomar decisiones por medio de providencias, evento en el cual el impedimento que se forjaría sería el contemplado en el numeral 7o.

3. De otra parte, resulta claro que en el ejercicio de su misión jurisdiccional, el juez o magistrado por fuerza ha de elaborar de continuo un criterio personal sobre las leyes, el que, atemperando por la jurisprudencia y al doctrina, ha de permitirle brindar en sus fallos la justeza que se le

exige. El estudio y la reflexión, por tanto, son una exigencia y no una tarea accesoria.

4. Esta labor jurídica, provechosa para el medio judicial, no puede interpretarse como causa de una posible perturbación de su ánimo y, por ende, de un desvío en sus decisiones. Por el contrario, se constituye en la garantía eficaz de que el buen juicio en derecho, precede al fallo.

El presente caso es un buen ejemplo de ello. El magistrado *Lancheros*, según sus palabras, cuando se encontraba en proceso de elaboración el Decreto Ley 052 de 1987, se opuso a la consagración de la figura de la suspensión del acusado mientras se adelantaba la correspondiente investigación disciplinaria, por considerar que se violaba el art. 26 de la Carta. Expedido el referido Decreto, consideró que el art. 199 del Decreto 1660 de 1978, que consagraba dicha suspensión, no podía considerarse como vigente, amen de que desbordaba la antedicha ley que no preceptuaba tal medida.

Como quiera que el proceso contra el Juez Civil del Circuito de Chocontá daba lugar a la aplicación de esta interpretación ya que se le acusaba de haberlo aplicado en forma repetida y sucesiva en contra de su Secretario, hasta culminar con su destitución, el magistrado considera que se ha comprometido su criterio.

Nada más alejado de la realidad.

Como se colige de lo dicho con anterioridad, es en este momento procesal que tiene la oportunidad de estudiar a cabalidad la aplicación concreta de la norma que se ha descalificado con razones jurídicas y establecer a ciencia cierta la razón de sus afirmaciones. Este debate jurídico, por consiguiente, se constituye en el aval de que son las razones en derecho las que priman, como debe serlo en todos los casos.

El impedimento es infundado y así ha de declararlo la Sala.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento presentado por el *Dr. Julio Lancheros Lancheros*, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de

Cundinamarca, para seguir conociendo del proceso que en esa Colegiatura cursa en contra del *Dr. Víctor Joaquín Durán Borda*, Juez Civil del Circuito de Chocontá.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

FALSEDAD IDEOLOGICA \ DOCUMENTO PUBLICO \ JUEZ - Intervención

Se protege la veracidad de los documentos públicos, a fin de que el funcionario exprese la realidad.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 10. Radicación No. 6420

Vistos:

Decide la Sala el recurso de alzada interpuesto por el Doctor *Jesús Antonio Silva Urriago* ex-titular del Juzgado Tercero Penal Municipal de Garzón y el señor *Guillermo Montealegre* secretario del mismo despacho, contra la providencia de fecha 26 de abril de 1991 proferida por el Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual se les convoca a responder en juicio como coautores del delito de falsedad en documentos.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- El día 18 de abril de 1990 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garzón rindió indagatoria el individuo José Lizardo Carvajal Sterling dentro del proceso que en ese Despacho se le adelantaba por un delito de estafa. Al interrogatorio, formulado por el Secretario del Despacho señor *Guillermo Montealegre,* no asistió el titular del Juzgado doctor *Jesús Antonio Silva Urriago,* ausencia que en nada obstó para que suscribiera el acta junto con su subalterno, el procesado y el defensor de oficio, comportamiento que conocido por el Juzgado Tercero Penal de aquel Circuito con motivo de la sustentación de un recurso de hecho, enteró al Tribunal, dando lugar a la iniciación de éstas diligencias.

2.- Dentro de la actuación preliminar dispuesta por el Tribunal se acreditó el ejercicio funcional del *Dr. Jesús Antonio Silva Urriago* como Juez Tercero Penal Municipal de Garzón, se adjuntaron copias atinentes con el trámite cumplido en contra de José Lizardo Carvajal y se escuchó a éste en testimonio enterando que en el curso de su indagatoria que se prolongó por tiempo superior a una hora, solamente le acompañaron en la Secretaría del Juzgado su defensor para la ocasión Jesús María Fierro Cabrera y el Secretario del Juzgado, quien realizó y escribió todas las preguntas, de manera que el testigo no tuvo ocasión de conocer siquiera al juez, añadiendo que por esa inasistencia ni siquiera a su defensor se le había tomado juramento.

Explicó también el declarante que el Despacho del Juez quedaba aparte de la Secretaría, sin que desde ésta dependencia se pudiera dominar la oficina del titular, lo que sí se lograba desde el sitio donde se hallan el escribiente Humberto Díaz y el citador Ancízar Patiño, expresando además que observó abierta la puerta del Despacho del titular, aun cuando no si el funcionario se hallaba en su interior.

Interrogado a su vez el Señor Jesús María Fierro Cabrera quien firma el acta como defensor de oficio, coincidió en ratificar la ausencia del titular del Juzgado en desarrollo del interrogatorio, advirtiendo que no podía descartar su eventual presencia en el Despacho, y que inclusive por haber quedado de espaldas a la puerta de la Secretaría, ignoraba si alguien más había penetrado al recinto. Advirtió sí que la indagatoria se había realizado en forma normal y sin coartarle al procesado sus derechos, leyéndose al final y sin objeciones lo escrito, previa la firma de los intervinientes.

3.- Abierta la investigación, la información sobre los hechos se complementó en la forma que sigue:

Humberto Díaz Díaz subalterno del doctor *Silva Urriago* como escribiente del Juzgado Tercero Penal Municipal de Garzón, afirmó que en la mañana del dieciocho de abril de 1991 día de recibo de la indagatoria de Carvajal Sterling, su superior asistió normalmente a la Oficina, pero que ya en las horas de la tarde no se presentó, de manera que el interrogatorio lo realizó el Secretario, ignorando el testigo si el Juez le había dejado o no las preguntas por escrito.

Para el citador Ancizar Patiño Cabrera, en cambio, no resultaba posible afirmar ni desmentir la presencia del Juez en su Despacho cuando se

cumplía la diligencia de injurada, pues para el momento de su recibo había dejado el Juzgado, ocupándose de sus quehaceres ambulatorios. Lo cierto es, como se acreditara luego mediante diligencia de inspección, que la distribución de Despacho y Secretaría del Juzgado Tercero Penal Municipal de Garzón se confirmó en espacios contiguos pero separados que no permiten la visibilidad del uno al otro, según se aprecia en el plano allegado al sumario.

Escuchados en indagatoria el doctor *Silva Urriago* y su Secretario señor *Guillermo Montealegre*, uno y otro coincidieron en afirmar la presencia del funcionario en el Juzgado el día y a la hora del recibo de la indagatoria del procesado José Lizardo Carvajal, admitiendo ciertamente que quien hizo las preguntas al indagado fue el subalterno, mecanógrafo de la diligencia, pero que en ello se limitaba a ejecutar el interrogatorio que previamente le había indicado su superior.

Sobre su inasistencia al interrogatorio del indagado explicó el doctor *Silva* que ella solo obedeció a la necesidad que tenía de atender otras actuaciones funcionales que demandaban su personal aplicación dentro de su Despacho, y que de todas maneras allí permaneció atento para resolver cualquier eventualidad que pudiera presentarse, desestimando que cualquier persona al presentarse a su Juzgado hubiera podido percibir su ausencia, pues era su costumbre la de trabajar a puerta cerrada.

Por último y refiriéndose a las relaciones con sus subalternos, precisó que solamente con el escribiente Humberto Díaz había registrado desavenencias, pues éste subalterno le inculpaba por haber perdido su estabilidad como citador inscrito en carrera judicial, gracias al ascenso que se le había hecho en encargo, distanciamiento que Díaz hizo extensivo a su Secretario y a la doctora Olga Helena Méndez.

El co-sumariado señor *Guillermo Montealegre* agregó a lo dicho por su superior que al recibir de sus manos el interrogatorio que debía formular al por indagar señor Carvajal, el funcionario le advirtió cuales eran los aspectos más importantes que debían quedar esclarecidos, añadiendo que en el curso de la diligencia el funcionario permaneció en su Despacho dedicado a atender el cúmulo de trabajo que demandaba su atención, haciendo invariable su costumbre de trabajo a puerta cerrada, con el fin de evitar las interrupciones que de otro modo le causaba la frecuente atención del público.

Como el indagado insistió sobre aquel distanciamiento que con el juez les había creado el escribiente señor Díaz Díaz, motivado porque su ascenso por encargo le había hecho perder la estabilidad que tenía como citador en la carrera judicial, la investigación se extendió al esclarecimiento de éste aspecto, corroborándose por las versiones del doctor Luis Enrique Viveros, Juez Primero Superior de Carzón, del señor Fernando Abella Presidente de Asonal Judicial en ese circuito y de los doctores Rosario España y Javier Iván Chavarro, jueces penales municipales de la misma ciudad, que el subalterno y aquí testigo señor Humberto Díaz ciertamente había consultado y comentado con varios de ellos las circunstancias de su desvinculación con la carrera judicial, atribuyéndole invariablemente esa pérdida de estabilidad a los aquí sindicados, con quienes había tenido otros inconvenientes.

Con ocasión de su versión, el doctor Chavarro Rojas aún añadiría que por conocimiento personal se hallaba impuesto de la costumbre de su colega el doctor *Silva Urriago* de encerrarse en su Despacho para consagrarse al estudio de los procesos a su cargo, destacando sobre su cumplimiento horario que cuantas veces lo preguntó lo halló presente y concentrado en su trabajo.

4.- La anterior realidad sirvió de base al Tribunal para enderezar en contra de los procesados *Silva Urriago* y *Montealegre* resolución acusatoria por el delito de falsedad ideológica en documento público, determinación complementada con medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación, providencia que invariable mantuvo frente al recurso de reposición intentado, y a cuyo fracaso se viabilizó la alzada.

Como fundamento de hecho, asumió el *a-quo* que la conducta atribuida a los indagados transgredía el artículo 219 del Código Penal, pues pese a la ausencia del doctor *Silva Urriago* de su Oficina al momento de realizarse la injurada de Carvajal Sterling, el acta levantada y avalada por su firma y la de su Secretario hizo constar su actuación dirigiendo el acto e interrogando al sumariado, lo que constituía un evidente distanciamiento con la realidad que informaron el entonces procesado, su defensor de oficio, el escribiente Díaz y aún los propios indagados.

Tras destacar la trascendencia de la diligencia de indagatoria y de la intervención en ella del juez como su director, y además garante de los derechos del procesado, en el auto impugnado remató diciendo que:

"en el caso bajo estudio el funcionario dio fe de lo ocurrido en la diligencia de indagatoria de José Lizardo Carvajal, a la cual no había asistido, actuación que, repetimos, corresponde al ejercicio de sus funciones, elemento aunado al carácter de documento público asumido por el acta suscrita con ese motivo, cumple con los requisitos tipificantes de un ilícito de "Falsedad Documental", añadiendo como contraargumentación al recurso de reposición que el dolo de los procesados resultaba inferible al darle:

"...toda veracidad a una deposición testimonial a la que no asistió y por consiguiente no le era dable certificar sobre lo allí sucedido y manifestado por el indagado...", inaceptando el alegado error de tipo frente a la preparación propia de los procesados como funcionarios judiciales de amplia trayectoria, y la sugerida inocuidad de su comportamiento porque:

"en el presente evento, dicho daño es potencial, con motivo de ser tenida en cuenta esa prueba carente de validez por la forma como se produjo, dentro de una investigación penal, constituyéndose en factor preponderante al resolverle la situación jurídica."

5.- Las diferentes alegaciones que sustentan el recurso pendiente guardan relación con los motivos que a continuación se expresan:

El acusado Doctor *Jesús Antonio Silva Urriago* aspira a la revocación del auto que le grava afirmando que el hecho de no haber interrogado en forma directa o posesionado al defensor de *Carvajal Sterling* no cambia la sustancia probatoria del contenido de la diligencia, en cuya acta se plasmó con fidelidad lo dicho por el indagado, y aludiendo al fallo de esta Sala de marzo 7 de 1989 relacionada con la presencia o dirección del juez en las diligencias a su cargo expresa que el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, permite que el interrogatorio del procesado se realice bajo la dirección del juez, mas no necesariamente en su presencia, permitiendo que una distribución racional del trabajo haga mas eficiente el trabajo.

Refiriéndose al otro dolo afirma que éste no consiste en que en el acta de diligencia haya quedado plasmada la intervención del juez como la de quien personalmente hizo las prevenciones al indagado, o en que al

final del acta se firme por quienes "en ella intervinieron", pues ese elemento subjetivo solo se da al conocer y querer el tipo injusto, el hecho punible y su efectiva realización, inexistiendo con éste otro elemento más de la infracción consistente cuando menos en la potencialidad dañosa del acto, perjuicio que jamás se produjo al procesado, cuyo dicho no se tergiverso, como tampoco se limitó su derecho de defensa. A manera de solución favorable y alternativa plantea que cuando menos se ha de reconocer que hubo una interpretación de buena fe de la doctrina de la Corte (fallo de mayo 7 de 1989), de modo que su actuación se ubicaría bajo la causal de inculpabilidad del artículo 40-4 del Código Penal.

Para terminar y refiriéndose al testimonio de Humberto Díaz, el recurrente impugna su credibilidad ante la demostrada parcialidad que lo afecta, y analizando frente a sus críticas la resolución acusatoria, estima que su sentido debe variar para que en su lugar Sala opte por cesar procedimiento).

Al coincidir en igual pedimento, el señor defensor *Dr. Silva Urriago* agrega que a su juicio el hecho reprochado a su representado es atípico según lo infiere de la reiterada doctrina de esta Sala, de la cual hace cita en sus decisiones de mayo 6 y 14 de 1986, abril 21 de 1981 y mayo 17 de 1987.

Refiriéndose a los argumentos del Tribunal insiste en que el delito endilgado al doctor *Silva* tampoco se tipifica en cuanto el hecho no produjo daño alguno, ni al realizarlo el procesado actuó con dolo, hallándose probado que el funcionario no se desprendió del deber que le asistía de dirigir la diligencia, terminando por hacer de la personalidad del doctor *Silva Urriago* una semblanza de funcionario eficiente y capaz, lo que abona con duplicados que demuestran su excelente puntaje obtenido dentro del concurso de méritos como aspirante a Juez de Instrucción Criminal, y los resultados de su gestión como Juez Penal Municipal, destacados en la visita realizada a sus dependencias por la Personería Local, calificando de eficaz su labor y las de sus dependientes.

b) La alegación del procesado señor *Guillermo Montealegre* apunta también a que se le favorezca con cesación de procedimiento, aspiración que sustenta en su caso con los siguientes argumentos:

Regresando a las circunstancias que dominaron la ocurrencia de los hechos, insiste en que el titular del juzgado el día y la hora de la diligen-

cia se encontraba en su despacho atendiendo las ocupaciones que directamente eran de su estricta incumbencia, y que siendo fiel a la verdad así lo expuso en sus intervenciones, afirmación acreditada al demostrarse que el doctor *Silva Urriago* sí acostumbraba laborar a puerta cerrada y dedicaba su horario laboral a las actividades oficiales, lo que explicaba el alto porcentaje de providencias diarias que evidenció la visita practicada por la Procuraduría, hecho que no podría cuestionarse frente a una temeraria y sospechosa versión como la rendida por el declarante Humberto Díaz, cuyo interés en contra de los procesados quedó en cambio a flote.

Dos escritos más agregaría el procesado con aporte de decisiones del Tribunal de Neiva y certificación del Consejo de Carrera Judicial de esa misma seccional, que sumados a una nota de felicitación extendida por otro de sus superiores, ofrecen a su juicio nuevos argumentos tendientes a la favorable valoración de su conducta.

5.- El señor Procurador Primero Delegado en lo penal descorrió traslado en ésta instancia otorgando amplio respaldo a las peticiones de los recurrentes, pues extendiendo aún su análisis al eventual delito de prevaricato omisivo, halló que ninguno de los comportamientos endilgados podría considerarse típico, haciéndose imperativa la revocatoria integral del auto recurrido, para en su abrir camino a la cesación de todo procedimiento.

Tras iniciar con un recuento de las pruebas allegadas, destaca el señor Procurador que en el tránsito de normas alusivas al deber funcional del juez como conductor de la diligencia de indagatoria, el código de procedimiento penal que ahora rige introdujo importante variación, pues a la imposición tajante del antiguo artículo 247 según la cual "En ningún caso y por motivo podrá el juez ni el funcionario de instrucción delegar" la función de interrogación personal del procesado, so pena de incurrir en el delito de falsedad, las normas que ahora rigen solamente prescriben (artículos 382 y 385) que una vez cumplidos los requisitos previos, tan solo el funcionario estaría autorizado para dirigir las preguntas al por indagar, advertencia concordante con la del artículo 163, en cuyo texto se fija la obligación alternativa de la "presencia o dirección" del juez en toda diligencia judicial.

Dentro de esta comprensión distingue los conceptos de documento y de función y las correlativas facultades de documentar y de dirigir o controlar la diligencia judicial, asumiendo que con exclusividad serán las circunstancias que atañen con el primer aspecto aquellas que tienen con-

notación en el análisis de una falsedad documental, mas no las segundas, pues si el funcionario incurre en alguna desatención a los ritos o deberes formales, pues si el juez no interroga por sí mismo o protagoniza

> "...cualquier otro defecto de actividad... se faltará no a la prueba que exige y pide el proceso (el tráfico jurídico), sino a la función como actividad arreglada en ese específico caso. Mirando entonces el aspecto de la actividad del juez, que en el acta de indagatoria no está destinada a probar pues su finalidad es probar el dicho del indagado, es evidente que aún si se recogiera en la misma, ello apenas será un contenido sin finalidad de prueba o sin propósito de documentar para que sirva de prueba en el mundo del tráfico jurídico. Más aún, si la actividad se ejerce incorrectamente cabrá decir de una falta disciplinaria, de una desviación o falta de actividad funcional, pero no que se cometió una falsedad documental porque el documento no está construido como tal para probar tal actividad y su corrección, sino las explicaciones del indagado dentro del proceso".

Consecuente con éste pensamiento, la Delegada añade que las mentiras que puedan contenerse en el acta que encierra una actividad judicial determinada, solamente afectarán la fe pública documental en la medida en que recaigan sobre el objeto destinado a producir efectos probatorios en el tráfico jurídico, que para el caso de la indagatoria comprenderán con exclusividad las manifestaciones del interrogado, más no

> "...la simple relación o narración de la actividad que funcionalmente debe cumplir el Juez, aspecto en el cual si se miente o falta a la verdad se realizará una inveracidad censurable funcional o éticamente, pero que no cae en el campo de la falsedad documental, pues la función del juez no se prueba, en estricto sentido, con el acta de la indagatoria que viene a recoger para configurar la prueba de otra materia diversa".

A manera de comentarios adicionales, presenta aún el concepto fiscal reflexiones sobre los conceptos de autenticidad y de mentira con los cuales apunta a la acentuación de sus tesis, añadiendo como epílogo que tampoco los hechos endilgados al doctor *Silva* y a su Secretario podrían constituir un delito de prevaricato omisivo, porque siendo indispensable en éste el actuar doloso, la incorrección funcional que se les atribuye no se acompaña de esa inclinación subjetiva.

Consideraciones de la Sala:

No es motivo de discusión dentro del presente asunto, que en la tarde del dieciocho de abril de mil novecientos noventa el imputado señor José Lizardo Carvajal compareció al Juzgado Tercero Penal Municipal de Garzón con el fin de rendir la exposición injurada que de él se requería, como tampoco se somete a duda que su interrogatorio no lo realizó personalmente el titular del Juzgado, centrándose la discusión sobre la dedicación que para ese momento cumplía el juez doctor *Silva Urriago*, pues mientras unos sostienen que permanecía en su Despacho ocupado en actividades propias de sus deberes funcionales, otros se empecinan en sostenerle ausente de la oficina.

Concretado de este modo el objeto del debate en la real aplicación del funcionario y la connotación de su desatención funcional, a uno y otro tema referirá la Sala al desatar el recurso de la forma que sigue:

1.- Según lo trae a memoria con los recurrentes el Ministro Público, cierto resulta que en repetidas ocasiones ha correspondido a la Sala asumir el estudio de la falsedad ideológica en documento público a propósito de la inasistencia del juez en diferentes actuaciones oficiales cuyas actas, por el contrario, la certifican, determinaciones que tradicionalmente han venido diferenciando la actitud del funcionario que por razones de trabajo apenas asume la dirección del acto sin aplicarse directamente en él, de aquellas oportunidades en que por su evidente ausencia, media un verdadero y malicioso abandono de la función pública que luego mentirosamente se documenta.

Abordando el tema, dijo la Sala en decisión de junio 22 de 1979 con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, que la advertencia del entonces artículo 247 del Código de Procedimiento Penal constituía una situación contradictoria al afirmar que la diligencia de testimonio no asistida por el funcionario carecía de valor, y al mismo tiempo constituía falsedad, pues con ello se llevaría a sancionar el hecho como simplemente ofensivo del derecho a la verdad, sin reparar en que privado el escrito de su potencialidad probatoria, perdía con ella toda capacidad de daño, concluyendo entonces la Corte en que la ausencia del funcionario en la recepción de declaraciones apenas constituía una "omisión formal" que no alcanzaba su parte sustancial, y por lo tanto no integraba una mutación de la verdad y de contera tampoco una falsedad en documentos.

Un año más tarde, en decisión que se recordaría y reiteraría en la de abril 21 de 1981 bajo ponencia del Magistrado doctor Dante Fiorillo Porras, reconoció la Sala que haciéndose costumbre cada día más frecuente e impuesta por el recargo de trabajo, aquella de practicar de manera simultánea varias diligencias judiciales, no por viciosa y perjudicial al buen éxito de cada actuación individualmente considerada podía constituir *per se* delito, porque la falsedad ideológica requería una verdadera ofensa a la verdad con potencialidad de daño, de manera que una aplicación objetiva del acucido artículo 247 del procedimiento penal solo conduciría a sancionar "a todos los funcionario judiciales que no pueden estar físicamente presentes en las diligencias, del principio al fin, con cuya extrema medida no se conseguiría otra cosa que paralizar a la justicia".

Esta tesis, que todavía se insistió en decisión de agosto 6 de 1985 con ponencia del Magistrado doctor Pedro Elías Serrano Abadía al valorar como falta meramente disciplinaria el comportamiento de un juez que presente en su Despacho, delegó a su Secretario para que condujera el interrogatorio de un indagado, vino a morigerarse con pronunciamiento de mayo 6 del año siguiente al precisar sobre la naturaleza del documento público que su intrínseca capacidad probatoria conllevaba la de su aptitud dañosa, de manera que

> "toda alteración que en él se "basa" atenta contra el bien jurídico de la fe pública, pues por lo menos en forma potencial afecta el llamado tráfico jurídico", concluyendo con la ejemplificación de que
>
> "un documento que esté "signado" por un funcionario que afirma estar presente y en realidad se encuentra en un Municipio distinto, está al menos potencialmente lesionando la fe pública, que ya tiene innegable aptitud y destinación probatoria y capacidad similar transitoria". (Magistrado Ponente Dr. Lisandro Martínez Zúñiga).

Opuesta a este pensamiento la proposición de atipicidad que para el caso trae el Ministerio Público, resulta inadmisible cuando propone que la tutela del artículo 219 del Código Penal se restrinja dentro del texto de un acta tachada al solo contenido de la versión rendida por el indagado, descontando todo cuanto alude a la actividad de los demás intervinientes en el acto, porque la transcripción que de la diligencia se hace no es medio de prueba que con exclusividad cumpla sus objetivos frente a la res-

ponsabilidad del indagado, realizando fines y acreditando hechos que desbordan tan restringido ámbito y que se proyectan hacia aspectos tan relevantes como el de la presencia de un defensor y su posesión, la intervención del juez y del secretario, el lugar, la fecha y la hora de su realización, los pormenores del desarrollo del acto y hasta la hora de su terminación, aspectos que van mucho más halla de saber si hubo o no una confesión y si fue ésta simple o calificada, pues repercute sobre la existencia misma de la diligencia y su trascendencia procesal, el cumplimiento de las garantías que asisten al procesado y la responsabilidad penal o disciplinaria de los funcionarios por sus acciones u omisiones, aspectos que entre otros, conservan una indiscutible connotación y prueban dentro del tráfico jurídico.

De ahí que con razón, entonces, se sostenga y ahora se reitere, que:

> "El art. 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien sea en cuanto a los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto a las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual se obliga el vínculo especial de derecho público que lo liga con la administración" (providencias de julio 2 de 1986 y enero 9 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

2.- Si para el caso en estudio las pruebas se polarizan al sostener en su versión los procesados con apoyo indiciario, que el funcionario no realizó personalmente el interrogatorio de Carvajal Sterling, aun cuando sí se hallaba en su Despacho y había instruido a su dependiente sobre las interrogaciones a hacer, en tanto el escribiente Hernando Díaz afirma categórico la ausencia del doctor *Silva* de su recinto oficial, la decisión que el derecho asoma viable para calificar el mérito de estas diligencias no podrá ser otra diferente a la reapertura sumarial, pues lejos de contarse con la prueba seria y atendible que respalde la voz del escribiente, es éste un hecho que con sobrada incidencia procesal suscita todavía controversia, al existir fundamento bastante para entender la versión de cargo como parcial y fruto de rencores, según lo afirma el testimonio atendible del doctor Javier Iván Chavarro que ratifica la asiduidad del juez *Silva* en su despacho y su costumbre de laborar en el encierro de su oficina, y las versiones del señor Fernando Abella y los doctores Enrique Viveros y

Rosario España, coincidentes todos en resaltar el antagonismo del testigo Díaz frente a los procesados.

Si a ese hecho se suma el que ni el indagado Carvajal, ni su defensor Ferro, como tampoco el citador Ancizar Patiño hayan sido categóricos en rechazar la presencia del juez en su Despacho, advirtiendo apenas que no se hizo presente en la Secretaría, la hipótesis defensiva que propone un actuar frente a pluralidad de obligaciones prevalentes y en conflicto, solucionadas mediante la distribución de trabajo entre los subalternos del juzgado, permitiéndole al juez ocuparse del estudio y decisión de otros asuntos independencia aparte de la Secretaría, persiste como una alternativa seria que enerva los presupuestos sobre los cuales se edifica la resolución acusatoria, inclinando a que por la vía del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal se ahonde en el esclarecimiento de los hechos. Para estos fines, resta por determinar cuales fueron los asuntos urgentes que obligaron la permanencia del juez en su Despacho, cual era el rendimiento de la oficina y su organización según visitas de Procuraduría y reportes de la Seccional de Carrera, y cuales fueron los resultados de la averiguación disciplinaria que generaron estos hechos, pruebas a complementar con aquellas que les sean afines.

La modificación calificatoria anunciada abre además camino a la excarcelación de los procesados según lo prevé el artículo 439-10 del Código de Procedimiento Penal, y así se reconocerá su derecho bajo compromiso de las obligaciones señaladas en el artículo 443 ibídem y caución por la suma de un salario mínimo mensual.

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

Resuelve:

Primero: Revocar la providencia motivo de alzada, por medio de la cual se llama a responder en juicio a los procesados *Jesús Antonio Silva Urriago* y *Guillermo Montealegre* como sindicados del delito de falsedad, decretando en su lugar la reapertura de la investigación por el término de ley y para la verificación de las pruebas que se indican en la parte considerativa, y

Segundo: Reconocer como consecuencia a los procesados *Silva Urriago* y *Montealegre* el derecho a disfrutar de la libertad provisional, en los términos y bajo la garantía prevista en los considerandos que preceden.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

Para los fines del precepto constitucional, basta que la instancia superior desmejore, empeore o haga más severa la situación punitiva del condenado cuando es apelante único.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 010 (5 feb./92). Casación No. 5761

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de 11 de octubre de 1990 confirmó la dictada por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de esta ciudad, condenando al procesado *Adolfo Durán Santos* a la pena principal de dieciséis meses de prisión como responsable del delito de abuso de confianza, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional; decisión contra la que su defensor interpuso recurso de casación.

Hechos:

Mediante operación bursátil llevada a cabo por intermedio de la Bolsa de Valores de Medellín que culminó en Bogotá el 4 de marzo de 1985, josué Durán Santos transfirió a su hermano Adolfo Durán Santos la propiedad de 157.713 acciones de la Sociedad Colombiana de Capitalización S.A. "Colpatria" por valor nominal de $2.50 cada una; negociación representada en el título número 0146 de la fecha indicada; documento que aquel conservó en su poder percibiendo el valor de los dividendos producidos hasta su muerte acaecida en el mes de diciembre del mismo año.

Muerto Josué, su hermano Adolfo solicitó a la viuda Dolly Franco de Durán la entrega de las acciones alegando pleno derecho a tenerlas en su poder y cobró los dividendos correspondientes a los primeros meses de 1986; situación que dio lugar a que aquella lo denunciara penalmente por el delito de abuso de confianza, originándose de tal modo este proceso.

Actuación Procesal:

En desarrollo de la investigación iniciada por el Juzgado 69 de Instrucción Criminal de Bogotá la denunciante manifestó que la transferencia de acciones había sido un acto simulado para precaver eventuales embargos, prueba de lo cual era el hecho de que el título representativo de la disfrazada negociación había quedado en poder de su esposo quien cobró y consignó en su cuenta personal los dividendos producidos.

Eduardo Pacheco Cortés, suplente del Presidente de "Colpatria", afirma categóricamente que la venta de las acciones entre los hermanos Durán Santos fué simulada con el fin de ponerlas a salvo de posibles embargos por la situación financiera que atravesaba la empresa "Gratamira" con la cual estaba vinculado por la suscripción de unos créditos como deudor solidario, habiendo colaborado en la realización de dicha operación de confianza por su amistad con Josué dando cuenta que el costo de la misma fue pagado por éste.

El médico Luis Enrique Duarte Soto y los señores Gabriel Gonzalo Durán Santos, María Clemencia Durán Franco y Luis Fernando Durán Franco, parientes y allegados de Josué y Adolfo, corroboran las manifestaciones de la denunciante en el sentido de que la negociación de las acciones de "Colpatria" fue aparente o simulada por el motivo indicado sin que existiera en el ánimo del vendedor la voluntad de enajenarlas.

Por su parte el sindicado Adolfo Durán Santos explicó que las acciones le fueron transferidas por Josué a título oneroso como dación en pago por la prestación de importantes servicios como asesor o empleado suyo en varias de sus empresas indicando que por razones de seguridad el título permaneció en poder de su hermano quien cobró los dividendos hasta el mes de diciembre de 1985, época en la que habían acordado llegar a un arreglo definitivo.

Clausurada por segunda vez la etapa instructiva, el Juzgado 69 de Instrucción Criminal de Bogotá calificó el mérito del sumario con cesa-

ción de procedimiento en favor del procesado Adolfo Durán Santos por cuanto las pruebas recaudadas durante la reapertura de la investigación no habían modificado la situación plasmada en el primer calificatorio; pronunciamiento apelado por el apoderado de la parte civil y revocado por el Tribunal Superior de Bogotá que profirió resolución acusatoria contra el procesado por el delito de abuso de confianza, agravado por razón de la cuantía.

Celebrada audiencia pública el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá puso fin a la instancia condenando al acusado a la pena principal de 12 meses de prisión y multa de cinco mil pesos, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados con el delito otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior mediante el que es objeto de recurso de casación, con la única modificación de aumentar a 16 meses de prisión la pena impuesta al sentenciado.

Demanda de Casación:

Bajo el ámbito de la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas; yerros que llevaron al Tribunal Superior a aplicar indebidamente los artículos 358 y 1o. a 5o. del Código Penal y dejar de aplicar el 1766 del Código Civil, 648, 864 y 882 del Código de Comercio.

En desarrollo del "único cargo" formulado a la sentencia se plantean como errores de hecho los siguientes:

a.- El testimonio rendido por el Gerente de Colpatria Eduardo Pacheco Cortés, tenido como pilar de la sentencia de condena por desinteresado e imparcial resulta altamente sospechoso porque el deponente confesó su complicidad en la defraudación a terceros y las declaraciones dadas por Rosalvina Vargas de Cortés y Antonio José Rojas en el sentido de que los cheques por concepto de dividendos eran consignados en la cuenta personal de Josué Durán Santos resultan interesados por razones de dependencia laboral.

b.- Las declaraciones rendidas por Luis Enrique Duarte Soto, Gabriel Gonzalo Durán Santos y María Clemencia Durán Franco que corroboran el dicho de la denunciante en relación con la negociación simulada son

también sospechosas por razones de parentesco con los esposos Durán Franco pues el primero es cuñado de Josué, el segundo su sobrino y la tercera su propia hija.

c.- El sentenciador de segunda instancia no apreció el testimonio de Carlos Eduardo Pacheco Devia, alto empleado de Colpatria, que resulta imparcial por no haber participado en ninguna maniobra fraudulenta dando cuenta que el titular de las acciones es Adolfo Durán Santos por ser la persona inscrita como tal en el Libro de Accionistas de Colpatria.

Tampoco tuvo en cuenta la fotocopia auténtica del título número 0146 del 4 de marzo de 1985 expedido por la Sociedad Colombiana de Capitalización "Colpatria" documento que prueba que Adolfo Durán Santos es legítimo propietario de 137.713 acciones de esa compañía de valor nominativo de dos pesos con cincuenta centavos cada una (fl. 89 del C.P.), ni el hecho de su inscripción en el libro de accionistas acreditado con las manifestaciones del testigo Pacheco Devia.

d.- El Tribunal Superior hizo caso omiso de las declaraciones de renta del contribuyente Josué Durán Santos correspondientes a los años gravables de 1984 a 1986; documentos que contrariamente a lo expuesto por la denunciante Dolly Franco de Durán no prueban la existencia de apremiantes deudas u obligaciones solidarias contraídas con la empresa "Gratamira" que hubieran justificado la venta simulada de las acciones del Colpatria.

Ignoró además, el poder general contenido en escritura pública No. 1446 otorgada por la Notaría 7a. del Círculo de Bogotá del 10 de abril de 1957 que el procesado presentó como prueba durante la audiencia pública y mediante el cual su hermano Josué lo revistió de amplias facultades para manejar y administrar varias de sus empresas sin que hubiera abusado de la confianza en él depositada.

Califica de "tacha ligera e intranscendente" la hecha por los juzgadores al no considerar por sospechosos los testimonios rendidos por Guillermo Garzón Fandiño, Pedro Nel Urrea, Francisco Betancourth Noriega y Pompilio Moreno y expresa "...al no apreciar el Tribunal la existencia de hechos notorios constitutivos de pruebas suficientes y a distorsionar otros en su apreciación también en forma notoria, dejó de dar credibilidad al sentenciado Adolfo Durán Santos, quien ha sostenido siempre con entereza y revestido de un poder general que solo expiro

con su hermano otorgante, que por el mes de enero y febrero de 1985 su hermano Josué, al procurar arreglar asuntos de dinero por servicios prestados le transfirió 157.713 acciones de *Colpatria*, como dación en pago de sus servicios".

Luego se ocupa de criticar la adecuación típica de la conducta endilgada a su representado sobre la base de una confusión conceptual cometida por los juzgadores de instancia por no acogerse al verdadero sentido y alcance de una de las acepciones que se derivan de la definición jurídica de "acción" traída por un conocido tratadista nacional en la materia; esto es, la que hace referencia al título o prueba documental de la calidad de accionista, argumentando que el título representativo de la negociación de las acciones de Colpatria, retenido por la viuda denunciante, jamás puede ser objeto material del delito de abuso de confianza hasta tanto la justicia civil no se pronuncie sobre la acción de simulación de que trata el artículo 1766 del Código Civil, norma violada indirectamente por falta de aplicación y reitera la atipicidad en el comportamiento del sindicado por darse a plenitud la existencia de un título traslaticio de dominio con el lleno de los requisitos legales y formales.

Termina solicitando la infirmación de la sentencia por atipicidad de la conducta del acusado para que en su lugar se profiera un fallo absolutorio en su favor.

Alegaciones de los Recurrentes:

El Ministerio Público representado por el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del actor argumentando que la demanda adolece de protuberantes fallas de orden técnico en el planteamiento y fundamentación de los diferentes reproches formulados a la sentencia en el marco de un "cargo único", impidiendo que éstos fructifiquen.

Afirma en efecto, que en desarrollo de la censura "el actor aludiendo a un yerro de hecho lo pretende demostrar como uno de derecho, pues confunde en varios pasajes de su argumentación el reproche *in-procedendo*, con el falso juicio de convicción, que es el que en el fondo pretende acreditar, al atacar la valoración de la prueba testimonial desde una óptica diferente a la de las apreciaciones hechas por los falladores" y si " el error cometido a desatender el alcance del título de las acciones es de hecho, como que al fin es un documento prueba, resulta claro que el sentenciador

así lo apreció para contraponerlo al acervo probatorio para darle el sentido de ser simulado o aparente, con lo cual decae la sustentación del impugnante ya que no habrá pretermisión de la prueba documental dicha, sino un fenómeno de valoración de ella. Si, se piensa entonces que se trató de un error de hecho por tergiversar la prueba documental (el título accionario) es claro que ello no ha ocurrido, objetivamente pues se lo ha considerado tal como aparece en autos, y la discusión sobre el alcance jurídico del documento-contrato en cuanto demuestra la propiedad o ajenidad de las acciones es, como ya se dijo, un error iuris que el actor no plantea a la Corte".

Es cierto que los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta el testimonio recaído por Eduardo Pacheco Devia, alto empleado de Colpatria ni las declaraciones de renta que obran en autos "sin embargo, estas omisiones no invalidan la categórica conclusión de responsabilidades en cabeza de *Adolfo Durán Santos*, pues al proceso obra suficiente y determinante prueba testimonial e indiciaria que en análisis conjunto le permitieron declarar a los sentenciadores que la conducta del acusado se ajusta a la norma sustancial, que tipifica el abuso de confianza".

Finaliza su concepto llamando la atención de la Sala sobre la prohibición Constitucional de incrementar en segunda instancia la pena impuesta al condenado, según el artículo 31 *ibídem*.

A su turno, el representante de la parte civil identificándose con los planteamientos de la Procuraduría Delegada solicita no casar la sentencia "pues el reclamo del recurrente no está referido a error alguno sino a una estimación distinta a la personal suya, desconociendo los principios de la producción probatoria y de apreciación del acervo en su conjunto, queriendo convertir el Recurso en Tercera Instancia, en la que se le mejore la prueba".

Agrega que "Los testimonios recepcionados se estudiaron en su conjunto y se analizaron con las demás pruebas recaudadas, y de esa apreciación es que surgió la desestimación de los que aportó en la audiencia pública el procesado porque éstos no desvirtuaron los hechos y pruebas que fundaron la acusación y se referían a aspectos tangenciales que ni por asomo infirmaron la prueba debatida a lo largo del proceso, por el contrario mostraron falta de ciencia y veracidad, queriendo declarar sobre algo que para la época que dicen sucedieron los hechos, aún no se

había producido y refiriéndose a la falta de consideración de unas pruebas alega que el testimonio de Eduardo Pacheco Devia, las copias de las declaraciones de renta obrantes en autos y poder general presentado como prueba durante el plenario no fueron apreciadas por los falladores porque ninguna de ellas incide en los fundamentos de la sentencia advirtiendo que en este punto el recurrente no probó que los errores probatorios endilgados al Tribunal Superior eran protuberantes y manifiestos, limitándose a descalificar unos testimonios por interesados sin acreditar el presunto interés, con lo que hizo inepta la demanda.

Arguye que la tozuda tesis de la atipicidad de la conducta esgrimida por la defensa a lo largo del proceso sobre la base de que las acciones de una sociedad anónima son derechos incorporables e inmateriales, no susceptibles de apropiación por ausencia de identidad física, no es de recibo porque el Código de Comercio expresamente las incluye en el título de bienes mercantiles dándoles el carácter de títulos valores y en repetidas normas legales son tratadas como "bienes muebles".

Consideraciones de la Corte:

El Tribunal Superior dando credibilidad a las manifestaciones hechas por la denunciante Dolly Franco de Durán y a lo expuesto sobre el particular por los declarantes Eduardo Pacheco Cortés, Luis Enrique Duarte Soto, Gabriel Gonzalo Durán Santos, María Clemencia Durán Franco y Luis Durán Franco, especialmente el primero de ellos en razón de la imparcialidad y desinterés que le atribuye por su alta posición en "Colpatria" y la amistad con Josué; dio por demostrada con absoluta certeza la existencia del punible de abuso de confianza y la consiguiente responsabilidad del acusado Adolfo Durán Santos porque la transferencia de las acciones no pasó de ser una simulada o aparente negociación de confianza entre consanguíneos realizada con el único propósito de sustraer dichos títulos de eventuales embargos judiciales, sin que existiera por parte del dueño o propietario el ánimo o voluntad de desprenderse de su dominio; conclusión a la que llegó apoyado en las categóricas afirmaciones de los mencionados deponentes y en concurso de plurales y coherentes indicios como la tenencia del título representativo de la transferencia en poder de Josué y el cobro por éste de los dividendos producidos, estimados en suma máxima al millón de pesos mensuales; la pignoración de dichos valores a favor de Gustavo González y Josefina de González desde el año de 1984, lo mismo que la renovación del gravamen en vigencia de la transacción simulada, entre otros.

Expresó esa Corporación que "Si la operación se llevó a cabo sin mediar el consentimiento y la voluntad de transferir, y por ello la simulación del negocio, no existió transferencia del dominio sino que la cosa fue dejada en una tenencia por la confianza que inspiraba en Josué su hermano Adolfo, de donde se desprende la existencia del título precario..." agregando que "La apropiación de las acciones por parte de Adolfo Durán surgió en el mes de enero de mil novecientos ochenta y seis (el mes siguiente a la muerte de Josué) cuando desconoció la situación en que había entrado con relación a las acciones, es decir, cuando desconoció la simulación del negocio para entrar a ejercer actos de señor y dueño sobre las acciones y obtener el usufructo (dividendos) que generaban mensualmente".

El censor acogiéndose a la violación indirecta de la ley sustancial pide la remoción de la sentencia acusada porque en la apreciación de las pruebas recaudadas incurrió el sentenciador en manifiestos errores de hecho que de no haberse producido, lo habrían llevado a conclusión diferente a la que tomó. Como tales señala la equivocada valoración de los testimonios vertidos por la denunciante, un alto funcionario de "Colpatria" y varios familiares de aquélla al tenerlos como creíbles asignándoles valor inculpatorio pese a que sus dichos resultan altamente sospechosos por provenir de personas unidas a la viuda por vínculos de parentesco o afinidad.

Igualmente menciona como yerros fácticos la preterm isión de medios persuasivos como la declaración de otro funcionario de Colpatria, la copia autenticada del título representativo de la transferencia de las acciones, unas declaraciones de renta correspondientes a ambos contribuyentes y un poder general otorgado por Josué a Adolfo mediante escritura pública en el que lo faculta ampliamente para llevar su representación en varios asuntos, pruebas que en sentir del impugnador confirman plenamente las explicaciones del sindicado en el sentido de haber recibido las acciones de su hermano como dación en pago por servicios a él prestados en distintas épocas y actividades.

Con sobrada razón advierte la Procuraduría Delegada, y en ello coincide la parte civil, que en el planteamiento y fundamentación de la impugnación se aduce como error de hecho manifiesto la simple disparidad de criterios entre impugnador y sentenciador respecto al valor probatorio asignado a pruebas de libre apreciación, como el testimonio o los indicios, equivocación que jamás puede configurar un yerro de tal naturaleza que verse sobre la realidad tangible de las pruebas omitidas, supuestas o distorsionadas en la sentencia y se manifiesta mediante

falsos juicios de existencia y de identidad que por su carácter de manifiestos u ostensibles no exigen mayores esfuerzos demostrativos.

De manera que si en la valoración de los testimonios relacionados en la demanda, operación cumplida siguiendo las pautas del sistema de la sana crítica, se les asignó por el juzgador un valor incriminatorio que no tienen, al decir del recurrente, ese conflicto de pareceres no puede generar error de hecho que, se repite, solo es predicable de pruebas omitidas, supuestas o tergiversadas en la sentencia.

La argumentación del libelista en este aspecto se limita a anteponer al fallador sus personales y subjetivos puntos de vista respecto a la falta de credibilidad que tienen las declaraciones que comprometen a su representado, sin lograr demostrar el error mismo ni su incidencia en las conclusiones de la sentencia.

Es verdad conocida e incuestionable, por ser principio de orden técnico, que en el error de hecho manifiesto las pruebas omitidas, supuestas o distorsionadas por el fallador deben ostentar una fuerza probatoria incontrastable capaz de trocar una condena en absolución o viceversa, o atemperar el rigor punitivo de la sentencia, siendo obligación insoslayable del recurrente patentizar ante la Corte la incidencia definitiva del error en las conclusiones del fallo.

En el presente caso, resulta claro que ninguna de las pruebas señaladas como excluidas de valoración en la sentencia, esto es, el testimonio del señor Carlos Eduardo Pacheco Devia, las declaraciones de renta obrantes en autos y el poder general mediante escritura pública, individualmente considerada o relacionada con los demás medios de persuasión, posee fuerza exculpatoria suficiente para derrumbar los soportes fácticos de la sentencia de condena pues, al testigo nada le consta sobre la negociación de las acciones de Colpatria; las declaraciones de renta poco o nada prueban sobre el particular y no existe constancia de que Adolfo hubiera ejercitado las atribuciones inherentes al mandato conferido por su hermano Josué.

Del mismo defecto se resienten testimonios que no fueron apreciados, como los de los empleados Rosalvina Vargas de Cortés y Antonio José Rojas toda vez que el hecho que con ellos se pretende acreditar, cobro y consignación de los cheques correspondientes a dividendos en la cuenta personal de Josué Durán Santos, aparece demostrado por otros medios: copias de los correspondientes recibos.

Por dicha razón resulta intranscendente a los fines del recurso interpuesto la falta de consideración de tales pruebas por parte de los falladores de instancia.

El cargo consistente en la falta de apreciación de la copia autenticada del documento que señala a Adolfo Durán Santos como titular de las acciones, es decir, el título número 0146 de 4 de marzo de 1985 expedido por Colpatria, es a todas luces infundado si se tiene en cuenta que precisamente esa prueba colmó la atención de los juzgadores habiendo sido examinada y confrontada con los demás elementos de convicción aducidos al proceso para llegar a las conclusiones ya puntualizadas.

Solo que no se le asignó el valor que le atribuye el demandante porque por otros medios de persuasión recogidos durante el sumario se dio por demostrado que su producción fue el resultado de un acto simulado carente en absoluto de toda validez.

De manera que si ninguno de los reproches formulados a la sentencia está llamado a prosperar porque las hipótesis en que se sustentan no configuran error de hecho manifiesto y trascendente; la acusación debe desestimarse.

Adicionalmente alude el censor al fenómeno de la atipicidad de la conducta del agente porque en su opinión las acciones de una sociedad anónima no son bienes muebles objeto de abuso de confianza; tema ampliamente debatido y resuelto en las instancias mediante razonamientos jurídicos que la Sala comparte por ser innegable desde el punto de vista penal que no obstante aparecer como bienes abstractos o incorpóreos, sin embargo, por representar un valor económico o patrimonial susceptible de producir rentabilidad y convertirse en dinero si pueden ser objeto material del delito imputado.

También trae a colación la existencia de una cuestión prejudicial civil atinente a la simulación de la negociación de las acciones la que incidiría en la estructuración del delito averiguado olvidando que precisamente éste tema fue el más debatido durante el proceso ya que la adecuación de la conducta típica giró en torno suyo no debiendo perderse de vista que para efectos relacionados con la represión, el juez penal es competente para calificar si el documento cuestionado constituye o no título traslaticio de dominio, como fluye del contenido del artículo 35 del C. de P.P.

Estos deshilvanados planteamientos contradicen la argumentación central del libelo y como quiera que respecto a ellos el libelista no precisa el cargo ni señala la vía por la que pudo haberse producido el quebranto de la ley sustancial, la Corte no puede adentrarse en aspectos que le están vedados como suplir deficiencias que exhibe la demanda, colmar sus vacíos, cuderezar el ataque o en fin desentrañar el sentido y alcance mismo de la impugnación.

Aplicación del Artículo 31 de la Constitución Nacional:

Siendo evidente, como aparece de autos, que el Tribunal Superior al conocer por apelación de la sentencia de primer grado incrementó en cuatro meses la pena impuesta al sentenciado, por razón de la cuantía (de doce meses de prisión la aumentó a dieciséis meses) haciendo mas onerosa o gravosa la sanción en caso de una eventual ejecución de la condena, lo que obligaría al cumplimiento total de la pena privativa de la libertad (Artículo 70 del Código Penal); contrariando de tal modo la prohibición del artículo 31 de la Carta Política vigente que le impide al superior agravar la pena impuesta al condenado, cuando es apelante único como en el presente caso, la Sala oficiosamente reparará el agravio inferido ajustado el fallo a la preceptiva de dicho canon constitucional infirmándolo parcialmente pero únicamente en cuanto hace relación a dicho incremento punitivo dejando en doce (12) meses de prisión la pena impuesta al sentenciado por el delito cometido, quedando incólumes, como es obvio, las demás declaraciones y condenas.

El precepto constitucional en comento no distingue si la agravación debe ser injusta bastando para los fines del mismo que la instancia superior desmejore, empeore o haga más severa la situación punitiva del condenado cuando es apelante único.

Esta Corporación en decisión mayoritaria de 22 de octubre de 1991 expuso sobre el particular lo siguiente:

"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 estos 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 peraría contra el principio de la economía procesal imponer la devolución del expe-

diente 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 ésta 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 -artículo 4 *ibídem* -inmediatas -artículo 5 *ibídem*- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (artículo 228 *ibídem*), resulta ineludible acodar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado ni 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".

Queda así resuelta la inquietud esbozada por el Ministerio público.

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:

Casar Parcialmente la sentencia recurrida condenando al procesado recurrente *Adolfo Durán Santos* a la pena principal de *Doce (12) Meses de Prisión* por el delito de abuso de confianza cometido, en lugar de los dieciséis meses con que fue sancionado por el Tribunal Superior.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, -con Salvamento de Voto; *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,* -con Salvamento de Voto; *Juan Manuel Torres Fresneda,* -con Salvamento de Voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS \ COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

El recurso de casación se rige por el principio de imitación y, en consecuencia los efectos que derivan del tránsito de normas a favor del procesado, le están asignados al Juez que profirió la sentencia de primera instancia.

Se ha proferido la sentencia dentro del presente asunto, adoptando en cuanto a la aplicación inmediata del artículo 31 constitucional, el que ha sido ya criterio dominante en la Sala para casos análogos. Como a pesar del respeto que nos merece esa postura mayoritaria, persiste la discrepancia que formalizamos frente al fallo de 22 de octubre de 1991 (Radicación 5865), a continuación reproducimos cuanto allí dijimos, para satisfacer el compromiso intelectual y legal del presente salvamento:

> "...Dos aspectos en particular distancian nuestro criterio de aquel que con el de mayoría plasma la Sala en la decisión del caso presente:
>
> 1.- A diferencia del principio que rige los recursos ordinarios en donde el juez procede dentro de la plena jurisdicción a la revisión íntegra e ilímite de la providencia, con la sola restricción ahora prevenida en el artículo 31 de la Constitución Política; el recurso de casación se rige por el principio de limitación que consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual: 'La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes', enunciación que implica tanto la imposibilidad de complementar y corregir las deficiencias y omisiones en que la demanda incurra, como y ante todo el entrar a considerar causales no invocadas por el recurrente de manera expresa.

Para el caso motivo de controversia, resulta notorio como el fallo lo explicita, que la causal invocada por el recurrente: "violación indirecta de la ley sustancial" no tuvo vocación de prosperidad, y sin embargo, ello en nada obstó para que la Corte procediera a casar de todos modos la sentencia recurrida, regresando a los términos originales contenidos en el fallo de primera instancia.

Tal manera de actuar no solamente desquicia el invocado principio de limitación por viabilizar el recurso de modo oficioso, operón exclusivamente prevista para el caso de la nulidad, sino al sobrepasar además abiertamente las causales que de modo expreso y con taxatividad señala el legislador en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y 15 del Decreto 1861 de 1989 que a su vez lo modifica, haciéndose todavía más insólita la solución, si el fallo substitutivo por el cual se opta, se restringe a los casos indicados en el artículo 228-1 del Código de Procedimiento Penal, ninguno de los cuales se invoca.

2.- Si la razón trasciende, entonces, de una invocación a la necesidad de darle al artículo 31 constitucional aquella aplicación inmediata que le reconoce el artículo 85 del mismo ordenamiento superior, se olvidó la Sala del precepto también constitucional de la legalidad y del debido proceso (artículo 29), según el cual solamente se puede adelantar el juzgamiento de un ciudadano conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, y bajo la observancia de la plenitud de las formas que corresponden a cada juicio.

Si, entonces, los efectos que derivan del tránsito de normas para favor del procesado (y el artículo 4o. de la Constitución predica que es ella norma de normas) y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia para un primer pronunciamiento al juez que profirió la sentencia de primera, nada distinto asoma a su competencia para la realización del pronunciamiento que aquí en su lugar tomó la Corte, porque en ese sentido la atribuye el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto sí, que ésta Corporación ha venido sosteniendo que en acatamiento del artículo 85 constitucional incumbe dar apli-

cación inmediata al artículo 31 de la misma jerarquía en aquellos casos en que la decisión de la segunda instancia ha hecho más gravosa la situación del apelante único, cuando con motivo del estudio de la excarcelación del procesado, se suscita la necesidad de consultar la pena sobre la cual proceden las reducciones, si no la estimación de su agotamiento o de la libertad condicional.

Sin embargo y como en esas providencias ha quedado claro, la nueva tasación no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pues al privar el interés del derecho a la libertad, el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal extiende a ésta sede, como a "cualquier estado del proceso" la posibilidad de acceder la por el procesado que llena la exigencia normativa.

Mas, sobrepasar de allí la competencia, y lo que es peor, bajo el amparo de una causal de casación que ni existe en la legislación, ni el recurrente alega, es decisión que de ninguna manera compartimos así se invoque la economía procesal..."

Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

AUTO INHIBITORIO \ SUJETOS PROCESALES - su intervención

La persona en cuyo favor se dictó el auto inhibitorio y el denunciante o querellante pueden designar abogado que los represente.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia*

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (Huila) en providencia de septiembre 6 de 1991 se abstuvo de iniciar investigación sumarial contra el Doctor *Jorge Otoniel Bermeo Manrique*, Juez 27 de Instrucción Criminal de la mencionada ciudad. Contra dicha determinación recurre en apelación la denunciante del Juez, correspondiendo a la Corte desatar la impugnación.

Los Hechos:

En desarrollo de un proceso por homicidio culposo que cursó en uno de los Juzgados Superiores de Neiva, el Tribunal de ese Distrito Judicial ordenó compulsar copias para investigar el posible fraude procesal que dejaba entrever el embargo y secuestro dispuestos por la jurisdicción civil, del vehículo causante del homicidio.

Las copias correspondieron al Juzgado 27 de I.C. a cargo del Doctor Jorge Otoniel Bermeo Manrique quien ordenó indagación preliminar la que concluyó con auto inhibitorio de junio 11 de 1991.

La señora Vitalina Muñoz Ramírez, persona perjudicada en el proceso adelantado por el homicidio, otorgó poder a un abogado para actuar en la indagación preliminar adelantada por el fraude procesal. El profesional presentó escrito protestando por la ausencia de notificación a su poderdante y solicitando copias para impugnar el inhibitorio; mas como el Juez les negara actuar por no ser denunciantes en el asunto, fue denunciado por prevaricato.

El Tribunal precluyó la indagación preliminar con el proveído que es objeto de revisión.

Alegaciones de Interés:

Dentro de la oportunidad legal para alegar en la segunda instancia, sólamente lo hizo el Procurador Primero Delegado quien analiza las pruebas obrantes en autos para concluir en que el proveído impugnado debe ser confirmado pues el Juez actuó en derecho al negar la personería que se pretendía por quienes no eran denunciantes ni querellantes en la indagación preliminar que se originó por las copias oficiosamente expedidas por una de las Salas de Decisión del Tribunal.

Consideraciones de la Corte:

La inconformidad que la denunciante del Juez muestra en su escrito sustentatorio de la impugnación la hace radicar en la circunstancia de haberle el funcionario negado actuar siendo perjudicada con el fraude procesal pues está demostrado ser la madre de la persona que pereció en el accidente de tránsito y aún cuando le otorgó poder a un abogado para que recurriera el inhibitorio, no le reconoció en auto de sustentación personería con el mismo argumento de no ser ella la denunciante del autor del fraude procesal.

Como puede verse a simple vista, la inconformidad surge por el desconocimiento de los preceptos procesales que regulan la situación. En efecto, si el artículo 352 del C. de P.P. establece inequívocamente que el auto inhibitorio puede ser recurrido por el Ministerio Público y por el denunciante o querellante, sólo a ellos, como personas distintas del imputado, debe notificarse el proveído. Ello, por lo demás, explica el contenido del inciso final que permite a la persona en cuyo favor se dictó el inhibitorio y al denunciante o querellante para designar abogado que los represente. Contrario sensu, quien no óbstente la calidad de denuncian-

te, querellante o imputado no puede actuar directamente ni a través de apoderado en la llamada indagación preliminar.

Ahora bien, es excusable que personas ajenas a las disciplinas jurídicas no distingan entre el denunciante, cualquier habitante del territorio mayor de 16 años (art. 19 y 21 C.P.P.), y el perjudicado con el delito, el titular de la acción civil (art. 37 *ibídem*), y las consecuencias que se derivan de esa distinción, como la de la legitimación para actuar en las diversas etapas del proceso. Ha de concluirse, entonces, que no siempre quien denuncia un hecho punible es el perjudicado de éste, aun cuando ello sea lo ordinario.

De otra parte, el acto de denunciar tiene unas mínimas formalidades, en tanto que la condición de perjudicado requiere demostración (art. 41) y para constituirse en parte exige de mayores formalidades (art. 40).

En el caso sub-exámine, la señora Muñoz Ramírez no denunció el supuesto fraude procesal, pues fue investigado preliminarmente a instancias del Tribunal que oficiosamente ordenó las copias. Tal evidencia imponía rechazar de plano y en auto de simple sustanciación la pretensión de intervenir alegando una calidad no exigida en esta etapa procesal. Por tanto, el haber actuado de esa manera no puede ser acción prevaricadora.

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

Resuelve:

Confirmar la providencia apelada.

En firme, vuelva la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

En la celebración indebida de contratos lo más saludable es escoger a los ejecutores de la cosa pública entre aquellos que estén desprovistos de toda clase de ataduras, nexos, compromisos y tendencias.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 03. Unica Instancia Radicación No. 1438

Vistos:

Esta Sala, con providencia del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa, calificó el mérito del sumario en estas diligencias profiriendo resolución de acusación en contra de la señora *Graciela Ortíz de Mora*, en su condición de Ex-Comisaria Especial del Guainía, por el delito de "Celebración Indebida de Contratos".

Esta providencia fue impugnada por el defensor de la procesada mediante los recursos de Reposición y Apelación, absteniéndose la Sala de considerar el escrito respectivo por ser extemporáneo, quedando en consecuencia debidamente ejecutoriada la resolución acusatoria.

En la etapa del juicio se practicaron, entre otras, las siguientes diligencias:

-Inspección Judicial llevada a cabo en el Fondo Educativo Regional del Guainía, atendida por el Dr. Enrique Quirós -Delegado-, quien manifestó que en el lapso comprendido entre los años de 1982 a 1986, inclusi-

ve hasta octubre de 1990, no existió registro de proveedores y por consiguiente no había ningún documento en el cual conste que los señores Guillermo Martínez Castillo, Roberto Medina y Jorge Enrique Rodríguez figuraran como proveedores de la Comisaría, que ya para noviembre de 1990 mediante Resolución 360 se establece el reglamento para la inscripción, calificación y clasificación de personas naturales y jurídicas.

-Saul Abundio Sánchez -Administrador del Almacén Casa Motores- en su declaración expresa que entre dicho almacén y la Comisaría o el FER, no se llevó a efecto ninguna clase de negocios, en razón a que la señora Comisaria era esposa del propietario del establecimiento. Que los señores Martínez Castillo, Medina y Rodríguez sí adquirían allí elementos como motores, ventiladores, equipos de refrigeración y otros, en ocasiones pagaban en efectivo y en otras se les concedía crédito (30 o 45 días). En similar sentido rinde testimonio el señor Guillermo Zambrano.

-La Cámara de Comercio de Villavicencio certifica que el "Almacén La Maceta" y la Sociedad "Motoborda LTDA." se encuentran inscritos como establecimientos de comercio, igualmente informa que "Inversiones G.M.C." y "Casamotores del Guainía" no aparecen matriculados en el registro mercantil.

El Secretario Administrativo de la Comisaría Especial del Guainía, señor José Arley Sánchez, en su testimonio manifiesta que para el año de 1982 se conformaron dos Comités de Compras, uno para la Comisaría, integrada por el Secretario Administrativo, el Asesor Jurídico y un Delegado de Dainco, y, el otro, para el Fondo Educativo Regional, compuesto por el Secretario de Educación, el Delegado de los profesores ante la Junta del FER y otro funcionario que se alternaba entre el Director del Centro Experimental Piloto (CEP) y a falta de éste otro funcionario; estos comités estaban encargados de estudiar las diferentes cotizaciones y de acuerdo al precio, calidad y oportunidad de entrega, recomendaba, por Acta, al Presidente de la Junta, la que recibía la pertinente aprobación; luego se pasaba para el visto bueno del Comisario y del Delegado del Ministerio de Educación.

Así mismo afirma que para el año de 1982, sí existía registro de proveedores y contratistas, en una cantidad aproximada de seis. Que para el mes de noviembre de 1982, se llevó a cabo una reunión con los comerciantes de la región levantando la correspondiente acta y en la que consta que se había prohibido cualquier negociación con el señor Tiberio Mora.

-El Alcalde Mayor de Inírida, doctor *Omar Augusto Torres Morales*, certifica que tanto Jorge Enrique Rodríguez Bernal como Roberto Medina, se encuentran inscritos en el Registro de Industria y Comercio desde hace 25 años (folios 250 y 251).

El apoderado de la procesada *Graciela Ortiz de Mora*, solicitó a la Sala la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de marzo 27 de 1990, mediante la cual se profirió resolución de acusación contra su representada y la declaratoria de la prescripción de la acción penal respecto de los contratos celebrados por la Comisaría.

En lo referente a la nulidad planteada por el defensor le fue negada por la Sala mediante auto del 16 de septiembre/91, declarando si prescrita la acción penal respecto de los contratos relacionados en el literal c) de la resolución de acusación, de fechas 10 y 16 de agosto de 1983, con el Almacén Guaviare, para la adquisición de víveres para el Fondo Educativo Regional, ordenando como consecuencia la cesación de procedimiento sobre éstos.

En la audiencia pública el señor Procurador Delegado, Doctor Manuel Corredor Pardo, solicita la absolución de la procesada en lo referente a la celebración de contratos violando las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en el Decreto 222 sobre contratación administrativa con el sector público, por cuanto dentro del expediente aparece como fuente principal el *rumor* y examinado el conjunto de pruebas, y, tratando de llegar a la verdad se encuentra que éste no puede ser atendido, a pesar de que ello tiene algo de cierto, pues la experiencia indica que había compras al Almacén de Tiberio More a través de otros, pero nunca se demostró la venta directa del almacén 'La Maceta' a la Comisaría o el FER, entonces no se puede considerar que contratar con un testaferro es como contratar directamente con la persona que está oculta, que puede existir si un interés ilícito, conducta que llevaría a subsumirse en el artículo 144 del C.P..

En cuanto hace referencia a la imputación del artículo 146 del C.P., es decir, contratos sin cumplimiento de los requisitos legales, el señor Procurador Delegado solicita igualmente en favor de la procesada la absolución, porque al analizar el elemento subjetivo del tipo penal éste no aparece demostrado, planteando los siguientes interrogantes: "...basta el daño puramente formal? qué podemos decir cuando el contrato es limpio, pulcro, en los términos justos, pero falta algún requisito?, es decir, mi inquie-

tud es: basta que formalmente se elimine un requisito para que sea conducta penalmente reprochable?. Veamos qué dice la procesada, que nunca tuvo interés alguno, que ni participó, ni presionó el pago de cuentas, ni intervino en la agilización de los trámites contractuales y que además dos o tres años antes se compraba el bulto de cemento a novecientos pesos, ella lo compró a setecientos, los bloques comprados en el almacén Guaviare antes valían un mil cuatrocientos setenta y ella terminó comprándolos a menor precio, esto me llevó a pensar en la dañosidad de la acción, personalmente siempre he pensado que el hecho produce un daño y es la única razón para su reproche, entonces mi pregunta aquí es: causó daño a la administración pública?, cuando según algunas voces del expediente la señora Comisaria hizo una especie de distribución de beneficio, todos los comerciantes tenían derecho a suministrar; esa inquietud me lleva al tema de la antijuridicidad entendida como una lesión efectiva, real a los intereses jurídicos que el sistema quiere proteger, acaso contratar eliminando un requisito formal es de por sí reprochable penalmente?, aparte de su tipicidad, se ha demostrado que esa forma de contratar pudo apuntar a un daño a los intereses de la administración pública?, el solo incumplimiento de los requisitos, sin más, puede producir un daño a la administración?, se ha probado que la procesada ofendió a la administración pública con esa actitud. en forma real?, basta la omisión de requisitos para inferir el daño al bien jurídico que se protege?, imaginariamente regreso a Puerto Inírida y veo que se contrata con B, Y o Z y éstos van y compran en la Maceta, esa actitud la acepta la comunidad porque no hay otro camino, la situación de aislamiento da para esa posibilidad, porque es propia de las circunstancias, o se compra allí a un precio módico o se envía un emisario que lleve de otra parte pagando unos sobreprecios, pero aquella actitud ofende a la administración pública, le produce algún daño?, evidentemente por el sentido mismo las circunstancias no se ofende a la administración, he leído el expediente y no he encontrado un daño real a la administración, al contrario he visto la existencia de rumores, consejas, pero la actividad contractual se desarrolla sobre las bases normales, entendida la especial situación del lugar donde se realiza, creo, y esto es una hipótesis, que así se sigue manejando porque es que no hay otra forma, la contratación es la vida del pueblo y todo el mundo anda a la caza de esos contratos, la procesada hace una descripción cuando dice yo traté de evitar que hubiera 'mordidas', evitó los sobreprecios...", concluye la intervención del señor Procurador Delegado manifestando que como no se encuentra demostrada ofensa del interés jurídico, invoca la absolución de la procesada.

No se hace especial referencia a las alegaciones del defensor, pues estas aparecerán en las glosas que la Sala consignará luego y que establecen la refutación adecuada al auto de procesamiento.

Consideraciones de la Sala:

La Resolución Acusatoria centró la cuestión probatoria en elementos de incriminación tales como la cuantía de los contratos adjudicados; la limitación de los contratistas tomados como testaferros del esposo de la Comisaria procesada; la dudosa capacidad económica de aquéllos; la falta de antecedentes en el campo del comercio de los mismos; la celeridad del trámite o gestión de las cuentas y los correspondientes pagos; y, el fraccionamiento de los contratos.

Estos, se repite, fueron los más salientes factores indicativos de la responsabilidad penal de *Graciela Ortiz de Mora*.

Las pruebas evacuadas en el término de la causa y, principalmente, la intervención de la procesada al contestar el interrogatorio a que fuera sometida en la audiencia, las interpretaciones del Ministerio Público, salvando lo relacionado con el *sui-géneris* entendimiento de los artículos 144 y 145 del C. Penal, que se lleva de calle el fenómeno de la coparticipación delictiva, para solo aludir a uno de sus mayúsculos desaciertos, y las ponderadas valoraciones de la defensa, permiten revaluar los principales elementos de convicción tomados como desfavorables a la procesada.

La Sala, en esta definitiva decisión, no va a detenerse en un meticuloso recuento de todos estos aspectos, los cuales están debidamente consignados en el acta correspondiente al debate público efectuado. Señalará, entonces, los puntos más salientes, en síntesis que se ajusta plenamente a lo central de las tesis expuestas.

De todo lo indicado o insinuado en la Resolución Acusatoria tal vez lo que conserva inmodificada validez, pese a la desvirtuación de los cargos, es lo relacionado con la promoción a jefes, directores, mandatarios, etc, de la cosa pública, en regiones de mermado desarrollo comercial, de personas dedicadas a esta actividad con notable y absorbente capacidad económica, o con estrechos vínculos con quienes así aparecen, y que la realidad los constituye en exclusivos proveedores de los bienes que la administración requiere para su funcionamiento. Directa o indirectamente la provisión, por obra de estas circunstancias, refluye siempre en las per-

sonas que abandonaron pasajeramente una empresa comercial o que mantienen nexos con las que persisten en este plan. De ahí que la comunidad aprecia, por estas apariencias o especiales condiciones, que tal provisión arranca, se contacta o termina invenciblemente, en el núcleo que está operando la gestión oficial. Y da, en el mejor de los casos, ocasión a rumores, conjeturas, rencillas, maledicencias, rencorosas acusaciones o conflicto de intereses patrimoniales, que desembocan en la denuncia o en la idea de vivirse un insoportable estado de corrupción. Esto, de por sí deplorable, suele dificultar, en grado sumo, el esclarecimiento de la verdad porque a la postre si bien el impedido directa o indirectamente para negociar con la entidad oficial, no realiza esta contratación, si es el que suministra obligatoriamente todos los elementos requeridos. No se sabe, entonces, hasta dónde esta confusión aparece como consecuencia ajena pero impuesta por el medio, o más bien corresponde a la aprovechada coyuntura de mantenerse un comercio en auge para quien tiene alguna vinculación con el empleado oficial. En otras palabras, lo más saludable sería prescindir de personas tales y escoger a los ejecutores de la cosa pública sin esta clase de ataduras, nexos, compromisos y tendencias.

Pasemos entonces a los aspectos encontrados favorables a la enjuiciada en esta fase final de su juzgamiento:

1.- El número de contratistas, inicialmente entrevisto como de escasa pluralidad pues se redujo a quienes de manera más visible tenían un más directo contacto con el almacén "La Maceta" de la familia de la procesada, ciertamente no mantuvo esta característica. No se redujo, artificial y sospechamente a tres proveedores, sino que la cifra de éstos fue abundante, crecidamente abundante. Esto tiene que inferirse, sin dar lugar a distintas interpretaciones, del monto del gasto público, por contratación de servicios y suministros, el cual para la época de la gestión impugnada, ascendió a cuantía no inferior a un mil millones de pesos. Resulta notorio, entonces, que si esta última fue la parte del presupuesto destinado a estos rubros y los que se juzgaron como testaferros de la familia Mora - Ortíz, apenas realizaron compromisos comerciales por valor inferior a los treinta millones de pesos, el notable excedente debió cubrirse por otras personas. No se ve, en esto, una dolosa predilección o escogencia de estos proveedores, sino por el contrario, una muy normal concurrencia a esta participación comercial. La indicada cuantía del gasto presupuestal total, también está señalando, ante la reducida proporción de lo adjudicado a Martínez, Medina, Rodríguez, etc., que si hubiera sido otra la intención, esto es, conducir el dinero oficial a las arcas particulares del

núcleo familiar de la procesada, esa destinación habría sido más intensa, con un volumen desmesurado, pues solo en esa intensa y hasta concentrada provisión de mercaderías, se habría podido advertir el afán y la realidad de indebidas utilidades. Tampoco se estableció que estas personas, antes de la administración de *Graciela Ortiz de Mora*, no figurarán en este mismo plan, o que lo abandonaran voluntariamente luego de terminar la procesada su gestión. Menos se estableció un desusado incremento del gasto, en estos ítems, incrementándose el mismo, de manera artificial o caprichosa, durante ésta época, o se cambiase la naturaleza de los abastecimientos, para dirigirse a lo que constituía la explotación comercial de Tiberio Mora.

2.- La reducida entidad de las disponibilidades económicas de esos criticados proveedores tiene una explicación diferente. De esta tacha, hay que sustraer los nombres de Roberto Medina (almacén Cachas) y Gilberto Martínez Castillo (Inversiones G.M.C.) quienes eran comerciantes de vieja data, que manejaban renglones de comercio comunes a Tiberio Mora y que hasta representaban, en parte, su competencia. Su capacidad económica también tiene que aceptarse como de notas propias a una significativa solvencia. No es dable, entonces, tenerles como propicios a una posición de intermediarios con fines ilícitos, ni menos como sospechosos aparecidos en esta actividad.

En cuanto a personas de escasos recursos, sin un notable respaldo patrimonial, no resulta inadmisible y sí lógica la explicación brindada al respecto, o sea, no pocos aprovecharon la prohibición en que se colocó a Tiberio Mora, para figurar como proveedores, máxime si tenían posibilidades de crédito, que podían cumplir por la forma expedita como se producía el pago. En este punto conviene afrontar el aspecto de la celeridad de las cancelaciones, de lo cual debe decirse que no se dio, por parte de la procesada, intervención personal o delegada en favor de ninguno de los interesados, pues todos fueron tratados de igual manera. Luz Mery Escobar -fl. 80-, Tesorera del FEK, y, José Gerlein Plata -fl. 205-, explican la razón de tan propicias circunstancias por la organización dispuesta por la Comisaría, que nunca autorizó adquisición alguna sin disponibilidad presupuestal efectiva. También debe mencionarse, porque el aspecto integra este aparte argumental demostrativo de la falta de acuerdo entre estos proveedores y la familia Mora- *Ortiz*, el hecho de haber dispuesto la procesada, la constitución de un comité de compras, en el cual no exhibió injerencia o afán de conducir sus decisiones. No es del todo desechable el que aparecieran otras personas en calidad de proveedores

sin tanta experiencia ni competividad durante el desempeño de *Graciela Ortíz de Mora* como Comisaria, a expensas del obligado desalojo de Tiberio Mora. Este aspecto, por suscitar una lógica y atendible explicación, no es dable tenerlo por valioso elemento de incriminación.

4.- Las valoraciones aportadas por la defensa, en torno al tema del fraccionamiento de la contratación, son de entero recibo y esclarecen por completo la cuestión. La referencia al concepto de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado (noviembre 10/76), prestan sobrado apoyo a sus análisis. No dándose esa segmentación en cuanto a las especies, y esto no sucedió en el caso de autos, resulta improcedente aludir a este fenómeno, máxime cuando esas sucesivas negociaciones afectaron distintos rubros presupuestales y hasta se dirigieron a satisfacer necesidades de diferentes entidades. La contratación, a este respecto, se mostró conforme con los dispositivos legales y con la doctrina forense que le ha fijado su naturaleza y alcance.

Estas razones son suficientes para alejar completamente un fallo de condena. Los cargos, es necesario reconocerlo, fueron desvirtuados.

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

Absolver a la señora *Graciela Ortíz de Mora*, en cuanto a los cargos que le fueran formulados en la ya ameritada Resolución Acusatoria, o sea, "celebración indebida de contratos", cuando se desempeñó como Comisaria del Guainía, según denuncia formulada por Rodrigo Naranjo.

Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEBIDO PROCESO \ NULIDAD \ CASACION

No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 10 (5 feb./92). Casación No. 5884

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado *José Gerardo López López*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, mediante la cual confirmó la decisión condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Superior de Garzón por los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, aumentando la pena de 34 a 40 meses de prisión.

Hechos y Actuación Procesal:

El 16 de octubre de 1989, el vehículo de placas NF 1128, conducido por *José Gerardo López López* se salió de la vía y cayó a un abismo, en momentos en que transitaba por la carretera que conduce de la Inspección Departamental de Policía de Belén, Jurisdicción del Municipio de la Plata, hacia la vereda Cachipay.

Como consecuencia de ese hecho perdió la vida *Alvaro Camacho Astudillo*, y resultaron lesionados *Victor Alberto Ordoñez, Miryan Ducuara Pedraza y Benedicto Villanueva.*

El Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en La Plata (Huila), adelantó la investigación profiriendo inicialmente auto de detención contra el conductor del vehículo, y posteriormente, llegado el momento de calificar el sumario, lo llamó a juicio por los punibles de homicidio y lesiones personales en concurso.

El Juzgado Segundo Superior de Garzón tramitó la etapa del juicio, y luego de la correspondiente audiencia pública dictó sentencia condenatoria por los delitos imputados, fijando la pena de prisión en treinta y cuatro meses. El defensor interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior confirmó la sentencia y aumentó la pena a 40 meses de prisión.

I. *La Demanda:*

Al amparo de la causal tercera de casación, el demandante presenta dos cargos, con los cuales pretende demostrar que la sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad constitucional.

El texto completo del primer reproche es como sigue:

"La causal invocada tiene claro fundamento en el hecho de que en el curso de la investigación se omitió el cumplimiento del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, dispone la norma citada que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, y resulta evidente, claramente indudable en el proceso que no se desplegó la actividad debida frente a la situación de responsabilidad que se le ha atribuido al procesado, ya que en nada se procuró demostrar las condiciones que caracterizan la personalidad del mismo conforme lo ordena *el numeral 5 del artículo 360* del estatuto procedimental, pues ningún cuidado eficaz se realizó para conocerla, si era adicto al licor, si se embriagaba con frecuencia o cuando conducía vehículos automotores y de igual manera ocurrió al no haberse ordenado por el funcionario instructor e inmediatamente después de ocurrido el accidente, el correspondiente dictámen (sic) pericial sobre la intoxicación alcohólica que se afirma padecía y que se tuvo como causa del lamentable accidente. Ahora bien: las consecuencias de esa falta de celo investigativo, de no haberse practicado el dictámen (sic) en referencia por perito en cuestiones de toxicología, como lo es el médico legista que existe en la población de Belén (Huila) que queda inmediata al lugar del accidente, llevaron a una Resolución de Acusación equivocada, cuando si tal dictámen (sic) pericial se hubiera practicado con diligencia in-

mediatamente, no se hubiera llegado, conforme se llegó, a una condena con base en simple responsabilidad objetiva".

El segundo cargo consiste en que, en opinión del libelista, el fallo impugnado viola el artículo 26 de la Constitución Nacional anterior, por haber afectado de modo sustancial la plenitud de las formas propias del juicio.

Luego de exponer el significado de "formas propias del juicio" agrega: "En efecto, el no haber practicado debidamente y con diligencia el Juez investigador las diligencias tendientes a conocer la personalidad del Señor procesado, si era adicto al licor, si se embriagaba con frecuencia y si lo hacía cuando conducía vehículos automotores y la omisión del dictámen (sic) por perito médico, especialista en toxicología para haber podido determinar si el licor que se afirma fue ingerido por el procesado López López y que ha sido tenido como el causante de la desgracia ocurrida, había logrado afectar en ese momento su sistema nervioso central, constituyen sin duda alguna graves informalidades procesales. Y son verdaderamente graves, por cuanto que en virtud de esas deficiencias y omisiones, fue condenado el Señor López López por el Tribunal Superior de Neiva a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión".

La petición es que se decrete la nulidad desde el auto que declaró cerrada la investigación inclusive, "y en consecuencia, ordene devolver el proceso al Juzgado Segundo Superior de Garzón (Huila), por conducto del referido Tribunal, para efecto, de que reponga el procedimiento afectado de nulidad".

II. *Concepto del Ministerio Público:*

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, con apoyo en los siguientes argumentos:

A) Desde el punto de vista de la técnica de la demanda, observa que el censor confunde las nulidades legales con las constitucionales, y propone la misma situación fáctica como generadora concomitante de las dos clases de nulidad, las cuales no pueden concurrir, ya que las supralegales han sido establecidas por la jurisprudencia para cuando no hay regulación legal.

De otra parte, se limita a invocar el artículo 26 de la Constitución Nacional, y los artículos 358 y 360 numeral 5o. del Código de Procedimiento Pe-

nal, pero no demuestra las irregularidades, ni el momento procesal en que se presentaron, ni la incidencia que pudieran tener en la sentencia.

Sostiene que no se sabe en que consiste la presunta violación de las formas propias del juicio, ya que las pruebas tendientes a establecer la personalidad del procesado apenas sirven para dosificar la punibilidad, pero no para demostrar la nulidad invocada. "No hay en el libelo ninguna explicación sobre la necesidad del dictamen pericial por la intoxicación alcohólica que pudo haber padecido el implicado, de suerte que permite ver que el fallador de instancia se equivocó al no ordenarlo..."

B) Sobre la legalidad del proceso, anota que los argumentos resultan parcialmente apartados de la realidad así:

No es cierto que no se procurara demostrar la personalidad del acusado y su adición al licor, pues durante el proceso se recepcionaron varios testimonios que dan cuenta de la ingestión de licor por parte de *José Gerardo López*, durante la noche anterior a los hechos en la discoteca "La Terraza", y en el curso del viaje en varios expendios de bebidas embriagantes. También se estableció que con anterioridad tuvo otro accidente en el cual pereció una mujer, y algunos declarantes sostuvieron que acostumbraba tomar cuando conducía.

La falta de dictamen pericial sobre el estado de embriaguez del procesado no es obstáculo que obligue a desechar la abundante y creíble prueba testimonial sobre tal estado, que indudablemente fue la causa del accidente.

El procedimiento penal permite la demostración de los elementos estructurales del injusto típico mediante cualquier medio de prueba, luego, responde al casacionista, que no es indispensable la intervención de peritos para constatar la embriaguez, si de otra parte aparece prueba diversa sobre la ebriedad del conductor que no atendió el deber de cuidado que se requiere para realizar esa actividad.

Termina citando una decisión de la Corte de junio 25 de 1991, en la cual se explica cuándo la no práctica de pruebas puede afectar el debido proceso.

IV. *Consideraciones de la Sala:*

El recurrente plantea como fundamento de sus reproches lo siguiente: a) que no se realizaron las diligencias tendientes a demostrar la per-

sonalidad del procesado, si era adicto al licor, si se embriagaba con frecuencia o cuando conducía vehículos automotores; y, b) que inmediatamente después de ocurrido el accidente no se practicó un dictamen pericial sobre la intoxicación alcohólica que se afirma padecía, y que fue causa del accidente.

Estas afirmaciones le sirven para formular los dos cargos de nulidad Constitucional: el primero, porque se omitió investigar con igual celo lo favorable y lo desfavorable como lo ordena el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, pero nada dice respecto a la supuesta norma Constitucional violada, de manera que es una aseveración sin respaldo normativo; el segundo, porque el no haber practicado esas diligencias afectó las formas propias del juicio, garantía consagrada en el artículo 26 de la Carta, hoy artículo 29.

Ante este pobre panorama que ofrece la demanda procede hacer las siguientes observaciones:

1) Tiene razón el Ministerio Público al aseverar que el censor desconoce la diferencia entre nulidades de origen constitucional y nulidades legales, pues omite toda referencia al artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, el cual señala expresamente en el numeral 2o., como causal de invalidación. "la comprobada existencia de irregularidades substanciales que afecten el debido proceso".

Sin embargo, esta falta de precisión no impide que los cargos puedan ser estudiados, pues nadie podría negar que el debido proceso es una garantía constitucional, cuyo desconocimiento produce un efecto procesal previsto en la ley. Si esto es así, cuando se viola una garantía constitucional, que además está consagrada como causal de nulidad legal, ésta debe declararse así el impugnante invoque únicamente el artículo de la Constitución.

2) Pero la amplitud anterior no puede llegar hasta el extremo en que incurre el libelista, que en el primer cargo no dice cuál es la causal de nulidad que alega, ni tampoco menciona la norma constitucional o legal en la cual se apoya, de manera que deja a la Sala sin saber la razón jurídica de su censura. No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia.

3) El segundo cargo, violación de las formas propias del juicio, carece por completo de demostración, ya que simplemente se queja de que no se practicaron algunas diligencias, sin precisar de qué manera esa situación, de la cual parte, afectó la estructura del proceso o las garantías de su defendido. El ataque es incompleto, o para ser más exactos, se quedó en el enunciado.

4) Pero al margen de las falencias relacionadas en los puntos anteriores, es evidente que el defensor plantea supuestas omisiones, que ni aún siendo reales podrían afectar el fallo. Veamos: De qué manera podría modificar la declaración de responsabilidad, el hecho de que no se hubiera investigado si el procesado acostumbraba tomar licor, si se embriagaba con frecuencia, y si lo hacía cuando conducía automotores, existiendo pruebas suficientes de que en el momento del accidente estaba beodo, tal como lo pudo constatar la investigación.

Sorprende que al defensor le parezcan insuficientes los testimonios de *Víctor Alberto Ordoñez* (Fl. 50 y vto.), *Mauricio Luligo* (Fl. 48), *Gonzalo Antonio Ramírez Varela* (Fl. 52), *Carlina Luligo de Luligo* (Fl. 56), *Graciela Ramírez Varela* (Fl. 63), *Fernando Astaiza Córdoba* (Fl. 68 vto.), *Claudio Caldón Guañña* (Fl. 69 vto.), *Porfirio Caldón Guañña* (Fl. 73 vto.), *Miriam Ducuara Pedraza* (Fl. 113 vto.) y *Benedicto Medina Villanueva* (Fl. 115 vto.), para llegar a la conclusión de que el acusado acostumbraba tomar bebidas embriagantes, aún cuando estaba conduciendo, y que su salida de la carretera se produjo como consecuencia de su estado de ebriedad.

La prueba testimonial es tan numerosa, contundente y uniforme, que resulta absurdo y carente de seriedad atacar la sentencia porque no se practicó dictamen pericial para determinar el grado de intoxicación de *José Gerardo López*. El impugnante no solo desconoce la realidad procesal, sino que ignora que en materia penal por expresa disposición del artículo 254 del Código de Procedimiento, hay libertad de prueba, esto es, que los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad o inocencia del procesado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pueden demostrarse con cualquier medio de prueba previsto en el Código.

Es claro que el proceso cuenta con suficientes elementos de juicio para analizar la personalidad del procesado, por lo tanto en este aspecto no existe ninguna omisión imputable al juez. Si bien es cierto que por causas ajenas a la voluntad del instructor no se practicó dictamen pericial para determinar el estado de embriaguez del acusado, también lo es que se

recaudaron suficientes pruebas que permitieron al sentenciador llegar de manera acertada a esa conclusión, luego no existió ninguna irregularidad.

La Corte, en cita jurisprudencial que reproduce el Procurador Delegado, y que resulta oportuno repetir en este caso, ha dicho al respecto: "cierto es que una de las formas de faltar al debido proceso y consecuentemente conculcar el derecho de defensa, es dejarse de practicar pruebas que conduzcan a demostrar algún aspecto que favorezca al procesado y que por lo tanto tenga la capacidad de repercutir en la sentencia. Pero no puede predicarse desconocimiento de las garantías básicas cuando las pruebas que se echan de menos no fueron allegadas por motivos ajenos a la voluntad del Juez, vale decir, por su inercia, inactividad o capricho, sino que resultaran imposibles de realizar por factores extraños y cuando, además, no se haya evidenciado que tuvieron la capacidad de modificar el fallo...pues la sola hipótesis de un resultado favorable no es suficiente para considerar que la prueba pudiera afectar el desenlace del juicio". (C.S.J. junio 25 de 1991 M. P.).

Por las razones anteriores los cargos formulados en la demanda no están llamados a prosperar.

6) La Sala encuentra que de oficio debe casar la sentencia para ajustarla al mandato contenido en el artículo 31 de la nueva Constitución Nacional, pues siendo el condenado apelante único, el Tribunal Superior modificó el fallo de primera instancia aumentando la pena de prisión de 34 a 40 meses de prisión y revocando en consecuencia la condena de ejecución condicional que había sido otorgada, agravación que actualmente no es permitida en virtud de la citada norma constitucional.

Por lo tanto, se casará la sentencia recurrida de manera parcial, y se declarará que la pena que corresponde es la señalada por el Juez *a quo*.

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:

Casar la sentencia impugnada en cuanto a la pena impuesta y la revocación de la condena de ejecución condicional, y declarar que en ese

aspecto se debe tener en cuenta lo dispuesto, por el Juez de primera instancia esto es, 34 meses de prisión y otorgamiento del subrogado penal en las condiciones allí señaladas.

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

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, -con Salvamento de Voto; *Gustavo Gómez Velásquez. Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,* - con Salvamento Parcial de Voto; *Juan Manuel Torres Fresneda,* con Salvamento Parcial de Voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

COMPETENCIA \ TRANSITO DE LEGISLACION \ REFORMATIO IN PEJUS (SALVAMENTO DE VOTO)

Los efectos que se derivan del tránsito de normas para favor del procesado y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia al juez que profirió la sentencia de primer grado.

Se ha proferido la sentencia dentro del presente asunto, adoptando en cuanto a la aplicación inmediata del artículo 31 constitucional, el que ha sido ya criterio dominante en la Sala para casos análogos. Como a pesar del respeto que nos merece esa postura mayoritaria, persiste la discrepancia que formalizamos frente al fallo de 22 de octubre de 1991 (Radicación 5865), a continuación reproducimos cuanto allí dijimos, para satisfacer el compromiso intelectual y legal del presente salvamento:

> "...Dos aspectos en particular distancian nuestro criterio de aquel que con el de mayoría plasma la Sala en la decisión del caso presente:
>
> 1.- A diferencia del principio que rige los recursos ordinarios en donde el juez procede dentro de la plena jurisdicción a la revisión íntegra e ilímite de la providencia, con la sola restricción ahora prevenida en el artículo 31 de la Constitución Política; el recurso de casación se rige por el principio de limitación que consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual: 'La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes', enunciación que implica tanto la imposibilidad de complementar y corregir las deficiencias y omisiones en que la demanda incurra, como y ante todo el entrar a considerar causales no invocadas por el recurrente de manera expresa.

Para el caso motivo de controversia, resulta notorio como el fallo lo explicita, que la causal invocada por el recurrente: "violación indirecta de la ley sustancial" no tuvo vocación de prosperidad, y sin embargo, ello en nada obstó para que la Corte procediera a casar de todos modos la sentencia recurrida, regresando a los términos originales contenidos en el fallo de primera instancia.

Tal manera de actuar no solamente desquicia el invocado principio de limitación por viabilizar el recurso de modo oficioso, opción exclusivamente prevista para el caso de la nulidad, sino al sobrepasar además abiertamente las causales que de modo expreso y con taxatividad señala el legislador en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y 15 del Decreto 1861 de 1989 que a su vez lo modifica, haciéndose todavía más insólita la solución, si el fallo substitutivo por el cual se opta, se restringe a los casos indicados en el artículo 228-1 del Código de Procedimiento Penal, ninguno de los cuales se invoca.

2.- Si la razón trasciende, entonces, de una invocación a la necesidad de darle al artículo 31 constitucional aquella aplicación inmediata que le reconoce el artículo 85 del mismo ordenamiento superior, se olvidó la Sala del precepto también constitucional de la legalidad y del debido proceso (artículo 29), según el cual solamente se puede adelantar el juzgamiento de un ciudadano conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, y bajo la observancia de la plenitud de las formas que corresponden a cada juicio.

Si, entonces, los efectos que derivan del tránsito de normas para favor del procesado (y el artículo 4o. de la Constitución predica que es ella norma de normas) y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia para un primer pronunciamiento al juez que profirió la sentencia de primera, nada distinto asoma a su competencia para la realización del pronunciamiento que aquí en su lugar tomó la Corte, porque en ese sentido la atribuye el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto sí, que ésta Corporación ha venido sosteniendo que en acatamiento del artículo 85 constitucional incumbe dar apli-

cación inmediata al artículo 31 de la misma jerarquía en aquellos casos en que la decisión de la segunda instancia ha hecho más gravosa la situación del apelante único, cuando con motivo del estudio de la excarcelación del procesado, se suscita la necesidad de consultar la pena sobre la cual proceden las reducciones, si no la estimación de su agotamiento o de la libertad condicional.

Sin embargo y como en esas providencias ha quedado claro, la nueva tasación no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pues al privar el interés del derecho a la libertad, el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal extiende a ésta sede, como a "cualquier estado del proceso" la posibilidad de accederla por el procesado que llena la exigencia normativa.

Mas, sobrepasar de allí la competencia, y lo que es peor, bajo el amparo de una causal de casación que ni existe en la legislación, ni el recurrente alega, es decisión que de ninguna manera compartimos así se invoque la economía procesal..."

Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Fecha, *ut supra*.

REVISION \ CASACION

El Recurso de Casación califica si la decisión judicial se profirió en armonía con la normatividad; el de Revisión se convierte en un remedio postrero que desquicia la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 010 (5 feb./92). Revisión No. 7163

Vistos:

El apoderado del condenado *Camilo Arturo Casiano Quique*, por medio de escrito presentado a esta Corporación, interpone el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida el quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), por el Juzgado veinticinco (25) Penal del Circuito de la capital de la República, por medio de la cual se le impusieron cuatro (4) años de prisión como pena principal. Decídase si tal solicitud reúne los requisitos estipulados en el artículo 233 del C. de P.P.

La Demanda:

El memorialista considera que "...el fallador no apreció un hecho nuevo en el proceso: Este hecho es: el Sr. Juez no tuvo en cuenta para nada el dicho del sindicado en la indagatoria, dichos que en ningún momento fueron desvirtuados por el Juzgado: simplemente el Juez nos los tuvo en cuenta y despreció las dos declaraciones con las cuales probó su defensa".

Considera, entonces, que hay "...una condena injusta porque *en Derecho lo que no se prueba se considera que no existe*. No hay prueba, no hay hecho delictuoso", y critica a continuación el que no le hubieren merecido credibilidad los testimonios de descargo, uno de los cuales pertenecía a una sobrina del sentenciado, preguntándose si "Acaso la declaración de una sobrina tiene por fuerza que ser falsa? Y la del otro señor, tiene que tenerse por falsa porque simplemente el juez sospecha que es así?".

A renglón seguido advera sobre la buena fe que le asistía a *Castaño* "...en la bondad de las maletas..." por haberse pasado los controles que han dispuesto las autoridades en el aeropuerto de Cali, asegurando que "...hay injusticia en la apreciación de la prueba..." y, por consiguiente, "...el *condenado es inocente*, y esta revisión debe aceptarse para *Revisar* las actuaciones del juzgado...", ya que "El citar las pruebas de la defensa y criticarlas y no creerlas, no es respetar el derecho a un *Debido Proceso*".

Posteriormente se dedica a defender los testimonios desechados que buscaban favorecer los intereses del reo ("...jamás aprendieron ninguna bien aprendida lección...") y advierte que no se les puede minusvalorar porque el procesado no los haya citado en su indagatoria sino posteriormente, concluyendo que "...la juez sacrificó el derecho sustancial y dio prelación al procedimiento, violando el art. 228 del C. de P.P., ya que "...no podía sacrificar la prueba que invocó el sindicado y que se cumplió, a cambio de un procedimiento el cual, entre otras cosas no existe, ya que no hay norma que diga que las pruebas del sindicado, sólo pueden citarse en la indagatoria".

Entonces, prosigue el demandante, "...la causal que invoco no es otra sino la inocencia del condenado, con base en las pruebas que esgrimió, sus dichos y los testimonios, fueron olímpicamente desconocidos por la juez que condenó". Su exposición termina con una recriminación al sentenciador por "...negar el recurso de apelación y como consecuencia el de casación, porque el apoderado pidió una reposición de la sentencia cuando este recurso no existe contra sentencias...", puesto que "En ninguna parte de la ley dice que por haber perdido la reposición perdió también el derecho de apelar...", predicando de igual manera la inocencia de su poderdante, y, refiriéndose a la antigua causal tercera de revisión (hoy, quinta), finaliza enfatizando que la prueba tenida en cuenta por el juzgador es falsa.

La Corte:

1. Háse dicho por la jurisprudencia, con frecuencia y pertinacia, que el recurso extraordinario de revisión no transita por el mismo sendero asignado al instituto casacional: ésta califica si la decisión judicial se profirió en armonía con la normatividad; aquél, se convierte en un remedio postrero que desquicia la cosa juzgada, permitiendo un replanteamiento de la investigación cuando, demostrada alguna de las causales establecidas en la sistemática procedimental, haya lugar al reexamen de rigor.

Entonces, la capacidad que posee el recurso de abatir el fallo ejecutoriado, es la que marca su carácter excepcional. Por consiguiente, su aplicación sólo se justifica en la reciedumbre de las nuevas probanzas invocadas para conseguir su prosperidad, puesto que su misión está destinada a comprobar, con la certeza de la verdad, la inocencia o culpabilidad del rematado, por haberse basado la sentencia, entre otras causales, en pruebas falsas.

2. Ahora bien, el carácter mendaz de las dichas pruebas obliga al revisionista a señalar con precisión, cuáles de las tenidas en cuenta por el fallador poseen tal calidad, enseñándole a la *Sala* no sólo el porqué distorsionan la verdad procesal, sino también la intencionalidad de hacerlas parecer como veraces, así como a los autores del engaño y la importancia estructural que tienen respecto del contexto procesal. Por consiguiente, no bastan las opiniones personales para la prosperidad de la impugnación sino la prueba clara y cierta de tal anomalía.

3. De lo anterior se desprende que no es la discordancia entre el pensamiento del censor y la decisión tomada por la autoridad judicial, el sustrato de la revisión. El considerar simplemente que el juzgador se equivocó porque, según su convicción íntima, una parte del material probatorio no merecía credibilidad, sustentando con propiedad sus argumentos, es reducir el libelo a un alegato de instancia que persigue el triunfo de las propias tesis en detrimento de las exhibidas por los otros sujetos procesales.

De otra parte, si considera el impugnante que el fallo no se ajusta a derecho por haberse violado el debido proceso o haberse tergiversado el material probatorio o haber ignorado las probanzas que favorecían al procesado, es claro que está señalando falencias alegables sólo en casación, ajenas por tanto al recurso de revisión impetrado que, como ya se vio,

posee una naturaleza propia y unos efectos diferentes. En este punto, y escuchando su clamor de que no se le concedió el recurso de casación cuando así lo impetró, se le recuerda que hubiera podido alegar su derecho interponiendo un recurso de hecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 211 de la normatividad procedimental.

Así las cosas, su consideración personal de que no existía la suficiente prueba para condenar o de que los testimonios que minusvaloró el sentenciador poseían la fuerza necesaria par establecer la inocencia del condenado, no constituyen la falsedad que predica la causal quinta de revisión que, como ya se vio, se fundamenta en un acto delictuoso que torció intencional y voluntariamente el decurso procesal.

4. En estas condiciones, y teniéndose en cuenta que el recurrente no enmarca su libelo dentro de ninguna de las causales estipuladas por la ley, lo que de suyo le hace incumplir los requisitos formales estipulados en el artículo 233 del ordenamiento procesal, la SALA ha de rechazar la demanda de revisión presentada, declarando desierto el recurso extraordinario.

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

Resuelve:

Rechazar "In-Limine" la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado *Camilo Arturo Castaño Quique* y, consecuentemente, *Declarar Desierto* el recurso correspondiente.

Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION \ DEBIDO PROCESO

No es posible confundir las formas propias del juicio y los grados probatorios.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 015. Casación No. 5771

Vistos:

En sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el ocho de febrero de mil novecientos noventa, se impartió confirmación a la de primera instancia del Juzgado Octavo Superior en que fueron condenados *Franklin* y *Mauricio Díaz Pinto* a las penas principales de seis años de prisión y dos meses de arresto como autores responsables de los delitos de tentativa de homicidio y lesiones personales, respectivamente.

Inconforme el defensor del sentenciado *Franklin Díaz Pinto*, en oportunidad, interpuso recurso extraordinario de casación.

Hechos:

El fallo motivo de la impugnación, presenta de ellos la siguiente síntesis:

"En las horas de la noche del 24 de febrero del presente año (1989) dentro del establecimiento "Discoteca Calipso", ubicada en el barrio Restrepo de esta ciudad, departían entre otras personas, Wilson Barrero

Camargo, Carlos Barrero Camargo, Haiver Humberto Uribe Guzmán y Wilson González. En otra mesa se encontraban: Franklin Oliverio Díaz Pinto, Mauricio Díaz Pinto, Patricia Núñez y Leonardo González. Entre los dos grupos se suscitó una pelea con resultados deplorables, pues Haiver Humberto y Carlos Julio resultaron heridos con arma de fuego y Wilson Blanco y Franklin Oliverio Díaz Pinto, con arma cortocontundente".

Actuación Procesal:

1.- En desarrollo de la investigación, la cual estuvo a cargo de los Juzgados Treinta y Siete Penal Municipal, inicialmente, y Diecisiete de Instrucción Criminal, a ella fueron vinculados mediante declaración de indagatoria los hermanos Franklin Oliverio y Mauricio Díaz Pinto y Wilson Barrera Camargo.

2.- Al ser calificado el mérito del sumario, fue proferida resolución acusatoria en contra de los hermanos Díaz Pinto; en relación con Franklin Oliverio por el delito de homicidio en forma de tentativa y a Mauricio por lesiones personales. Respecto de Wilson Barrera Camargo, se dispuso cesación de procedimiento y se ordenó compulsar las copias respectivas para la investigación de las lesiones personales en que pudieron haber incurrido Carlos Julio Barrero y Alirio Wilson González Ramírez.

3.- Desatado el recurso de apelación interpuesto contra el pronunciamiento que viene de reseñarse, se tramitó el juicio y se dictó el respectivo fallo de primera instancia. En él, como ya hubo ocasión de ser destacado, fueron condenados los procesados Díaz Pinto; Franklin Oliverio, a la pena principal de seis años de prisión y Mauricio, a la de dos meses de arresto y quinientos pesos de multa.

4.- El Tribunal, mediante el fallo materia del recurso extraordinario de casación, resolvió confirmar la sentencia del juzgado.

La Demanda:

Invoca el recurrente la causal tercera de casación. A su amparo, acusa la sentencia de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad y si bien es cierto sostiene que la impugnación corresponde a un solo cargo, desarrolla varios.

Inicialmente, aduce que se violó el derecho a la defensa del recurrente "al dar por probado el Tribunal que el elemento espiritual del delito de

tentativa de homicidio se encontraba demostrado en el proceso, sin estarlo, dándole pleno valor probatorio a los dictámenes médico-legales aportados a los autos, producidos sin el lleno de los requisitos legales para ser tenidos en cuenta, cuando lo cierto es que tales dictámenes no reúnen los requisitos legales para ser tenidos en cuenta en el fallo definitivo".

Concretando las informalidades de los dictámenes, sostiene que de ellos no se corrió el traslado a las partes, previsto en el artículo 276 del C. de P.P., oportunidad en la cual, prosigue, "seguramente se hubiera producido una objeción a tales dictámenes y la defensa del procesado por este aspecto hubiese encontrado suficiente soporte legal, en razón de que las pruebas aducidas al proceso y sobre las cuales descansa la sentencia del H. Tribunal, hubiesen desaparecido en su total valor incriminatorio con resultados opuestos a los declarados por los juzgadores de instancia".

Estima, así mismo, violatoria del derecho a la defensa la ruptura de la unidad procesal al disponerse la investigación, de manera independiente, de la conducta de Carlos Julio Barrero Camargo y Alirio Wilson González Ramírez por las lesiones infligidas al procesado *Franklin Oliverio Díaz Pinto*.

A consecuencia de esto, arguye el impugnante, quedó sin demostración que el sentenciado al efectuar los disparos con los cuales resultaron lesionados los mismos Barrero y González "lo hizo como reacción a una agresión grave e injusta", pues fue en ese momento de angustia y peligro, afirma, en que accionó su arma para defender su vida. Luego de hacer varias consideraciones en torno al concepto de emoción, concluye que el hecho ocurrió dentro del estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación, "circunstancia que constituye una atenuación de responsabilidad penal, gobernada por los artículos 29 y 60 del Código de las penas".

En censura aparte, se plantea por el recurrente, también como motivo de nulidad, el evento consistente en la no práctica de pruebas tendientes a la atenuación de la responsabilidad del procesado. En su concepto, con ello, dice, se violó el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal.

Para efectos de la demostración, admite que el juzgado sí decretó la práctica de las pruebas pedidas por el entonces defensor del procesado para la audiencia pública, no habiéndose llevado a cabo, motivo por el que se impone, sostiene, la declaratoria de nulidad por falta de observancia de las formas propias del juicio.

En lo que constituiría el último cargo, se propone por el recurrente quebrantamiento a la Constitución Nacional, en cuanto habiendo ocurrido los hechos el 25 de febrero de 1989, Franklin Oliverio Díaz Pinto ha debido ser juzgado en conciencia y no por juez de derecho. Al no hacerse así, se concluye, fue vulnerado el principio del juez natural previsto en el artículo 11 del Código Penal.

La Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, al rendir su concepto, solicita a la Corte abstenerse de casar el fallo recurrido.

Destaca, al fundamentar su petición, los diferentes errores de tipo técnico en que incurre el casacionista. Así, advierte el desconocimiento del principio de autonomía de las causales en casación al sustentarse la violación al derecho de defensa en que se le dio pleno valor probatorio a unos dictámenes médico-legales, producidos sin el lleno de los requisitos de validez, lo cual conduce, en su criterio, a alegar bajo el amparo de la causal de nulidad, un falso juicio de legalidad sobre la prueba anotada que, de acuerdo con la lógica del recurso, ha debido ser propuesto como violación indirecta de la ley.

De otra parte, en referencia a los demás cargos que al amparo de la causal invocada son formulados a la sentencia, se relieva cómo la alegación del no reconocimiento de la ira y la legítima defensa, ha debido plantearse también dentro del ámbito de la causal primera de casación, con fundamento en el análisis probatorio o jurídico respectivo.

En esta misma línea argumental, se advierte el desconocimiento de que por disposición legal, art. 14 C. de P.P., no toda ruptura de la unidad procesal genera nulidad, razón por la cual es imperativo alegar y demostrar la violación del derecho a la defensa, aspecto omitido por el casacionista, situación no distinta a la que se presenta en punto a una pretendida nulidad por la no práctica de algunas pruebas. Aquí, prosigue el Procurador, no se individualizan esos medios de convicción omitidos, los hipotéticos resultados y su fuerza probatoria opuesta a las demás pruebas que conforman el acervo probatorio.

Finalmente, en relación el vicio por el no juzgamiento de los hechos con la intervención del jurado, advierte el Procurador desconocimiento del contenido del Decreto 1861 de 1989, como única explicación para una

propuesta de este tipo, pues, dice, claro resulta que en el presente caso, al momento de entrar en vigencia tal normatividad, la audiencia no había tenido iniciación como para reclamar que el juzgamiento fuera hecho en conciencia.

Consideraciones de la Corte:

Concretar vicio motivo de nulidad por afectación al debido proceso y al derecho a la defensa, como hace el recurrente, porque se otorgó pleno crédito a unas pruebas (dictámenes médico-legales) sin que reunieran los requisitos para su validez, entraña confusión sobre el ámbito que comprende las causales para la procedencia de este medio extraordinario de impugnación y, por supuesto, contrariedad al principio de autonomía que, como se sabe, impone alegar dentro del esquema propio de cada motivo de casación las razones o argumentos a él pertinentes.

En la situación indicada, la doctrina de la jurisprudencia ha precisado en innumerables ocasiones cómo no es posible confundir las formas propias del juicio y los grados probatorios. Aquellas -se ha dicho-, compuestas por las garantías reconocidas universalmente a los sujetos procesales, de acuerdo a su particular interés jurídico, y por las modalidades que distinguen y diferencian los procedimientos entre sí, dan lugar, de ser conculcadas, a las llamadas fallas de actividad o errores *in-procedendo*, mientras los grados probatorios constituyen los fundamentos de razón establecidos en la ley, a los cuales puede judicialmente darse por demostrado un hecho concreto; por esto mismo, su desconocimiento resulta del falso juicio de apreciación del juzgador, o error *in-iudicando*.

Es en este sentido, que se estima desacierto técnico la alegación de fallas de juzgamiento dentro del ámbito de causal fundada en vicios de actividad o errores *in-procedendo*, como es la de nulidad invocada por el actor. Por lo mismo, si su inconformidad radica en que se dio credibilidad a unas pruebas irregularmente producidas, ello ha debido aducirlo al amparo de causal primera, sede dispuesta para la discusión en ejercicio del recurso de casación de los errores *in-iudicando* y única que prevé la posibilidad de restituir el juicio sobre las pruebas irregularmente producidas, a consecuencia de la prosperidad de la impugnación, para desestimarlas, todo lo cual impone al recurrente la observancia de pautas muy específicas en la alegación, las que no pueden ser suplidas por el Tribunal de Casación en virtud del carácter dispositivo del recurso y su sometimiento al principio de limitación.

Lo anterior conduce a concluir que esta censura, en cuanto se aparta de los criterios ya indicados, compromete muy seriamente la prosperidad del recurso.

La alegación de nulidad por violación del derecho a la defensa que el recurrente funda en la ruptura de la unidad procesal, consistente en haberse dispuesto investigación independiente de la conducta de las víctimas Barrero y González por las lesiones recibidas por el sentenciado Franklin Oliverio Díaz Pinto, a la cual se le fija como efecto el haber dado lugar a que quedare sin demostración la legítima defensa y la ira en que obró el procesado, acusa igualmente fallas.

No se cuida el censor de comprobar, con referencia al proceso, cómo la investigación conjunta de los comportamientos de los protagonistas del hecho aquí juzgado, habría conducido a demostrar que el recurrente obró en legítima defensa o ira, como era su deber. Esto, por cuanto la sola ruptura de la unidad procesal no genera, por sí misma, la invalidación de la actuación, salvo que con ella se viole el derecho a la defensa del procesado, según previsión del artículo 14 del C. de P.P., siendo indispensable para su alegación, por tanto, que se opere en términos de relación de antecedente a consecuente, la separación de acciones y la afectación del derecho de defensa.

Para la situación en examen, esto no se cumple, como que el recurrente se limita a enunciar que a consecuencia de la separación de las investigaciones a su cliente no se le reconoció la legítima defensa o ira, pero sin comprobar cómo la investigación que fue separada, daría lugar a la estructuración en el proceso de estos fenómenos.

Pero, además de lo anterior, debe advertirse que, cuando menos, en cuanto respecta con la causal de justificación, sobre ella hubo pronunciamiento en la sentencia recurrida para negarla. Esto imponía, por supuesto, tener que discutir su no reconocimiento dentro del marco de apreciación en que lo hace el fallador, lo cual imponía tener que invocar la causal primera, tal como apunta el Procurador en su concepto.

Deficiente, así mismo, resulta ser la alegación de nulidad por la no práctica de pruebas. En este sentido, cabe advertir dos omisiones de suyo cardinales para tener que desestimar la proposición del recurrente. En primer lugar, la no individualización de los medios probatorios dejados de practicar y, fundamentalmente, la determinación de la fuerza probatoria que opuesta a los medios de convicción tenidos en cuenta en la

sentencia, habrían dado lugar a optar por decisión en sentido contrario a la proferida y en pro de los intereses del recurrente.

La ausencia de estos aspectos, hacen de la alegación un planteamiento inconcluso, no apto para la evidencia del evento que anuncia.

Por último, en relación con la nulidad fundada en que no se hizo el juzgamiento del hecho con intervención del jurado, en razón a la fecha de su ocurrencia, anterior a la expedición del Decreto 1861 de 1989, razón por la cual no le era aplicable por virtud del principio del juez natural, la Sala puede menos que coincidir con la apreciación del Procurador Delegado, en el sentido de que una petición así sustentada no puede tener fundamento distinto al desconocimiento del contenido del decreto en mención.

Esto, porque él regula de manera precisa el fenómeno de tránsito de legislación, previendo la conservación del juzgamiento por jurado, solo en aquellos casos en que, a la fecha de la vigencia del Decreto, la audiencia se hubiera iniciado (art. 36). No siendo esta la situación para el caso, en el cual la audiencia se celebró con posterioridad a la vigencia de las disposiciones que vienen de citarse, no hay lugar a discutir, contra el texto expreso de la ley que su cumplimiento acarrea sanción de nulidad.

Toda esta gama de desaciertos que registra la demanda, los cuales comprenden hasta plantear como un único cargo de nulidad lo que en realidad correspondería a varios, impiden la prosperidad del recurso.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION \ SENTENCIA

En los menesteres de la Casación, cuando el fallo de segundo grado no repudia de manera abierta la argumentación del primero, es dable, por su unidad, considerar insertos en esa ulterior sentencia todo ese volumen conceptual.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Cómez Velásquez*

Aprobado Acta número 015. Radicación No. 6315

Vistos:

Esta decisión se contrae al recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (marzo 20/91), mediante la cual se condenó a *Alfredo Lozano Osorio*, Omaira Rocío Perdomo Quiroga y Mario Augusto Guevara Pedraza, el primero como autor y los dos restantes a título de cómplices, por el delito de "privación ilegal de la libertad", a un (1) año de prisión, así como las accesorias pertinentes. En el fallo se concedió la ejecución condicional de la condena.

La impugnación, que solo la introdujo *Lozano Osorio*, se admitió en auto de diecinueve de junio, y, la demanda, en el fechado el cuatro de septiembre del año en curso.

Hechos y actuación procedimental.

Hechos:

Según el fallador de segundo grado, esta es su relación:

"La joven *María Patricia Hernández* (sic) fue conducida y recluida en los calabozos de la Comisaría del Centro el día 12 de agosto de 1983, a eso de las diez de la noche aproximadamente, por el presunto delito de estafa consistente en negarse a pagar el acierto de un juego "chance", pero del que se argumentaba no había entrado en sorteo. Al día siguiente y después de veinticuatro horas de reclusión, fue puesta en libertad por "arreglo entre las partes", sin que dos denuncias supuestamente formuladas por los ganadores del chance las firmaran y sin sentarse acta alguna que diere legalidad a tal privación de libertad".

Actuación Procedimental:

Así la precisa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"Denunciados estos hechos por Martha Patricia Rojas, el Juzgado Treinta y Ocho de Instrucción Criminal de Bogotá, el 22 de agosto de 1983 declaró formalmente abierta la investigación y en ella indagó a varias personas, entre ellas, al Comisario Nacional Alfredo Lozano Osorio a cuya cuenta y disposición estuvo la denunciante, a la secretaria que lo acompañó Omaira Rocío Perdomo Quiroga y al abogado Mario Augusto Guevara Pedraza, presente en la irregular actuación oficial.

En lo fundamental el indagado Lozano Osorio, justificó la retención de la joven argumentando que como ésta fuera conducida por la comisión de una estafa y la situación de "cuasiflagrancia" del punible era evidente, el Código Nacional de Policía en armonía con las últimas disposiciones previstas en una Resolución expedida por el Ministerio de Justicia, respecto a las específicas funciones de los Comisarios Nacionales, su conducta no es reprochable, pues, en estos casos, se les facultaba para que, en el término de 24 horas adelantara indagaciones preliminares y por ende, mantener retenido al sindicado.

"No obstante estas explicaciones como las de los demás indagados, adversamente se les resolvió la situación jurídica. Perfeccionada la investigación con abundante prueba testimonial y documental en donde merece destacar la práctica de inspección judicial a los libros de la Comisaría y respuesta del Ministerio de Justicia acerca de la Resolución aludida, el 6 de marzo de 1987, es proferido auto enjuiciatorio por el delito de detención arbitraria.

"Adelantado legalmente el juicio, concluyó el trámite de la primera instancia con sentencia condenatoria para los tres implicados por el deli-

to de privación ilegal de la libertad, decisión que apelada ante el Tribunal recibió íntegra confirmación, descartando el ad-quem las alegaciones presentadas en favor de los sentenciados, entre ellas, las del defensor de Lozano Osorio, quien sostuvo la no responsabilidad sobre la base de que por orden de Comisario diferente se llevó a cabo la conducción y, si bien en el turno de su defendido se impartió la retención, se hizo acorde con el manual de funciones y con la convicción de que la joven estaba incursa en el delito de estafa".

La Demanda:

Se reclama la violación indirecta de la ley sustancial (primera causal, inciso segundo, artículo 580 -sic del C. de P.P.) "por falta de apreciación de determinadas pruebas obrantes en el proceso, incurriendo con ello, en forma manifiesta, en error de hecho".

Destaca el casacionista como pruebas no teridas en cuenta, o sea, omitidas en la valoración, las que obran a fs. 417/418 (Resolución de Minjusticia, sobre atribuciones de los Comisarios) y las de fs. 430/440 (actas del libro radicador de la Comisaría).

De las primeras anota su importancia, porque establecen cuándo procede la retención, hasta por veinticuatro horas, de persona que se estima como autora de un hecho delictuoso. Esta convicción se formó en el procesado, porque quienes acudían ante él predicaban de Martha Patricia Rojas un posible delito de "estafa", ya que se negaba a pagar un juego de chance, invocando diferentes motivos; también porque otro juego, presentado a deshoras, fue cubierto, seguramente porque representaba un menor valor; porque si la conducta de sus acusadores no era correcta, debió presentar la correspondiente denuncia por estafa; y, finalmente, porque disponiendo por ley de treinta días para reclamar los premios, la entidad a nombre de la cual actuaba, había establecido una cláusula especial, a este respecto, de ocho días.

Si esta era la situación, el sentenciado podía disponer una privación de libertad que no sobrepasara las veinticuatro horas, término a cuyo vencimiento tenía que dar cuenta a los jueces competentes (art. 289 C. de P.P.).

La otra documentación (Actas) demuestra que varias personas, sindicadas de hechos delictuosos, permanecieron, sin denuncia previa y escrita, durante este mismo término, y otros fueron liberados al cumplirse este plazo.

De manera que evidencia, para el recurrente, un obrar facultado por los estatutos que regulaban su actividad oficial. Y, a lo sumo, máxime cuando la inicial privación de libertad se dio por otro funcionario (los comisarios laboran 12 horas seguidas y descansan 24 horas), su comportamiento apenas si puede encajarse dentro del fenómeno culposo, lo cual, por el sistema penal imperante, que no admite esta modalidad, determina el hecho como atípico.

Como síntesis y conclusión de su tesis, anota: "...Como ya vimos, la orden de retención que dio el comisario en contra de *María Patricia Rojas*, tiene su respaldo legal en que ella llegó a la Comisaría conducida por la Policía, sindicada de haber cometido el posible delito de Estafa, sindicación que reforzó el Comisario *Lozano*, una vez que escuchó a las partes (apreciación subjetiva), y en tales condiciones según lo reglado en la resolución número 8012 de Diciembre 15 de 1980, tenía amplia facultad para hacerlo, resolución que en lo pertinente dice: "ordenar la captura e incomunicación de las personas contra quien aparezca sindicación de ser responsable de delito", obrantes dichas facultades en pruebas a folio 417 y 418 del cuaderno principal.

"El no haber sido apreciadas éstas pruebas llevó al sentenciador a dictar sentencia condenatoria ya que de haberlas apreciado fácil era concluir que el delito por el que se le llamó a Juicio al Procesado estaba plenamente demostrado que éste no lo había cometido, y a voces del Artículo 163 del C.P.P., se hubiera dictado por el contrario a su favor Sentencia Absolutoria...".

...".

Se citan como normas violadas los artículos 163 y 215 del C. de P.P. .

Consideraciones de la Sala y del Ministerio Público:

Ciertamente la demanda no constituye un modelo de bondad y exactitud. Serias deficiencias se destacan en su composición, debiéndose repetir con la Delegada, que, es tan notorio su descuido, que empieza por citarse, al invocar la causal de casación, un articulado propio al anterior C. de P.P., que nada tiene que ver en el caso. También, que se deja de mencionar las disposiciones substanciales quebrantadas, quedando incompleto el desarrollo de la censura.

La objeción, de otro lado, se plantea como error de hecho, pero su desenvolvimiento se compromete más bien como error de derecho en su aspecto de falso juicio de convicción.

Como si lo anterior fuese poco, unas veces se invoca la ausencia de antijuridicidad, otras la del elemento doloso que se predicó de la conducta y finalmente se controvierte hasta la autoría del hecho.-

No es posible, así se tenga de la casación un concepto *laxo*, libre de escrupulosos formalismos enervantes, tolerar una situación en la cual se predica, como fenómeno fundamental, la corrección del procedimiento pues se estaba autorizado por precepto jurídico válido y obligatorio en su cumplimiento, lo que de por sí establece la justificación del obrar, para luego adverar la atipicidad del hecho, reclamándose la aplicación del artículo 163 del C. de P.P.

De otro lado, como bien lo señala la Delegada, los elementos documentales que se echan de menos, no soportan esta apreciación, pues concretamente se estimaron y controvirtieron directa y específicamente en el fallo de la primera instancia, y de modo más relativo pero asimismo pertinente, por la segunda instancia. Y, ya se sabe, en estos menesteres de la casación, que cuando el fallo de segundo grado no repudia de manera abierta o con sobrentendido valor, la argumentación de aquél, es dable, por la unidad del fallo, considerar insertos en esa ulterior sentencia todo ese volumen conceptual, viéndose obligado el recurrente a una refutación completa de esa motivación.

Los juzgadores insistieron en la ausencia de denuncia, en el total extrañamiento de un afán por establecer los hechos (en el Acta correspondiente, nada se dijo y luego se introdujeron sospechosas adiciones), declarándose como impertinente la noción de flagrancia o cuasiflagrancia, pues lo que se ventila era situación bien diferente, ya por la modalidad de los actos que mostraban más bien como una controversia de índole civil, ya por el papel de la acusada y las circunstancias de tiempo y lugar. También se puntualizó cómo uno de los Comisarios, el señor Rafael D. Reyes, advirtió lo inaceptable del comportamiento oficial y se consignaron, además inquietantes factores sobre un indebido afán del comisario, por complacer, contra toda razón, al abogado de los reclamantes del premio del chance. Otro aspecto de no menor trascendencia hace relación a que la acción inicialmente pretendió envolver al padre de la retenida, variándose luego su efecto para Martha Patricia Rojas, a quien fue necesario sacarla

del colegio en donde estudiaba, y cerrándose toda posibilidad de recibir garantías sobre el pago, ofrecimientos injustamente negados.

Conviene destacar, respecto de las Actas de fs. 430 a 440, que algunas, las pertinentes, fueron valoradas en la forma como ya se dejó expresada, y en cuanto no fueron estimadas, el motivo debió ser el de su franca improcedencia, ya por tratarse de casos diferentes, ya porque de darse similitud, la ilicitud del procedimiento no autorizaba para mantenerlo impune.

Todos estos puntos no merecieron la exigible refutación del casacionista, contentándose éste con repetir argumentos expuestos en las instancias, olvidando voluntaria o involuntariamente su refutación o, en el mejor de los casos, aportando tan solo una muy subjetiva interpretación de las probanzas, valoración que no puede tenerse como de mayor jerarquía y procedencia a la auspiciada por el Tribunal, la cual, conviene repetirlo, viene cobijada por la doble presunción de acierto y legalidad.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo recurrido, mencionado ya 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 Cortés Garnica, Secretario.

FLAGRANCIA \ CONEXIDAD - Unidad Procesal \ COLISION DE COMPETENCIA

La existencia de un procedimiento especial por flagrancia, en nada incide la unidad procesal por conexidad.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 015 (12 feb./92). Rdo. No. 7149

Vistos:

Decide la Corte, la colisión negativa de competencias que se ha suscitado entre los jueces 21 de Instrucción Criminal de Pereira y el Décimo de Instrucción Criminal de Bogotá, ya que los dos se han declarado incompetentes para conocer del proceso que se adelanta contra *Gloria Sofía Muriel Jiménez* sindicada por un delito de falsedad en documento público.

Los Hechos:

La señorita Gloria Sofía Muriel se presentó a la Embajada de los Estados Unidos en la ciudad de Bogotá con el propósito de adquirir una visa que le permitiera viajar al citado país. Con tal objeto allegó una serie de documentos, entre ellos, copia de una escritura pública donde Gloria aparecía adquiriendo el derecho de dominio sobre un bien inmueble en la ciudad de Pereira, una partida de matrimonio de origen eclesiástico donde se daba fe del matrimonio de Gloria con Carlos Arturo Peláez, declaraciones de renta correspondientes a los años de 1988 y 1989, constatándose que ninguno de estos documentos era real y auténtico, pues no habían sido expedidos por los funcionarios competentes.

Capturada Gloria Sofía, manifestó a las autoridades que ella vivía en la ciudad de Pereira y que con el fin de obtener los documentos necesarios para la adquisición de la "Visa", había entrado en contacto en dicha ciudad con Carlos Eduardo Santamaría, quien se había comprometido a entregarle los papeles por la cantidad de $450.000.oo, $100.000.oo que dio como pago a la entrega de los documentos y $350.000.oo que se comprometió a pagar una vez obtenida la visa.-

Santamaría, fue capturado en Pereira donde se inició la investigación.

El Juzgado de Instrucción de Pereira, vinculó al proceso a Carlos Eduardo Santamaría como autor material del delito de falsedad documental y dispuso compulsar copias para que por separado se investigara en la ciudad de Bogotá el uso de los documentos falsos hiciera Gloria Sofía Muriel.

El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal consideró que se trataba de delitos conexos que debían ser juzgados en Pereira donde se formuló la denuncia.

El Juez de Pereira, se niega a asumir el conocimiento del proceso sin negar la conexidad entre los hechos punibles, alegando que Gloria Sofía fue sorprendida en un caso de flagrancia y que por ello se le debe juzgar en Bogotá por el procedimiento abreviado y plantea colisión de competencias.

El funcionario de Bogotá, acepta la colisión y vuelve a declararse incompetente no sólo por la conexidad entre los dos hechos punibles, sino porque puede ocurrir que la acusada tenga alguna responsabilidad en la falsificación material de los documentos, ya como autora o determinadora del hecho delictivo.

Se Considera:

Es indudable, que la estimación del señor Juez de Bogotá encuentra serio apoyo en la realidad procesal y en la ley, siendo en cambio equivocada la apreciación que sobre su incompetencia hace el funcionario de Pereira.

En efecto:

1o.- Por principio procesal penal, los delitos conexos deben ser investigados y fallados en un mismo proceso (art. 14 del C. de P.P.).

2o.- Es indudable, que entre el delito por falsificación material de documento público y su posterior uso, existe un vínculo de conexidad ideológica, pues el primer hecho punible (en el supuesto de que se trate de conductas independientes), se realizó como medio para consumar el segundo.

3o.- Existe además en estos comportamientos la conexidad que la doctrina y la jurisprudencia han llamado "conexidad procesal" que surge cuando se advierte que por la modalidad del hecho la prueba de un delito influye en la prueba del otro, existiendo por tanto, una verdadera conexión en los procedimientos, facilitando la investigación y la unificación de criterios. "Es un nexo particular previsto en la ley que aconseja la reunión de los procedimientos".

4o.- En el estado actual e incipiente de la investigación no es conveniente separar en forma tajante las dos conductas, pues bien puede suceder que la señorita Sofía Muriel, pueda resultar vinculada a la falsificación material, por haber realizado una actividad adecuada al propósito perseguido y buscado con voluntad y acción. Hipotéticamente, podría estar como lo anota el señor Juez de Bogotá en presencia de una coautoría o de un determinador de la conducta ilícita.

5o.- Tratándose de delitos conexos, conoce del proceso el juez de mayor categoría (art. 84 C. de P.P.)

6o.- Siendo los dos funcionarios de igual categoría, el competente según el inciso 2o. del art. 75 del C. de P.P. es el juez del lugar donde primero se formule la denuncia o el primero que haya iniciado la investigación, *factores que se reúnen en cabeza de señor Juez de Instrucción de Pereira.*

7o.- El argumento de la existencia de un procedimiento especial por flagrancia, en nada incide la unidad procesal por conexidad por expresa voluntad de la ley (art. 474 y siguientes del C. de P.P.).

En consideración a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión de competencias, atribuyendo su conocimiento al señor Juez 21 de Instrucción Criminal de Pereira a

quien se le remitirá el expediente. Comuníquese esta decisión al señor Juez Décimo de Instrucción Criminal de Bogotá

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

TRANSITO DE LEGISLACION \ CIERRE DE INVESTIGACION \ SUMARIO - Calificación

El problema del tránsito de legislación se bifurcó en presencia del cierre de investigación con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 03 (11 Dic./91). Casación No. 5601

Vistos:

El Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Bogotá condenó a *Uwe jans Ramcke* a purgar la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión como autor penalmente responsable de un delito de abuso de confianza, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, mediante fallo de agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Contra este proveído recurrió en casación el defensor del procesado, presentado en tiempo la respectiva demanda. De igual manera, conceptuó el Señor Procurador Segundo (2o.) Delegado en lo Penal, quien solicita casar la sentencia por fundarse en un juicio viciado de nulidad.

Hechos:

Así fueron resumidos en las instancias:

"Por escritura pública No. 3219 corrida en la Notaría 3a. de esta ciudad el día 31 de agosto de 1977, los señores Carlos Alberto Isaza Castro y Amparo Zúñiga de Isaza, constituyeron con los aportes que figuran dentro del mismo instrumento público, la Sociedad de Ingenierías y Maquinaria LTDA. "SIMAQ" con domicilio en Bogotá. Se designó en el mismo acto de constitución al señor *Uwe jans Ramcke* como Gerente General de esa firma con amplias facultades sobre administración. Para el mes de julio de 1980 "SIMAQ LTDA.", era representante en nuestro país de la sociedad estatal de Checoeslovaquia "STROJEXPORT". A su vez esta última Compañía fue expositora en la Feria Internacional de Bogotá, celebrada en la fecha últimamente citada. En ese evento, RAMCKE en su conocida calidad de Gerente de "SIMAQ LTDA.", firma comisionista, vendió a la sociedad "INGTRICON LTDA.", de Cúcuta una "PALA DH-103 y un CARGADOR UNC 200" de propiedad de "ESTROJEXPORT". Más, el dinero por concepto de comisión, no ingresó a "SIMAQ LTDA.", sino por el contrario, fue depositado en cuentas personales de su gerente y aún en la de terceros, razón por la cual el dueño de la firma comisionista al observar así disminuido su patrimonio económico formuló denuncia por el delito de Abuso de Confianza contra el hoy enjuiciado, la que dio origen a esta prolongada y controvertida investigación".

Actuación Procesal:

La Delegada la sintetizó en estos términos:

"2.1. El día 3 de agosto de 1982 el Juzgado de Instrucción Criminal dictó auto cabeza de proceso con base en la denuncia formulada por Carlos Alberto Isaza Castro en contra de *Uwe Jans Ramcke*, el día 17 de julio de dicho año.

Así mismo, el 24 de agosto de 1982, le recepcionó la indagatoria, diligencia en la cual manifestó el sindicado, que él había efectuado una venta comercial en la ciudad de Cúcuta, a título personal, negocio que se había iniciado en la Feria Internacional de Bogotá, feria en la cual la sociedad "Simaq LTDA." no tuvo stand. Para el efecto de precisar sus asertos, aportó al proceso fotocopias de la licencia de importación y del contrato de compraventa. Agregó que por un error algunos recibos aparecieron a nombre de "Simaq LTDA.", los cuales no fueron repetidos, por acuerdo con el delegado comercial de la Embajada de Checoslovaquia, y él mismo. Insistió en el carácter personal de la negociación, ajena a la sociedad referida.

En seguida el indagado hizo un recuento del origen de la sociedad, afirmando básicamente que la misma se constituyó para garantizar una deuda que él tenía con Isaza Castro, afirmando que el documento era, por consiguiente, ficticio, y en últimas el verdadero dueño de la sociedad en cuestión.

2.2. El juzgado instructor el día 26 de octubre de 1982, se abstuvo de decretar la detención preventiva en contra del indagado; el Juzgado de conocimiento, 26 penal del Circuito, mediante auto del 19 de noviembre de 1983, calificó el mérito del sumario, sobreseyendo en forma temporal al procesado, y el día 13 de diciembre de 1984, el mismo juzgado profirió un segundo sobreseimiento temporal a favor de aquél, y como consecuencia se ordenó su archivo; esta decisión fue confirmada por el Tribunal, al evacuar el grado jurisdiccional de consulta.

2.3. En enero 31 de 1987, el Juzgado 26 Penal del Circuito ordenó proseguir la instrucción del proceso, con base en expresa petición elevada por la parte civil, y el día 12 de agosto de 1987, al calificar nuevamente el mérito sumarial, se abstuvo de declarar prescrita la acción penal, y llamó " a responder en juicio criminal" al procesado *Uwe Jans Runcke* por el delito de *abuso de confianza*, entre otras decisiones.

2.4. Mediante auto de 14 de septiembre de 1987, el mismo Juzgado, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la defensa, insistió en negar la prescripción de la acción penal, y a su vez, se abstuvo de aplicar, por principio de favorabilidad, el art. 473 del C.P.P. vigente.

A través de interlocutorio de 25 de octubre de 1988 el juzgado se abstuvo de dar aplicación al art. 163 del C.P.P., y de decretar una nulidad planteada por la defensa, decisión esta confirmada por el Tribunal Superior. Dicha Corporación, del mismo modo, confirmó la negativa del Juzgado a aceptar la recusación propuesta por el abogado defensor.

2.5. El titular del Juzgado 26 Penal del Circuito, por auto de abril 20 de 1989, se declaró impedido para seguir conociendo del proceso, impedimento que no aceptó el Juzgado 27 Penal del Circuito; el Tribunal Superior, al resolver de plano dicho impedimento, revocó la decisión del Juzgado 27, y en su lugar declaró fundado el impedimento manifestado por el titular del Juzgado 26, y como consecuencia se adjudicó a aquél el conocimiento del proceso.

2.6 El día 26 de marzo de 1990 el Juzgado 27 Penal del Circuito celebró audiencia pública, y mediante proveído de mayo 24 del mismo año condenó al procesado a la pena principal de 16 meses, entre otras decisiones, sentencia que fue confirmada por el Tribunal en la providencia referida al principio".

La Demanda:

Bajo el ámbito del art. 580 de la anterior sistemática procedimental, el censor formula nueve cargos por violación indirecta de la ley substancial, específicamente por error de derecho: No obstante, antes de presentarlos, advierte que en las instancias se "...desconoció, recortó e ignoró el debido proceso para producir un falso reconocimiento y un equivocado juicio mental...", ilustrando sus argumentos con ejemplos tomados de la vida cotidiana.

Primer cargo: Considera que hubo "...violación indirecta, falta de aplicación de las normas substanciales...por su aplicación indebida, a consecuencia de apreciación errónea por error de derecho...y por error de hecho...". A seguida, advierte en primer término que hubo una "Aplicación indebida del art. 358 del C.P. (1936), art. 264 del C.P.P. (1971) pues se negó a la indagatoria del procesado Rameke el valor probatorio que le corresponde...", lo que a su vez provocó el tener como plenamente comprobados los requisitos estipulados en el art. 215 ibídem, quebrantándose a su vez el art. 40-4 del C.P. vigente. A continuación, observa que la indagatoria es examinada parcialmente, haciéndole perder unidad lógica, que ha de ser acogida como confesión y, finalmente, que de ella se desprende que obró con la convicción errada e invencible "...de que no concurría en su acción u omisión algunas sino todas las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a la descripción del delito de abuso de confianza". Concluye anotando que el medio probatorio fue mal evaluado, derivando una responsabilidad penal inexistente "...por el error de derecho anotado".

Segundo cargo: Considera que hubo una aplicación indebida del art. 215 del C.P.P. vigente "...a consecuencia del error de derecho en la apreciación errónea del certificado de la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A. ...mediante el cual se demuestra que Simaq LTDA. no hizo pago alguno a Corferias por arrendamiento, servicios o por cualquier otro concepto...", no demostrándose plenamente que el negocio se realizó en la F.E.I., aparte de que no existe recaudo de comisión alguna a favor de Simaq LTDA.

Tercer cargo: Esta vez la violación indirecta se alega por falta de aplicación de los artículos 1602 del C. C., y 907 y 905 del C. de Co., "...a consecuencia del error de Derecho al darle una interpretación errónea el Tribunal a los contratos suscritos por Gustavo Lozano Cárdenas y Uwe Jans Ramcke...pues atropella la norma prescrita en el art. 262 del C.P.P. (D409/71) ya que fueron reconocidos y conforme al derecho la retractación que posteriormente haga el signatario de un documento de las declaraciones allí contenidas carece de todo valor jurídico".

Cuarto cargo: Se fundamenta en la apreciación incorrecta del contrato de transacción del 4 de agosto de 1980, suscrito entre el procesado y Carlos Isaza, admitido en el proceso por este último, mediante el cual se obliga a restituir a Ramcke la totalidad de la compañía, lo que significa la simulación de la sociedad. Además, pone de presente la entrega que hace Ramcke a Isaza de dos pagarés, documentos con los cuales quedaba saldada cualquier tipo de obligación entre ambos, conforme a lo establecido en el art. 882 del C. de Co. y no como lo afirma el Tribunal, quien considera que para que la restitución operara era indispensable que el inculpado cancelara la totalidad de la deuda.

Quinto cargo: Según el censor, el Tribunal dejó de apreciar las pruebas estampadas en la escritura pública No. 254 de 31 de enero de 1980, otorgada en la Notaría 1a. de Bogotá y el certificado de la Cámara de Comercio de Cúcuta, donde constan las limitaciones económicas de los gerentes Ramcke y Lozano en las compañías Simaq LTDA., lo que descarta la celebración, a nombre de ellas, de las compraventas de la pala y la draga-cargador, deduciéndose que los negocios cuestionados, fueron celebrados por Ramcke como particular.

Además, continúa el casacionista, las limitaciones que en su actuar como gerente tenía Ramcke, impedían que los contratos que suscribiera a nombre de "Simaq LTDA.", nacieran a la vida jurídica. De otra parte, critica la apreciación del Tribunal sobre los contratos entre "Simaq LTDA." e "Ingtricon LTDA.", a los que tilda de meros recibos. No tiene esta calidad, advera el recurrente, porque en ellos aparecen las firmas de comprador y vendedor, así como cláusulas penales y fletes, lo que no es propio de un recibo; además, en un contrato de compraventa sí se puede incluir el recibo de las garantías y se puede también pactar que los servicios se hagan a favor de un tercero sin que por ello éste se convierta en el titular de la relación comercial. Al respecto, rechaza la deducción del Tribunal de "...que los contratos son meros recibos por la interrogación de

que el técnico era puesto a órdenes de Ingtricon, desconociendo el resto de los acuerdos de los particulares firmados en Cúcuta y en diferentes fechas...".

Cargo sexto: Lo sustenta en una falta de aplicación proveniente de error de derecho "...al considerar que el monto de la cuantía del proceso se determina por el testimonio del Sr. Isaza, contraviniendo el art. 236 del C.P.P. (D409) pues expresamente esa libertad señalada en el art. 336 se refiere a corpus delicti y no a la competencia del juzgador". A continuación advierte que existía un automóvil embargado, "...por tanto era de aplicación el dictamen pericial porque el art. 505 C.P.P. (d) determina en firme el dictamen pericial a que se refiere el art. 504, se señalará día y hora para la audiencia pública...". Es decir, "...la audiencia no se celebró en el día y hora señalados en la ley que imponía la firmeza del dictamen pericial para poder legal y lícitamente celebrarse la audiencia".

Séptimo cargo: Ahora es la falta de aplicación del Decreto 960 de 1970 y 36 del actual C.P.P., el motivo de su inconformidad, "...pues el fallo acusado por error de Derecho aprecia erróneamente que la Escritura 32-19 de agosto 31 de 1977 (simulada) no puede ser estudiada por el juez penal, violándose la norma medio consagrada en el art. 8 del C.P.P. (D) que remite al juez civil a los ordenamientos civiles o comerciales para el estudio y decisión en materia del Derecho penal".

Al efecto transcribe la parte pertinente del fallo en el que se niega a estudiar la presunta simulación porque "...es un documento público y mientras no se aporte al expediente una decisión de la jurisdicción civil que declare la ineficacia de ese documento, se le tiene que dar el valor que establece el art. 261 del C.P.P.". Critica esta decisión pues, según su parecer, se demostró que la constitución de la sociedad se hizo como garantía para respaldar la deuda de Rameke con Isaza, lo que halla plena comprobación con el testimonio juramentado del denunciante en la diligencia de careo, con los instrumentos reconocidos por éste, con las declaraciones de *Pedro Castro* y *Hernando Esguerra* y, finalmente, con las pruebas allegadas al proceso por el sindicato y reconocidas por *Isaza*.

Concluye advirtiendo que "Se investiga no como se presentan en apariencia los hechos, sino como en realidad si *Isaza* fuera en realidad el socio real...", al tiempo que señala la existencia en el proceso del fallo de la jurisdicción civil que declara la susomentada simulación, lo que suyo descarta el elemento ajenidad que exige el art. 358 del C.P. y predica la atipicidad consiguiente.

Octavo cargo: Lo hace consistir en la violación indirecta del art. 115 del C.P.P., por falta de aplicación, a causa del error de derecho proveniente de la no apreciación de la cesación de procedimiento dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en favor del procesado, por denuncia del mismo Isaza por presuntos delitos de falsedad y abuso de confianza "...en la disputada gerencia de Simaq LTDA., de apropiación de bienes muebles, enseres y vehículos de Simaq LTDA., y que a la postre la providencia señalada determinó la simulación de Simaq LTDA., la aceptación de los mismos argumentos aquí expuestos y las mismas pruebas...".

Noveno cargo: También lo sustenta sobre el error de derecho por "...el atropello de las pruebas aducidas respecto de la existencia de otro proceso similar pero diferente únicamente en el tiempo, pero en la conexidad de la disputada gerencia de Simaq LTDA...", lo que da lugar a fallos contradictorios sobre el mismo hecho, por lo que indica que "...debe imperarse (sic) una normatividad y jurisprudencia que evite la duplicidad de funciones...".

Concepto del Señor Procurador Segundo (2o.) Delegado en lo Penal:

Considera que se está en presencia de un juicio viciado de nulidad por cuanto "...la aplicación del principio de *favorabilidad* no permitía en este caso concreto el proferimiento de un *tercer calificatorio*, habiéndose debido aplicar a plenitud el Dto. 0050 de 1987 que excluye tal posibilidad...".

Aunque recuerda el pronunciamiento de esta *Sala* sobre la inaplicabilidad del principio de favorabilidad para los casos en que cerrada la investigación por tercera vez se encuentra mérito para llamar a juicio, muestra su conformidad con el salvamento que, en aquel momento, presentara el miembro de esta Corporación *Dr. Edgar Saavedra Rojas.*

Al respecto advierte que enfrentados el art. 495 de la sistemática procedimental derogada y el 473 de la actual "...es conclusión incuestionable que la norma favorable en ésta última, pues al limitar a dos las posibilidades de calificar el mérito del sumario es obvio el beneficio respecto a la tercera eventualidad que consagraba el Estatuto de 1971 y por tanto, impera su aplicación por mandato constitucional y legal...".

En un interesante estudio, el colaborador fiscal desenvuelve sus argumentos con base en el poder soberano del Estado que impone un or-

den jurídico determinado, el que en su desarrollo normativo establece una vinculación histórica de sentido axiológico, cuya imperatividad se deriva de la validez y vigencia de dicho orden. Por consiguiente, la aplicación de la normatividad se encuentra subordinada al interés del Legislador, de donde la eficacia material de la norma sólo es verificable en relación con la potestad misma y no con la realidad que condiciona, que sólo concreta la aspiración del orden formulado.

Si ello es así, prosigue la Delegada, esta expresión de la voluntad del poder, no puede ser objeto de reducción hermenéutica pues su frontera de legitimación es autónoma y por lo tanto deviene imperativa su aplicación. Por tanto, el juzgador no puede replantear su contenido pues ello implicaría cuestionar aquella voluntad ínsita en el imperio mismo de la norma. Ello indica que al aplicar una norma nueva, no sólo se puede reformular, sino tampoco condicionar su aplicación a verificación de supuestos ya elaborados en la norma, apenas consecuencia de una nueva aprehensión jurídica del orden social regulado.

A renglón seguido, abarca el tema de la favorabilidad para advertir que si al momento de aplicar la norma se suscita un conflicto en el ámbito temporal, prima este cardinal principio. Aborda entonces el fundamento que lo asiste, que trasciende las razones humanitarias, alcanzando una razón esencial de justicia. A continuación, recalca sobre uno de los límites materiales del derecho penal subjetivo, cual es el de "necesidad de la pena", advirtiendo que "Si la nueva ley modifica su perspectiva histórica sobre una relación jurídica, es obvio que se pierden a su vez los límites de 'necesidad' que legitimaban su anterior concepción...".

Se pregunta, entonces, "...¿cómo podría operar, en el ámbito de la justicia material (dialéctica de la 'finalidad' y 'seguridad') y en el principio de la 'necesidad de la pena', la aplicación de una ley, cuyo objeto axiológico (con todas sus consecuencias) ha sido abandonado y replanteado por la nueva ley ?".

Más adelante habla de la "determinación concreta" que tiene el *favor rei*, esto es, que la ley más benigna es la más favorable al caso concreto, lo que supone que la aplicación de éste principio no puede estar sujeto sino a este simple marco de valoración, por lo que el respectivo juicio comparativo ha de hacerse *ex ante* y no *ex post*, "...es decir que el principio se aplica al momento mismo en que surge la nueva regulación..." y no posteriormente, condicionando su aplicación a variables ajenas al contenido

de la norma como a la garantía y el fundamento autónomo de la norma que entra a suplir la antigua concepción jurídica.

Finalmente, concreta su evaluación al caso de la especie indicando que en el nuevo ordenamiento procesal "...el legislador quiso limitar la indefinición de la vinculación legal del procesado al proceso: así, dentro del contexto autónomo y valorativo de aquél querer, previó que sólo podían existir *dos calificatorios*...", por lo que, "...independientemente de los factores probatorios contenidos en la antigua legislación, se debe aplicar la nueva ley, por ser *más* benigna, y por consiguiente *más* favorable...con independencia de la *contingencia* procesal misma del resultado hipotético de dicha tercera calificación, lo cual sería un juicio comparativo *ex post*, y reduciría el principio al azar simple de un esquema procesal ya desplazado por la ley".

Entonces, concluye la Delegada, se imponía la aplicación del principio de favorabilidad, por lo que solicita de la *Sala* decretar la respectiva nulidad supra-legal y, en su lugar, proferir la cesación de procedimiento en favor del sentenciado.

Alegato de la Parte Civil:

Hace un recuento de la demanda presentada, criticando sus falencias técnicas, bien por la confusión en su planteamiento, ora porque aborda las causales en forma antitécnica, dándole connotación substancial a una norma procesal, confundiendo los errores de hecho y de derecho, o no señalando las normas violadas. Tales tropiezos la llevan a solicitar el rechazo "*in-limine*" de la demanda.

La Corte:

La *Sala* se referirá en primer término a las inquietudes expresadas por la Delegada en torno a su pedimento de que se case oficiosamente la sentencia impugnada, por encontrarse fundada en un juicio viciado de nulidad, solicitud que de prosperar haría innecesaria la respuesta a los cargos propuestos por el recurrente en su demanda de casación.

1. *La ley y su esencia*

La Ley no se explica ni encuentra justificación en sí misma. Tampoco se circunscribe únicamente al querer de su hacedor que si bien tuvo en

cuenta unas razones determinadas para su promulgación, la ley misma, al ponerse en contacto con la realidad, supera esta primaria intención al recibir el influjo de la cuestión que pretende encauzar o resolver.

Hasta dónde alcanzará su capacidad de transformar el entorno social, es un interrogante cuya respuesta dependerá de la esencia de la propia ley. Si su contenido no encuentra correspondencia en el mundo real, porque impone obligaciones de imposible cumplimiento o regula situaciones independientes del querer del legislador o aspira transformar idealmente la sociedad sin ningún sustento en la realidad, se está en presencia de una ley *huera*.

En cambio, si estrecha su influencia a la resolución de una situación conyuntural, esto es, que apenas responde a un hecho excepcional que afecta a la comunidad por un lapso determinable, es claro que presto la ley se agotará en sus intenciones al desaparecer el suceso que la hizo posible. Estas son las que podrían llamarse leyes *restringidas*.

Pero, si su contenido no sólo busca influir en el presente inmediato sino sentar las bases para enfrentar y encauzar la mediatez del futuro, puede afirmarse que representa con propiedad el devenir de la sociedad, trascendiendo el ámbito histórico en que fue promulgada. Entonces, rompe las aladuras que la mantienen sujeta a la pequeñez del momento de su creación, transformandose en un verdadero principio jurídico del orden social, que ve así prolongada, con su vigencia normativa, su efectividad social. El calificativo de *trascendentes* se adecua a su estructura.

2. *La ley y sus efectos*

A la par con el vigor que le imprime la legitimidad del poder político que la hizo posible, se encuentra el que le brinda su *legitimidad social*, entendida como su aceptación por parte de la comunidad al constituirse en una respuesta al conflicto que la aflige. Resulta obvio que esta réplica, además, ha de poseer la suficiente idoneidad para conseguir el fin propuesto. De lo contrario, pese a su vigencia formal, se constituirá en una norma vacía que sólo posee la virtud de agotarse en sí misma.

Ahora bien, en la medida que la ley comience a lograr su objetivo primario y modifique con ello una parte del todo social, nuevas situaciones surgirán a su paso, bien porque se encontraban ocultas, bien porque no fueron previstas al momento de su creación, o bien porque surgieron

como respuesta a la intervención estatal, pero en todo caso derivadas del problema central que acomete. Entonces, aunque conserva su identidad original, está expuesta a las influencias del medio que la circunda.

Así las cosas, la disposición no se agota (háblase de las restringidas y trascendentes) al ingresar al mundo exterior como vehículo de cambio. A su vez, la realidad misma, afectada por la presencia del precepto y por la propia dinámica que genera, plantea en su transformación permanente nuevas situaciones que el mandamiento mismo ha de poder cobijar dependiendo de su grado de abstracción. Su contenido, sin desdibujar su esencia, se ve así enriquecido en su natural desarrollo. Esta doble relación (ley-realidad-ley) es la que debe mirar el intérprete cuando emprende su estudio.

3. La ley y su interpretación

La *literalidad*, por consiguiente, no tiene razón de ser para desentrañar su esencia, salvo como punto de partida. Lo propio ha de hacerse con la intención del legislador, pues ella no rebasa el limitado contexto histórico en que fue promulgada que puede mostrarse incapaz de responder en su integridad a la realidad posterior. En este evento, nos enfrentamos a dos posibilidades: o la norma se agotó en sí misma debido a una deficiente técnica legislativa (muy común en nuestro medio) que buscó remediar apenas el problema del momento o imponer soluciones ideales ausentes de la realidad, o, por el contrario, representa un principio de convivencia cultural y universal que se reacondiciona y renueva con la evolución misma de la sociedad en que se manifiesta.

Si lo primero, con el fenecimiento real (no jurídico) termina la labor del intérprete. Es explicable. No puede examinarse la norma como ser social si es ajena a la propia realidad. Piénsese en tipos penales como la especulación o el contrabando, este último convertido en infracción administrativa. La sociedad misma los convierte en inanes al ser el resultado de una práctica generalizada o los legitima porque -aunque sea en apariencia- redundan en su beneficio. Ello provoca que la norma se mude en neutra frente al acontecer social.

Si lo segundo, con la inserción de la ley en el devenir de la sociedad que pretende regular, la obligación del intérprete se dirige a revelar en toda su dimensión, la riqueza actual del precepto. Para lograr su cometido ha de entender que el protagonismo de la regla jurídica en el queha-

cer social le hace partícipe de la transformación de su entorno comunitario, desarrollando sus facetas en la medida de su preponderancia.

La razón es clara.

Aunque la norma, al ser aplicada por primera vez, penetra en el ser social con su contenido original intacto, en la medida que sus objetivos primarios se vayan cumpliendo, el conjunto sobre el que tiene ascendiente se modifica con su presencia. Ello le impone al canon nuevos alcances tanto conceptuales como prácticos, que ha de poder resolver si quiere interpretar a cabalidad las nuevas perspectivas sociales. Así, de manera lenta pero constante, la norma enriquece su contenido, influyendo y recibiendo los efectos de la realidad que busca controlar, hasta causarse el natural agotamiento del precepto, momento en el cual ha de ser reemplazado por uno nuevo que cobije las actuales situaciones, que aquel no pudo contemplar.

Por consiguiente, el intérprete ha de trascender tanto la limitante gramatical como la primaria intención del legislador, armonizándolas no sólo con el orden normativo del que hace parte, sino también con la realidad social en la que se ve inmersa, simbiosis que le permitirá encontrar el alcance presente de la respectiva ley.

4. El orden jurídico

Ahora bien, es cierto, como lo predica la Delegada, que la validez y vigencia del orden jurídico le comunica *imperatividad* a su mandatos por ser una expresión de la *potestas estatal*, encargada de velar por la armonía de la sociedad. Sin embargo, no le asiste la razón cuando advierte que la normatividad que se desprende de la dicha *postestas*, "...trasciende y subordina su propia aplicación, en razón al interés definido por el legislador dentro del ámbito valorativo que le otorga su autonomía...".

Precísase.

El legislador, como el administrador y el juzgador, tiene su ámbito de influencia y, en virtud de la separación de los poderes públicos, cumple exclusivamente las funciones que le competen, salvo algunas excepciones. Sin embargo, ello no quiere decir que las leyes promulgadas por él, en un momento histórico determinado, queden fatalmente sujetas a la estrechez de las circunstancias que las hicieron posibles. Tal perspectiva

coloca la norma en un mundo estático, incapaz de evolucionar, puesto que sólo existe una manera de obrar correctamente, razón por la cual los preceptos no hacen otra cosa que regresarlo a la senda abandonada transitoriamente. Así, el pensamiento del legislador mantiene incólume su vigencia *in-integrum*, hasta la desaparición de su norma.

Sin embargo, esta cosmovisión invariable que presenta el colaborador fiscal, no corresponde a la realidad, de por sí perenne, mutable e imperfecta y, por tanto, sujeta a continuas transformaciones. Por tanto, el que la "...*eficacia material* de la norma sólo es verificable en relación con dicha genérica 'potestad' (*ius-poenale*), y no frente a la realidad misma que condiciona, pues ésta en sí, sólo concreta la *aspiración* del orden formulado (ius-puniendi)...", presenta no sólo una dicotomía extraña al fenómeno sino una trastocación conceptual que es menester aclarar.

Obsérvese.

Si se entiende por *ius poenale* la normatividad punitiva promulgada por el legislador y por *ius-puniendi* el poder del Estado derivado de su soberanía para declarar conductas como ilícitos y fijarles la determinada sanción, se establece con claridad que "El *ius-poenale* constituye, pues, una consecuencia del *ius puniendi*". (Maurach). Si ello es así, el universo normativo sólo puede explicarse examinando su totalidad y no sus partes por separado.

Ahora bien, el *ius-puniendi* no es un ente abstracto; por el contrario, se constituye en el instrumento eficaz por medio del cual el Estado impone soluciones extremas a una disfunción de la sociedad, cuando no existe otra manera de hacerlo.

En otras palabras:

El orden social; esto es, el conjunto de preceptos que la especie humana en general y una sociedad determinada, en particular, ha desarrollado en su devenir histórico para estructurarse como tal, es afectado de muy diversas maneras. Para resguardar su integridad, la sociedad misma posee los controles necesarios que van desde los preceptos del orden moral, pasando por los que responden a los intereses de los grupos que la componen, hasta los jurídicos, cuya obligatoriedad coactiva hace posible el cumplimiento de los demás.

Entonces, cuando la violación a estos códigos de conducta amenaza su estabilidad, la sociedad reacciona por medio de sus instituciones, reprimiendo los actos perturbadores a través de la ética o la ley, con miras a restablecer la armonía quebrantada.

Por consiguiente, obvio resulta concluir que ha de consultarse la realidad misma, para establecer el alcance del precepto que se examina, so pena de producir una interpretación idealizada que no contribuye a superar el conflicto social, reduciendo su papel a simples elucubraciones cuya ajenidad corre en proporción a su visión embrionaria.

Compaginar la abstracción de la norma con la realidad que la circunscribe no es una "reducción *hermenéutica*", ni tampoco significa "replantear espacios punitivos o consecuencias procesales, abandonadas por el legislador", ni mucho menos, como consecuencia de ello, "cuestionar aquella voluntad ínsita en el imperio mismo de la norma, deshaciendo de paso el contenido material deslindado en ella como específico interés público", como lo afirma con vehemencia la Delegada.

No, ni mucho menos.

Con acierto, Maurach, advierte que "quien interpreta la ley desde los motivos o debates como tales, incurre en la ilusión de aplicarla. Los motivos pasan y las leyes permanecen. Los antecedentes parlamentarios de las leyes modernas reproducen tan sólo, en el mejor de los casos, la opinión de los partidos colaboradores o el criterio de los ponentes. Con frecuencia muestra la práctica que la ley debe ser aplicada en un sentido y dirección distintos a los queridos por sus autores. Se producen nuevas situaciones, nuevos conocimientos, nuevas formas de delito con las que el legislador no podía contar. La interpretación histórica fosiliza la ley en el momento de su entrada en vigor; es incapaz de mantener, con el paso de los decenios, su elasticidad y consiguiente eficacia".

En consecuencia, una interpretación acertada de la ley es la que adapta su esencia -hasta su agotamiento definitivo- a la evolución de los tiempos. Piénsese en el añoso concepto de bien mueble en la era de la informática o el de paternidad frente a la inseminación artificial.

5. El planteamiento de la Delegada

La Delegada, luego de plantear la imposibilidad de separarse del criterio del legislador para interpretar los preceptos legales, culmina su argu-

mentación en el terreno de las modificaciones legales, apoyándose en una cita de Maurach que las califica como un "signo de cambio valorativo, sentido axiológico este que no incumbe al juzgador estimar, pues él hace parte de esa voluntad 'histórica' ...".

Tal premisa la lleva a formular la advertencia de que la aplicación de una norma implica las consecuencias materiales que contiene, las "...que no pueden reformularse *so-pretexto* de integrar una situación desechada por la voluntad de la misma norma...", así como tampoco, "...*condicionar* su aplicación a la verificación de supuestos *ya* valorados en la norma, pues ellos no son más que la simple consecuencia de una nueva aprehensión jurídica del orden social regulado". Y si llegare el caso de suscitarse un conflicto temporal, el principio de favorabilidad es el indicado para desatarlo. "En conclusión, si se *condiciona* la aplicación de la ley *más favorable* en la forma como lo entiende la Sala mayoritaria de la H. Corte, se desvirtúa en la órbita de imperatividad y autonomía que preceden el formulismo legal, y el fundamento político-jurídico *replanteado* ('cambio valorativo') en la nueva ley".

¿Cuál el condicionamiento expuesto por esta Colegiatura para la aplicación del *favor rei*?

Según el Colaborador Fiscal, la *Corte* tuvo en cuenta "factores probatorios contenidos en la antigua legislación", la cual constituye un juicio *ex post*, "...y reduciría en principio al azar simple de un esquema procesal ya desplazado por la ley".

Sobre el particular caben las siguientes precisiones:

a. La interpretación jurisprudencial, como quedó explicado, no persigue cuestionar la esencia de la norma, ni mucho menos hacerle modificaciones, funciones extrañas a su tarea jurisdiccional. Por tanto, su sentido axiológico permanece incólume, mas no las consecuencias que se desprenden de su aplicación, las cuales enriquecen el contenido del precepto, sin mutarlo.

b. El *favor rei*, como principio universal del derecho penal, no puede estar sujeto a ningún tipo de condicionamiento. Su realización no depende sino de sí mismo. Por ello, cuando el factor temporal hace posible su presencia, ha de aplicársele sin tasa ni medida.

6. El pensamiento de la Corte.

En el fallo que es materia de controversia por la Procuraduría Delegada, la *Corte* siguió con fidelidad las preceptivas estudiadas en los acápites anteriores, cumpliendo con largueza la interpretación de las normas respectivas y aplicando con rigor el *favor rei*.

Obsérvese.

Luego de hacer un comentario sobre el tránsito de legislación y la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales, se habló sobre la dificultad que podría presentarse "...cuando por razón del cambio de legislación se afecten derechos substanciales del procesado en cuanto a su libertad o defensa, pues en tal situación se hace necesario efectuar el examen correspondiente para decidir en atención al principio constitucional de la favorabilidad penal".

A continuación se recordó la exequibilidad del artículo 677 del Código de Procedimiento Penal vigente, acusado de inconstitucional al disponer la aplicación de anteriores normas procesales, lo cual "...pugnaba con el reconocimiento de situaciones que beneficiarían al procesado...", advirtiéndose en aquel momento que, de todas maneras cada caso en particular brindaría las pautas para resguardar el principio de favorabilidad. La cita de la *Sala Plena*, apoyó su comentario.

Luego, se entró en materia, analizándose el art. 495 del C. de P.P. derogado, sobre el archivo del proceso en virtud de un segundo sobreseimiento temporal, poniéndose de presente las diversas situaciones que podrían presentarse, atendiendo el citado principio de favorabilidad. "Así, en los procesos en que se hubiera sobreseído temporalmente con anterioridad y deba procederse a su calificación, si no hubiere base para acusación, deberá cesarse procedimiento, en reconocimiento del principio de favorabilidad y dándole aplicación preferente al nuevo estatuto procesal sobre el anterior, ya que se desmejoraría o afectaría claramente la situación del procesado si se dispusiera continuar el trámite, que resulta improcedente frente a las nuevas normas, como se ha reconocido en varias providencias de esta Sala (agosto 4, diciembre 7 de 1987 y abril 20 de 1988).

Por las mismas razones cabe idéntica solución en los procesos en curso, archivados con posterioridad, al segundo sobreseimiento temporal proferido conforme al anterior código en que no se hubiere cerrado la

investigación, al tiempo de entrar en vigencia el nuevo Código, ya que no podría proseguirse el trámite".

El problema de tránsito de legislación se bifurcó en presencia del cierre de investigación con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal. En la providencia se advirtió que en tal supuesto "...se presentan dos situaciones según exista o no mérito para enjuiciamiento o acusación conforme a los nuevos preceptos", dejándose en claro que en el segundo caso "...se calificará con cesación de procedimiento...", acoplándose la decisión no solo con la verdad procesal sino también con el nuevo reglamento.

La dificultad se presentó al estudiar la posibilidad de que exista base para formular pliego de cargos. Para encontrarle una adecuada solución se afirmó que "...este nuevo cierre de investigación supone que el funcionario hizo con anterioridad un examen del proceso para concluir si existía o no base para una decisión final de sobreseimiento definitivo o de enjuiciamiento, ya que de otra manera conforme a la norma respectiva (artículo 495 Código de Procedimiento Penal derogado) no podría adoptarse tal disposición. Y una vez proferida, debe procederse a la decisión conforme a lo que resulte del proceso".

Estas palabras no estaban ideando situaciones probables, dependientes de los múltiples rumbos que pudiera tener la investigación. Simplemente, estaban siguiendo con fidelidad el texto en comento, cuyo inciso segundo planteaba la única disyuntiva posible: "Si de las pruebas que se practiquen en la nueva fase de la instrucción resultare mérito para dictar auto de proceder o para sobreseer definitivamente, se cerrará la investigación y se hará la calificación de fondo del sumario".

No fueron pues, "factores probatorios contenidos en la antigua legislación", los tenidos en cuenta por la *Corte* en su decisión, como lo afirma la Delegada, sino apenas las alternativas planteadas por la propia ley (sobreseimiento definitivo o acusación). El examen del resultado investigativo marcaba al juez del conocimiento por lo que resultaba obvio que si la nueva instrucción conservaba la debilidad que permitió el sobreseimiento temporal, uno de carácter definitivo se imponía, pero si los resultados comprometían gravemente a la gente, la acusación era la otra opción.

Si ello es así, no puede pretenderse que, con una situación probatoria consolidada, el principio de favorabilidad se invoque para deshacerla y de paso prohijar la impunidad. Sobre este aspecto, la SALA expresó con claridad la existencia tácita de una nueva causal de cesación de procedimiento, como se desprende de la lectura del inciso segundo, del artículo 677

en cita, cuando en la nueva etapa instructiva no se recauden pruebas suficientes para la acusación, enfatizando que "...de esto no puede deducirse que se pretendiera por el legislador imponer la cesación en los casos referidos cuando exista base para la acusación, lo cual llevaría a la impunidad".

Además, se indicó con vigor que el trámite "...debe examinarse en su actual estado por ser plenamente válido como se dijo y por lo tanto no es posible entrar a examinar, en vista de que las nuevas normas y en atención a posible favorabilidad, la validez de las actuaciones anteriores en cuanto resultarían opuestas a los preceptos anteriormente vigentes, como sería el caso del segundo sobreseimiento temporal, oportunamente dictado".

A renglón seguido, la *Corte* fijó el entorno del principio de favorabilidad en este evento, sólo "...para el trámite siguiente...". Con ello respondió a la preceptiva tradicional de aplicarlo únicamente para las situaciones que aún no se han consolidado; y como quiera que el cierre de investigación en estos menesteres sólo procede cuando las pruebas practicadas han cambiado el horizonte procesal, resultaría insólito negar a esta situación palmaria, veraz y iniquitada, trocando una investigación conclusa en otra que aún busca con afán la certeza que permitirá tomar una decisión de fondo, franqueándole de paso el camino a la impunidad.

En consecuencia, la favorabilidad normativa no es aplicable al caso de la especie puesto que el cierre de investigación indica que la instrucción sumarial ya dio los frutos esperados y corresponde tomar una determinación definitiva que responda a ellos. Por tanto, el regente de la cuestión es el código vigente en aquella época, esto es el de 1971.

7. Los cargos propuestos:

Primer cargo:

En un desarrollo confuso, el casacionista considera que se "...negó la indagatoria del proceso Ramcke el valor probatorio que le corresponde...", aclarando luego que la crítica que se le hizo fue de "...aspectos parciales...", restándole "...unidad lógica...", por lo que debe ser tenida como confesión, señalando que la conducta de su patrocinado se encuentra enmarcada dentro de una causal de inculpabilidad, concluyendo que "El medio probatorio fue mal evaluado...".

Aparte de que el censor, no alude a la clase de falencia que invoca, limitándose a señalar "...un error de apreciación...", impidiendo con ello conocer a fondo su pensamiento, instintivamente transita por uno u otro

error, desquiciando su contenido, al atropellar la lógica que gobierna el recurso. En efecto, cuando habla de no habérsele reconocido el valor probatorio a la injurada de su patrocinado, coloca su reproche en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción; sin embargo, cuando a renglón seguido advera que esta diligencia fue tergiversada al estudiársele parcialmente, el tránsito al error de hecho por falso juicio de identidad es indubitable.

No obstante, su propósito va más allá cuando reclama el no habérsele reconocido una causal de inculpabilidad, lo que de por sí indica -al parecer- que el tropiezo del fallador estriba en la falta de aplicación del art. 40-4 del C.P., afirmación que coloca la censura en el terreno de la violación directa, aunque al final regresa al falso juicio de convicción, esta vez criticando todo el acervo probatorio por haber sido "...mal evaluado...".

Como bien se observa, en el fondo encuéntrase la Colegiatura frente a un clásico alegato de instancia en el que no se trata de poner de presente un tropiezo judicial al proferir un fallo que no se ajusta a derecho, sino en cuestionar sus tesis enfrentándoles las propias, consideradas por el impugnante como de mejor Entidad. Por ello, luego de abstractamente hablar de la valoración de la indagatoria sin precisar cual fue el valor que le dio el juzgador, y cual el que le otorga la ley, así como de su distorsión, sin detallar cual era su verdadero sentido y cuál el que le dió el sentenciador, cambia de terreno argumental disculpando la actuación del procesado en una causal de inculpabilidad, desnudando al final la razón de sus críticas: una evaluación de las pruebas que no favorece sus intereses, sin que precise en qué consistió y cuál era la correcta.

La presentación indistinta de falsos errores sobre un mismo hecho y la amalgama de argumentos sobre diversos temas procesales, obligan al rechazo de la censura.

Cargo Segundo:

A diferencia del anterior, esta vez precisa que hubo una aplicación indebida del art. 215 del C. de P.P., al cometerse un "...error de derecho en la apreciación errónea del certificado de la Corporación de Ferias y Exposiciones S.A...." pues con él se demuestra que la sociedad SIMAQ LTDA. no hizo pago alguno a Corferias, "...y que la inclusión en el catálogo se realizó sin información pertinente, pues la sociedad *Moto a Crédito LTDA.*, era y es la representante para Colombia de "strojexport"...". De nuevo la parquedad conspira contra el éxito del cargo pues los renglones

callan sobre el falso juicio cometido (si de legalidad o de convicción) y la importancia del documento en la decisión condenatoria. Tampoco aclara en que consistió el yerro del Tribunal, es decir, cual la ilegalidad de la prueba tomada en cuenta o valorada en forma diferente a la preceptuada por la ley. Sobre estos aspectos importantes guarda silencio el censor, percibiéndose apenas un error de hecho por falso juicio de legalidad, pues el cargo se dirige a demostrar -aunque sin desarrollo- una distorsión del contenido del documento.

Tampoco prospera este reproche.

Cargo Tercero:

De nuevo la inadecuada presentación, marca el fracaso de la censura. Temprano, en las primeras líneas, expone una dilogía que se presenta con alguna frecuencia en sede de casación: plantear un cargo en un sentido y desarrollarlo en otro. En esta ocasión el actor propone un error de derecho, pese a lo cual lo califica como el "...darle una interpretación errónea el Tribunal a los contratos suscritos...", que es, evidentemente, un error de hecho por falso juicio de identidad.

Aunque esto bastaría para hacer fracasar las aspiraciones del impugnante, el desarrollo de la cuestión no mejora las cosas. En las líneas siguientes, con fundamento en jurisprudencia de la *Sala Civil* de esta Corporación, advierte que la retractación no tiene ningún valor si, refiriéndose a un determinado documento, éste no la confirma. En tal caso, prima éste sobre aquella. El haberse hecho caso omiso de dicha preeminencia constituye el tropiezo judicial que se denuncia, falencia ubicable en el ámbito del falso juicio de existencia.

Sin embargo, el recurrente deja en la orfandad sus argumentos pues no se sabe a ciencia cierta -porque no lo dice- cuál es el valor legal de las pruebas referidas y cuál las que le otorgó el sentenciador; tampoco examina el recaudo probatorio, mostrando la trascendencia de las probanzas señaladas en el fallo y por tanto, el seguro cambio de la decisión si se les hubiera justipreciado correctamente. De todas maneras, si ésta era su intención, el éxito se habría mostrado esquivo pues los medios probatorios no están sujetos a tarifa legal sino a las reglas de la sana crítica. Y si en verdad hubo una distorsión no supo indicar en qué consistió y cuál era el verdadero alcance del hecho, desconocido por el fallador.

También el fracaso acompaña a esta censura.

Cuarto Cargo:

Ahora el recurrente señala una "...apreciación incorrecta del contrato de transacción..." suscrito entre Ramcke e Isaza, dedicándose a demostrar su validez por boca del propio *Isaza* quien -según lo señala el actor- reconoce haberse obligado a restituir a RAMCKE la totalidad de la compañía mencionada, de donde se colige la simulación de la sociedad, a parte de haberse cumplido el dicho contrato al hacer entrega el procesado de los dos pagarés por el valor de la deuda, "...cancelados y pagados conforme al art. 882 del C. de Co. por acción de caducidad y prescripción de la acción cambiaria".

Luego transcribe un aparte de la sentencia impugnada en la que se descarta la propiedad de RAMCKE sobre la empresa "SIMAQ LTDA." por no haber cancelado la totalidad de la deuda, deducción que extrae de la carencia en el expediente de documentos que así lo demuestren. Tal afirmación es respondida por el casacionista advirtiendo que con ella se viola el art. 882 del C. de Co. que le da validez al pago que se haga con títulos valores. Tal discordancia la ve como error de derecho, precisión que hace en la culminación de sus argumentos.

En ésta última afirmación radica el tropiezo técnico que conspira contra la prosperidad del reproche pues la "apreciación incorrecta" invocada, no tiene nada que ver con un falso juicio de legalidad o con uno de convicción. En verdad se trata de un error de hecho por falso juicio de identidad, predicado de una posible distorsión. En efecto, puesta su vista en los documentos, advierte que "...el término restituir allí empleado está significando la simulación de la sociedad...", lo que en última indica que el fallador le dio un sentido diferente.

De todas maneras, cabe anotar que la restitución de que habla el Tribunal, tiene una connotación eminentemente penalista. Ello significa que si bien, basta para considerar como pago la entrega que haga el comprador al vendedor de cualquier título valor, con arreglo a la sistemática comercial, desde el punto de vista penal, necesítase que en la realidad el pago mismo se hubiere hecho efectivo, salvo que las partes tengan a bien disponer otra cosa, antes de darse cumplimiento a la obligación.

Así, quedando en suspenso el pago pactado, por incumplimiento, la restitución no se realizó y por ende, los derechos sobre la empresa conti-

nuaban en cabeza de *Isaza*, lo que significa que ningún derecho le asistía a RAMCKE sobre la sociedad comercial.

El fracaso del caso es ostensible.

Quinto Cargo:

Una vez más el recurrente da muestras de ignorar la exigente técnica de este medio extraordinario de impugnación. En efecto, al enunciar su acusación indica que la violación indirecta se produjo "...por falta de aplicación proveniente de error de derecho al dejar de apreciar las pruebas...", lo que configura una contradicción flagrante pues en verdad está señalando un error de hecho por falso juicio de existencia.

Aunque esto bastaría para rechazar el cargo, de todas maneras los resultados no iban a ser mejores en el evento de una presentación técnica adecuada. Las razones son indubitables: En primer término se observa en el reproche una dilogía flagrante con el contenido global de la demanda, destinada a demostrar que la sociedad "SIMAQ LTDA." era una puesto que, el dueño era el procesado; no obstante, resalta la imposibilidad de que los contratos entre SIMAQ e INATRICON LTDA. tuvieran vida jurídica o validez legal, contractual o estatutaria ¿La razón?. "En enero de 1980 el Sr. Isaza limitó por los medios legales pertinentes... que su gerente Ramcke pudieran celebrar los contratos en cuantía de US. 80.000 y US. 40.000 pues públicamente en el registro mercantil le fijó la incapacidad civil, comercial, penal y mercantil hasta irrisorios $30.000 como SIMAQ LTDA.".

Simulación implica crear algo ficticio, fingido, que pretende ocultar la realidad. En el caso en comento la situación falsa, según el recurrente era respecto del propietario. RAMCKE era el verdadero, *Isaza* era el supuesto. Aquí vale la pena detenerse para meditar sobre la simulación que afectaba a SIMAQ LTDA., cuyo verdadero dueño era RAMCKE.

Según la jurisdicción civil (obsérvese fotocopia del fallo proferido por el Juzgado diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá fls. 104 y ss.) "...es relativamente simulado el contrato de constitución de la sociedad SIMAQ LTDA. ...que por lo tanto, el verdadero propietario...es LWE JENS RAMCKE...". Tal afirmación podría constituirse en un apoyo a las pretensiones del impugnante quien, a lo largo del libelo pretende demostrar la desatención del fallador sobre la inexistencia del elemento ajenidad merced a los errores cometidos al examinar el acopio probatorio.

No es así.

A renglón seguido -y aquí se encuentra el meollo de la cuestión- el referido Juez Diecisiete aclara: "...pues lo que con ello quisieron el actor y el otorgante fue constituir una garantía por las obligaciones contraídas con aquel a favor de éste, de que da cuenta el documento probado o transacción suscrito por ellos el 4 de agosto de 1980".

Sin embargo, al apropiarse de unas comisiones provenientes por la venta de una maquinaria a LNGTRICON, cometió el delito de abuso de confianza, pues ellas le pertenecían a SIMAQ, sociedad que -simulada o no- se regía por sus propias reglas, una de las cuales limitaba a RAMCKT en el ejercicio de su cargo, previa aprobación en el evento de los contratos de alguna consideración.

Entonces, si se acepta que era el propietario, debió atenerse al compromiso que lo llevó a crear la simulada empresa y como quiera que ella respaldaba obligaciones, el desviar sus recursos implicaba negarse fraudulentamente a pagar lo debido pues, hasta tanto no se cancelara la deuda, SIMAQ permanecería bajo el dominio de *Isaza*, el acreedor.

Si se está a la segunda hipótesis, era simplemente el gerente, el delito se estructura de igual manera.

De otro lado, la inconformidad del casacionista sobre el calificatorio de "recibos" que el Tribunal le da a los escritos-contratos, tampoco tiene el alcance que pretende endilgarles. Quizás, si se observaran solitarios en el proceso, podría pensarse en una transacción efectuada entre dos personas naturales. Sin embargo, como lo enfatiza el sentenciador, según catálogo oficial de la XII Feria Internacional de Bogotá 1980, el representante en Colombia de las firmas checas STROJEXPORT y STROJIMPORT es SIMAQ LTDA., por lo que mal podía contratar a nombre personal. Además, fueron allegados al proceso los recibos producto del negocio, en donde consta que recibió los cheques a nombre de SIMAQ.

Ahora bien, la última parte de la censura se limita a predicar la inocencia del procesado, basado en que la conducta que se le endilga le estaba prohibida. Luego, si no podía actuar como gerente, por fuerza ha de entenderse que sus acciones las hizo como particular. Curiosa tesis. Ello significa que no hay posibilidad de delinquir mientras exista un mandato que lo impida, y si lo hace, debe reputarse su acción como diferente a la que prescribe la orden.

Así, advierte el impugnante, si bien RAMCKE pactó una cláusula penal, lo hizo como persona natural, pues le estaba impedido hacerlo como gerente de SIMAQ. De igual manera ha de entenderse su firma en el contrato, amen de que no hubo invocación, ni representación o estipulación para otro, lo que debía haberse hecho al momento de celebrarse el negocio jurídico. Y como no se aportó prueba de que *Isaza* hubiera revocado la limitación y teniendo en cuenta que el derecho mercantil no obliga al particular, porque su órbita es ilimitada, la inocencia de RAMCKE es palmaria.

Pero como quiera que *Gustavo Lozano*, el representante de INGTRICON declaró que cuando contrató con RAMCKE entendió que lo hacía con el gerente de SIMAQ, en quien no concurrían limitaciones de tipo mercantil o estatutario, el censor se aferra al contrato mismo, predicando que su letra borra el error -penalmente reprochable- en que RAMCKE hizo incurrir a *Lozano*.

Así discurre el libelista:

"Lo escrito escrito queda. Solamente el mutuo acuerdo de voluntades permitiría deshacer las cláusulas penales pactadas, el valor de los objetivos, las garantías, el pago de los fletes marítimos, etc... Las palabras *vendedor* y *comprador* y los nombres de los citados particulares, es (sic) una relación bilateral escrita y la ley debe no sólo respetar esa dignidad y posición sino impedir falsas y equivocadas interpretaciones inconsultas con el texto claro de los contratos".

Pero como quiera que al efectuarse el pago correspondiente, se recibió a nombre de SIMAQ, el demandante de nuevo se apega a los formulismos que pueden regir una actividad comercial, pero que, en muchas ocasiones son insuficientes para diluir una acción penal, pues en su contexto subyace la intención y voluntad manifiestas de defraudar intereses ajenos.

No puede, pues, aceptarse que "...la utilización en el pago de papel con membrete no modifica las cláusulas pactadas es un recibo posterior de pago. Es un negocio jurídico diferente y accesorio al principal: No modifica ni revoca las partes titulares de ese concreto negocio jurídico...". Estos recibos demuestran a cabalidad la mala fe de RAMCKE al contratar y la persistencia del engaño, es decir, de estar actuando legalmente a nombre de SIMAQ, pese a no tener autorización para ello. La apropiación ilícita de las comisiones, confirman el aserto.

Finalmente, cabe anotar que el proceso seguido en contra de RAMCKE en el Juzgado 1o Superior de esta ciudad, si bien tiene un tronco común, la sociedad comercial denominada SIMAQ LTDA., en el uno la controversia giró en establecer la propiedad de los bienes que poseía la sociedad, mientras el que ocupa a la *Sala*, se basa en establecer si el agente RAMCKE, violando las limitaciones que le imponía su cargo, se apropió de unas comisiones que legalmente le correspondían a ella. En el primer fallo, la cesación de procedimiento se produjo por no haberse comprobado la certeza del ilícito y persistir una duda insalvable producto del equilibrio de las pruebas de cargo y descargo. En el segundo, la apropiación ilícita de las comisiones se comprobó, como se ha visto y de ahí el fallo condenatorio.

El rechazo fulminante es también la respuesta idónea para este reproche.

Sexto Cargo:

Lo plantea con una frase ambigua: "Violación indirecta de los arts. 346 C.P.P. (D. 409/71) por falta de aplicación proveniente de error de derecho...". Aunque no aclara el falso juicio, se debe suponer que se refiere al de legalidad, descartándose el de convicción pues su inconformidad no radica en un errónea valoración de la prueba. La crítica entonces debe centrarse en haber tenido en cuenta el fallador una prueba ilegalmente llevada al proceso o viceversa, haber ignorado una de cuya legalidad no existe tacha. Sin embargo, el pensamiento del recurrente se enrumba por otros lares.

El yerro judicial, según sus palabras, se produjo "...al considerar que el monto de la cuantía del proceso se determina por el testimonio del Sr. *Isaza*, contraviniendo el art. 236 del C.P.P. (Dto. 409/71) pues expresamente esa libertad señalada en el art. 336 se refiere a corpus delicti y no a la competencia del juzgador".

Como bien se extrae de los artículos que señala como pretensamente vulnerados, su crítica se centra no en el acopio probatorio sino en la valoración directa de la ley pues da a entender que el monto de la cuantía del ilícito no se puede establecer por prueba testimonial, lo que indica una interpretación errónea del precepto procedimental.

El descalabro es mayúsculo y así ha de declararlo la *Sala*.

Séptimo Cargo:

Su indicación de un error de derecho acusa la misma ambigüedad de los reproches anteriores. Obsérvese. Comienza advirtiendo que hubo una falta de aplicación del art. 36 del C.P.P. "...pues el fallo acusado por error de derecho aprecia erróneamente que la Escritura 32-19 ...no puede ser estudiada por el Juez penal...". Con estas palabras parece plantear un error de derecho por falso juicio de legalidad pues da a entender que no se le tuvo en cuenta por considerar que no reunía los requisitos necesarios para su aducción en el proceso. Sin embargo, el fallador en ningún momento descalifica el escrito por carencias legales. Por el contrario, da cuenta de la calidad que le asiste de documento público, franqueando el paso a un alegato sobre su valoración como tal, al advertir que mientras la jurisdicción civil no se pronuncie al respecto, conserva su valor de plena prueba con arreglo a la preceptiva del art. 261 del C.P.P./71. Así las cosas, de alegarse un yerro éste debería haberse hecho en el marco del falso juicio de convicción. Subsiste, pues, la duda sobre el verdadero pensamiento del censor y no puede la *Corte* entrar a suplir sus carencias, so pena de convertirse en coadyuvante de la demanda.

Finalmente, la alusión que hace sobre la existencia de un pronunciamiento de la jurisdicción civil sobre la simulación de la escritura en cuestión, hecho judicial que obligaba al sentenciador penal a desechar como prueba dicho documento, tampoco tiene el alcance que pretende darle. Si bien es cierto que se allegó a los autos copia de la referida sentencia también lo es, que según el secretario del Juzgado, es una copia informal, incapaz de servir como prueba, amén de que apenas se profirió en primera instancia, ignorándose hasta el presente si quedó en firme o si ante el superior sufrió cambio. El silencio sobre este aspecto impide consideraciones mayores.

El fracaso del reproche es ostensible.

Octavo Cargo:

De nuevo persiste en señalar la violación indirecta de las normas procesales, reiteración que convierte en regla de la demanda el desafuero y provoca idéntica respuesta de la *Sala*: su rechazo por atropellar la técnica casacional. De todas maneras un planteo que eliminara esta deficiencia tampoco habría dado mejores resultados. En efecto, según su parecer hubo una "...falta de aplicación a causa de error de derecho proveniente de la no apreciación de la prueba... que contiene la determinación de la cesación de

procedimiento a favor de Ramcke...". Bien se observa que, de nuevo, el actor demuestra su desconocimiento del error de derecho, planteando yerros que no se ubican en sus terrenos. La "...no apreciación de la prueba..." no se puede tachar como una decisión del fallador por la creencia errónea de la ilegalidad de la prueba sino como un error de hecho por falso juicio de existencia, al ignorarla pese a su realidad procesal. Este batiburrillo no es sino el producto de una confesión mayor que determinó a la postre la presentación de la falencia en un sentido y la defensa en otro, apartando de sí el principio de no contradicción, cuya vigencia es olvidada.

La dilogía marca el fracaso de la censura.

Noveno Cargo:

No mejoran las cosas en este reproche. De nuevo se repiten los tropiezos que impidieron el estudio de fondo de las anteriores tachas: señalamiento de normas procesales como violadas indirectamente, indefinición de la clase de falso juicio planteado, enunciación de un reproche en un sentido y desarrollo de la argumentación en otro, en suma, oscuridad argumental producto de la violación de la técnica casacional y, por ende, imposibilidad de conocer el verdadero alcance del pensamiento del casacionista.

Este cargo sufre idéntica suerte que los anteriores.

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 el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No Firmó); Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

REVISION - Requisitos

La sentencia goza de la presunción de acierto y de legalidad, lo que solo se aniquila con sujeción estricta a las vías que para tal efecto indica la ley.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 018. Revisión No. 7095

Vistos:

El abogado titulado *Alvaro Ramírez Castaño*, obrando en su propio nombre, interpone el recurso de *revisión* contra la sentencia condenatoria con que el Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio lo cobijó por el delito de *Homicidio Culposo* en la persona de Ramón Vargas, imponiéndosele la pena *principal* de *veinticuatro (24) meses de prisión* y *multa* de un mil pesos ($1.000.oo) y prohibición de conducir vehículo automotor por un año y, como *accesoria*, interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual a la pena principal. Se le concedió sí el subrogado que consagra el artículo 68 del Código Penal, pero se le condenó a pagar $2'000.000.oo por perjuicios materiales y $100.000.oo por morales.

Fundamentos de la Demanda:

Con estribo en los numerales 3 y 5 el impugnante solicita se disponga la revisión del proceso de marras y desarrolla *prima facie* un párrafo que denomina *"Fundamentos de Hecho"*, señalando que "El error que condujo al señor Juez a la condena, es el haber desconocido o hecho caso omiso de las pruebas que *dentro del mismo expediente existen...*, ateniéndose única y

exclusivamente a las aseveraciones calumniosas del señor fiscal, quien me trató sin decoro ni respeto, basando sus imaginarias acusaciones en una versión de un señor, quien hace una apreciación ante un vehículo estacionado en un lote aparcadero (ver folio 206), versión que nunca tuve la oportunidad de ser controvertida. Puede apreciarse claramente cómo fueron violados mis derechos de defensa, al negárseme la oportunidad de recurrir a la sentencia, ya que cuando solicitaron mi presencia al juzgado para la notificación, fue cuando se había desfijado el edicto que la notificaba y declaraba ejecutoriada".

Luego, como "*Fundamentos de Hecho*", precisa: "*Causal 3.*- Solicito que se consideren como *hechos nuevos y pruebas los mismos hechos y pruebas existentes en el expediente*, que fueron desconocidos por el fallador y que en caso contrario lo habrían conducido a mi absolución..."

Se desconoció que el accidente ocurrió cuando la 'obscuridad era casi absoluta' (6 y 30 y 7 de la noche), "con tráfico continuo de vehículos en dirección contraria". Ramón Vargas, el occiso "se encontraba tan embriagado que fue incapaz de subir a su caballo, razón por la cual se fue caminando y sin ningún control en su marcha, prueba de ello era que viajaba por el carril izquierdo de la carretera y a la luz del primer carro, se cruzó al lado derecho, siendo el momento cuando se ocasionó la colisión... Yo no manejaba a mucha velocidad, si se tiene en cuenta que antes del accidente existe una curva que exige a cualquier peatón aminorar la velocidad... No era para mi previsible encontrar un caballo y un peatón en mitad de la vía a esas horas en que es legalmente prohibido viajar con animales...".

Luego, bajo el epígrafe de "PRUEBAS", precisa: "*Todas las razones se encuentran contenidas en los folios* 16-17-18-25-26-27-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-49-50-52-53-54".

"*Causal 5a.*" La base de la sentencia fue la alta velocidad del automotor, 'versión esta respaldada por el perito de tránsito y transportes -fl. 71- la otra persona que dice de alta velocidad es el señor *Fiscal*'. Pero el dictamen del perito no puede tomarse como concluyente porque "no tuvo ninguna controversia dentro del proceso y ...considero debe tenerse como *Falso*...". 'Razones': si el juzgado lo tomó como 'prueba pericial' no lo notificó (art. 174 C.P.P.); si como 'dictamen del perito' no lo puso en conocimiento de las partes -art. 276 *ibídem*-; si como 'versión' (así dice la sentencia), ella no es prueba de ninguna naturaleza, luego debió tenerla como inexistente -art. 316 *ejusdem*-.

Y, lo que allí se dice en el sentido de que el caballo quedó a 15 metros del vehículo y el occiso a 6, también es *falso*, pues éstas no fueron las distancias indicadas por policía judicial en sus fotografías y levantamientos topográficos; si el perito no estuvo en el lugar de los hechos cuando el accidente no se entiende porqué afirma que la visibilidad era normal; en fin, el mismo perito dice que si el vehículo 'lleva luces plenas', podía divisar al occiso y al caballo aproximadamente a 200 metros, pero olvida que mal se podía viajar con las luces así si venían carros en contravía. *Conclusión*: el dictamen contiene una *falsedad ideológica*.

Muy Breves Consideraciones de la Sala:

1.- Es de ocasión, en orden a los apuntamientos que vendrán a continuación, primeramente transcribir las causales con apoyo en las cuales, dice el recurrente, formula su demanda. Así, pues:

Artículo 231 C.P.P. .-"Hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas en los siguientes casos:

"...3.- Cuando después de la condenación aparezcan hechos *nuevos o surjan* pruebas, *no conocidas al tiempo de los debates*, que establezcan la inocencia del condenado o condenados.

"...5.- Cuando se demuestre que la sentencia absolutoria o condenatoria se fundamentó en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba *falsa*".

2.- En jurisprudencia muy socorrida y afortunada de diciembre 1o. de 1983, M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía, se sostuvo:

"...El *hecho nuevo* previsto como causal de revisión en el num. 5o. -hoy 3- del art. 584 del C.P.P. -hoy 231- es aquel acontecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que *no se conoció* en ninguna de las etapas de la actuación procesal de manera que *no pudo ser controvertido*; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, *no tuvo conocimiento el juzgador* en el desarrollo del itinerario procesal porque *no penetró al expediente*.

"*Prueba nueva es*, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa *no se incorporó al proceso*, pero cuyo aporte *ex-novo* tiene tal valor que podría modificar substancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba *ex-novo* demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes substanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

"*No se dará*, desde luego, esta causal de revisión, *cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos y debilidades en el juicio o pruebas ya aportadas o examinadas en su oportunidad por el juzgador*, pues en tales casos lo nuevo no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio con que ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a la categoría excepcional de causal de revisión".

Y, en determinación más reciente, aseveró esta Corporación:

"El *hecho nuevo* debe ser aquel con eficacia suficiente para establecer la inocencia del procesado que fue injusta y arbitrariamente condenado por un delito al que fue ajeno o en el que no participó y por el cual sufre una pena que constituye evidente error judicial; *prueba nueva* es la que hace referencia a esos hechos nuevos que *no fueron conocidos* y, consiguientemente, *debatidos*. Pero, si la responsabilidad se funda en pruebas suficientemente analizadas en las sentencias acusadas, la circunstancia de que hayan sido bien o mal estimadas dichas pruebas, no es razón valedera para que sea admisible discutirlas nuevamente con ocasión del recurso extraordinario de revisión, pues esta oportunidad precluye con la sentencia de segunda instancia". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Marzo 20 de 1991).

En el evento *sub-exámine* aconteció simplemente que el sentenciador arribó a la conclusión de que en el desgraciado accidente de marras, la *velocidad* a la que marchaba el automotor había tenido mucho que ver en él y que tal circunstancia se

encontraba "esclarecida hasta la saciedad". Las otras pruebas, aquellas que le eran favorables al hoy condenado, no es que las haya ignorado, desconocido, sino que, en su sentir, no tenían la potencia suficiente para dejar sin responsabilidad penal a quien, en carreteras peligrosas por su propia naturaleza y de noche, se atrevía a conducir sin la *prudencia* requerida, pues de haber obrado con ésta, jamás habría manejado el vehículo a *80* ó *100* kilómetros por hora.

Que, en gracia de discusión, se haya equivocado en el señalado juicio de valor, es cuestión que no hace del extraordinario recurso de revisión campo apropiado para adelantar un nuevo debate sobre el asunto. No ha sido creado él por nuestro legislador, se ha reiterado con acierto, para revivir controversias sobre hechos y pruebas conocidos y discutidos en las instancias y sobre los que el recurrente tiene un enfoque bien diferente al del fallador.

Se recalca, no es con un replanteamiento del caso, o con insistencia en un criterio suficientemente sabido en autos y, así, ajeno por completo a la presentación de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates, como puede destruirse la *Res Iudicata*, pues ello iría de manera obvia contra el clarísimo tenor literal de la ley que demanda, exige la presencia de los mentados atributos. Otra cosa: no se olvide que la sentencia goza de la presunción de acierto y de legalidad, lo que sólo se aniquila con sujeción estricta a las vías que para tal efecto indica la ley.

3.- Apelando ahora a la causal 5a. del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, pretende el impugnante la revisión de la sentencia, pero, en el fondo, lo que hace es plantear siempre una nueva polémica sobre el valor del dictamen pericial rendido por quien asesoró al juzgado en la práctica de una inspección judicial y comoquiera que fue en él donde se señaló que "teniendo en cuenta que el caballo quedó a 15 metros y el occiso a 6 metros del vehículo, la *velocidad* del automotor era de aproximadamente entre 80 y 100 Kilómetros por hora".

Por más que el impugnante busca demostrar la existencia de una *falsedad* en el peritaje, sólo termina presentando su particularísima opinión, según la cual el juzgador se equivocó al darle el mérito probatorio que le otorgó, siendo que tenía no únicamente fallas en su presentación procesal a las partes, sino en su contenido, pues, entre otras cosas, si el perito no estuvo en el lugar de los hechos cuando el accidente le es imposible asegurar que la visibilidad era normal.

Es oportuno precisar que, en evento como el presente, no es atinado hablar de una *Falsedad Ideológica*, pues si llegara a demostrarse que la razón la tenían los de la policía judicial en sus levantamientos topográficos y cuando determinaron una distancia del vehículo al caballo de 12.90 metros y de aquel al occiso Ramón Vargas de 4.90 *ídem* y no el perito de circulación y tránsito que asesoró al juzgado en la práctica de la diligencia de inspección judicial al delimitar la del automotor al semoviente en 15 metros y de aquel al interfecto en 6, lo más que podría sostenerse sería una *equivocación* intranscendente porque, atendiendo a cualquiera de las distancias fijadas como donde quedaron las víctimas con respecto al carro de autos, es irrefragable que el golpe fue *vinlentísimo*, lo que comporta lo no arbitrario de la deducción de la exagerada velocidad con que se conducía y que fue la razón principal para asegurar *culpa* del conductor condenado.

No es al mero hecho de una no consulta o sujeción estricta a la realidad, circunstancia esta llevada al proceso de la mejor buena fe y mediante cualquier medio de prueba, a lo que atiende el artículo 231 del C.P.P. en su numeral 5o., sino a que el documento, el testimonio, la pericia (en fin), siendo fundamento de la sentencia, es *falso*, o sea, que contiene apartamiento *ostensible, trascendente* de la realidad.

Y, en cuanto a la credibilidad del medio de prueba, se ha dicho que "...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". (M. P. Dr. José María Velasco Guerrero, Mayo 30 de 1978).

4 - Finalmente, quiere la Corte acotar que no es exacto adverar, como lo hace el recurrente, que se le vulneró, en el trámite del proceso penal adelantado en su contra y en el que resultara condenado, su *derecho de defensa*, al no concedérsele la oportunidad para recurrir de la sentencia. Esto porque en las mismas fotocopias que, con su demanda de revisión, presentó, se puede apreciar un auto de marzo 15/90, emitido por el Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio, en el que se resalta que las notificaciones todas de la mentada determinación se cumplieron conforme a la ley (Dcto. 1861 de agosto 18/89, en su art. 10o.) y que si no se interpuso

oportunamente ningún recurso contra ella, culpa fue del defensor y del abogado condenado y ahora recurrente que dejaron vencer los términos sin impugnarla.

Entonces, así no se trate ahora de disponer o no la prosperidad de la *demanda*, refulge de lo en ella consignado y de lo aquí expuesto que nada conduce a la revisión solicitada y ello hace no solo impertinente e inoficioso, sino extravagante, mantener su tramitación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-,

Resuelve:

Rechazar in-límine la demanda de revisión presentada por el doctor *Alvaro Ramírez Castaño* en su propio nombre, contra la sentencia de febrero 8 de 1990, con que se le cobijara, y de origen y naturaleza ya conocida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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.

Rafael T. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El Cambio de Radicación como medida extraordinaria que es, impone a quien la propone el planteamiento de argumentaciones serias y coincidentes con la necesidad imperiosa de preservar la recta administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 15. (12 feb/92). Cambio de Rad. No. 7207

Vistos:

El Tribunal Superior de Florencia (Caquetá) ha remitido a esta Corporación la solicitud de *cambio de radicación* a otro Distrito Judicial del proceso que se sigue en el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Belén de los Andaquíes contra *José Antonio Salazar Calderón y otros* por el delito de Homicidio en grado de tentativa, impetrada por el *Dr. Jorge Roca Posada.* En consecuencia, decide de plano la Corte el incidente.

Antecedentes:

Bajo el supuesto de que se "han cometido toda suerte de arbitrariedades" en el proceso en que actúa como apoderado judicial del procesado Salazar Calderón, que ponen en grave peligro no solamente la independencia e imparcialidad de la administración de justicia, sino también las garantías procesales de los sindicados, el solicitante invoca el cambio de radicación del proceso a otro Distrito Judicial, con las siguientes argumentaciones:

1. Que se inició el proceso en diciembre 9 de 1988, y a la fecha no se ha proferido calificación.

2. Que arbitrariamente se envió el proceso, mediante auto de sustanciación, a la jurisdicción de Orden Público.

3. Que se ha atentado contra la independencia del juzgador, pues con fecha 23 de junio de 1991 el Tribunal de Florencia expresó 'hacemos un formal llamado al *a-quo* (sic) para que proceda a su calificación', violando de esta manera la independencia del juez, quien por mandato constitucional en sus providencias sólo está sometido al imperio de la ley y mal puede el Tribunal Superior ordenarle calificar el proceso.

4. Que se ha atentado contra la imparcialidad en el juzgamiento, pues a los procesados, en el evento de que 'el llamamiento a juicio o la sentencia sean recurridos, el fallo condenatorio ya es un hecho'.

5. Que no ha existido imparcialidad sino acomodamiento de las normas procesales a oscuros intereses, con ánimo torpe y torticero y para golpear más fuertemente al sindicado, se interpretó la norma que creaba la jurisdicción de orden público para decirse que el atentado a *Concejal Arbeláez* había ocurrido en razón a la calidad de Concejal que tenía el denunciante.

6. Que no se han observado las garantías del debido proceso, en cuanto el Juez de turno se atine a lo que han dispuesto otros Jueces sin atreverse a realizar un estudio serio de las pruebas. El superior ratifica lo del inferior y el inferior se fundamenta en lo del superior '...en un inacabable círculo vicioso...'.

7. Que no se han respetado las garantías procesales de los sindicados por haberse vulnerado lo dispuesto en el art. 305 1 del Estatuto de Procedimiento Penal, ya que el Juez de Orden Público se acogió a la 'incompetencia del juez' para decretar nulo lo actuado por la justicia ordinaria; elemental es que al regresar el proceso a la justicia ordinaria, lo actuado por la justicia de orden público quede afectado de nulidad; sin embargo no se declara y con un proceso afectado de nulidad llaman a responder en juicio.

8. Que a *Miguel Arcángel Rico Zapata* y *Rafael Alvarez Lopera*, Oficiales del Ejército, con grado de mayores. '...hallándose en un acto propio de sus funciones como militares...' los está juzgando la justicia ordinaria sin que se tenga en cuenta su fuero militar, violándose las garantías procesales.

9. Que la denuncia -la que califica de mentirijillas- presenta grandes inconsistencias, 'falacias', es desvirtuada por pruebas, pero ha faltado un estudio desprevenido y juicioso. El hecho ocurrido se ha demostrado hasta la saciedad '...es atípico...', sinembargo se sigue procesando a inocentes ciudadanos.

10. Que '...cada providencia tergiversa las pruebas, malinterpreto torticeramente los hechos, desoye las argumentaciones, se muestra ciega ante las evidencias...'.

El cambio de radicación a otro Distrito Judicial vendría a constituir un 'paliativo' a la 'aberrante' situación que se presenta. El peticionario aporta como prueba de sus afirmaciones copias del proceso en 17 cuadernos.

Consideraciones de la Corte:

Ha sostenido la Corporación, y lo reitera ahora, que: "el cambio de radicación es norma excepcional de restringida aplicación que obedece, en términos generales, a demostraciones fundamentales en el sentido de que en un determinado sitio la justicia no está en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia. Esa razón de ser del fenómeno jurídico que se comenta, conserva su plena vigencia en el nuevo estatuto procedimental. Así pues, sólo cuando exista un ambiente impropio para el juzgamiento, debe abrirse campo el cambio de radicación, precisamente para que el proceso sea ventilado en otro medio judicial, ajeno a aquellos factores de perturbación. Es que la excepcional transferencia territorial que el cambio de radicación comporta, no puede darse cuando otros funcionarios que ejercen sus atribuciones oficiales en el mismo lugar, pueden actuar. Y esto porque entonces, la institución procesal que entraría a operar sería la de los impedimentos y las recusaciones, por tratarse de cuestionamientos a la capacidad subjetiva del Juez, que no de causas externas al juzgador, ambientales que así cobijan o involucran al resto de los Jueces del mismo sitio, ciudad o circuito" (auto de mayo 18 de 1988, M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Desde todo punto de vista, el incidente de cambio de radicación es una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal. Como medida extraordinaria que es, impone a quien la propone el planteamiento de argumentaciones serias y coincidentes con la necesidad imperiosa de preservar la recta administración de justicia, el orden público, las garantías de los sujetos procesales, la publicidad del

proceso o la seguridad del procesado. No basta para su prosperidad recurrir a argumentaciones incompletas, generalizadas o mal intencionadas o a comentarios y criterios eminentemente subjetivos que pretenden enfrentar el personal criterio del peticionario con el que han tenido los juzgadores.

En el caso presente, todo tiende a indicar que el peticionario (quien es el apoderado judicial del procesado *José Antonio Salazar Calderón*) no ha estado de acuerdo con las decisiones judiciales tomadas por los diferentes Jueces y el Tribunal que han conocido del proceso y trata, en un incidente de cambio de radicación, de plantear su disconformidad, enfrentando su personal criterio con el de los juzgadores.

Revisado el proceso que en 17 cuadernos aporta el peticionario, no se encuentran las 'arbitrariedades' que sostiene se han cometido y que afecten la independencia e imparcialidad de la administración de justicia y las garantías procesales. En efecto, *no es correcto* afirmar que el proceso se inició en diciembre 9 de 1988 y que han transcurrido más de tres años sin que se haya calificado, cuando se observa que con providencia de *abril 12 de 1989* (folio 2 del cuaderno 11) se calificó el mérito del sumario, providencia que posteriormente fue afectada por una nulidad, volviéndose a calificar el proceso en octubre 7 de 1991 (folios 31 y ss. del cuaderno 16).

No es cierto que 'arbitrariamente' y mediante auto de sustanciación se haya enviado el proceso a la jurisdicción de Orden Público, pues en auto de diciembre 27 de 1988 (folios 35 y ss. del cuaderno 9) el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Belén de los Andaquíes expuso las razones jurídicas y legales por las que consideraba que la justicia de Orden Público era competente para continuar conociendo de la investigación, auto interlocutorio del cual apeló el ahora peticionario del cambio de radicación. Posteriormente con auto de septiembre 1 de 1989 (folio 80 del cuaderno 12), el Juzgado Primero Superior de Florencia insiste en el envío del proceso a las autoridades de orden público.

Nunca podría en sana lógica y con un algo de sindérisis entenderse que el Tribunal Superior de Florencia *a* atentado contra la independencia del Juez Quinto de Instrucción Criminal, cuando en su auto de 23 de junio de 1991 (folio 12 y ss. cuaderno 3 del Tribunal de Florencia), ante la conducta dilatoria que venían asumiendo los apoderados de los sindicados llama formalmente la atención del Juez *a-quo* para que evite tal situación y a la mayor prontitud proceda a calificar el proceso. Legal resulta el

proceder del Tribunal y jamás podría deducirse que al ordenar calificar el proceso, lo fuese para que se dictara resolución de acusación a los procesados, como irresponsablemente lo sostiene el señor apoderado del procesado Salazar Calderón.

El argumento planteado en el numeral cuarto carece por completo de cualquier demostración; no pasa de ser una simple suposición del peticionario, pues lo que trasciende es que el Tribunal Superior de Florencia en sus diversas intervenciones ha hecho estudios serios e imparciales de los medios de convicción. Ahora, si el peticionario en vez de fundarse en sus imaginados temores, lograse demostrar que los Magistrados del Tribunal tuvieser algún interés personal en el asunto, la vía procesal a seguir sería otra pero no la del cambio de radicación.

Con relación al quinto argumento, no ha existido parcialidad ni acomodamiento de normas procesales a oscuros intereses' ni 'ánimo torpe y torticero para golpear más fuertemente al sindicado'. Sencillamente aconteció que el señor Juez Quinto de Instrucción Criminal que venía conociendo del proceso, ante la investidura que tenía la víctima y denunciante, con argumentos que expuso en su providencia de diciembre 27 de 1988 (folios 35 y ss. del cuaderno 9) consideró que era un caso que debía seguir conociendo la justicia de Orden Público. No porque se haya tomado en un momento dado y con algún respaldo procesal esta decisión, pueda sostenerse válidamente que se ha atentado contra las garantías procesales o la imparcialidad que en todo momento debe guiar la actuación de los Jueces.

Cómo pretender que tiene seriedad el argumento que se expone en el numeral sexto de los antecedentes?. Lo afirmado, deja traslucir la inconformidad del peticionario ante las decisiones de los juzgadores de instancia. Y es evidente que no porque un Juez mantenga las decisiones que en el proceso han tomado otros Jueces, o porque el superior confirme la decisión del Juez de primera instancia, se están inobservando las garantías del debido proceso.

Los argumentos planteados en los numerales séptimo, octavo y décimo son situaciones que atañan exclusivamente a las instancias y deben ser invocadas en las oportunidades procesales pertinentes. Si el señor apoderado considera que la nulidad ha debido decretarse, debió interponer el recurso pertinente y no esperar para venir a plantear tal hecho como fundamento de la solicitud de cambio de radicación.

En relación con el argumento expuesto en el numeral octavo, absurdo resulta considerar violación de garantías cuando, ante la provocación de un conflicto de competencias positivo por parte de las autoridades militares, el Juzgado de Instrucción lo aceptó (folio 219 y ss. del cuaderno 14) y el Tribunal Disciplinario con competencia para ello (folio 2 y ss. del cuaderno 6 del Tribunal Disciplinario) decidió que a la justicia ordinaria correspondía conocer del proceso seguido contra los dos miembros del Ejército Nacional.

Como puede verse, ninguno de los argumentos que esgrime como fundamentos de su petición es procedente para que se autorice el *cambio de radicación*.

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

Resuelve:

Negar el Cambio de Radicación impetrado.

En firme, devuélvase la actuación al lugar de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA \ JURISDICCION DE FAMILIA

Los conflictos de competencia que surjan entre Jueces de Familia o de Menores, cuando los funcionarios que se disputan la competencia pertenecen a distintos Distritos Judiciales, deben ser resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta número 19. Radicación No. 7161

El Juzgado Cuarto Promiscuo de Familia de Cúcuta, al aceptar la colisión negativa de competencias que le propuso la Juez Cuarta de Menores de Cali respecto del proceso que, por el delito de falsedad, se adelanta contra *Wilmer Núñez Ramos* o *Michael Londoño Restrepo*, resolvió, mediante proveído de 29 de noviembre del año próximo pasado, "remitir a la Honorable Corte Suprema de Justicia, el original del expediente", para que por esta Corporación se decidiera el conflicto planteado.

No obstante que en referido auto no se dijo a cuál de las Salas de Casación se enviaría el proceso (fls. 88), el Juez, al remitirlo, lo dirigió a la Sala de Casación Penal (fls. 96).

La Sala, al estudiar este asunto, ha llegado a la conclusión de que no tiene competencia para resolverlo, pues los Jueces de Menores hacen parte de la jurisdicción de familia, tal como expresamente lo disponen los Decretos 2272 (artículo 4o.) y 2737 (artículo 349) de 1989.

Significa lo anterior que en relación con tales jueces y por pertenecer ellos a la jurisdicción de familia, ninguna competencia funcional tienen las Salas Penales de los Tribunales Superiores, ni tampoco la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, salvo, claro está, para su juzgamiento, en caso de que sean sindicados por la comisión de algún delito.

Fue voluntad del legislador crear una jurisdicción especial, de familia, la cual tiene la competencia exclusiva para resolver todo lo concerniente al menor, incluso su eventual responsabilidad por la comisión de infracciones penales (artículo 163 y ss. del Código del Menor), pues no se tuvo en cuenta para ello la naturaleza de los asuntos relacionados con él, sino la condición de la minoría de edad.

Obsérvese, además, que como consecuencia de lo anterior, el Capítulo del Código de Procedimiento Penal referente al juzgamiento de menores fue expresamente derogado por el artículo 353 del Código del Menor;

> "Derógase la ley 83 de 1946, el artículo 48 de la ley 75 de 1968, la ley 5a de 1975, la ley 20 de 1982, el Decreto 1818 de 1964, el artículo 28 del Decreto 522 de 1971, los artículos 112 y 221 del Código Nacional de Policía, el Decreto 752 de 1975, el Capítulo Segundo del Título Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal relativo a los juicios ante los Jueces de Menores y demás disposiciones que le sean contrarias".

Así las cosas, para esta Sala resulta claro que la competencia para resolver los conflictos que sobre la misma puedan presentarse entre los Jueces de esa jurisdicción la tienen, cuando ellos surjan entre Jueces de Familia o de Menores de un mismo Distrito Judicial, las Salas de Familia del respectivo Tribunal, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia cuando los Jueces que se disputan la competencia pertenezcan a distintos Distritos Judiciales (art. 28 C.P. C.).

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

Resuelve:

1.- *Abstenerse* de conocer de la colisión de competencias planteada entre los Juzgados Cuarto de Menores de Cali y Cuarto Promiscuo de Familia de Cúcuta.

2.- Disponer el envío del proceso a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, -con Salvamento de Voto; *Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA \ JURISDICCION DE FAMILIA (SALVAMENTO DE VOTO)

Cuando dos Jueces de menores penales de distinto Distrito Judicial cuestionan su competencia, debe conocer la Sala de Casación Penal de la Corte.

En el caso sub-júdice, esto es, cuando dos jueces de menores *penales* de distinto Distrito Judicial, cuestionan su competencia, soy de opinión que debe conocer la Sala de Casación Penal de la Corte, como lo sería, a su vez, en el caso de jueces de menores *penales* de un mismo distrito, la Sala de Decisión Penal del correspondiente Tribunal.

El asignar a la Sala de Casación Civil (no existe la especialidad relacionada con menores), en el primer caso, o a la Sala de Familia en el Tribunal, en el segundo evento, no comporta aplicación ninguna de la especialidad propia del derecho de familia, pues obviamente se trata de "asunto" penal lo que involucra la colisión de competencia. Como tampoco, por las decisiones tomadas en este restringido punto (quién es el competente de dos jueces de menores *penales*), se van a afectar la naturaleza de las atribuciones que a un juez de menores penal le corresponde ejercer en ese sui-generis proceso. Una cosa no se relaciona con la otra y de ahí la independencia que se marca.

Citar como se hace en la ponencia los Ds. 2272 (art. 4) y 2737 (art. 349) de 1989, como disposiciones que definen la cuestión, no pasa de imaginar una supuesta solución legislativa. Nadie ha negado ni cuestiona que los jueces de menores se integran a la jurisdicción de familia, pero el meollo del debate está en definir la índole de la cuestión suscitada. Si se trata de un conflicto de competencia sobre aspectos de familia (alimentos, adopción, etc.) obvio que las llamadas a intervenir serán la Sala de Decisión de Familia o la Sala de Casación Civil, según la hipótesis de que se trate. Es

cuestión propia a su rol, máxime cuando los juzgados de familia (antiguos jueces civiles y promiscuos de menores -ver D. 2272, art. 4o., de 1989-) tienen su segunda instancia ante el Tribunal -Sala de Familia-. Pero el mismo artículo y decreto citados, afirma en el inciso segundo que "*Los jueces penales de menores* se denominarán en adelante *jueces de menores* y seguirían ejerciendo sus funciones de acuerdo con la competencia establecida por la ley". En este evento, bien se sabe, las peculiaridades de esta legislación, impiden a cualquier autoridad revisar las decisiones que tome un juez de menores. Para nada juega, entonces, la especialización que da el derecho de familia, para resolver asuntos penales de los jueces de menores y menos cuando se trata de saber, como en el caso subexámine, *dónde se cometió el delito de falsedad en documentos* que se imputa al menor. Este aspecto, sigo creyendo, se define de acuerdo a lo que la doctrina y la jurisprudencia *penales* tienen entendido al respecto, como también resulta adecuado que cuando la competencia cuestiona asuntos *extrapenales* (alimentos, adopciones, etc.) el llamado a establecer verdad en tal controversia es el que maneja conceptos relacionados con su materia civil o de familia.-

Para el suscrito, el artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal no ha perdido vigencia. Así lo impone la especificidad de su contenido que calza perfectamente con el tema debatido: "La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce: ...5. De los conflictos de competencia que se susciten *en Asuntos Penales* entre Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; *o entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales*".-

Con interpretación distinta no esta lejana como solución, dada la característica de pertenecer a la jurisdicción de familia uno de los contendientes de competencia, privar al Tribunal Disciplinario (en el futuro al Consejo Superior de la Judicatura), para dársela a la Sala de Casación Civil de la Corte, la facultad de definir un problema suscitado entre un juez de familia o una sala de familia con otra *distinta* autoridad.-

La derogatoria relacionada con juicio de menores, a expensas de la expedición del código de procedimiento penal, tampoco persuade. Basta replicar que entre la fecha de este fenómeno y la aparición de la jurisdicción de familia, la Sala de Casación Civil no intervino ni se sintió autorizada para reclamar como atributo propio, el definir las colisiones de competencia entre jueces de menores *penales* de distinto distrito judicial. De

donde la citada derogatoria nada dice en favor de la solución que por mayoría acoge la Sala.

Estas son brevemente las razones de este comedido disentimiento.

Gustavo Gómez Velásquez.

DEMANDA DE CASACION

La Demanda de Casación es un escrito jurídico que conforma una estructura lógico-conceptual, que debe realizarse con la observancia de los requisitos esenciales.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 19. Casación No. 6820

Vistos:

Decidirá la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Luis Alberto Jurado Carvajal*, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (Cesar) por infracción a la Ley 30 de 1986.

Consideraciones de la Corte:

Causa perplejidad -por decir lo menos- el escrito que a manera de demanda de casación presenta a nombre del sentenciado su apoderado especial. En multitud de oportunidades la Corporación ha sostenido que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita pensar que cualquier clase de escrito puede aceptarse como demanda.

La demanda de casación por su naturaleza es un escrito jurídico que conforma una estructura lógico conceptual que debe realizarse con la observancia de los requisitos esenciales señalados en el artículo 224 del C. de P.P. . Se destaca la importancia de la demanda de casación debido a

que el acto cuando formula los cargos a la sentencia proferida por el Tribunal Superior, circunscribe a la Corte en un ámbito determinado, es decir, le marca la ruta que ha de seguir en la resolución del recurso. La Corporación solo podrá considerar los cargos que al amparo de cada causal se formulan y no podrá tener en cuenta causales distintas de las aducidas. En forma expresa la ley hace esta prohibición a la Corte, en el artículo 227 *ibidem*. .

Si se aduce la causal primera (como en el presente caso) elemental es que el impugnador concrete el motivo de la violación, si se trata del cuerpo primero o segundo y precise el sentido de la violación. Si la vía por la cual opta el casacionista es la indirecta, deberá especificar si se trata de un error de hecho o de derecho, la clase concreta de error y la incidencia del mismo en el fallo acusado, esto es, demostrar que el sentenciador aplicó indebidamente o dejó de aplicar la ley substancial cuya violación predica.

En el caso que ocupa atención de la Corte el recurrente, en lo que considera es una demanda de casación, en el capítulo que denomina "...breve noticia histórica..." se refiere indiscriminadamente tanto a los hechos como a lo que fue la actuación procesal de los juzgadores, formulando algunas críticas, las que posteriormente expondrá a manera de cargos. Finalizada la presentación de la "breve noticia histórica" aduce la causal que invoca, y lo hace en los siguientes términos"... Invocó la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por considerar que la sentencia impugnada proferida en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Chiriguaná y confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Valledupar no tuvo en cuenta los principios legales consagrados en forma explícita y fehaciente en las normas que a continuación se enumeran y detallan a saber...".

Hace referencia al artículo 474 del Estatuto Procesal Penal que regula lo relativo al procedimiento abreviado, anotando que no se aplicó en el juzgamiento de su poderdante, el que se realizó por los ritos del procedimiento ordinario, habiendo permanecido *Jurado Carrujal*, detenido por espacio de más de un año. En la presentación de ese 'cargo' se refiere a otro que hace relación con el hecho de que se dio y tramitó '...grado de consulta a una providencia que no lo tenía...' (auto del 14 de marzo de 1989, donde el Juzgado ordena la entrega de un vehículo) A renglón seguido hace la presentación de otro 'cargo' que tiene que ver con el he-

cho de que habiendo transcurrido más de seis meses detenido el hoy sentenciado sin que se hubiese celebrado audiencia pública no se le concedió libertad provisional, pese a que mediaron varias solicitudes. Hace saber (talvez como otro 'cargo') que no se tramitó oportunamente una solicitud de cesación de procedimiento. De los 'cargos' aducidos concluye que se desconoció '...en forma flagrante el sagardo (sic) derecho de la defensa...' pero, no formula ningún tipo de petición.

Como puede observarse el actor invoca la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, sin especificar si se trata de violación directa o indirecta y sin precisar el sentido de la violación. No hace una formulación y desarrollo de cargos concretos, simplemente se limita a reseñar lo que considera 'los principios legales que no tuvieron en cuenta' por los juzgadores aludiendo a situaciones que no fueron motivo de decisión en la sentencia, tales como la entrega del automotor, la no concesión oportuna de la libertad y de la cesación de procedimiento. No es difícil llegar a concluir que el recurrente desconoce por completo la técnica que gobierna el recurso por él interpuesto, que exige la elaboración formal de la demanda, con miras a que la misma sea declarada 'ajustada a las exigencias legales'.

Obvio y elemental es que el escrito que presenta el impugnante no puede ser considerado como una demanda de casación pues no contiene los requisitos que señala el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Por tal razón, debe ser rechazada in-límine, trayendo como consecuencia que el recurso sea declarado desierto.

De la balumba de quejas que a manera de 'cargos' se aducen pareciera que se quisiera hacer desprender la posibilidad de una nulidad, que no plantea el actor, generada por la posible violación al debido proceso, la que no podría ser estudiada oficiosamente debido a que no existe demanda que sirva de base a la actuación procesal, al ser rechazada in-límine la que como tal se formula.

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

Resuelve:

Rechazar In Límine la demanda que en nombre de *Luis Alberto Jurado Carvajal,* ha sido presentada para la sustentación del recurso extraordina-

rio de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Valledupar, en que se confirmó la de primera instancia por la cual se condenó por infracción a la Ley 30 de 1986.

Declárase, en consecuencia, *Desierto* el recurso y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael E. Cortés Carrica, Secretario.

PREVARICATO \ INJURIA

Para concluir que el funcionario ha cometido delito de Prevaricato, no basta que la decisión a la que llegó, luego de realizar algunas inferencias, haya resultado equivocada.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 19. Segunda Instancia No. 6627

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, contra la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual ordenó la cesación de procedimiento respecto del doctor *Luis Eduardo Uribe Porreta*, Juez Quinto de Instrucción Criminal de la misma ciudad, denunciado por los presuntos punibles de Prevaricato y otros.

Hechos y Actuación Procesal:

Los redactó así el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

> "El Dr. Jorge Alfonso Piedrahita Aduén escribió un libro Intitulado "la estafa del hotel Capilla del mar" (o la Radiografía del sistema) en el cual atribuía una serie de hechos deshonrosos a Alberto Araujo Merlano y Rafael Cepeda, directivos de dicha empresa.

El libro parece ser una compilación de varias hojas volantes que habían circulado en la ciudad de Cartagena, en los cuales se consignan similares manifestaciones injuriosas contra los precitados señores y algunas de las cuales se encuentran firmadas por Piedrahita Aduén.

Con fundamento en lo anterior, Alberto Araujo Merlano y Rafael Cepeda presentaron querella por el delito de Injuria ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena. Este despacho, por auto del 12 de diciembre de 1988, decretó cese de procedimiento aduciendo que la acción penal no podía iniciarse por caducidad de la querella, toda vez que habían transcurrido más de 6 meses entre la publicación del libro y la solicitud por parte de los afectados para que se iniciara el proceso respectivo. Apelada esta decisión, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, cuyo titular es el *Dr. Uribe Porreta*, revocó la providencia, mediante auto del 15 de febrero de 1989.

Consideró este funcionario que el momento consumativo del delito de injuria es aquél "en que el sujeto hace la imputación falsa, y esta puede hacerse por medios diversos siempre que ellos sean idóneos para la divulgación del pensamiento, siendo uno de estos la edición de un libro con cuya publicidad y distribución se pone al alcance de innumerables personas su contenido". De manera que entendió este juez que en cada ocasión en que se venda un ejemplar del libro "La Estafa del hotel Capilla del mar" se agota el tipo penal diseñado en el Art. 313 del C.P. , y desde ese momento debe computarse el transcurso del término para estimar la caducidad o no de la querella. Estimó entonces que por haberse vendido algunos libros, 14 días, 2 y 3 meses antes de presentarse la querella, es viable iniciar el proceso penal, ya que no ha operado el fenómeno de la caducidad. Concluye, por tanto, que la actuación injuriosa del sindicado no cesó con la sola publicación, sino que al parecer ha permanecido en el tiempo con la intervención del autor para que este libro permanezca en librerías en pública venta, manteniendo en todos sus efectos la vulneración al interés jurídico de la integridad moral de la víctima.

Inconforme con esta decisión el Sr. Piedrahita Aduén denunció penalmente al Juez *Uribe Porreta* ante el Tribunal Supe-

rior de Cartagena, por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, abuso de autoridad por omisión de denuncia y falsedad ideológica en documento público. Señala que el funcionario jurisdiccional profirió una providencia manifiestamente contraria a la ley al ordenar que se siguiera proceso en su contra por el delito de injuria, habiendo operado la caducidad de la querella. También sostiene que fue objeto de una serie de amenazas y agresiones verbales por parte del Juez, motivo por el cual este incurrió en el segundo delito denunciado. Adicionalmente estima que al haber sindicado el Juez Uribe Porreta de varios hechos punibles al Juez de primera instancia, sin denunciarlo, cometió el tercer delito citado, y finalmente, por haber afirmado en su providencia que a Piedrahita Aduén no se le pusieron de presente algunos documentos en su indagatoria, cometió una falsedad ideológica, ya que esta aseveración riñe con la realidad.

El Tribunal Superior ordenó iniciar indagación preliminar con el propósito de establecer la real concurrencia de estos hechos y determinar en consecuencia si los mismos ameritaban que se iniciara investigación penal. Precluída esta etapa y con fundamento en las pruebas allí practicadas, dictó auto cabeza de proceso, con lo cual se dio inicio el proceso penal contra el Juez denunciado. Posteriormente se acreditó su calidad de funcionario judicial y se le escuchó en indagatoria donde expresó que "la publicación de un libro no es la publicación de un diario, cuya circulación se agota el mismo día de la edición, por ello, es verdad que en materia de diarios este se edita y se lee el mismo día, pero tratándose de un libro es distinto ya que la fecha de su edición no es la de su circulación, y su agotamiento en las librerías no para allí, porque el autor puede poner en venta nuevos ejemplares, ampliando, repitiendo o reiterando las injurias en él contenidas.

Manifiesta que está convencido de su tesis, por lo cual el Juez de primera instancia equivocó el cómputo de la caducidad de la querella, pues no debió iniciar el mismo desde que finalizó la edición sino desde el momento en que el autor lo deja de poner en circulación.

Niega la falsedad ideológica que se le imputa, lo mismo que el abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. Con

respecto al abuso de autoridad por omisión de denuncia señala que en ningún momento ha tratado de hacer sindicación alguna al Juez de primera instancia, sino por el contrario, reconvenirlo de buena fe para sus futuras actuaciones en bien de la administración de justicia.

Agotada la etapa instructiva y presentados los alegatos del procesado, la parte civil y el Ministerio Público, el Tribunal Superior de Cartagena decretó cese de procedimiento en favor del Juez denunciado, por atipicidad de las conductas a él imputadas".

La Providencia de Primera Instancia:

Considera el Tribunal que la discrepancia se circunscribe al momento consumativo de los delitos de calumnia e injuria, más concretamente cuando las imputaciones deshonrosas se realizan a través de publicaciones por escrito, siendo a partir de este momento cuando debe iniciarse el cómputo del término de caducidad de la *querella*.

Aduce que con respecto a este punto no hay consenso, ya que para algunos el delito se materializa cuando se produce la lesión del honor, la honra, la dignidad etc. Para otros es indiferente que tal lesión se produzca, bastando que el agente haga la imputación deshonrosa, por ser un delito de mera conducta. Hay quienes estiman que es necesario que el agredido tenga conocimiento de la agresión.

Estima que el juez, para resolver el problema que se le planteaba, acudió a la interpretación que creyó más razonable y así se colige del contexto del proveído impugnado, de las explicaciones dadas en su injurada y de los argumentos que en apoyo de su tesis expresa con claridad en su alegato, en los que se evidencia que su decisión fue fruto de un análisis lógico de las normas imperantes, que está convencido de sus conclusiones y que su decisión no obedeció al capricho o a la mala fe.

Comparte el concepto de la Fiscalía, en el sentido de que si en verdad pudo el juez haber incurrido en un error de hermenéutica, no por ello reprochársele tal conducta como delictual, porque como lo ha sostenido la Corte, "La simple discordancia de interpretación de una norma no configura per se conducta delictiva siempre y cuando ella se ajuste a los principios generales del derecho y a las pruebas sometidas a consideración del funcionario".

Concluye que si bien la interpretación que hizo el juez de las normas se considera poco afortunada, no por ello se le puede considerar como incurso en el delito de prevaricato por acción, porque está convencido de que el alcance dado a las mismas es correcto y así lo ha venido sosteniendo en el curso del proceso, aclarando su posición y fortaleciendo sus argumentos. Agrega, que al existir controversia sobre el momento consumativo del delito de injuria, no puede decirse que se está en presencia de una manifiesta violación de la ley tal como lo exige el artículo 149 del C.P., para que se tipifique el prevaricato por acción.

En relación con la agresión verbal, que según el denunciante constituye abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, ocurrido cuando se encontraba en los corredores de edificio del Cuartel, donde funciona el Juzgado, el a-quo compartiendo el criterio de la Fiscalía, considera que para que se configure tal delito, debe realizarlo el empleado oficial con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, y dada la forma como relata el denunciante el suceso, el Juez no ejercía en el momento de la supuesta agresión su investidura, sino que era un simple particular, motivo por el cual es un acto ajeno a la función judicial y por ende, escapa a la competencia de la Corporación.

Respecto a la omisión de denunciar a la Juez Primera Penal Municipal, quien profirió el auto de primera instancia, "tal obligación está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trata", y si como lo afirma el procesado, no conlleva su censura advertencia alguna sobre comportamiento ilícito de la funcionaria, no puede deducírsele responsabilidad penal por omitir denuncia del mismo, por cuanto la expresión tener conocimiento empleada en el art. 153 del C.P., quiere decir tener conciencia, estar convencido, saber; y el no tener tal convencimiento lo exonera de la responsabilidad por la omisión que se reclama; sin que por otra parte conocimiento de tal naturaleza pueda colegirse de lo consignado en el respectivo auto.

Frente a la falsedad ideológica que se le imputa al procesado, afirma que tal vez por la cantidad de anexos con que contaban los autos (más de 30) y los pocos que se pusieron de presente al sindicado en su indagatoria (3 solamente) y ninguno en la ampliación de la misma, se generó una errónea apreciación del juez, sin que se advierta que la afirmación consignada en su proveído pudiera variar el resultado de la alzada, pues para establecer la existencia de la caducidad de la querella era indiferen-

te que al doctor Piedrahita se le hubiera puesto o no a reconocer dichos anexos, prueba que podía tener importancia para investigar la injuria de que se le acusaba, pero no para decidir al asunto sometido al conocimiento del Juez. De manera que no habiéndose probado el dolo, debe reconocerse la buena fe que alega el funcionario en cada una de sus intervenciones.

Finalmente concluye el Tribunal, que los comportamientos examinados no tienen el carácter de delictuales y por ende, la conducta no se tipifica dentro de ninguna de las descritas en el estatuto punitivo.

Fundamentos de la Apelación:

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, el apoderado de la parte civil recurrió en apelación. Inicia su escrito de sustentación aduciendo que lo que le preocupa es el delito de prevaricato, que según su convencimiento cometió el acusado.

Discrepa de los argumentos del Tribunal, por estimar que no se necesita de ninguna interpretación, ni esfuerzo mental, para entender, con la simple lectura del art. 313 del C.P. que el delito de injuria "nace a la vida jurídica cuando una persona hace a otra imputaciones deshonrosas y cuando, lógicamente dichas imputaciones llegan al conocimiento del afectado o de un tercero".

Posteriormente dice, que si se tiene en cuenta que no fue Piedrahita Aduén quien vendió ejemplares de su obra dentro del término de caducidad, debió el Juez del Circuito confirmar el cese de procedimiento que dictó el juzgado Primero Municipal, para que los afectados procedieran a presentar querella contra los vendedores.

Critica la providencia del Tribunal, porque debió tomar partido frente a la meridiana claridad del art. 313 del C.P. y específicamente en relación con el momento consumativo del delito de injuria, porque "solo si se determina que es clara dicha disposición, se verá palmario que el procesado violó la ley. Si se determina que no lo es, si se dice que hay que someterlo a interpretaciones, entonces la providencia de cese expedida por el Dr. Uribe Porreta tendrá validez".

Solicita a la Corte, que aceptando o no la tesis del procesado, siente jurisprudencia sobre el particular. "Es que lógico resulta que sin tomar

partido respecto del momento de la consumación del delito de *injuria*, tenga que absolverse al procesado, porque sin dicha partida desaparece la base principal en que se amparó la imputación por *prevaricato*". Finalmente estima que la Corte al decidir sobre el momento consumativo del delito, deberá determinar que la violación de la ley fue manifiesta y con graves consecuencias para Jorge Piedrahita Aduén.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, considera que se debe confirmar la providencia apelada, porque del estudio detenido de cada una de las conductas ejecutadas por el funcionario judicial se colige palmariamente que no se adecuan a ninguno de los tipos penales previstos en el estatuto punitivo, razón por la cual el cese de procedimiento proferido por el Tribunal resulta totalmente ajustado a los marcos normativos.

Luego de analizar detalladamente los hechos y las pruebas existentes concluye:

"En primer lugar es importante indicar que del contexto de la providencia cuestionada y de la manera como el imputado defendió su criterio en los diferentes momentos procesales, se deduce claramente que ella obedeció en buena parte a la confusión conceptual del funcionario en punto del momento consumativo de los delitos contra la integridad moral".

Señala que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria coinciden en afirmar que el perfeccionamiento de estos delitos se presenta en el momento en que el hecho deshonesto es conocido por el sujeto pasivo, lesionándose de esta manera su honor, o cuando se divulga la imputación al público en general, lo que ordinariamente se conoce como difamación; esto con relación a la injuria directa. Cosa distinta son las injurias indirectas, que puede cometer el vendedor del libro en que se consignan, cuando con conocimiento de ello y con la intención de lesionar el honor ajeno, distribuye al público los ejemplares. Concluye que "El autor del libro cometió el hecho punible cuando lo colocó en circulación y los diferentes vendedores cada vez que realizaron el contrato de compraventa, siempre y cuando existiera un dolo directo dirigido inequívocamente a lesionar el patrimonio moral de los querellantes".

Agrega que la tesis expuesta por el Juez acusado en la providencia, es a todas luces equivocada de acuerdo con la doctrina imperante sobre

la materia, sin embargo, no es suficiente este error de hermenéutica para deducirle responsabilidad, ya que si bien existe una posición mayoritaria sobre el asunto, no es posible desconocer que este aspecto no ha sido objeto de un total consenso y por ende, es motivo de controversia en la práctica judicial del país. Cita las estimaciones de los diferentes sectores con respecto al tema debatido y concluye que no cabe duda de la falta de claridad jurídica del acusado, pero a pesar de ello, es tan hiperbólico y evidente el error interpretativo del funcionario en este caso, que se colige sin mayor esfuerzo la ausencia de dolo orientado a vulnerar la legalidad en que se fundamenta el ejercicio de la función pública. Hace referencia a la abundante jurisprudencia del la Corte frente a este tipo de errores interpretativos de los jueces.

Estima, que el juez realizó una serie de inferencias lógicas para llegar a una conclusión equivocada, de las cuales se muestra totalmente convencido, tal como lo ha expresado reiteradamente, por ello no obró con culpabilidad dolosa, ya que la magnitud del equívoco y la manera como defiende y sustenta su tesis, hacen pensar que no tuvo intención de violar la ley, sino de proponer una solución alternativa, aunque errada.

Considera necesario precisar que el requerimiento del impugnante es sofístico cuando condiciona la presunta ilicitud del Juez al criterio que se adopte sobre el momento consumativo de la injuria, porque aún en el caso de acogerse una posición substancialmente distinta a la del procesado, no por ello se podría concluir que este ha cometido el delito de prevaricato, ya que el punto es susceptible de controversia jurídica. En consecuencia sostiene que el funcionario no incurrió en el punible previsto en el art. 149 del C.P.

Acorde con el criterio del Tribunal, considera que la agresión verbal del Juez, de haber existido, no se cometió por el acusado en ejercicio de sus funciones o excediéndose en ellas, y por ende su comportamiento no se adecua al punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto. Igualmente resulta acertado excluir la ilicitud de la imputación por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, pues es evidente que el procesado en ningún momento consideró que su inferior funcional hubiera cometido algún hecho punible, limitándose a censurar la decisión de la Juez Municipal previo un análisis crítico, lo cual es totalmente admisible en un sistema procesal basado en el principio de la doble instancia.

Finalmente considera aceptable la solución del Tribunal, cuando señala que la conducta del Juez no es constitutiva del delito de falsedad documental, porque simplemente se trata de un error de apreciación. Concluye que no habiéndose probado el dolo, deberá reconocerse la buena fe del procesado, aceptando las explicaciones que sobre este punto suministró en sus alegatos.

Consideraciones de la Sala:

Tal como se precisó, la denuncia se contrae a que el doctor *Luis Eduardo Uribe Porreta*, Juez Quinto de Instrucción Criminal de Cartagena para la época de los hechos, incurrió en los presuntos delitos de prevaricato por acción, abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, abuso de autoridad por omisión de denuncia y falsedad ideológica en documento público.

En esie orden de imputaciones tenemos:

1o. Emerge de las pruebas recaudadas por la investigación que el Juez acusado mediante auto del 15 de febrero de 1989, revocó la cesación de procedimiento proferida por el Juzgado Promiscuo Penal Municipal de Cartagena, por estimar que el momento consumativo del delito de injuria es aquel "en que el sujeto hace la imputación falsa y esta puede hacerse por medios idóneos para la divulgación del pensamiento, siendo uno de estos la edición de un libro cuya publicidad y distribución se pone al alcance de innumerables personas su contenido". Entendió el funcionario que en cada ocasión en que se vende un ejemplar del libro se agota el tipo penal del art. 313 del C.P. y desde ese momento debe computarse el transcurso del término para estimar la caducidad de la querella. Con base en esta tesis, consideró que por haberse vendido algunos libros 14 días, 2 y 3 meses antes de la querella, no se había operado el fenómeno de la caducidad y por ende era viable iniciar el proceso penal, por cuanto la actuación injuriosa del sindicado no cesó con la sola publicación sino que al parecer ha permanecido en el tiempo con la intervención del autor para que permanezca el libro en venta, manteniendo en todos sus efectos la vulneración del interés jurídico de la integridad moral de la víctima.

Como quiera que la discrepancia se circunscribe al momento consumativo del delito de injuria cuando se realiza a través de publicaciones, para precisar, a partir de cuando se debe iniciar el cómputo del término de caducidad de la querella, la Sala estima conveniente referirse previamente a tal aspecto.

"...La Corte ha sostenido que estos delitos se consuman de manera instantánea en el sitio en que la especie calumniosa e injuriosa se hace pública, porque es allí donde se ataca la integridad moral del querellante..." (Auto diciembre 3 de 1980 que reiteró providencia de diciembre 4 de 1978).

Frente a tales precisiones, se concluye que el hecho punible se consuma en un solo acto, que para el caso concreto no es otro que aquél en que la especie injuriosa se hace pública, es decir, cuando se difunde o se divulga, porque es en ese momento cuando se pone en peligro en bien jurídico tutelado.

La situación de quien hace la imputación deshonrosa a través de un escrito es distinta de la de quien posteriormente utiliza ese documento para de manera dolosa, lesionar la integridad moral de alguna persona. Para el primero, la conducta delictiva se perfecciona cuando hace conocer el escrito que contiene la imputación calumniosa o injuriosa, sin que importe para esos efectos cuántos ejemplares divulgue a cuántas personas llegue la información y el momento en que cada una se entere. Para el segundo, incurrirá en delito cada vez que con el propósito inequívoco de injuriar o calumniar utilice uno o varios ejemplares, bien sea vendiéndolos, obsequiándolos, etc.

Al distribuidor o expendedor de libros o cualquier otro tipo de publicación, que eventualmente contenga un atentado contra la honra de alguien no se le puede responsabilizar por la conducta del autor, ni de sus ventas depende el perfeccionamiento del delito o la oportunidad para presentar la querella.

Así las cosas, resulta imperativo concluir, que la providencia del juez denunciado, en la cual considera que la querella no ha caducado porque el autor del libro comete delito cada vez que se vende un tomo, resulta a todas luces equivocada, pues no hay duda de la falta de claridad jurídica del funcionario sobre los puntos referidos.

Sin embargo, no es posible condicionar la presunta ilicitud del funcionario acusado, a la posición substancialmente distinta que ha adoptado la Sala sobre el momento consumativo de la injuria, como lo pretende el impugnante, puesto que para concluir que este ha cometido el delito de prevaricato, no basta que la decisión final a la que llegó luego de realizar algunas inferencias haya resultado equivocada, ya que el punto es

susceptible de controversia jurídica y en consecuencia admite interpretaciones de diversa índole, como ocurre en la práctica judicial del país, aspecto que no se puede desconocer para deducirle responsabilidad penal al funcionario, que se muestra totalmente convencido de su tesis, tal como lo ha expresado reiteradamente en sus distintas intervenciones procesales, lo que permite concluir que no obró dolosamente, pues su intención no fue violar ostensiblemente la ley, sino proponer una solución alternativa, aunque errada.

Considera la Sala acertados los argumentos planteados tanto por la instancia, como por el Colaborador Fiscal, para llegar a la conclusión evidente de que no existe en todo lo anterior conducta punitiva, pues en verdad la Corte en abundante jurisprudencia ha fijado su posición frente a los errores interpretativos de los jueces, en el sentido de que estos, "no incurren en el delito de prevaricato por el solo hecho de apartarse de los puntos de vista mayoritarios con respecto a una situación debatida, siempre y cuando el fallador fije su criterio con ánimo de aplicar rectamente las disposiciones legales, porque en atención al carácter personal y por tanto subjetivo de la tarea hermenéutica, es fácilmente comprensible que con respecto a un mismo asunto, puedan darse soluciones diversas, bien porque se tomen distintas fuentes hermenéuticas o bien porque se difiera en el método interpretativo que se escoge".

En consecuencia, la determinación del Tribunal tiene fundamento legal cuando sostiene que la decisión del funcionario denunciado, por no ser manifiestamente ilegal, el comportamiento endilgado resulta atípico frente al prevaricato por acción consagrado en el artículo 149 del Código Penal.

2o. En lo atinente al punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, que el denunciante radica en una agresión verbal de la que dice haber sido objeto, como acertadamente lo sostiene el Tribunal a-quo, y lo considera el señor Procurador Delegado, de haber existido tal agresión, no constituye un acto cometido en ejercicio de sus funciones o excediéndose en ellas, por lo cual su conducta no es constitutiva de tal hecho punible. El apoderado de la parte civil, limita su alegación al problema del prevaricato por acción, antes analizado, lo que permite inferir que no tiene objeción sobre este punto, ni sobre los que se decidirán a continuación.

3o. Respecto de la imputación por el delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, las consideraciones del Tribunal, que compar-

te el Ministerio Público, resultan igualmente acertadas, pues es evidente que el doctor *Uribe Porreta* estimó que el comportamiento de su inferior jerárquico no era ilícito, sino equivocado, razón por la cual no estaba obligado a denunciar un hecho que en su criterio no era constitutivo de delito alguno.

4o. La Sala, comparte igualmente los argumentos del Tribunal frente a la falsedad documental que el denunciante le endilga al Juez acusado. En primer término resulta aceptable que se trata de un error de apreciación como consecuencia del gran número de anexos repetidos, que obraban en el expediente. En segundo lugar es evidente que la afirmación consignada en el proveído cuestionado, no podía variar el resultado del recurso de apelación, puesto que para establecer la existencia de la caducidad de la querella, era indiferente que al doctor Piedrahita se le hubiera puesto o no a reconocer los referidos anexos, prueba que podía tener incidencia en cuanto a la investigación del delito de injuria de que se le acusaba, pero no en la decisión del asunto sometido al conocimiento del *ad-quem*.

Finalmente, no habiéndose probado el dolo en la conducta del juez, lo lógico es reconocerle la buena fe que aduce en las explicaciones que suministró en el curso de la investigación.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para concluir que las decisiones adoptadas por el Tribunal se ajustan a derecho, por lo que oído el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se procederá a la confirmación de la providencia recurrida.

La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Confirmar el auto impugnado.

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.

Rafael Cortés Gurnica, Secretario.

TERMINO - Ampliación

El suceso que afecta el libre discurrir de la parte afectada, ha de tener importancia y gravedad, de tal manera que, de no haber existido, la perturbación no se hubiere producido.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 0019. Casación No. 6865

Vistos:

Resuelve la Corte sobre la solicitud de prórroga del término para presentar demanda de casación, presentada por la recurrente, conforme a lo dispuesto por el artículo 169 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte:

1. Tres son los requisitos exigidos por el art. 169 del ordenamiento procesal para que los términos legales o judiciales puedan ser prorrogados: deben ser solicitados por quien tenga calidad de parte dentro del proceso, la petición ha de formularse antes de su vencimiento y la causa que la motiva debe ser grave y justificada.

Sobre lo primero baste señalar que, genéricamente, pueden beneficiarse de esta ampliación, el representante del Ministerio Público, la Parte Civil si la hubiere, el procesado y su defensor.

En lo que se refiere al factor temporal, ha de tenerse en cuenta que el pedimento debe hacerse antes del vencimiento señalado por la ley o, en

su defecto, por el juez, entendiéndose la última hora hábil del último día, salvo que la ley disponga otra cosa, atendiendo además, la suspensión de los términos por vacancia judicial, festividades, fines de semana, o por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, como cese obligado de actividades por siniestros, violencia, paros, o tareas judiciales que por su complejidad o volumen, ameriten la interrupción.

2. La causa grave o justificada, por su parte, tiene un carácter excepcional, como quiera que los distintos sujetos procesales gozan, por ministerio de la ley, de igualdad de oportunidades para defender sus intereses, lo cual significa que cada quien ha de gozar del tiempo necesario para exponer sus razones, solicitar pruebas y hacer valer los fundamentos favorables que de ellas se desprendan.

Sin embargo, cuando esta armonía corra el peligro de verse afectada al sufrir uno de los sujetos procesales un tropiezo mayúsculo que le impida cumplir con eficacia su labor, la ley permite, en guarda de la equidad que gobierna el proceso y de la justicia que es su razón última, una extensión de los términos. Con ello no busca favorecerlo sino restablecer el equilibrio e impedir que una causa extraproceso favorezca indebidamente a las demás partes, y provoque la distorsión del fallo consiguiente.

Obvio resulta concluir que el suceso que afecta el libre discurrir de la parte afectada, ha de tener importancia y gravedad, de tal manera que, de no haber existido, la perturbación no se hubiere producido. Si de cualquier manera existió la posibilidad de contrarrestar sus efectos, o por lo menos aminorarlos, la diligencia de la parte afectada suple el problema y desaparece la necesidad del remedio procesal.

Una última acotación. El escollo alegado no ha de ser imputable a la parte; ha de ser por completo ajeno a ella. Por tanto, su negligencia, su incapacidad, su lenidad, o su irresponsabilidad, no pueden ser avalados con una prórroga que de suyo se convertiría en un indebido favorecimiento, que coadyuvaría a desconocer el principio de lealtad que regenta la intervención de las partes en el proceso.

3. Este último requisito no es cumplido por la memorialista. Aunque recibió poder para representar al procesado en sede de casación y solicitó la prórroga antes de vencerse el término que le concede la ley para presentar la respectiva demanda, la gravedad y justificación de dicho pedimento no se encuentra demostrado.

Obsérvese.

Como fundamento jurídico de la petición, la profesional del derecho llama la atención sobre el ejercicio que de su propia defensa hizo el procesado y pone de relieve la carencia de asesoría jurídica. Además, considera que "aparentemente" se violó el principio del *non bis in ídem*, por un fallo que produjo la Jurisdicción de Orden Público, y es por ello que requiere de la *Sala* su incorporación al proceso.

Como bien puede observarse, los motivos aducidos son por completo ajenos a las preceptivas señaladas en precedencia. En vez de procurar el señalamiento de los hechos que le impidieron presentar la respectiva demanda de casación, se dedica a señalar una posible violación al derecho de defensa y al principio del *non bis in ídem*, temas que pertenecen al medio extraordinario que invocó, pero que en nada justifican una prolongación de los términos, puesto que aquí se debe mirar es su situación personal y la imposibilidad de cumplir con su deber en el tiempo acordado por la ley.

Además, solicita en forma improcedente la apertura de un período probatorio, extraño al instituto, al pedir que se allegue al proceso copia de una actuación judicial, la cual habrá de tenerse en cuenta cuando se resuelve el recurso, el cual entiende no como la forma de establecer si el fallo judicial de segunda instancia se ajusta a la ley, sino como una instancia más, en la que nuevas pruebas han de cambiar el curso de la decisión.

Así las cosas, huérfano de argumentos que demuestren la necesidad de extender los términos para presentar el libelo substentatorio del recurso interpuesto, el escrito ha de ser rechazado y, en consecuencia, el recurso habrá de declararse desierto.

4. De otra parte, como quiera que en memorial visible a folios 38 y 39 del cuaderno de la *Corte*, el acriminado *Ricardo Talero Cruz* alude a la comisión de hechos irregulares por parte del señor Juez Primero (1o.) Penal del Circuito de Cali, *Dr. Victor Flower Ortiz Mongui*, en la tramitación del presente negocio, se ordena la expedición de copias por la Secretaría de la *Sala* con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para que realice la investigación de rigor.

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

Resuelve:

1. *Denegar* la solicitud de prórroga de términos solicitada por la apoderada del acriminado, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte motiva de este proveído y, en consecuencia, declarar desierto el recurso impetrado.

2. *Ordenar*, por la secretaría de la *Sala*, la expedición de copias con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, a fin de que se investiguen las denuncias formuladas por el procesado en contra del *Dr. Víctor Flower Ortíz Monguí*, Juez Primero Penal del Circuito de Cali, en razón de este proceso.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Coriés Carnica, Secretario.

CONTRAVENCION \ RECURSO EXTRAORDINARIO

La variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito de los recursos extraordinarios.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veinte de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 19. Revisión No. 4727

Vistos:

Ingresan las diligencias para que decida la Corte el recurso extraordinario de revisión interpuesto mediante apoderado por el sentenciado *Gustavo Adolfo Prada Ortega*, quien resultara condenado como responsable de un delito de fraude mediante cheque.

Hechos:

Al Juzgado Veinte Penal Municipal de Bogotá correspondió conocer de la denuncia formulada por la señora Lilia Gutiérrez en contra del individuo *Luis Carlos Forero*, a quien imputó el giro del cheque 1306982 contra el Banco de Bogotá por valor de $8.000.oo, instrumento que emitido a favor de *Gustavo A. Prada Ortega* y formalmente transferido a la quejosa, se negó el librado a cancelar a su presentación.

Abierta la investigación y vinculado a ella *Luis Carlos Forero*, su excusa radicó en que luego de haber hecho entrega del instrumento discutido con otro más al abogado *Prada Ortega* para atender una obligación pen-

diente, fue llamado por el beneficiario y enterado sobre el extravío de esos documentos, motivo por el cual debió girar dos cheques más en su reemplazo, advirtiéndole al Banco que los primeros quedaban sin valor, exhibiéndole al Juzgado un recibo extendido por *Prada* y autenticado ante Notario, en que éstas circunstancias se advertían.

Como efectivamente *Gustavo Adolfo Prada* endosaba el cheque aportado por la denunciante, instrumento entregado a ésta por un tercero pero para atender el pago de una deuda que comprometía al propio abogado, sin éxito se intentó su vinculación mediante injurada, diligencia que suplida por la de su emplazamiento permitió el enjuiciamiento y posterior condena de *Prada Ortega* a la pena principal de seis meses de prisión, obligándosele al resarcimiento de perjuicios, tasados en la suma de dieciocho mil pesos.

El defensor de oficio del ausente intentó el recurso de alzada, pero omitida su sustentación, hizo cobrar al fallo su ejecutoria.

Demanda y Actuación:

1.- Haciendo la presentación de los hechos que motivaron el debate, el actor sostiene la inocencia del rematado *Prada Ortega*, afirmando que el cheque por cuya transferencia irregular se le condena le había sido sustraído, razón de peso para inferir su ajenidad frente al punible imputado.

Pese a lo anterior y cuando concreta la causal de revisión en que se funda la demanda, añade el recurrente que el proceso se adelantó no obstante que la acción no podía iniciarse por tratarse de un cheque postfechado, pero tampoco proseguirse porque oportunamente se acreditó que el importe del título había sido satisfecho, de modo que al desconocer el juzgador estas evidencias, no solamente dio lugar al adelantamiento de un proceso viciado, sino a que el proferimiento de la condena se produjera *"a través de un acto delictuoso del juez"*, rematando con solicitud para que la Corte declare que ese fallo es nulo, y como consecuencia inaplicable tanto por hallarse afectado de vicios procesales, como por provenir de un acto criminal del funcionario que adelantó del proceso.

En nuevo escrito presentado luego de que la Corte declarara admisible la demanda, concretó el actor que la causal invocada era la segunda del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, que a su juicio debería estudiarse de preferencia a cualquiera otra que se hubiese previamen-

te alegado, añadiendo que la acción se había adelantado no obstante la operancia de la prescripción de la acción, producida de acuerdo con la Ley 2a. de 1984 y de la cuantía de fraude denunciado.

2.- Para la etapa probatoria solicitó el actor que se tuvieran como elementos de juicio tanto los que hacían parte del proceso cuya revisión intenta, como la versión testimonial de la señora Blanca Marina Ospina Várela a quien se atribuye la entrega material del cheque a la denunciante. En esa oportunidad insistió el actor en que su recurso apuntaba principalmente al reconocimiento de la prescripción de la acción, solicitud en la cual insistió posterior y directamente el procesado.

3.- Pese a las dificultades que registra la actuación, logró efectivamente escucharse el testimonio de la señora Ospina Várela, y tras el conocerse el alegato final del recurrente, quien mediante la intervención de un nuevo apoderado varió en su alegación de fondo parcialmente el enfoque original de la demanda, pues si bien es cierto que insistió en la prosperidad de la revisión porque a su juicio la acción penal seguida en contra de *Prada Ortega* no se debió iniciar ni adelantar, los motivos se modificaron para sostener ahora que al acusado ni siquiera se le debió vincular al proceso porque en su contra no mediaban cargos como autor o partícipe del hecho, y porque además los cheques habían sido emitidos a postdata. Como si todo ello fuera poco, el título valor resultó pagado antes de que se produjera la sentencia de instancia.

Consideraciones de la Sala:

Hallándose en trámite la presente acción de revisión, sancionó el Gobierno Nacional la Ley 23 de 1991, en cuyo artículo 17 se derogan varias de las disposiciones del Código Penal, se modifican otras y se convierten en contravenciones de policía conductas tenidas hasta entonces como delitos.

Una de aquellas modificaciones alcanzó el artículo 357 del Código Penal, transformando en contravención la emisión o transferencia de cheque impagado por insuficiente provisión de fondos o por injustificada orden de no pago, siempre y cuando su importe no supere los diez salarios mínimos mensuales, comportamiento que calza con el atribuido al recurrente y que sirvió de fundamento a su condena, porque el importe del instrumento que reclama la quejosa no alcanza el valor en salarios mínimos, sea consultado el que regía a la fecha de los hechos, ora el que rige a la vigencia de la modificación legal. (aparte 15 del artículo 1o de la Ley 23 de 1991).

Refiriéndose a la competencia, el Decreto 800 de 1991 reglamentario de la aludida ley la atribuyó para el conocimiento de "las actuaciones y procesos" a los Inspectores de Policía, y a falta de éstos a los Alcaldes en la primera instancia, y a los últimos, según el caso, o a los Gobernadores, para el conocimiento de la alzada, fijando nuevos ritos que derogando expresamente las disposiciones pertinentes de la Ley 2a. de 1984 y el capítulo XII del Decreto 522 de 1971, preveen la remisión de las actuaciones en curso a los nuevos despachos competentes, con la sola salvedad de que los trámites hasta allí cumplidos quedarán a salvo, sin llegar a variar para nada la competencia de la Corte con relación a la acción de revisión, ni prever las consecuencias del tránsito de normas en lo atinente a esta impugnación extraordinaria.

Como de lo visto se infiere que no se limitó el legislador a señalar un simple cambio de procedimientos, en cuyo caso operarían las previsiones del artículo 40 de la ley 153 de 1987 obligando a concluir los ya iniciados bajo el rito dentro del cual se impulsaron, ni al señalamiento de nuevas competencias que impusieron su traslado a los despachos que reciben ahora el conocimiento, la variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja para el caso en estudio consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito del recurso extraordinario a decidir, para cuya definición pierde la Corte facultades, pues es conocida la doctrina de la Sala según la cual "*...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 385 del Código de Procedimiento Penal anterior, como el 233 del nuevo estatuto, exigen que el actor determine de manera concreta en la demanda, "el delito o delitos que han dado motivo al recurso" y, el hecho o hechos punibles que motivaron el proceso y fallo, como la pena que se 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 solamente los delitos sino también las contravenciones. Y precisamente el legislador excluyó éstas úl-

> timas entidades delictivas 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". (ctr. auto de julio 22 de 1987, Magistrado Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas).

Guardadas las proporciones, la situación presente se asemeja entonces a la ocurrida frente al delito de contrabando, despenalizado mediante Decreto 1750 de 1991 que varió su naturaleza a la de falta administrativa, caso en el cual dijo ya la Sala frente al recurso de revisión que de tal despenalización relativa derivaban

> "...no solamente las anejas consecuencias propias de la favorabilidad del nuevo tratamiento que como infracciones administrativas reciben...y que se hacen ajenas a esta sede, sino además la incompetencia que aquí se anuncia, surgida para que la Corte entre a definir el recurso de revisión materia de pronunciamiento, pues si de éste tránsito emerge el cambio de 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 demanda el impugnante, pues redundando el tránsito de normas en pérdida de la competencia, cobra ésta fuerza de aplicación inmediata" (Sala de Casación Penal, noviembre 29 de 1991, Magistrado Ponente Juan Manuel Torres Fresneda).

Análisis parejo hizo también la Corte al descontar la procedencia del recurso de casación como consecuencia de esa variación normativa (Auto de diciembre 10 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia), y al abstenerse de desatar conflictos de competencia respecto de infracciones ahora de naturaleza contravencional (Auto de julio 19 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), añadiendo en ésta última ocasión que por disposición expresa del artículo 28 transitorio de la nueva carta política, los hechos punibles sancionados actualmente con pena de arresto continuarían bajo la competencia de las autoridades de policía "mientras se expide la ley" que la atribuye a la autoridades judiciales.

La variante que para el caso presente se ofrece, implica justamente esa pérdida de competencia, sin que proceda siquiera la remisión del asunto a definición por parte del Tribunal Superior de Bogotá, porque al derogar el artículo 17 de la Ley 23 de 1991 el capítulo XII del Decreto 522 de 1971, dejó también sin operancia el artículo 103 que consagraba la acción de revisión para contravenciones, acción que las nuevas disposiciones no consagran.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, se *abstiene* de desatar el recurso de revisión interpuesto dentro del presente asunto, disponiendo en su lugar regrese el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

PENA \ PATRIA POTESTAD - Suspensión

Para establecer su conducencia se debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 015 (12 feb./92). Radicación No. 6036

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de diciembre de 1990, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó a *Ramón Hernández Ibañez Vergel* a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

En Cúcuta (N. de S.), comenzando la noche del 18 de septiembre de 1989, Ramón Hernán Ibañez Vergel y Joaquín Carrascal Yaruro tuvieron una discusión. El primero de ellos fue hasta su casa y aproximadamente a los 20 minutos regresó y disparó dos veces sobre Carrascal Yaruro, causándole la muerte. La policía capturó casi de inmediato al autor del homicidio.

El Juzgado 16 de Instrucción Criminal de la mencionada ciudad llevó adelante la investigación, que calificó el 24 de noviembre con resolución acusatoria por el susodicho punible (fls. 204 y ss.), pasando luego el proceso al Juzgado 2o. Superior, que, celebrada la audiencia pública, dictó sentencia el 29 de agosto de 1990, por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó al acusado a la pena principal de 10 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y

suspensión de la patria potestad, y al pago de los perjuicios (fls. 289 y ss.), fallo que fue confirmado enteramente por el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el defensor (fls. 7 y ss. -2).

La Demanda:

Dos cargos dirige a la sentencia el actor, con base en el cuerpo primero de la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

1.- Violación directa, por falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, porque el sentenciador, admitiendo que momentos previos al homicidio el procesado y la víctima tuvieron una "riña o reyerta", y que el primero fue, en consecuencia, objeto de un "comportamiento grave e injusto" proveniente de Carrascal Yaruro, omitió el reconocimiento de la atenuante "por ira" prevista en el citado artículo. "El fallador no se preguntó cuál era el estado anímico del procesado", anota el censor.

2.- Violación directa, por aplicación indebida, del artículo 42 del Código Penal, al condenar al acusado a la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, y señala:

"La patria potestad es definida por la ley como el conjunto de derechos que recaen sobre los padres en su relación con los hijos no emancipados, de donde se deduce que su suspensión como pena accesoria debe estar íntimamente relacionada con el comportamiento delictivo investigado, que a su vez sea atentatorio de las relaciones de parentesco que sustentan la patria potestad, sin que sea posible predicar su aplicación indiscriminada y arbitraria por parte del juzgador".

Y concluye: "Por ello se impugna esta decisión, en la medida en que la suspensión de la potestad, surge como algo inmotivado y desarticulado dentro del contexto del proceso y de la misma lógica punitiva. El Juzgador, en este caso, no tuvo en cuenta cuántos hijos tiene el procesado, ni la edad de éstos, ni relacionó el comportamiento criminal de Ibáñez Vergel con la institución familiar para establecer el desquiciamiento de las relaciones parentales que ameritan la imposición de esta pena accesoria" (fls. 30).

Pide, pues, que se case el fallo, y si prospera el primer cargo, se reconozca al procesado la diminuente, y si sale avante el segundo, "se disponga que no hay lugar a la imposición de tal pena accesoria".

La Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal glosa de entrada: "los cargos que conforman la demanda contra la sentencia, no pueden ser atendidos, lo cual, sin embargo, no obsta para que oficiosamente, conforme al segundo aparte del artículo 227 del C. de P.P., se decrete la casación, a fin de que el pronunciamiento se profiera conforme a derecho, de acuerdo a las razones que en adelante se consignarán".

Renglón seguido, realiza un análisis de fondo del primer cargo, para concluir: "No se trató entonces, de que el sentenciador hubiera reconocido en sus elementos formativos el fenómeno jurídico en referencia y dejado de aplicar la norma sustantiva que lo consagra (art. 60 C.P.), sino de una franca ausencia del mismo, que lo relevaba por completo de considerarlo. Estas todas, las razones para que el Ministerio Público se oponga a la casación propuesta en este cargo" (fls. 48).

En cuanto al segundo cargo, advierte que la pena accesoria se impuso de manera "inmotivada y desarticulada", según expresión del casacionista, falta de motivación que no debió proponerse por la vía de la causal primera sino con base en la nulidad", por desconocimiento de uno de los aspectos esenciales del debido proceso, porque las penas accesorias también son parte del fallo y su imposición se apoya en valoraciones que las partes procesales tienen derecho a conocer... Su imposición debe sujetarse, dentro de las pautas generales del artículo 61 del C.P., a la evaluación de las circunstancias fácticas y jurídicas que la hagan procedente, aún con la discrecionalidad otorgada al Juez por el artículo 52 del mismo estatuto, facultad ésta que, como bien lo precisa el actor, excluye la arbitrariedad y el capricho.

Respalda el remedio de la nulidad solicitada con jurisprudencia, y demanda finalmente, "casar la sentencia impugnada declarando oficiosamente su invalidez, para que se reponga con el lleno de las exigencias y garantías del derecho".

Se Considera:

1.- *Cargo segundo y nulidad solicitada por la Delegada:*

Como se dijo con anterioridad, el actor afirma que se violó directamente el artículo 42 del Código Penal, al imponer el sentenciador la pena

accesoria de suspensión de la patria potestad, ya que en el presente caso esa pena ninguna relación tiene con el delito cometido ni con la personalidad que mediante él reflejó el procesado, razón por la cual estima esa condena "indiscriminada y arbitraria", y, en consecuencia, indebidamente aplicada.

Pues bien: se dijo al respecto en la sentencia de primera instancia: "Así mismo se debe condenar a Ibáñez Vergel a la interdicción de derechos y funciones públicas y a la suspensión de la patria potestad por un tiempo igual al de la pena principal (arts. 42,44,50,52,55 C.P.)" fls. 300 y 301 del cuaderno No. 1-.

Y el Tribunal por su parte consignó a dicho propósito: "El Juzgado le dedujo sanción privativa de la libertad de prisión de 10 años, que aparece graduada con acierto, atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos, así como a los lineamientos criteriológicos de orden jurídico plasmados en el artículo 61 del Código Penal. *Idéntica pregonación cabe hacer respecto de las incorporales de ley*" (fls. 16 2. Se subraya).

De dicho texto, y especialmente de la parte subrayada, despréndese que el fallador estimó que ambas accesorias (la de interdicción y suspensión de la patria potestad) accedían *inexorablemente* a la pena principal privativa de la libertad, y, por tanto, *por disposición legal* debían deducirse, sin que por ello fuera necesario motivar su imposición, cuando, como lo plantea el actor, si bien ello ocurre en tratándose de la interdicción de derechos y funciones públicas, no cabe predicar cosa semejante en relación con las demás penas accesorias. Al respecto, dispone el artículo 52 del Código Penal:

> "Penas accesorias a la de prisión. La pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61".

La Sala abordó del siguiente modo la naturaleza y proyección de la referida pena accesoria:

"...esta pena de carácter accesorio (art. 42.5 C.P.), no es de obligada aplicación en todo caso de condena, pues con toda claridad el artículo 52

(ibídem) al disponer que 'la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal', agrega: 'Las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61' (Sin subrayar en el texto).

"Como se ve, se acogió en relación con esta pena el criterio expuesto por el comisionado doctor Luis Enrique Romero Soto, cuando se discutió el proyecto de Código Penal de 1974: 'También quiero manifestar, como lo hice en relación con otras penas, que ésta no se justifica en todos los casos, pues me parece excesivo que por el solo hecho de que un individuo cometa un hecho legalmente descrito, se le condene a la privación de la patria potestad. Existen, en efecto, acciones delictuosas que nada o muy poco tienen que ver con la patria potestad, como en el fenómeno de los delitos políticos. Por lo anterior, estoy de acuerdo con la pena, pero debe dejarse al Juez una pauta para que la aplique solo en aquellos casos en que se justifica, como sería en el caso del delito de incesto para poner un ejemplo'.

"Así las cosas, es al Juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad; para establecer la conducencia de esta sanción, debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena: si éste revela en su autor una personalidad o comportamiento que permita inferir que sus hijos menores pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro cualquiera de sus derechos (art. 44 Constitución Nacional), procede la aplicación de esta pena accesoria. Fuera de la hipótesis anterior, dentro de la cual no cabe la conducta del procesado, ella no es pertinente..." (Sentencia de segunda instancia. Enero 29 de 1992, Mag. Pte. Dr. Guillermo Duque Ruíz).

De ahí que acierte el casacionista al impugnar la manera "automática" como en este caso el Tribunal aplicó esa pena: "Conforme al sistema punitivo colombiano -dice- las penas se clasifican en principales y accesorias y dentro de estas últimas, unas son de aplicación rigurosa ante la imposición de una pena principal, como ocurre con la interdicción de derecha y funciones públicas en relación con la pena principal de prisión; al tiempo que otras se imponen en forma discrecional por el Juzgador, siguiendo los criterios de regulación punitiva que la misma ley le señale, dentro de las cuales se encuentra la denominada suspensión de la patria potestad" (fls. 30).

Entonces, surge claro que el Tribunal erró al considerar que la imposición de esa pena accesoria era imperativa, equivocación respecto de la ley (por ello está bien invocada la violación directa de la misma) que lo condujo a aplicar indebidamente el precepto substancial (art. 42-5 C.P.); de otro lado, el censor ha logrado demostrar a la Corte que en el presente caso esa pena no se torna necesaria, por "no estar íntimamente relacionada con el comportamiento delictivo investigado, que no es atentatorio de las relaciones de parentesco que sustentan la patria potestad".

Efectivamente, nada se extrae del proceso para postular que es necesario suspenderle al acusado el examinado derecho (que según el expediente sólo tiene en relación con su hija Zoraida, de 14 años de edad para la época de los hechos), ya que el delito por el cual se le condenó no ofrece características particulares de gravedad que revelan una personalidad perniciosa para su hija menor o afecte seriamente y frente a ella su imagen de padre. No está de más señalar aquí que, según el expediente, el procesado no tiene ningún antecedente penal.

Prospera en esas condiciones el cargo. Por ende, previa casación del fallo, se dictará el de reemplazo, suprimiendo dicha pena accesoria.

Por lo expuesto hasta aquí, emana claro que como el fallador interpretó equivocadamente la ley, llevándolo ese error a aplicar indebidamente el precepto substancial (art. 42 C.P.), la vía correcta para impugnar en casación era la directa, causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (artículo 15 Decreto 1861 de 1989), seleccionada atinadamente por el casacionista, y no la nulidad, como lo propuso la Delegada, a la que, de consiguiente, no se accederá.

La nulidad aducida podría presentarse en el caso de que el juzgador entendiendo acertadamente que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad es de imposición potestativa y no obligatoria, la aplicara sin motivación de ninguna naturaleza, lo cual, como ya se analizó, no ocurrió en el caso sub-judice.

2.- *Cargo primero:*

Se contrae el mismo a la violación directa del artículo 60 del Código Penal, por falta de aplicación, argumentándose al respecto que la víctima hizo objeto al procesado de "una agresión (verbal) grave e injusta", consistente en que "me mentaba la madre y me decía vos si que sois bonito

hijueputa, ahora te voy a matar"; y señala el casacionista que, así, "nada se opone a entender la magnitud de la ofensa proveniente de Carrascal Yaruro contra Ramón Hernán Ibáñez Vergel, esto es el comportamiento ajeno generante del quebranto emocional..." (fls. 29), reprochándole al Tribunal que "no se haya pronunciado sobre tan importante aspecto".

La Sala observa, de entrada, que, al alegar de dicho modo, el actor *parte de un supuesto de hecho rechazado por el fallador*, discrepancia fáctual que veda, de suyo, la violación directa invocada, la cual presupone que el demandante comparta, sin reservas, la apreciación de los hechos (revelados por las pruebas) contenida en la sentencia, exigencia que no se da aquí, como pasa a exponerse:

El procesado dijo en su indagatoria (y luego en la audiencia, como lo recuerda en censor): "Pues yo iba a tomarme un trago a una tienda que hay ahí cerquita del taller de motos 'Pompis', en esas el señor Joaquín Carrascal comenzó a decirme 'vos sois bonito hijueputa', y yo le dije vos sos un flaquchento como una lamprea (sic) y entonces me tiró unos golpes a la cara, luego que le di las espaldas me tiró con una piedra y me pegó atrás por la espalda, yo iba armado y entonces yo me fui para mi casa a comer, comí y salí y me fui a comprar un paquete de cigarrillos y me dije éste de pronto está acá, entonces a la vuelta de un carro me salió y entonces Joaquín metió la mano en la cintura por dentro de la camisa e intentó sacar un arma y me dijo 'hijueputa ahora sí te meto un tiro', como ya a él ya lo conozco que es peligroso me dije tal vez él tenga un revólver que ofreció hace cinco meses y medio y entonces yo le disparé un tiro..." (fls. 37).

Postreramente y a petición del defensor, comparecieron a declarar los "testigos" Jorge Eliécer Trillos Quintana y Humberto Sánchez Barbosa (fls. 88y 95), quienes ratificaron a cabalidad la referida versión del procesado.

Sin embargo, *toda esa versión* fue expresamente rechazada por los falladores de instancia, por estimarla ostensiblemente mentirosa. Dijo al punto el Juzgado:

"Nadie observa en el teatro de los acontecimientos a los señores Jorge Eliécer Trillos Quintana y Manuel Humberto Sánchez Barbosa. Estas personas no son espontáneas, sinceras y creíbles, revelan a la justicia hechos sin conocimiento de causa o exteriorizan cosas que jamás percibie-

ron por sus sentidos; de allí que ante la incredibilidad de sus atestaciones por las razones ya expuestas, sus testimonios carecen de valor probatorio de acuerdo con la sana crítica que de ellos debe hacerse según lo señalado en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal" (fls. 198).

Por su parte el Tribunal, compartió "íntegramente la valoración del Juzgado Segundo Superior con respecto a los fallidos testimonios de descargo de Trillos Quintana y Sánchez Barbosa... Su mendacidad se evidencia en las contradicciones que se observan respecto de la primera secuencia de los hechos, que, como se dijo, *sólo Hernán Ibáñez Vergel y estos declarantes dicen que ocurrió*" (fls. 15-2), y estimó sobre el particular:

"Dos testigos, Trillos y Sánchez, asomados por la defensa, a través de otro, que por esa circunstancia han merecido el reparo de los jueces que de este proceso han conocido y un testigo de cargo, Campo Elías Ballesteros a quien la defensa desprestigia por no haber dicho que Joaquín en el primer episodio arrojó piedras a Hernán y además porque según José Manuel Carvajalín, no se encontraba en el momento de los hechos".

"Ahora bien, los testigos que pudieran llamarse de descargo, Jorge Eliécer Trillos y Manuel Humberto Sánchez Barbosa, de entrada deben soportar la deficiencia de su dudoso origen. En efecto, ninguno de los otros testigos lo vio nunca en ninguna parte. Ni siquiera el procesado en su indagatoria lo cita. Aparece como por arte de magia a corroborar la coartada del procesado" (fls. 14).

Repudiado en el fallo *ese* insular dicho del acusado y de Trillos y Sánchez Barbosa, mal puede apoyarse *en él* el casacionista para esgrimir un ataque por la vía directa.

En la sentencia, lo único que aparece en torno al comentado "primer episodio", es que el testigo Campo Elías Ballesteros dijo haber visto que procesado y víctima "discutían", sin haberse enterado en qué términos ni a causa de qué; cosa muy distinta a la "ofensa verbal" que le sirve de premisa al actor para erigir sobre ella un error de fallador *sobre la ley*, que es el que define en sustancia la violación directa.

En suma, como "la ofensa", calificada por el demandante de "comportamiento grave e injusto" generante de la ira o del intenso dolor, fue repudiada explícitamente en el fallo, por falaz, resulta apenas lógico que

de ella no puede echar mano el actor en su intento de quebrar parcialmente la sentencia, defecto éste de técnica que impide el éxito de la censura.

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:

Casar Parcialmente el fallo impugnado, para suprimir la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que en el mismo se le impuso al procesado.

En lo demás, la sentencia no sufre ninguna modificación.

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

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.

Rafael Cortés Carrico, Secretario.

AUTO INHIBITORIO \ CULPABILIDAD

Las cuestiones de "intencionalidad", voluntariedad, etc., deben esperar al examen de la culpabilidad, vedado en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta número 23. Radicación No. 6811

Por apelación, revisa la Sala el auto de 6 de septiembre de 1991, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá se abstuvo de iniciar proceso respecto de la doctora *Rosa Elvia Orjuela Vega*, Juez 21 Superior de dicha ciudad, acusada de prevaricato.

Antecedentes:

1.- *Hechos:*

El Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá, con fecha 9 de mayo de 1990 (fls. 25 y ss.), profirió resolución acusatoria contra Ana Oliva Montova de Cárdenas, por los delitos de homicidio culposo y porte ilegal de armas.

El Juzgado 21 Superior, a cargo de la doctora Rosa Elvia Orjuela Vega, varió mediante auto de 6 de julio de dicha calificación, en el sentido de que no se trataba de homicidio culposo sino doloso (fls. 37 y ss.), decisión que fue confirmada por el Tribunal mediante auto de 2 de noviembre.

La audiencia pública, señalada para el 21 de marzo de 1991, no pudo llevarse a cabo por excusa del Fiscal del Juzgado, fijándose como nueva fecha el 15 de abril, de lo cual fueron debidamente notificadas las partes.

El 12 de abril, en momentos en que se encontraba estudiando el expediente para la audiencia, la defensora de la acusada, doctora Olga Cristancho Vergara (quien había asumido dicho cargo en octubre de 1990), constató que desde la ejecutoria de la resolución acusatoria habían transcurrido más de 6 meses sin que se hubiera iniciado el debate público, por lo cual su representada ya tenía derecho a la libertad provisional que por tal motivo prevé el numeral 5o del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, norma que había vuelto a regir con motivo de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 23 del Decreto 1861 de 1989, que la había modificado (Sentencia de agosto 30/90).

En tales condiciones, la defensora compareció al Juzgado ese mismo viernes 12 de abril, por la tarde, y presentó un escrito en el que solicitaba la referida libertad provisional, pidiendo, además, "suspender la práctica de la audiencia pública", alegando que la respuesta sobre libertad "tiene innegable prioridad" (fls. 7 y 8).

El lunes 15, siendo las 9:45 de la mañana, se 'instaló' la audiencia y se dejó constancia de que la defensora no se había hecho presente, razón ésta por la que de conformidad con el artículo 165 del C. de P.P. se le nombró a la procesada como defensor de oficio para esa diligencia al doctor Elías Quevedo Díaz, quien una vez leída la resolución acusatoria, solicitó que se suspendiera la audiencia, "pues necesito el estudio previo del procesado (sic) para ejercer el cargo" (fls. 9), a lo que accedió el Juzgado, señalándose el 23 subsiguiente para continuar la diligencia.

El mismo día 15 la Juez doctor Orjuela Vega dictó auto negando la libertad provisional, por estimar "que la modificación que se hizo de la calificación provisional, pasó a integrar el pliego de cargos emitido contra la señora de Cárdenas, de tal manera que hasta que ésta no hubiese quedado en firme, no cobraba ejecutoria la resolución acusatoria y ello se produjo el día 2 de noviembre de 1990, en la cual (sic) fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior, de tal manera que a la fijación de fecha para realizar la diligencia de audiencia pública (15 de abril de 1991), no ha (sic) transcurrido aún los seis meses a que hace alusión el artículo 439 en su numeral 5o, en el cual fundamenta la señora defensora su petición" (fls. 12).

La apoderada de confianza de la procesada apeló ese auto, y mientras se desató el recurso, insistió ante el Juzgado en la libertad, que nuevamente le fue negada por medio de proveído de 10 de mayo, esta vez con el argumento de que "el inciso 2o del mismo numeral en forma expresa señala que no hay lugar a excarcelación cuando se ha iniciado audiencia pública. Precisamente ello ha ocurrido en el presente caso, donde con fecha 15 de abril próximo pasado se dio comienzo al referido acto público", advirtiendo además el Juzgado que la nulidad de ese acto, pedida también por la defensora, no había prosperado (fls. 158 y 159).

Al revisar la negativa de libertad fechada el 15 de abril, el Tribunal, mediante auto de 27 de mayo (fls. 108 y ss.) y acogiendo el concepto fiscal, la revocó por estimar, escencialmente, que "la Juez del conocimiento, sin previo pronunciamiento sobre la libertad impetrada, decidió iniciar la audiencia pública", y luego negó la libertad con la tesis de que el término de 6 meses de contaba a partir de la ejecutoria del auto que modificó la calificación. "Procede la libertad -dijo el Tribunal-, toda vez que el tiempo que la defensa solicitó la excarcelación de su cliente, ya había transcurrido un tiempo superior a los seis meses a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado audiencia pública".

La denuncia por esos hechos la formuló la defensora doctora Olga Cristancho el 22 de abril de 1991, señalando: "Pero además de dar comienzo a la audiencia pública, desplazándome del poder otorgado por la procesada y poniendo en mi reemplazo defensor de oficio, el mismo día se produjo decisión respecto de la libertad impetrada, aduciendo para su negativa absurda e injurídica motivación relativa a que el proveído contentivo de la resolución acusatoria, aún no cobraba ejecutoria, toda vez que solamente comenzaba cuando quedó en firme el auto de ese mismo despacho, a través del cual se efectuó variación de la calificación provisional", y agrega:

"Así, pues, semejante interpretación a una norma que ofrece absoluta claridad y precisión cual es la relativa a la causal de libertad provisional, por transcurrir más de seis meses de detención luego de proferida la resolución acusatoria sin haberse celebrado la audiencia pública, unida al hecho del ostensible apresuramiento en la iniciación de la diligencia, es lo que, a juicio de esta abogada, constituye la nítida intención y clara voluntariedad de negar en forma deliberada y arbitraria un derecho ya adquirido por la acusada y consagrada en la ley procedimental penal" (fls. 4).

Y enfatiza la quejosa que "ella (la Juez acusada) adelantó todas las maniobras y recursos habilidosos con el claro ánimo de hacer nugatorio el derecho a la libertad provisional de Ana Oliva Montoya".

2.- *La etapa de indagación preliminar:*

Ratificada y ampliada la denuncia (diligencia en la cual reiteró sus reparos), el Tribunal allegó copia de la documentación respectiva, escuchó en declaración al doctor Carlos Gabriel Salazar Chávez, Fiscal del Juzgado 21, al apoderado de la parte civil, doctor José Trinidad Rincón Bernal, y al defensor de oficio que se nombró con el fin de iniciar la audiencia el 15 de abril, doctor Elías Quevedo Díaz (fls. 47, 51 y 74).

Igualmente rindió versión (art. 344 C.P.P.) la denunciada doctora Rosa Elvia Orjuela Vega (fls. 78 y ss.), en la cual manifestó que la petición de libertad "no tenía por qué suspender la actuación procesal, según el artículo 191 del Código de Procedimiento Penal", y que como la defensora, no obstante estar notificada, no se presentó a la audiencia, le dio aplicación al artículo 165 ibidem, o sea procedió a designar un defensor. En cuanto al memorial de libertad, dice que no obraba en el proceso "formalmente", pero que antes de instalarse la audiencia el Secretario del Juzgado le puso al tanto sobre el mismo. Reitera que el hecho de no haberse pronunciado antes de la audiencia sobre la libertad provisional y la suspensión de la audiencia, no autorizaba a la defensora para abstenerse de concurrir a ella.

Estima la acusada que el auto que modifica la calificación hecha en la resolución acusatoria "constituye una adición de ésta, y, por tanto hace parte integrante de la misma" (fls. 84), y que todo ello es "cuestión de interpretación".

3.- *La providencia impugnada:*

Considera el Tribunal en el auto inhibitorio que "siendo desacertada, como de suyo lo es", el auto que negó la libertad (por sostener que el término de 6 meses previsto en el artículo 439 del C. de P.P., se cuenta a partir de la ejecutoria del auto modificatorio de la calificación), no cabe afirmar que es contrario de manera ostensible a la ley, ya que se trató de una interpretación de la Juez, "que con todo y lo equivocada no fue producto de su capricho o animosidad... y aunque no es admisible, deja traslucir que la decisión no se opone abiertamente al precepto legal y por tanto no es injusta" (fls. 162).

De ahí extrae el Tribunal que la conducta es atípica, por "falta de elemento subjetivo".

En cuanto "al desplazamiento" de la defensora en la iniciación de la audiencia, estímase que si bien aparece como "un procedimiento poco ortodoxo, sobre todo si se atiende al real -que no formal- ejercicio del derecho de defensa del procesado, no por ello resulta expresamente vedado por la ley. El artículo 165 del Código de Procedimiento Penal en que se apoyó la acusada, evidentemente deja abierta la posibilidad de proceder en tal forma...".

4.- *El recurso:*

Substancialmente, la apelante retoma los planteamientos que viene haciendo a lo largo del proceso, pero enfatiza que el prevaricato no lo hace consistir en la negativa de la libertad en sí, porque la audiencia ciertamente se había iniciado, "sino en haber ignorado manifiestamente la petición de suspensión o aplazamiento de la audiencia pública que le demandó coetáneamente con la petición de libertad provisional de mi poderdante. Y la consecuencial iniciación de la audiencia explica su notorio empeño y afán de no conceder la libertad... Mi acusación, vuelvo y repito, se apoya, no en la negativa en la concesión de la excarcelación, sino en las artimañas y maniobras desleales que se utilizaron para iniciar la audiencia pública sin mi presencia y seguidamente como consecuencia de esa iniciación dejar sin piso legal la tanta veces citada petición de excarcelación. Artificios éstos que ahora, pretende justificar la funcionaria invocando una rigurosa exégesis en la aplicación del artículo 165 del C.P.P." (fls. 179).

Dice que ese ánimo de la Juez aparece confirmado por la nueva negativa de libertad del 10 de mayo, auto en el cual ya no aduce que el término de 6 meses aún no había transcurrido, sino que la audiencia ya se había iniciado. "Acá confirmó la funcionaria *que su actitud procesal estuvo intencionalmente dirigida a lograr por todos los medios que la procesada no tuviera la libertad, a pesar de que ese derecho ya se había consolidado.* De ahí que el Tribunal revocó la decisión y le otorgó el derecho que ya había adquirido eficacia frente a la ley" (subrayas y mayúsculas del original -fls. 182-).

"Si tal proceder no constituye prevaricato, esa figura delictual debe desaparecer", señala la apelante, solicitando, en consecuencia de los sustentado, que se revoque el auto y se abra investigación.

5.- *Concepto de la Delegada:*

Dice en primer lugar el señor procurador Tercero Delegado en lo Penal, que la actuación reprochada a la Juez no se debe examinar insularmente, como lo hizo el *a-quo*, "sino en su conjunto".

Estima que la petición de libertad no genera interrupción de la actuación procesal, lo que hace no atendible "el principio de prioridad" afirmado por la denunciante, ya que la libertad provisional y el acto procesal de la audiencia pública son independientes y autónomos, razón por la cual un fenómeno no depende del otro"; anota que si bien la Juez decidió la petición de libertad, el fundamento de su negativa "deja mucho que desear, al contar el término de 6 meses (art. 439-5 C.P.P.) a partir de la firmeza del auto que modificó la calificación", argumentación que encuentra "bien extraña", pues las normas respectivas (C.P.P., arts. 487 y 501-3) hacen muy clara "la diferencia entre esas dos determinaciones". Agrega también la Delegada que "además hay que tener en cuenta que la norma contentiva de la causal de libertad provisional es tan clara que no admite divagaciones... La claridad es terminante y por ello extraña a la hermenéutica la posición asumida por la Juez imputada" (fls. 9).

Así, pues, dice que indudablemente la procesada tenía derecho a la libertad, y que "para el efecto no interesaba que ésta hubiera comenzado en las horas de la mañana de la misma fecha, pues el derecho ya estaba consolidado, y así lo reconoció el Tribunal Superior cuando revocó la decisión cuestionada el 27 de mayo de 1991". Más adelante agrega:

"Además es tan diciente el ánimo de comenzar la audiencia pública sólo para efecto de poder obstaculizar la libertad provisional de la acusada, que ni siquiera se respeta el orden de intervención de las partes que prevé el artículo 496 del C. de P.P., pues de primero interviene el defensor oficioso de ocasión, que se prestó para cumplir con ese específico papel, quien pide la suspensión de la misma. Y eso era lo que se proponía la Juez acusada: iniciar la diligencia para luego negar la libertad como si con tal proceder pudiera subsanar su desatención al proceso".

"No es posición de la Delegada afirmar que no se pueda designar defensor de oficio, cuando ocurra el evento señalado en el artículo 165 inciso 1o del C. de P.P.-. Lo reprochable es que se haga únicamente con la finalidad de obstaculizar el reconocimiento de un derecho ya consolidado, para que a partir de ahí entre a dominar la escena procesal la audien-

cia iniciada en esas condiciones o argumentaciones jurídicas rebuscadas, como mecanismos impeditivos de la excarcelación de la procesada. Eso es lo recriminable, vale enfatizarlo".

De allí concluye que la actuación de la Juez "es manifiestamente contraria a la ley" y acota: "No puede admitirse como legítimo, bajo ningún pretexto, el actuar de algunos funcionarios que por desgracia es no poco frecuente, que se valen de argucias procesales formalmente ajustadas a la ley para desconocer las garantías de las personas a quienes someten al proceso penal que ellos conducen, alegando posteriormente una ausencia de intencionalidad o la protección de supremos intereses de justicia, como causales exchuyentes de responsabilidad. En un Estado democrático de derecho, como es el colombiano, incluso los funcionarios públicos tienen que someterse al imperio de la ley, y las garantías ciudadanas ser el cimiento de la estructura estatal, de forma tal que si ellas se irrespetan -bajo velados argumentos de justicia-, se pone en peligro y en manera grave, la supervivencia misma de las instituciones que se pretenden defender" (fls. 11).

Pide, pues, la revocación del auto apelado, "para que se abra la investigación correspondiente".

Se Considera:

1.- Lo primero que es dable decir, como preludio de esta parte considerativa, es que a contrario de lo que sostiene el a-quo para fundamentar el auto inhibitorio que "por atipicidad relativa" profirió-, en sentido estricto, el tipo penal de prevaricato no contiene "elemento subjetivo", como sí lo tenía en el Código Penal de 1936, cuyo artículo 168 exigía que se prevaricara por "simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", propósito o fin éste que la doctrina llamaba por entonces "dolo específico".

En contraste, el artículo 149 actual sólo requiere que la decisión del empleado oficial sea "manifiestamente ilegal", lo que implica simplemente un cotejo de la decisión concreta tomada con la normatividad correspondiente o con el material probatorio. Ese cotejo resulta de tal modo netamente *objetivo*, y ya las cuestiones de "intencionalidad", voluntariedad, etc. (que son las que esgrime el *a-quo*), deben esperar al examen de culpabilidad, vedado en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación, como el que aquí se revisa.

Con esas premisas queda quizás más lógico y expedito efectuar seguidamente un examen de la conducta imputada a la Juez 21 Superior, que también sirve para entender mejor las conclusiones de la Delegada, con respecto a que dicho comportamiento sí es típico y debe, por tanto, ser investigado.

2.- Tiene razón el señor Procurador Delegado cuando advierte de entrada que el comportamiento que se le reprocha a la doctora Rosa Elvia Orjuela Vega no puede ser "fraccionado" para su examen, sino que se impone una visión "en conjunto" del mismo, ya que, naturalística y jurídicamente, no exhibe solución de continuidad.

Parte esa conducta de la manera como enfrentó la solicitud de libertad provisional que la defensora de la procesada Ana Oliva Montoya de Cárdenas solicitó con base en el numeral 5o del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, o sea por haber transcurrido un período de 6 meses (contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación) sin que la audiencia pública respectiva hubiese sido iniciada.

Aparece indubitable en autos que para la fecha de la solicitud en mención (12 de abril de 1991) la procesada había obtenido el *derecho* a la libertad provisional ya que la resolución acusatoria cobró firmeza en mayo 17 de 1990.

El 15 de abril, antes de iniciarse la audiencia pública, y según admite la misma Juez en su versión, ella fue informada por el Secretario del Juzgado de la petición de libertad, aunque agrega no haber "reparado en la misma", sino que, alegando que disponía de término para resolverla, rápidamente inició el debate, nombrando un defensor de oficio. En verdad, ello indica que sí examinó el escrito de libertad, más, pretendiendo dejarla sin piso legal, dio iniciación a la audiencia, con lo cual también desoyó la ley, pues para que quepa la prohibición de excarcelación consagrada en el inciso 2o del numeral 5o del citado artículo 439, la audiencia debe haberse iniciado *dentro* de los seis meses allí exigidos, y cualquier iniciación de audiencia por fuera de dicho lapso, deviene "extemporánea", y no puede 'retrotraerse' para despojar al procesado de un derecho ya adquirido o "consolidado" de conformidad con la ley. De ahí que el Tribunal, al revocar la negativa de la libertad, haya expresado con acierto que "al tiempo" de la petición, la acusada Montoya de Cárdenas había obtenido tal derecho.

Mas allí no queda antijurídico del actuar de la denunciada, pues en el proveído de abril 15 negó la libertad con el argumento de que el auto que modificó la calificación hecha en la resolución acusatoria, "se integra" a esta última, y, por tanto, es a partir de su ejecutoria que debe contarse el nombrado término de 6 meses: como lo dijo a espacio la Delegada, la claridad de las normas que tienen que ver con esos momentos procesales es de tal entidad, que, en verdad, una semejante "interpretación" se torna inconcebible, máxime si proviene de un Juez Superior de Santa Fe de Bogotá: mírese cómo esa modificación puede realizarse hasta antes de que concluya la audiencia pública (art. 301-3 C.P.P.), lo que, de seguir el pensamiento de la Juez podría dar lugar a que la resolución de acusación (en el evento de ser "modificada") no quedara ejecutoriada sino hasta en ese momento procesal culminante, que es la audiencia pública, con lo cual ciertamente se quebraría toda la estructura del juicio que consagra nuestro ordenamiento procesal penal. Pero es más: el *texto* de la causal de libertad, debido a su claridad y precisión ("a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria", dice que se contabilizan los 6 meses) es refractario a la interpretación que se comenta.

Otra cosa que ayuda a avalar la inicial afirmación de que toda la actuación de la funcionaria tuvo como finalidad desconocer el derecho de libertad a la enjuiciada: en posterior auto de 10 de mayo, ya retira el argumento de "integración" expuesto en el auto de 15 de abril, y lo reemplaza con el de la "iniciación" de la audiencia (fls. 158), que, como se vio, tampoco resulta valedero.

En el presente caso mediaba, por otro lado, la solicitud de "suspensión o aplazamiento" de la audiencia, hecha por la defensora en el mismo escrito de abril 15 (fls. 7 y 8): no se ofrece duda de que si tal petición se hacía, ésta tenía que merecer un pronunciamiento antes de que se iniciara el debate, lo que no ocurrió.

Ahora bien: *con todas esas circunstancias antecedentes*, tampoco era de aplicación el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal (si el defensor debidamente notificado no comparece a "la diligencia", el Juez designará un defensor de oficio), el cual substancialmente está en camino a evitar las maniobras dilatorias (que no se dieron aquí), y cuya operancia en el evento de la audiencia pública resulta cuestionable, ya que un defensor designado "de inmediato y sorpresivamente" no podría intervenir en defensa de la procesada, pues desconocía el expediente, viéndose, por tanto, el Juez obligado a suspender el debate por el término pruden-

cial que la demanda al "nuevo" defensor el estudio responsable del proceso. Entonces, si de todos modos la audiencia se suspende (hasta el punto de que prácticamente ni se puede "iniciar", porque el defensor puede estimar necesario intervenir, interpelando a los que llevan la palabra antes que él, dejando constancias, interrogando al procesado, etc.) el citado artículo 165, en su parte mencionada, carecería de sentido.

En la providencia del Tribunal de Bogotá que la imputada anexó para apoyar la "estricta" aplicación del referido artículo (fls. 90 y ss.), se constata que correspondió a un caso muy diverso al presente, en el cual las "pretensiones dilatorias" fueron ostensibles, y los defensores *renunciaron* a los poderes, con el manifiesto propósito de que no se iniciara el debate.

Como apuntó la Delegada, desde luego que *una mera* solicitud de libertad provisional no tiene el efecto de "suspender" la actuación procesal, entre otras cosas porque el artículo 11 del Decreto 1861 de 1989 (modificatorio del 191 del C.P.P.) dispone que: "En ningún caso se suspenderá la actuación procesal para dar trámite a las peticiones formuladas por los sujetos procesales. En estos eventos continuará en cualquiera de los cuadernos"; pero aquí mediaba, repítese, una motivada solicitud de aplazamiento de la audiencia (que merecía un pronunciamiento), y además -es por cierto lo más deficiente- la actuación procesal (audiencia pública) se llevó de todos modos adelante, para impedir el reconocimiento de la libertad provisional a la cual se había hecho acreedora la procesada desde había buen tiempo.

En ese orden de pensamiento, es forzoso deducir que existe tipicidad en el aludido comportamiento de prevaricato que se carga a la denunciada, respecto de la cual, entonces, habrá de abrirse investigación, con el objeto de que se practiquen las siguientes pruebas:

a) Indagatoria de la sindicada doctora Rosa Elvia Orjuela Vega, para que explique su conducta frente a los hechos investigados.

b) Como la doctora Orjuela Vega, en declaración preliminar, sostuvo que el Secretario del Juzgado le informó de la solicitud de libertad, pero no la agregó al proceso, se oirá a éste en declaración bajo juramento, para que informe cuanto sepa al respecto y sea de utilidad al sumario.

c) Oír en declaración a la señora Ana Oliva Montoya de Cárdenas, con el propósito de que aporte datos que sirvan a la investigación.

d) Establecer si la sindicada registra antecedentes penales.

e) Las que surjan de las anteriores o soliciten las partes y sean de interés a la investigación.

El Tribunal dará aviso al Ministerio Público de la inicinción del sumario.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado.

Resuelve:

Revocar el auto recurrido y, en su lugar, *declarar abierta la investigación*, en los términos y para los fines indicados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

AUTO INHIBITORIO \ CULPABILIDAD (SALVAMENTO DE VOTO)

El modelo técnico del tipo debe descansar en el examen de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento vedado.

Tradicionalmente ha entendido ésta *Sala* de la Corte -compenetrada por una docta elaboración jurisprudencial- que frente al ordenamiento procesal en vigor, en el inhibitorio le está vedado al Juez concretar juicios de valor en redor de fenómenos atinentes a la dimensión subjetiva de la conducta. Y, ahora, en armonía con dicho planteamiento, elevado a la categoría de máxima, critica la mayoría de la *Sala* que el Tribunal Superior de Bogotá en el acto *sub examen*, haya hecho mención a cuestiones volitivas del delito. Nuestra opinión dista tanto de lo primero como de lo segundo y de adverso consideramos válida y legítima toda prédica del juzgador enderezada a explorar y analizar la faz subjetiva del injusto. No entendemos el concepto de tipo únicamente como la descripción de los elementos objetivos y normativos de la conducta prohibida, donde la estructura inmaterial del delito aparece excluida inicialmente de toda valoración y cuyo estudio, como un excedente, se traslada a sede de culpabilidad. Por el contrario, creemos firme y vigorosamente que el modelo técnico del tipo debe descansar, *stricto-sensu*, en el examen de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento vedado como consecuencia de su perfil dogmático y de un concepto propio de acción. Acaso estas cuestiones que necesitan ser más densamente ilustradas, pierden importancia en presencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, uno de cuyos departimientos, con excelente técnica, recoge la tesitura que ahora defendemos.

Divorciándonos de lo inveterado hemos compuesto la presente nota. Realmente es nuestro pensamiento. Entiéndase así.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado

Fecha, *ut supra*.

REVISION \ CONTRAVENCION \ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO - Cuantia

La Corte conoce la acción de Revisión en sentencias ejecutoriadas por Delitos, no por Contravenciones. Los delitos contra la propiedad y, concretamente el Hurto Simple son infracciones en las que si la cuantía no excede de diez salarios mínimos, constituyen contravención.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 023. Revisión No. 7150

Vistos:

Resolverá la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado *Gerardo Ospina Tovar*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, confirmatoria de la dictada en primera instancia por el Juez Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual impuso al procesado pena de prisión de veinticuatro (24) meses, como autor intelectual de los delitos de falsedad y estafa.

La Demanda:

El impugnante invoca la causal segunda de revisión prevista en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto considera que el Tribunal dictó la sentencia encontrándose ya prescrita la acción respecto de la estafa.

La sustentación consiste en que el 21 de marzo de 1991 entró en vigencia la ley 23, por medio de la cual se crearon mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales. Esta ley convirtió en contravención especial la estafa, cuando la cuantía no excede de diez (10) salarios mínimos mensuales, y en el artículo décimo señala que, "la acción originada en proceso contravencional prescribe en dos (2) años contados a partir de las realización del hecho". Como la sentencia de segunda instancia fue dictada el 25 de junio del pasado año, esto es, ya en vigencia de la ley 23, el libelista concluye que por favorabilidad el Tribunal Superior "debió pronunciarse oficiosamente sobre la prescripción de la acción penal por el delito de estafa..."

La petición es que "se declare fundada la causal segunda del artículo 231 del C. de P.P. que he invocado, declarando sin valor la sentencia motivo del recurso y dicte la providencia que corresponda, cual es la cesación de procedimiento por el delito de estafa de conformidad con los artículos 34 y 503 del C. de P.P., porque la acción penal no podía proseguirse".

También impetra que se remita el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva para que se tramite nuevamente el proceso a partir del momento que la Sala estime pertinente.

Consideraciones de la Corte:

Es evidente que la demanda debe rechazarse in-limine, pues el autor pretende que la Corte, aplicando la normatividad que entró en vigencia cuando el asunto estaba para sentencia de segunda instancia, le declare que la estafa cometida por valor de cien mil pesos ($100.000) adquirió el carácter de contravención especial y que en ese momento, siendo contravención, la acción estaba prescrita.

No tiene esta Sala competencia para aplicar por favorabilidad leyes posteriores a un proceso tramitado en un juzgado, cuya sentencia está ejecutoriada, pues el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal señala claramente que esa facultad corresponde al Juez que conoció del proceso en primera o única instancia.

De otra parte, la acción de revisión que está asignada a la Corte es respecto de sentencias ejecutoriadas por delitos, no por contravenciones. La estafa, la emisión y transferencia ilegal de cheques, el abuso de con-

fianza, el aprovechamiento del error ajeno o caso fortuito, el daño en bien ajeno, y el hurto simple, es decir el tipificado en el artículo 349 del C.P., aquél en el cual no concurre ninguna de las causales de calificación del artículo 350, ni de agravación del artículo 351 ibídem, son infracciones en las que siempre que la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales constituyen contravención, al tenor del art. 1o., de la ley 23 de 1991 y la competencia para conocer en primera instancia corresponde a los Inspectores Penales de Policía, o a los Inspectores de Policía donde aquéllos no existan, y en su defecto a los Alcaldes. Para la segunda instancia es competente el Alcalde, Gobernador del Departamento o el Alcalde Mayor en los Distritos Especiales.

El artículo 17 de la ley 23 de 1991 derogó el capítulo XII del Decreto 522 de 1971, luego de ahí se infiere que se suprimió la acción de revisión que existía respecto de las contravenciones ante los Tribunales Superiores.

Atendidas las precedentes consideraciones, resulta claro que la pretensión del actor, respecto de la prescripción de la acción por la contravención especial de estafa, no es posible obtenerla a través de la acción de revisión ante la corte.

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

Resuelve:

Rechazar la demanda de revisión, presentada por el apoderado del condenado *Gerardo Ospina Tovar.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

El concepto que puede comprometer el criterio del funcionario para conocer es la opinión "extraproceso".

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 023 (26 feb./92). Radicación No. 7209

Vistos:

El Dr. Julio Ojito Palma, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, se declaró impedido para conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta contra la resolución de acusación proferida dentro del proceso que por los delitos de falsedad documental y hurto se adelanta contra Tomás Gutiérrez y Francisco Cuzmán.

Alega el Honorable Magistrado Ojito Palma, como causal de impedimento el hecho de que como Juez 13 de Instrucción Criminal conoció del proceso y profirió auto de reapertura de la investigación. En derecho, se apoya en lo dispuesto en el numeral 4o del art. 103 del C. de P.P. "Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso".

La Sala Dual del Tribunal, consideró infundado el impedimento manifestado por el Magistrado Ojito Palma expresando que el funcionario cuando actuó como Juez se limitó a "... evaluar la encuesta con los elementos de juicio hasta entonces recaudados y en esta oportunidad lo que corresponde es revisar por vía de apelación la resolución de acusación proferida por un funcionario diferente a su persona, al calificar en segunda oportunidad el sumario que es asunto diferente.

Se Considera:

En forma reiterada ha sostenido la Corte, que el concepto que puede comprometer el criterio del funcionario para conocer es la opinión "extraproceso", es decir, la emitida por fuera de él y siempre que sea de tal naturaleza que vincule al funcionario con el punto que ha de ser objeto de su decisión. No se trata por tanto del concepto que corresponda dar al Juez o Magistrado en ejercicio de sus funciones, salvo el evento de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", lo cual constituye una causal diferente de impedimento.-

Al respecto, ha sostenido la Corte:

"Debe aclararse que la exigencia legal para la aceptación del impedimento que se analiza, es que la opinión haya sido expresada extraprocesalmente, pues bien es sabido por reiterada jurisprudencia de esta Corporación que la opinión emitida en un mismo proceso, no es causal de impedimento..." (Auto, febrero 20/91).-

Y en auto del catorce de mayo del mismo año, ratificó la Corte su criterio al sostener: "...Si el concepto se emite dentro del proceso el funcionario sólo está cumpliendo con la función que la misma ley le impone y por tanto, no puede declararse impedido para seguir conociendo del mismo...".-

En el caso objeto de estudio, el concepto emitido por el Dr. Ojito Palma, no es extraprocesal, sino proferido en ejercicio de una función legal y no se trata en ningún caso de revisar su misma providencia (auto de reapertura), sino una muy diferente, como lo es la resolución de acusación emitida por otro funcionario y donde el auto "valora circunstancias aducidas al proceso después de aquella primera estación procesal", como lo anota el señor Fiscal del Tribunal.-

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, *Declara infundado* el impedimento manifestado por el H. Magistrado Julio Ojito Palma, para separarse del conocimiento del presente proceso.-

Cópiese, notifíquese y devuélvase.-

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz,

Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA \ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

En un delito contra el Patrimonio Económico, se debe mirar en dónde, físicamente se produjo la apropiación ilegal.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 0026 (26 feb./92). Col. de Comp. No. 7241

Vistos:

Decide la *Corte* la colisión de competencias suscitada entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y el de Santa Fe de Bogotá.

Antecedentes:

1. En el mes de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), al hacerse el correspondiente inventario físico, la empresa "Darío Sarmiento S.A.", encontró un faltante de $1'055.367.oo, correspondiente a la mercancía de vinos y licores que le había entregado a su vendedor *Carlos Orlando Gómez Pardo*, para vender en el departamento del Tolima.

2. La denuncia correspondiente fue elevada ante el Juez de Instrucción Criminal (reparto) de la ciudad de Ibagué, correspondiéndole al veintitrés (23). quien no aceptó el conocimiento aduciendo que los hechos materia de la denuncia ocurrieron en la capital de la República, "...ya que fue de la oficina principal de la Compañía "*Dario Sarmiento S.A.* '...de donde el imputado...se trajo los licores hurtados, al igual que es en esa oficina

donde debería rendir sus cuentas y efectuar la entrega de cartera...", por lo que considera que son los jueces de Bogotá los competentes para investigar y fallar el asunto.

3. De otra parte, realizado un inventario en las bodegas de *María Esther Martínez* situadas en la ciudad de Neiva, se detectó también un faltante de mercancías por la suma de $1'871.592.oo, imputable también a *Gómez Pardo*. Instaurada la denuncia de rigor, le correspondió al Juzgado segundo (2o.) de Instrucción Criminal de dicha ciudad, iniciar la indagación criminal, negocio que luego fue acumulado al citado en precedencia, por conexidad.

4. Con fundamento en lo anterior, el Juez cuarenta y dos (42) de Instrucción Criminal de esta ciudad, adelantó la averiguación criminal, terminada la cual dispuso proferir resolución de acusación en contra del sindicado, decisión que fue apelada ante el superior. Sin embargo, al revisar la actuación, el Tribunal advirtió que la mercancía objeto de los supuestos pedidos, salía del departamento de Cundinamarca sin estampillar, "...para que posteriormente de acuerdo con la tornaguía se procediera a su estampillado en el departamento de destino...". Cumplido el trámite, "...podía el citado vendedor sindicado disponer de las mismas...".

Ello le hace reparar a la Corporación "...que los actos de apropiación únicamente los podía ejecutar el sindicado en los departamentos de Tolima y Huila, pues solamente luego de estampillarlos en tales regiones podía disponer de las mercancías bien legalmente...". Además, prosigue la Colegiatura, las mercancías al salir del departamento de Cundinamarca iban transportadas en un camión de la compañía, depositándose en las bodegas que tenía en Espinal y Neiva. Por ello, en dicho lugar se realizaron los inventarios, "...infiriéndose que fue allí donde ficticamente se realizó la conducta de apropiación, mas no en la capital de la República.".

5. Remitido el proceso al Tribunal Superior de Neiva, por competencia, éste no compartió los planteamientos que se la atribuían, aduciendo que la entrega de la mercancía se realizaba en Santa Fe de Bogotá, "...y por lo menos sobre parte de ella con amplias facultades para su comercialización en el territorio de los departamentos del Huila y Tolima, debiendo responder por los manejos de los negocios que se le habían confiado a su regreso a la Capital de la República, de tal manera que siendo el delito de Hurto de aquellos considerados instantáneos que se

consuma o perfecciona en el momento y en el lugar en que se realiza la desposeción del propietario...", la competencia le pertenece al distrito judicial de Bogotá.

Luego advera que con el acto de entregar las cuentas se materializó el apoderamiento y el consiguiente despojo y rechaza el que la libre disposición de la mercancía significa "...que los autos de apropiación únicamente los podía ejecutar el sindicado en los departamentos de Huila y Tolima con el simple argumento del requisito de la estampillada que es eminentemente fiscal...". De consiguiente, ni el transporte de las mercancías en una camioneta de la compañía, ni la tramitación de su estampillado, ni la ubicación de las bodegas en el Tolima y Huila, son factores a tener en cuenta, porque "...era el mismo sindicado como agente vendedor quien generalmente contrataba. De todas maneras los licores estaban bajo su absoluto control..." en dichos departamentos, "...quedando como única acción determinante, la no entrega de todo el dinero producto de las ventas, lo que necesariamente se cumplió en una o varias oportunidades en la ciudad de Santafé (sic) de Bogotá, siendo el juez de ese territorio el competente para conocer de este asunto...".

La Corte:

1. El Estado, como supremo rector de la sociedad, tiene como objetivo primario, asegurar su existencia, resguardando los valores que la hacen posible e impulsando su desarrollo hacia niveles superiores. Por consiguiente, tanto el individuo como la comunidad de la que hace parte, son los destinatarios de sus esfuerzos. En cuanto al primero, procurando porque sus derechos como tal le sean respetados y porque cumpla debidamente con los deberes hacia los demás; respecto a la segunda, preservando y encauzando los valores que constituyen su esencia.

Estos valores, importantes para la sociedad dado que permiten su existencia, al recibir una protección especial del Estado, constituyen lo que se ha dado en denominar *bienes jurídicos*, varios de los cuales son imprescindibles y reciben una protección especialísima a través del derecho penal.

2. Ahora bien, individuo y sociedad, explicable cada cual sólo en razón del otro, conforman el *todo social*, que ha de protegerse y regularse. Luego, en presencia de cualquier trastorno que lo amenace, bien porque entraba su normal evolución, bien porque tergiversa sus propósitos, bien

porque amenaza su misma existencia, el Estado se ve obligado a intervenir para que cese la perturbación y regrese la armonía.

3. Muchas son las formas de ingerencia estatal, como múltiples son las manifestaciones del *todo social*. Por ello se han ideado mecanismos de todo tipo con el fin de que el equilibrio precario en el que se mantiene de por sí toda sociedad, no se transforme en una inestabilidad que conspire contra su misma existencia. Se comprende, entonces, la lucha permanente que debe librar el Estado, corrigiendo el rumbo para adaptarse y recrearse frente a los continuos cambios sociales, fruto de la evolución en que toda comunidad de individuos se encuentra inmersa.

4. Puede suceder, sin embargo, que la protección general que brindan las leyes a la sociedad sea superada hasta el punto de afectar gravemente los bienes que constituyen su naturaleza, amenazando su existencia. Es entonces cuando ha de intervenir el derecho penal, como instrumento de excepción, para remediar la situación e imponer los dictados del orden social, que han sido desconocidos.

Pero, "Los bienes jurídicos no constituyen objetos aprehensibles del mundo real, sino *valores ideales del orden social*, sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad" (Jescheck). Por tanto, el hecho criminoso los puede afectar tan sólo como manifestación en el mundo real, a través de los entes físicos.

5. De lo anterior se desprende que la presencia del derecho penal sólo es explicable a partir del detrimento, (o por lo menos de su amenaza) de dicha expresión física del bien jurídico objeto de tutela. Obvio que tal lesión debe realizarse en un ámbito tempo-espacial, puesto que su realidad jurídica sólo se puede establecer a partir de su realidad física.

Así las cosas, cuando pretenda determinarse jurídicamente el aparecer delictivo con miras a establecer el juez competente que ha de conocerlo, ha de observarse dónde se realizó o se intentó realizar el menoscabo al bien jurídico resguardado. Así, en un delito contra el patrimonio económico, independientemente de consideraciones sobre el posible acceso a la cosa o el lugar donde reside su propietario, se debe mirar en dónde, físicamente, se produjo la apropiación ilegal, pues fue allí donde se produjo la lesión concreta al patrimonio económico.

6. En el caso de la especie, según lo cuenta la actuación, el procesado se apoderó de diversas mercancías de propiedad de la sociedad "Dario

Sarmiento S.A.", aprovechándose de su condición de vendedor, bien realizando ventas ficticias, ora cobrando dineros por transacciones reales, callando con el fin de apropiarse de ellos.

Para dilucidar el momento y el lugar de ocurrencia del ilícito, ha de mirarse el procedimiento interno de la empresa. El indicará cuándo y dónde las mercancías fueron sustraídas al sobrepasar las barreras de control establecidas por la compañía e ingresar, ilícitamente, al patrimonio del reo.

Blanca Delfy Hernández Pulón, secretaria de la compañía, brinda las necesarias luces. Según su testimonio, luego de que *Gómez Pardo* presentó los pedidos, se procede a realizar los trámites de rigor, esto es, "...referenciarlos, facturarlos, descontarlos de los kardex del Departamento del Tolima, que el señor *Gómez Pardo* tenía a su cargo, de acuerdo con los resultados que arrojaban estos Kardex, se le procedía a entregar a él las mercancías para el Departamento del Tolima...". Renglones adelante advierte que los dichos bienes abandonaban el territorio del Departamento de Cundinamarca sin estampillar, procediéndose al cumplimiento de este trámite legal en el ente territorial de destino. Es por ello que afirma: "...una vez estampilladas las mercancías, el señor *Gómez Pardo* podía disponer de ellas en este Departamento del Tolima, sin inconveniente alguno".

Claro resulta concluir que, aunque los pedidos los hizo en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, únicamente pudo disponer de los objetos en las bodegas de "Almaviva" en la población tolimense de Espinal, comenzando a gozar realmente de su beneficio. Lo mismo debe predicarse de lo acontecido en la ciudad de Neiva, donde reclamó en otra bodega similar lo apropiado ilícitamente.

Ahora bien, como quiera que quien primero abrió investigación penal fue el Juez Segundo (2o.) de Instrucción Criminal de Neiva, es al distrito judicial de dicha ciudad a quien le corresponde conocer del prescrito asunto. Por tal motivo, se remitirá la presente actuación al Tribunal Superior de Neiva, para lo de su cargo, al tiempo que se enviará copia de esta actuación a su similar de Santa Fe de Bogotá, para su información.

7. Una reflexión adicional. Aunque la actuación ha recorrido un trecho importante, el delito de hurto se le imputa al encartado, no encuentra correspondencia clara en los hechos denunciados. Recuérdase que los bienes le fueron entregados por la compañía debido a su calidad de ven-

dedor. Para acceder a ellos presentó órdenes de pedidos que, en unas ocasiones eran reales y en otras eran ficticios.

Sólo a través de estas maniobras fraudulentas logró que la mercancía entrara a la esfera de su dominio. Así las cosas, y teniendo en cuenta que en veces acudió a falsificar las firmas de sus presuntos clientes, y en otras cobró por su cuenta dineros pertenecientes a la firma comercial, eventualmente estaríase frente a un concurso material de delitos.

Con fundamento en lo expuesto, la *sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia,*

Resuelve:

Dirimir la colisión de competencia planteada en el sentido de atribuirle el conocimiento de la investigación adelantada contra *Carlos Orlando Gomez Pardo,* por un delito contra el patrimonio económico, a los Jueces Penales del Circuito (reparto) de la ciudad de Neiva. Para lo de su cargo, se dispone remitir el expediente al Tribunal Superior de dicha ciudad. Copia de esta decisión envíase al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

ERROR DE HECHO / TESTIMONIO

Si se arguye el error de hecho corresponde al demandante probar que el testimonio se tergiversó de tal modo que se encara un quiebre ostensible de la lógica que debe presidir la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta número 27

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de Noviembre de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó a los procesados *Víctor Julio Cotes Ortega* y *Luis Felipe Moreno Vergel* a 11 años y 4 meses de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1.- En las primeras horas de la noche del sábado 14 de noviembre de 1987, al llegar a su casa en el municipio de San Alberto (Departamento del Cesar) el Inspector de policía del corregimiento del Líbano, José Federico Bautista Noriega, fue ultimado de múltiples disparos por Víctor Julio Cortés Ortega y Luis Felipe Moreno Vergel, quienes lograron ser identificados por Angélica Mora Blanco y John Jairo Bautista Mora (compañera e hijo de la víctima, respectivamente), pues al oir las detonaciones salieron rápidamente a la calle.

Informada la policía del hecho, capturó a la mañana siguiente a Cotés Ortega, cuando se encontraba parado frente a la sede social del pueblo, en cuyo poder fue hallada una pistola y quien aceptó voluntariamente

haber tomado parte en el homicidio, junto con Moreno Vergel, de quien indicó su residencia, donde los agentes de la policía lo sorprendieron cuando hacía limpieza del revólver.

Los dos capturados fueron conducidos al Comando de la Estación de Policía, en donde rindió versión Cortés Ortega, quien hizo un relato detallado del hecho, precisando que él disparó la pistola y Moreno el revólver, y que el motivo del homicidio radicó en que Bautista Noriega "estaba contra nosotros"(fls. 8-1). Moreno Vergel se negó a declarar.

Inicialmente el proceso lo adelantó el Juzgado Promiscuo Municipal; luego pasó al juzgado 2o. de Instrucción Criminal Ambulante, que calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra los dos sindicados, por el delito de homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal (fls. 83 y ss. del cuaderno No. 2. Auto de enero 27/88), providencia que, apelada por el defensor, fue ratificada por el Tribunal de Valledupar (fls. 119 y ss.).

Ejerció el control de legalidad por el Juzgado 2o. Superior de la mencionada ciudad, se llevó a cabo audiencia pública con la intervención de jurado de conciencia, que emitió veredicto absolutorio, de conformidad con el cual se dictó la sentencia correspondiente, que fue apelada por el Fiscal y revocada por el Tribunal, declarándose la respectiva contraevidencia (fls. 295 y ss.).

Realizada sin jurado la segunda audiencia, se dictó fallo en armonía con la acusación, condenando a los procesados a la pena principal de 128 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago, en abstracto, de los daños ocasionados. Este fallo de junio 20 de 1990 fue apelado por el defensor, mas el Tribunal, al revisarlo, aumentó la pena a 11 años y 4 meses y condenó en concreto al pago de los perjuicios (fls. 16 y ss.-3).

Contra la sentencia interpuso recurso de casación el defensor de los acusados, impugnación que fue declarada desierta respecto de Moreno Vergel, por no haberse presentado demanda a nombre suyo (fls. 36 cuaderno Corte).

La Demanda.

Causal Tercera:

Cuatro cargos hace el actor al amparo de esa causal de casación, contemplada en el numeral 3o. del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989:

1.- Violación de las formas propias del juicio, por haberse celebrado sin jurado la segunda audiencia, por lo cual se violó el artículo 1o. del Código de Procedimiento Penal, "al no aplicarse las normas preexistentes", es decir dicho código.

2.- Se violó el derecho de defensa, porque la captura de los procesados fue "ilegal", "ya que no me dió boleta de captura de autoridad competente y tampoco fue captura en situación de flagrancia... Ello genera violación al derecho de defensa amparado por el artículo 23 de la Constitución Nacional".

3.- Violación al derecho de defensa, "por no haber habido garantías procesales" en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, no solo en cuanto al numero que compuso la misma, sino por que prácticamente "ya estaba reconocido Colés Ortega, si se tiene en cuenta que al practicarse la diligencia en primer lugar con su compañero Luis Felipe Moreno, no se hizo cambio de las personas que conformaban la fila y en tales circunstancias era fácil para la persona que iba a identificar, concluir que la nueva persona, la persona distinta a las que en momentos anteriores no estaba, era la de identificar..."(fls.27).

4.- Violación al derecho de defensa, ya que la "versión libre y espontánea" fue rendida por Cortés Ortega mediante tortura, "como está debidamente demostrado según dictamen médico legal visto a folios 57 del cuaderno No.2".

Causal Primera:

Dos reproches eleva el casacionista con fundamento en dicha causal:

1.- Se violó indirectamente la ley sustancial "por equivocada interpretación de la prueba que hace relación a la declaración de doña Angélica Mora Blanco que ha servido de sustentáculo al fallador", refiriéndose el actor a que no se tuvieron en cuenta las circunstancias personales y sociales de la testigo ni las que rodearon la "percepción de los hechos", no dejándose tampoco constancia al respecto en el acta que recoge esa prueba. "Es un error de hecho y de apreciación objetiva", dice el censor, y añade que el testimonio criticado " pierde la veracidad y credibilidad que el H. Tribunal le ha impartido".

2.- "Cabe igual crítica testimonial frente a la declaración del menor John Jairo Bautista Mora, pues aquí si es menos concebible lo por él afir-

mado si se tiene en cuenta que como gastó más tiempo para ir en persecución de los autores del crimen perpretado en la persona de su señor padre, por cuanto él salió en compañía de su señora madre y al ver lo que acontecía se regresó y buscó un arma corto-punzante... Nos preguntamos a qué distancia en realidad..." (fls.29), y continúa discutiendo el valor que el tallador le otorgó a ese testigo.

Pide, pues, que se case la sentencia y se declare la nulidad "a partir de la diligencia de versión rendida ante la autoridad policiva por el señor Víctor Julio Cortés Ortega..."

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa en los siguientes términos:

Causal Tercera:

1.- La intervención del jurado de conciencia conforma "una simple ritualidad", y, por tanto, las normas correspondientes "son de aplicación inmediata", según el artículo 5o del Código del Procedimiento Penal. Como el Decreto 1861 ya estaba vigente para cuando se realizó la segunda audiencia, fue correcto que en esta no participara el *juri*, concluye la delegada.

2.- No es admisible que la "captura ilegal" que se plantea viole el derecho de defensa. "Una captura no realizada conforme a los mandatos legales -dice-, conlleva a vulneración del derecho a la libertad, pero en ningún momento violación del derecho de defensa", razón por la cual este cargo tampoco prospera.

3. Es cierto que, según el artículo 390 del Código de Procedimiento Penal, "la fila de personas" debe estar conformada por 7 personas (contando al acusado que se propone identificar), y en la diligencia que se practicó en este caso faltó una persona, mas ello solo "no da pie para considerar que la diligencia pierde valor, puesto que la finalidad de imparcialidad de la prueba se mantiene, y la cantidad de personas para integrar la fila de reconocimiento es apenas un límite formal, que en modo alguno afecta el sentido de la prueba", analizando la delegada la forma en que transcurrió esa diligencia, para arribar a la conclusión de que no se violó el derecho de defensa. "Incluso del defensor de los procesados, doctor Elías Ovidio Miranda, participó dentro de la misma, sin que hu-

biese dejado constancia alguna, aunque tuvo toda la posibilidad de controvertir la diligencia y no obstante eso, consideró que la misma fue realizada en forma correcta hasta el punto que terminada la misma, la firma en señal de asentimiento y sin haber hecho reparo alguno, señala.

4. No es de recibo la alegación en el sentido de que la versión del procesado Cortés Ortega ante la policía, fue obtenido por medio de tortura, pues, entre otras cosas, en ella estuvo presente el Personero Municipal, señor Hernando Osma, y además el procesado no manifestó nada al respecto en ese acto. "Sólo en la ampliación de indagatoria, cuando incluso ya se le había definido situación jurídica, manifestó que había sido objeto de torturas para obligarle a declarar y confesar", cosa que desmiente en su declaración el mencionado Personero (fls.11-2), sin olvidar, por otro lado, que lo único que el médico encontró en el cuerpo de Cortés Ortega, fue un "leve edema en el testículo derecho, causado por elemento contundente (fls. 57-1)".

Causal Primera:

1.- Dice el señor Procurador Delegado que si bien se invoca un error de hecho respecto de la declaración de la mujer de la víctima, el censor "olvidó indicar si se incurrió en un falso juicio de identidad o de existencia, con lo cual Sala no tiene manera de acreditar lo que no aparece expresamente de la inpugnación", aparte de que no menciona la norma sustantiva violada, sino solamente el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, artículo "de naturaleza netamente probatoria en la medida en que se refiere a la valoración del testimonio", y hace ver la Procuraduría que el actor se dedica a oponer su criterio al del fallador, "pero en ningun momento demuestra el error de hecho".

2.- Igual comentario le merece a la Delegada los reparos que en este segundo cargo hace el actor en lo que concierne al testimonio del hijo de la víctima, menor John Jairo Bautista Mora, máxime que aquí ni siquiera dice si se trata de error de hecho o de derecho. "En casación -dice- no puede oponerse un criterio de valoración al del Juez, sino demostrar que hay un error de apreciación probatoria en el orden fáctico o legal".

Observa la Delegada que si bien es cierto que el artículo 51 del Decreto 2651, "que entrará a regir a partir del día 10 de enero de 1992, no exige que se integre "una proposición jurídica completa, es claro que ello no

elimina la perentoria necesidad técnica de indicar, en la violación indirecta de la ley sustancial, cuál es la norma sustancial violentada por el sentenciador... ".

Solicita, pues, no casar el fallo.

Se considera:

Causal Tercera:

Cargo Primero:

Mayoritariamente, esta Sala ya decidió desde hace buen tiempo que, frente a una segunda audiencia (cuando se declara contraevidente el veredicto), el jurado de conciencia no puede intervenir, por prohibirlo el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989. En casación muy reciente, se dijo al respecto:

> "Ya esta Sala, en repetidas oportunidades, a concluído que, como el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989 eliminó la intervención del jurado de conciencia, dejándolo exclusivamente para las audiencias iniciadas con anterioridad a su vigencia, resulta claro, de cara a una segunda audiencia por efectos de contraevidencia, que *no es de recibo legal* que el *juri* intervenga.
>
> "En fallos de casación de 5 y 11 de diciembre de 1990 (M. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel), se dijo al respecto:
>
> " 'El debido proceso es el que se aplicó. Si el Juez hubiese permitido que un jurado - cuya participación había sido suprimida por el nuevo Decreto - se pronunciara sobre la responsabilidad del procesado, habría incurrido en nulidad, por que en ese caso sin ninguna duda estaría utilizando un procedimiento no previsto en la ley'.
>
> "Luego se refirió la Sala al artículo 40 de la ley 153 de 1887 (en cuanto a que 'las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir') y acotó:
>
> " 'Una excepción sería el principio de favorabilidad, también aplicable en caso de sucesión de leyes procesales en el tiem-

po, pero como lo ha reiterado la Sala, no existe tratándose de confrontación entre audiencias con jurado y sin él, ya que nada permite inferir de manera concreta que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra'.

"No ha aceptado, pues, la Sala, que en una especie de ficción, las *dos* audiencias constituyen 'una sola'; ni mucho menos que el pretendido 'acto complejo' comience desde el sorteo de jurados. Por otro lado, resulta igualmente claro que la mencionada jurisprudencia mayoritaria no desconoce la favorabilidad de las normas procesales (y no podría hacerlo, sopena de contravenir disposiciones constitucionales ilegales), sino que ha reafirmado (cosa nada nueva, por lo demás) que esa favorabilidad opera solamente en el caso de que dichas normas procesales tengan un contenido material, osea que consagren derechos, mas no cuando consagran meras ritualidades o 'formas' de juzgamiento, como acontece en el presente evento, en el cual en lugar del jurado de conciencia se coloca al Juez de derecho para que falle el proceso: la Delegada no sustenta por qué ese 'reemplazo' de 'juez' favorece al acusado y desde luego que tampoco lo hace el casacionista.

"En ese orden de ideas, obliga admitir que al realizarse la segunda audiencia sin intervención del *juri*, no se violó de modo alguno el debido proceso, no incurriéndose por tanto en la nulidad planteada en la demanda, razón por la cual el cargo no prospera" (Sentencia de 22 de enero de 1992, Mag. Pte. Dr. Duque Ruíz).

También, como recuerda la Delegada, esta Sala había dicho en casación de junio 19 de 1991 (M. Pte. Dr. Saavedra Rojas) que "con arreglo a lo anterior se sostiene que las normas procesales, excepto cuando repercuten en pro de los derechos del procesado por que comportan recursos, grados de jurisdicción, situaciones de mayor beneficio como libertad provicional, terminación extraordinaria del procedimiento etcetc., y en tal sentido tienen un caracter más sustancial que instrumental, son retroactivas y se aplican ipso facto desde cuando entran a regir, aún a los procesos iniciados con anterioridad a su vigencia, si la misma ley no establece limitación alguna a su aplicación".

El cargo, en esas condiciones, no prospera.

Cargos Segundo, Tercero y Cuarto:

Se contemplan conjuntamente estos cargos restantes por que son cobijados por idéntica falencia: alegarse por la causal de nulidad, cuando han debido serlo al amparo de la causal primera, como violación indirecta de la ley sustancial.

En efecto, el primero de esos cargos se refiere a "la captura ilegal" de los acusados; el segundo hace alusión a fallas cometidas en la diligencia de reconocimiento en fila de personas; y, el tercero, atañe a la "inexistencia" de la versión rendida por el procesado Cortés Ortega en la policía de San Alberto. Como se ve, en todos esos eventos se ataca *la validez de la prueba*, tema que, se repite, tiene su marco propio en el cuerpo segundo de la causal primera, por conducto de la cual el censor debe demostrarle a la Corte que la invalidez de uno o de varios elementos de juicio, en los cuales se basó el fallo, obligan a la casación del mismo, a fin de absolver al procesado, si es que se está frente a un Sentencia de condena.

Erró, pues, el demandante en la selección de la causal, yerró que, por su magnitud, impide a la Sala un examen del contenido de la acusación.

Causal Primera:

Cargos Primero y Segundo:

Trata aquí el actor de que la Corte desconozca o se aparte del valor dado por el Tribunal a las declaraciones de la mujer y del hijo del señor José Federico Bautista Noriega, la víctima del homicidio objeto del proceso.

Lo que rebate el libelista es, así, la convicción que ese par de pruebas produjo en el fallador, hasta el punto de que las tuvo como la imputación cardinal en orden a optar por una sentencia de condena para los procesados Cortés Ortega y Moreno Vergel.

¿Qué es lo que hace en esta causal el censor? Bien lo dijo ya la Delegada: oponer su propia "interpretación" de esos testimonios a la que trae el fallo impugnado, cosa que no es dable admitir, porque esa clase de prueba está regida para su valoración por la sana crítica, ausencia de tarifa legal que veda un ataque semejante, como lo ha repetido en muchas ocasiones la jurisprudencia.

Ahora bien: si lo que se arguye es el error de hecho (como lo aduce el casacionista con respecto al testimonio de la mujer del occiso, señora Angélica Mora Blanco), tocábale al demandante probar que el testimonio se tergiversó de tal modo que se encara un quiebre ostencible de la lógica que debe precidir la sana crítica, caso en el cual en el fondo lo que se comete es un error "objetivo", por desconocerse o traicionarse el contenido puramente material del testimonio, cosa que, ni de lejos, prueba aquí el censor, que, insístese, se limita a realizar una valoración de los testimonios diversa a la del Tribunal, que, aprobando los razonamientos del juzgado al respecto, le dedicó buen espacio a sustentar la credibilidad que merecen esas declaraciones, que, por otro lado, en manera alguna corren en el proceso en forma insular, sino por el contrario, reciben apoyo de otros elementos de juicio, circunstancia que omitió el demandante, dejando consecuencialmente incompleta la argumentación.

Por ejemplo, es manifiesta la ninguna razón que le asiste al actor cuando afirma que la versión rendida por su representado Cortés Ortega, fue fruto de tortura, siendo patente, en cambio, la coherencia extrínseca e intrínsica de esa versión; es decir, que dentro del contexto procesal "real" (no el imaginado por el casacionista, en afán explicable de sacar adelante la situación jurídica de su defendido), ese elemento de juicio se exhibe con un ajuste irrecusable por su logicidad y presición.

El simple hematoma testicular con el cual apareció dicho procesado 11 días después de haber rendido la versión, resulta del todo inidóneo para fundamentar un ataque de ese caracter.

Suficiente lo expuesto para hacer ver porque ninguno de los cargos tiene éxito.

La Aplicación del Artículo 31 de la Constitución:

La sentencia de condena fue apelada solamente por el defensor de los acusados, constatación que impide el aumento de pena que resolvió el Tribunal, de acuerdo al texto constitucional en mención.

Por mayoría la Sala (quien cumple la función de ponente aquí forma parte de los Magistrados que en ese sentido han salvado el voto) ha resuelto que, frente a situaciones como la presente, y estimando la supre-

macía de la carta, el fallo respectivo debe ser casado "oficiosamente", con miras a cancelar el incremento en cuestión, dejando la pena impuesta por el juzgador de primera instancia, que en este caso es de 128 meses de prisión.

Dijo al respecto la Sala en casación de 22 de octubre de 1991:

"Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir integralmente 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 asunto, 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 esa 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 estos 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 intervención 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. 4 ov.- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art. 228 ib.), 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 remitirá el expediente para que dicte nuevo fallo, conforme a la Constitución vigente,porque un quebranto de esta exige una corrección pronta, por parte de quien esté conociendo el asunto, la misma que a nadie sorprende y traduce la adecuada composición que de todos, en una sana interpretación, exigirían de esta máxima Corporación" (Mag. Pte. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

En consecuencia, se mantendrá el fallo de primera instancia, no sin advertir que la interdicción de derechos y funciones públicas no puede exceder al término de diez (10) años (art. 44 C.P.).

Aplicación del Decreto 2651 de 1991:

Como la Delegada se refiere, comentando la técnica de la demanda, al artículo 51 del susodicho ordenamiento, la Sala debe reiterar que tal precepto no comprende el recurso de casación en materia penal. Se dijo sobre el punto en casación de 31 de enero de 1992:

"Sin embargo, existen suficientes elementos de juicio que permiten inferir que las modificaciones relacionadas con los requisitos de la demanda no están dirigido al campo penal. Ello son:

"a) El decreto se ocupa de reglamentar la conciliación, (de la cual excluye expresamente los asuntos penales); el arbitramento; el aporte de pruebas por las partes haciendo más flexible las rigurosas normas de Procedimiento Civil, para darle la agilidad que tiene el sistema penal; las objeciones en los concordatos; y, la competencia de los Notarios para adelantar sucesiones. Es evidente que ninguna de estas modificaciones se refiere al procedimiento penal.

"b) El artículo 51 está en el capítulo VII denominado *"otras disposiciones"*, en el cual, entre varios temas se autoriza la grabación de audiencias y diligencias, mecanismo que está previsto en el artículo 149 del procedimiento penal vigente, lo que indica que el Decreto se está refiriendo a los Códigos que no contienen esa previsión./

"c) El Gobierno Nacional, con el visto bueno de la Comisión Especial, el 25 de noviembre de 1991 expidió el Decreto 2651, y cinco días después, haciendo uso de las facultades otorgadas en el mismo artículo 5o. transitorio de la Constitución Nacional, expedió el nuevo Código de Procedimiento (decreto 2700), el cual mantiene las exigencias formales actualmente vigentes para las demandas de casación. En esas condiciones, es lógico entender que no tendría sentido introducir modificaciones sobre un tema, para unos días después, cuando éstas aún no han comenzado a regir, volver al sistema anterior, y mucho menos si se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 62 del Decreto de descongestión de los Despachos Judiciales, éste se aplica a los recursos de casación que se interpongan a partir del 10 de enero del presente año, es decir, sus normas serían aplicables solo por 6 meses, no por 42 como dice el artículo 2o., pues a partir del 1 de julio entra en vigencia el nuevo estatuto procesal.

"d) En cuanto al contenido del artículo 51 del Decreto 2651, se observa que en materia penal no produciría descongestión, sino todo lo contrario, pues eliminando la posibilidad de desestimar las demandas que no reúnan los requisitos formales, obligaría a que cualquier escrito fuera tomado como una demanda de casación sobre la cual se tendría que hacer un trámite y un pronunciamiento de fondo inoficioso. Pero además, resultaría ostensible la incostitucionalidad de ese artículo pues pondría a la Corte en el trabajo absurdo de perfeccionar la demanda y luego darse respuesta, desbordando las facultades que le fueron otorgados al gobierno por la Constitución Nacional.

"En el supuesto de que existiera congestión en la Sala de Casación Penal sería totalmente ineficaz pretender solucionarla eliminando las exigencias técnicas de la demanda, pues esa medida daría lugar a que se acudiera al recurso extraordinario como si se tratara de una tercera instancia.

"De otra parte, no sería explicable que para descongestionar los despachos, se expidiera una norma que obligue a resolver de fondo en todos los casos, aún en aquellos en que la incompatibilidad de los cargos impide saber con claridad la verdadera inconformidad del recurrente.

"c) Sin perjuicio de lo que en materia civil y laboral se resuelva, esta Sala considera que atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651, a la finalidad que debe perseguir, y a las facultades que permitieron su expedición, el artículo no comprende el recurso de casación en materia penal"(Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

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:

Casar parcialmente la sentencia impugnada.

Condenar a los procesado *Víctor Julio Cortés Ortega* y *Luis Felipe Moreno Vergel* a la pena principal de ciento veintiocho (128) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, como autores responsables del delito de homicidio cometido en José Federico Bautista Noriega, tal como lo dispuso el Juzgado Segundo Superior de Valledupar, en sentencia de primera instancia.

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

Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz, Salvamento parcial de Voto; *Jorge Carreño Luengas, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velásquez,* Salvo Parcialmente el Voto; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda,* Salvo Parcialmente el Voto; *Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carmica, Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Con nuestro acostumbrado respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar las razones de nuestro disentimiento parcial en esta oportunidad, respecto a la anulidad propuesta por la no intervención del jurado de conciencia en el juzgamiento donde se produjo veredicto contraevidente.

Nuestro criterio sobre el particular ha sido y es el siguiente:

"...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 sí, es ese el sentido como está llamado a ser observado.

"Lo anterior, por cuanto como ha sido expuesto en los respectivos salvamento de votos, 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 solo 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 regulación constitucional y legal del debido proceso y si en el rito provisto 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 a sido declarado contraevidente, en acto del dabate a cargo del otro jurado no pueda ser entendido como una "nueva" audiencia, sin vinculación con lo anterior, como una interpretación puramente nominalista del Decreto 1861 daría entender. En este sentido, la llamada segunda audiencia debe enterderse 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 juridicamente, en la existencia de un segundo debate por manera tal que si en el primero, resulta imposible el segundo.

"Esto mismo, hace que la complejidad del juzgamiento en examen, solo sea aplicable en casos de contraevidencia, quedado 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 deriba del anterior.

"De conformidad con estas apreciaciones, debe entenderse, entonces, deacuerdo 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, debe los 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 el que el debido proceso resulte seriamente afectado.

"Esto es lo que acontese en situaciones en que siendo varios los procesados, se acogen los veredictos absolutorios con respecto a algunos de ellos y en relación con otros se declara 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, en proceso debe ser uno, lo cual no puede ser afirmado si a-unos los juzga el jurado en 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 rectificado como absolutorio por un segundo jurado, convocado como consecuencia de la contraevidencia y acogido por el Juez de derecho en el fallo anulado en 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 dieciseis 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 dieciseís años y medio de prisión, resulta ser que el jurado terminó juzgando en conciencia un hecho -el hurto- que, por sí, no le dá 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

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 de la anterior, razón por la cual en observancia del principio del proceso debido, también debe ser celebrada con intervención del *juri*."

Como en el presente caso, al omitir el jurado en la segunda parte de la audiencia, se quebrantó el debido proceso, debió anularse la actuación en nuestro sentir.

Con toda consideración,

Dídimo Páez Velandia, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha, *ut supra*.
(Marzo 4/92)

REVISION

Es labor incompatible con la naturaleza y la razón del recurso extraordinario, el deseo de revivir la valoración y apreciación de aspectos que ya fueron materia de examen durante el juicio.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 27 (4 mar./92). Revisión Rdo. No. 7097

Vistos:

El procesado *Gregorio Rojas Rosas* mediante apoderado especial, interpone el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Superior de Santafé de Bogotá de fecha diciembre 19 de 1989 y por la cual se le condenó a la pena principal de catorce (14) años de prisión como responsable de los delitos de Homicidio consumado en el agente de la Policía Nacional Guillermo Ballesteros Rojas y homicidio en grado de tentativa en Alberto Medina Celis.

Corresponde a la Corte, examinar si la demanda reune los requisitos que la ley demanda para su admisibilidad o si ha de ser rechazada in limine, por inepta.

Para ello, se considera:

Busca el recurso de Revisión, remediar las consecuencias de un fallo injusto que ha hecho tránsito a cosa juzgada. Pero, para que la revisión pueda remover los efectos de inmutabilidad e irrevocabilidad propios de

una sentencia que tiene el carácter de *res iudicata* y además está amparada por la presunción de legalidad y acierto, es indispensable que por el recurrente se invoque y se ponga en evidnecia una cualquiera de las causales que taxativamente contempla el art. 231 del C. de P.P..

Se trata además del examen de hechos, pruebas o circunstancias nuevas no conocidas en el momento de juzgamiento; es por tanto, labor incompatible con la naturaleza y la razón del recurso extraordinario, el deseo de revivir la valoración y apreciación de aspectos que ya fueron materia de examen durante el juicio.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, ningún hecho nuevo presenta el recurrente como fundamento de su demanda. Se limita a replantear un nuevo examen de la prueba existente, alegando supuestos errores de derecho en su apreciación, volviendo sobre hechos ya debatidos en la instancia, para oponer su personal criterio al juicio crítico del juez para concluir solicitando con innegable falta de lógica jurídica y como si se tratara de una tercera instancia, que la corte: a).- Absuelva el sentenciado porque no fue la persona que accionó el arma que ocasionó la muerte de la víctima; b) Que si no se acepta por este aspecto su inocencia, se le absuelva y se reconozca que obró en circunstancias de justificación por legítima defensa y, c) Que si la corte lo considera responsable, se le condene pero se admita que actúo en estado de ira, y se efectúe la correspondiente disminución punitiva.

Desde un comienzo se advierte que las razones invocadas por el recurrente no se ajustan a las razones y objetivos del recurso de revisión y pugan con la verdad demostrada en el proceso.

Con fundamento en la causal primera del art. 231 del C.de P.P. afirma el recurrente que el juez incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que adoptó en relación con ella. "...Un criterio absolutamente subjetivo, personalísimo... siendo la sentencia la materialización de una selección arbitraria de la prueba..." y agrega que el funcionario dio prevalencia a la prueba testimonial para aceptarla, desechando en cambio la prueba técnica y científica.

Sigue el demandante haciendo una crítica al aservo probatorio con predominio de su personal criterio, sobre el que tuvo el funcionario para declarar la responsabilidad del acusado en actitud a todas luces inamisible en revisión donde no es permitido reabrir el debate ni controvertir las pruebas ya analizadas en la instancia.

Por eso ha dicho la Corte que "...no se dará desde luego esta causal de revisión, cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas ya aportadas y examinadas en su oportunidad por el juzgador, pues en tales casos lo nuevo no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio conque ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a la categoría excepcional de causal de revisión (M. P. Alfonso Reyes Echandía - Dic. 13/82)."

La única prueba nueva que el recurrente acompañó a su demanda es la declaraciónextraproceso de William Arroyo Caraballo, que nada aporta para los fines del recurso ni puede incidir de modo alguna en la sentencia.

El declarante se limita a decir que vive cerca al lugar donde ocurrieron los hechos y que al regresar a su hogar aproximadamente a las diez y media p.m. observó "un tumulto de gente" donde pudo divisar a una agente de policía armado con una escopeta y a diversas personas no conocidas ni identificadas, una de ellas con un revólver en la mano y que "sonaron tres detonaciones no sé de donde salieron pero los escuché casi en mis propios oídos y al ver que la cuestión era seria con esas detonaciones me puse pilas... corrí como loco hasta llegar a la puerta de mi casa abrí apresuramente, me entré, tomé agua y me acosté todo nervioso y allí me quedé dormido...".

Este declarante que no fue visto por ninguno de los presenciales en la escena del crimen, nada nuevo aporta para desvirtuar la verdad demostrada en el proceso, pues no vió quien disparó, ni en que condiciones se consumó el hecho punible. El testimonio es intrascendente para los fines del recurso.

Estas breves consideraciones, ponen en evidencia de ineptitud de la demanda.

Con fundamento en la causal quinta del art. 231, afirma el demandante que el juez se apoyó para su decisión en una prueba falsa: el testimonio de Carlos Daniel Hernández "que es falso debido a que fue un testimonio subestimado (sic) y que lo redactó la policía y lo obligó a firmar sin que éste hubiese participado en la redacción del mismo ...".

Agrega, que el señor Hernández volvió a declarar ante el juez instructor "...explicando el contenido de su primer testimonio:" y que el juez

incurrió en una "selección parcial de la prueba..." al escoger y fundamentar la decisión en la primera versión ante la policía judicial.-

Ningún elemento de prueba acompaño el recurrente a su demanda para acreditar esta supuesta falsedad y el cargo no tiene otro sentido que el de discutir nuevamente la credibilidad que el juzgador dió a las dos versiones que el testigo ofreció en sus intervenciones ante la justicia, lo cual es inprocedente para los fines de la revisión. No es suficiente que el testigo modifique, altere o incluso varíe su declaración para que sea posible desconocer una centencia que se fundó en un examen serio, sereno y juridíco, no sólo de dicha declaración, sino de todos los demás elementos de prueba que sirvieron de fundamento al fallo de condena.

La falsedad -a dicho la Corte- debe aparecer manifiesta, ostensible de la prueba.En cuanto a su credibilidad, la Corte carece de competencia para confrontar el juicio crítico del recurrente, por la razón muy clara de que nuestro sistema probatorio otorga al juzgador de instancia amplia facultad para apreciar los hechos del proceso, sin más requisitos, que observe en su tarea el método de la sana crítica. Conseder 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 (Corte mayo 30/78).

Se observa de lo anterior, la ineptitud de la demanda razón por la cual será rechazada *in límine*.

El mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *rechaza in límine* la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado Gregorio Rojas Rosas dentro del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FUERO / JUSTICIA PENAL MILITAR

Es un sofisma, pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida y bienes de los ciudadanos, está al margen del servicio policial y por lo tanto, que su juzgamiento no corresponda a la Justicia Penal Militar.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 030. Casación No. 5215

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados *German Cendales Peñarete* y *Leónicio León Rodríguez*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Juez de primera instancia (Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá), con la modificación de aumentar la pena de prisión de nueve (9) meses a doce (12) años para el primero, y de tres (3) años nueve (9) meses a seis (6) años para el segundo, como autor y cómplice respectivamente del delito de homicidio tentado. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas se elevó en el mismo tiempo de la privativa de la libertad, y se mantuvo la de separación absoluta de la Policía Nacional.

1. Hechos y Actuación Procesal:

En las primeras horas de la madrugada del 31 de agosto de 1988, agentes de la Policía capturaron por indocumentado al joven *Héctor Daniel Guio Giral*, quien fue llevado al CAI de Monteblanco, ubicado en la vía que conduce de Santafé de Bogotá a Usme.

Luego de permanecer detenido en el CAI por más o menos media hora, fue sacado por los agentes *Héctor Muñoz* y *Germán Cendales Peñarete* a un potrero cercano, y allí con una escopeta éste último le disparó por la espalda y lo dejó abandonado. El herido logró salir de ese lugar y pedir ayuda en un vecindario, de donde llamaron al CAI para que una patrulla lo llevara al hospital.

Al vehículo de la Policía llegó *Cendales Peñarete*, quien una vez se retiraron del lugar, dentro de la misma patrulla le propinó numerosas puñaladas al herido, y creyendo que había muerto lo llevaron al Hospital de la Samaritana, reportándolo como un N.N. recogido en la calle. Los médicos lograron salvarle la vida, y esto permitió que la víctima pusiera en conocimiento de las autoridades lo sucedido.

La Procuraduría Delegada para la Policía Nacional conoció inicialmente de la queja formulada, y al advertir que se trataba de in delito remitió copia de las diligencias al Juzgado 77 de Instrucción Penal Militar, quien abrió la investigación.

Mediante la indagatoria correspondiente, fueron vinculados al proceso *Germán Cendales Peñarete, Leónicio León Rodríguez, Juan Zacarías Jiménez, Luis Helirio Ramírez Tautiva, Jorge Armando Bueno Fonseca* y *Miguel Darío Urrego Prieto*, a quienes se les definió la situación jurídica con auto de detención, al primero como autor de abandono del puesto y tentativa de homicidio agravado, y a los demás como cómplices necesarios del delito contra la vida.

Posteriormente se indagó a *Héctor Manuel Muñoz* y *Omar Orlando Cruz Villalobos*, contra quienes también se dictó auto de detención, sindicados de ser respectivamente coautores y cómplices del homicidio tentado.

El Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, actuando como Juez de primera instancia, convocó un Consejo Verbal de Guerra, imputando a *Cendales Peñarete* la autoría de los delitos de abandono del puesto y tentativa de homicidio agravado; a *Leónicio León Rodríguez, Juan Zacarías Jiménez* y *Héctor Manuel Muñoz* como cómplices del delito contra la vida; y, a *Omar Orlando Cruz Villalobos, Miguel Darío Urrego Prieto* y *Luis Helirio Ramírez Tautiva* como encubridores del homicidio imperfecto.

El Consejo Verbal de Guerra con intervención de vocales concluyó con veredictos afirmativos de la responsabilidad de los encausados, con

excepción de *Miguel Darío Urrego Prieto* y *Luis Helirio Ramírez*, quienes fueron considerados no responsables.

El Juez acogió los veredictos y dictó la sentencia respectiva, fijando para el autor de los hechos una pena de prisión de nueve (9) años, para los cómplices tres (3) años nueve (9) meses, y para el encubridor seis (6) meses de arresto, con derecho a la condena de ejecución condicional.

El Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación confirmó la decesión condenatoria, aumentándo las penas en la forma indicada inicialmente.

II. *Las Demandas:*

El defensor de los dos procesados recurrentes presentó un libelo por cada uno de sus asistidos, pero invocando la misma causal y utilizando los mismos argumentos tendientes a la demostración, por esa razón se puede reseñar simultáneamente, advirtiendo simplemente la diferente situación y momento en que actuaron.

El cargo Consiste en que la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, causal tercera de casación, por cuanto el juzgamiento de los acusados Germán Cendales Peñarete y Leónicio León Rodríguez se adelantó por un funcionario que carecía de competencia, ya que correspondía al Juzgado Superior reparto de Bogotá, y no a la Justicia Peñal Militar.

La incompetencia, según el impugnante, se debe a que los hechos no fueron cometidos "en relación con el servicio", y para explicar ese concepto cita jurisprudencia de la Corte del 14 de noviembre de 1989 con ponencia del doctor *Jorge Enrique Valencia*; auto del 25 de septiembre de 1987, Magistrado Ponente Dr. *Rodolfo Mantilla Jácome*; 9 de junio de 1989, Magistrado Ponente Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*; y, auto del 13 de marzo de 1989, Magistrado Ponente Dr. *Edgar Saavedra Rojas*.

Sobre la actuación de *Cendales Peñarete* dice el censor:

" 7o. En el caso sujeto a estudio de la H. Corporación, hay evidencia procesal suficiente en el sentido que el agente Germán Cendales Peñarete, se encontraba de servicio en el CAI del barrio Monteblanco como refuerzo según se desprende del testimonio de su superior inmediato el Subteniente de la Policía Nacional Carlos Alberto Castiblanco folio 646 del cuaderno original así como de los documentos policiales tomados de las mi-

nutas de servicios y de otros documentos. Desde luego que su función era prestar un servicio de refuerzo en seguridad y atención a la ciudadanía desde luego teniendo siempre como guía se de función proteger la vida honra y bienes de los ciudadanos del sector aledaño y en general para todos los habitantes de la ciudad, tal como atrás se dijo. Infortunadamente para la Justicia, para la sociedad y para la propia institución policial cuestionada, tal cometido no se cumplió y antes bien por lo contrario aprovechándose de la oportunidad que le brindaba su presencia en el habitáculo del Cai, se apartó en forma conciente, ostensible y grave de su función, cuando recibió el detenido Héctor Daniel Guio Giral, de manos del agente Cruz Villalobos y en compañía del agente Muñoz Héctor Manuel abandonó el habitáculo del Cai, para en un potrero cercano, disparar en contra de la humanidad del detenido, ocasionandole las graves lesiones de que dan cuenta los autos según se desprende del experticio médico-legal".

"Por manera y razón, que el policial Cendales Peñarete, no sólo abandonó el puesto al salir del habitáculo, sino que además incumplió, sin razón legal valedera, no solo la función genérica que le había fijado la Constitución y la ley, sino también la específica fijada por sus superiores de prestar refuerzo en el Cai Monteblanco al sur de la ciudad de Bogotá, y entonces, no solo no cumplió con las obligaciones que el servicio le imponía- valga decir, proteger la vida e integridad de Héctor Daniel Guio Giral sino que además se apartó en forma radical, consciente, y voluntaria de la función y del servicio-atentando contra la vida e integridad personal del detenido- y en estas condiciones no puede su juzgamiento hacerse al amparo de las previsiones del Decreto 2550 de 1988, Código de Justicia Penal Militar sin violar la Constitución y la ley".

Agrega que si *Cendales Peñarete* fue condenado también por el delito de abandono del puesto, no puede hablarse de que el homicidio tuvo relación con el servicio. El primer atentado contra la vida tuvo ocurrencia en un potrero cercano al Cai, pero desde luego fuera de él, y el segundo, dentro del a patrulla 134 de la Policía Nacional que se encontraba en inmediaciones de la calle 11 sur entre carreras décima y Caracas, sitio que queda lejos del Cai.

Y concluye: "Lo anterior significa, que el procesado Cendales Peñarete, en el momento de ejecutar las conductas de homicidio agravado y tentado por las que se le juzgó estaba fuera del servicio, como que su presencia en estos sitios, potrero y patrulla No. 134, le comportaron también delito de abandono de puesto, como se consagró en la sentencia condenatoria que se impugna con este recurso extraordinario.

En cuanto a la situación concreta de *Leonicio León Rodríguez*, la sustentación parte del mismo argumento de que la policía esta para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y cualquier actuación que se aparte de tal cometido indica que se está incumpliendo la función para la cual fue creada.

Textualmente expone : "7o. En el caso sujeto a estudio de la H. Corporación, hay evidencia procesal suficiente en el sentido de que el agente León Rodríguez Leonicio, se encontraba de servicio como tripulante de la patrulla No.134 adscrito a los servicios del Departamento de Policía de Bogotá, para la noche del 20 de agosto de 1988 y que sus obligaciones como jefe de Tripulación de la misma, eran específicamente dirigir el vehículo dando cumplimiento a las ordenes de radio transmitidas por el CAD (Centro Automático de Despacho), de la policía Nacional, para prestar ayuda a los ciudadanos, conducción de heridos, captura de retenidos, apoyo a los cuarteles y en general de todos los requerimiento que hiciera la Sala de rádio a la ciudadanía en sentido general. Desde el punto de vista genérico teniendo siempre como guia de su función proteger la vida honra y bienes de los ciudadanos del sector aledaño y en general para todos los habitantes de la ciudad, tal como atrás se dijo, infortunadamente para la justicia, para la sociedad y para la propia insituación (sic) policial cuestionada, tal cometido no se cumplió y antes bien por el contrario aprovechandose de la oportunidad que le brindaba su presencia dentro del vehículo que comandaba, se aparto en forma consciente y grave de su función cuando permitia que el Policial Germán Cendales Peñarete, atacara con arma blanca al particular Héctor Daniel Cuio Giral, y le ocasionara las gráves lesiones de que habla el proceso según se desprende del experticio médico-legal, cuando su deber elemental era conducir al herido hasta el Hospital de "La Samaritana", procurando su recuperación y oportuna atención médica, según le imponía no solo la Constitución y la ley sino órdenes y circulares institucionales".

Por haber incumplido con lo que era su deber y haberse apartado de la función y del servicio permitiendo el atentado contra la vida del detenido, su juzgamiento no podía hacerse al amparo del Código de Justicia Penal Militar. Este mismo predicado lo afirma de los demás condenados.

La petición es que se decrete la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación.

III. *Concepto del Ministerio Público:*

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que la sentencia debe casarse, atendiendo las razones expuestas por el demandante.

Parte del supuesto de que el interrogante que corresponde dilucidar, es si los hechos fueron realizados en relación con el servicio que estaban prestando los Policiales comprometidos. Su respuesta está consignada en los párrafos que a continuación se transcriben:

> "El término "relación"utilizado por el canon constitucional, es ciertamente amplio. En efecto, hace alusión a una situación de conexidad de una cosa con otra, es decir para nuestros efectos, de *conexidad* entre el *hecho* delictivo materia de juzgamiento y el *servicio* oficial desarrollado por el autor del mismo. Es una conexión que no está especificada en cuanto a su calidad, sino que requiere esa especial vinculación- y nada más del hecho su autor y el servicio que él mismo presta."
>
> "Siendo ello así, no puede afirmarse que la relación exigida por la norma constitucional sea de tipo funcional o, por mejor decir, que esté reglamentada en la ley; pero sí cabe afirmar que ella se debe dar entre la conducta constitutiva del delito y el servicio oficial, no el cargo público".
>
> "La unión entre el acto y el servicio puede ser además, sin contrariar la Constitución, de índole material o sea, que puede presentarse frente a las condiciones reales del ejercicio del poder del militar policía en este caso- sin que se encuentre en las regulaciones de la función disposición alguna que se refiera al acto delictivo realizado por el agente del Estado."
>
> "Es que, a no dudarlo, los hechos punibles materia de este proceso no son el producto del azar, tampoco de la regulación de la función, sino que responden a una extralimitación en el ejercicio del cargo; no son el resultado de una personalidad anómala en sus autores o de condiciones externas a ellos que no tienen vinculación con el cargo que servían al momento de los hechos. Muy por el contrario, el delito fue precisamente la manifestación de la extralimitación del poder del que estaban revestidos los policiales al momento de la realización de su con-

ducta y el hecho, que solamente podía ser cometido por el cargo que ostentaban."

"Por ser agentes de la Policía tuvieron la posibilidad de retener a Guio Ciral; por esa misma condición, lo condujeron hasta las instalaciones del CAI de Monteblanco; aprovechando la misma investidura lo hicieron salir de allí y lo trasladaron hasta el potrero cercano en donde se produjo el primer atentado contra su vida; dada su calidad de policía, no otra, tuvieron nuevamente conocimiento de la superviviencia (sic) de la víctima. y como agentes de la fuerza armada, también, se introdujeron en el carro de la patrulla para producir unas nuevas lesiones a su víctima. Solo la condición de policiales posibilitó la comisión de los hechos delictivos, de donde puede inferirse la conexión material entre el hecho y el cargo que desempeñaban los incriminados".

"Ello, sin embargo, no es suficiente. La relación de conexidad no se exige entre el actuar delictivo y el cargo, sino entre aquel y el servicio. Y aunque la distinción pueda ser en apariencia ineficaz, no puede perderse de vista que el cargo es la mera relación de vinculación del particular al servicio público, en tanto que el servicio implica a más de esa incorporación a la estructura jerárquica del Estado, el desarrollo de unas funciones específicas regladas y de obligatorio cumplimiento, que surgen de la previsión constitucional según la cual no puede existir cargo público alguno que no tenga señaladas sus funciones en ley o reglamento, vale decir, que todos los cargos públicos deben tener fijadas las condiciones de su servicio".

"Pues bien, el servicio policial es, primeramente, el relacionado con la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, como manifestación principalísima de los fines del Estado y del orden público interno. A la Policía Nacional le compete dicha protección y ésta es la razón de su servicio; cualquier actividad que vaya contra esa suprema directriz, queda por fuera del servicio. La utilización de la fuerza en forma irracional, por fuerza de los casos en que se le autoriza, con fines diversos a los previamente definidos en las leyes y reglamentados, deja de ser parte del servicio y pasa a constituir un ejercicio arbitrario del poder físico de coerción, una actividad delictiva que ataca la naturaleza misma de la institución".

"Los hechos materia de juzgamiento, entonces, fueron cometidos por los inculpados quienes se encontraban, es verdad, en servicio activo dentro de la Policía Nacional; fueron también relacionados con el cargo que ocupaban los acusados al momento de su realización, pero, no tienen conexidad alguna con el servicio policial correspondiente".

"Si ello es así, debe concluirse que el adelantamiento del proceso por autoridad jurisdiccional militar viola los preceptos constitucionales y legales, pues la competencia sólo podría estar fijada en ella si el delito hubiese sido cometido en relación con el servicio. La nulidad planteada por el casacionista, entonces, surge clara para esta Agencia Fiscal y de conformidad con el marco constitucional de 1.886, que era el que consagraba el fuero militar en los términos anteriores aludidos".

Es que de tiempo atrás, comparte esta Agencia Fiscal los criterios interpretativos del fuero militar consignado por la Sala Penal del a Corte Suprema de Justicia, en especial aquellos que quedaron consignados en la providencia de fecha 13 de marzo de 1989 y de la cual fuera ponente el Magistrado Edgar Saavedra Rojas, que transcribe en extenso el casacionista. El juzgamiento de los militares, según tales criterios, sólo puede ser adelantado por militares en aquellos casos en los que el delito surje del desarrollo mismo del servicio, como sería el caso, por ejemplo, de la violación de una habitación ajena producida por la inobservancia de algunos de los requisitos establecidos para la realización de una diligencia de allanamiento, o el homicidio cometido por los militares en desarrollo de un enfrentamiento entre agentes del orden y una banda de forajidos, y otras muchas acciones delictivas que pueden surgir del adecuado ejercicio de la función".

IV. *Consideraciones de la Sala:*

1o.- El artículo 170 de la anterior Constitución Nacional consagraba que, "De los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

El artículo 221 de la Constitución vigente reproduce el contenido del artículo 170 de la Carta derogada cambiando únicamente la palabra "mi-

litares" por "Fuerza Pública", expresión que deacuerdo con el artículo 216 ibídem comprender en forma exclusiva "las Fuerzas Militares y la Policía Nacional".

Esto significa que no se produjo ninguna variación en el régimen foral de los Militares y la Policía Nacional, de manera que la jurisprudencia y doctrina existentes sobre el tema parten de supuestos normativos que al no sufrir modificaciónes, les permite seguir teniendo actualidad.

2o.- En el proceso se estableció plenamente que los inculpados eran miembros de la Policía Nacional y en el momento de los hechos se encontraban en servicio activo. De ahí que tanto el demandante como el procurador Delagado hayan concretado que el punto a resolver es si lo sucedido fue o no en relación con el servicio.

A este propósito se debe tener en cuenta que el proceso revela que la captura de *Héctor Daniel Guio* y su traslado al CAI por indocumentado se produjo como un acto propio del servicio. El agente *Cendales Peñarete*, quien se encontraba asignado al CAI, resolvió llevar al detenido a un potrero y disparar contra él con el propósito de matarlo. Nadie duda de que fue un abuso, una extralimitación de las facultades que tiene las autoridades de Policía, pero de igual manera, es claro que no se trató de una actitud aislada, no fue un conflicto de carácter particular entre el agente y la víctima, sino la decisión de un Policía en servicio activo de acabar con la vida de un sujeto que en muchas otras oportunidades había sido detenido.

Este no es caso del Policía que estando en servicio activo resuelve participar en un asalto a mano armada para hurtar, o intervenir en el secuestro de una persona, conductas que ciertamente no tiene ninguna relación con dicho servicio. El problema que ocupa la atención de la Sala, es el del Policía que teniendo a su cargo un capturado, en lugar de ponerlo a disposición de las autoridades competentes o dejarlo en libertad una vez identificado y dentro del término previsto para ese fin, decide matarlo, en un ejercicio abusivo de su autoridad, pero en inocultable relación con el trabajo que estaba prestando.

El Ministro Público admite que, "... el delito fue precisamente la manifestación de la extralimitación del poder del que estaban revestidos los policiales al momento de la realización de su conducta y el hecho, que solamente podía ser cometido por el cargo que ostentaban". Sin embargo, concluyen que la relación de conexidad no se exige entre el actuar

delictivo y el cargo sino entre aquel y el servicio, distinción seguramente posible en otros casos, pero no en éste en que cargo y servicio fueron utilizados para atentar contra la vida de *Guio Giral*.

Pretender, como lo hace el demandante y el colaborador Fiscal, que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida honra y bienes de los ciudadanos está al margen del servicio policial, y por lo tanto, su juzgamiento no corresponde a la Justicia Penal Militar, no es otra cosa que un sofisma, pues de esa manera se acaba con el fuero Constitucional, ya que es imposible que los militares y policiales que obran en estricto cumplimiento de su deber, incurran por esa razón en delitos.

A lo que la constitución se refiere, a los delitos cometidos por militares o policías en servicio activo, y *en relación con el mismo servicio*, luego es obvio que se trata de una extralimitación, de un abuso de la función, de hechos que están por fuera del cumplimiento de su obligación Constitucional y legal, pero que son ejecutados en desarrollo del servicio.

El abandono del cargo no se le imputó a *Cendales Peñarete* por haber llevado el detenido al potrero para disparar contra él sino por haberse ido en una motocicleta a interceptar la patrulla para que le permitieran rematar a la víctima, de modo que no existe ninguna contradicción entre los delitos cometidos y la existencia del fuero.

3o.- Al agente *Leonicio León Rodríguez* conductor de la patrulla, y su compañero *Juan Zacarías Jiménez*, les correspondió atender la solicitud de la persona que informó sobre la presencia de un herido, con el fin de que lo llevaran al hospital, cosa que finalmente hicieron, pero antes permitiendo que Cendales intentara nuevamente acabar con la vida del joven lesionado.

Es elemental atender que ellos no debían haber hecho eso, que su comportamiento estuvo por fuera de su obligación como policías, pero también es claro que la conducta asumida estuvo relacionado con el servicio que debían prestar. Es más, fue un delito al cual pudieron contribuir precisamente por estar prestando un servicio propio de su función policial.

El auto del 13 de marzo de 1989, dictado por esta sala, y en el cual se apoyan el demandante y el Procurador Delegado, se refiere a una situación fáctica diferente, pues allí la conducta desplegada por los policiales no tiene ninguna relación con el servicio, es un acto completamente al margen de él.

Estas consideraciones son suficientes para concluir que el cargo de nulidad propuesta en las dos demandas presentadas no prospera.

4o.- El aumento de pena hecho por el Tribunal en la sentencia de segunda instancia como ya se dijo en auto anterior, tiene plena validez, porque la providencia recurrida era consultable, es decir, por voluntad de la propia ley el superior tenía facultad para revisar la decisión del *a-quo* con competencia para pronunciarse sobre todos los aspectos del fallo.

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.

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

Rafael I. Corlés Garnica, Secretario

PENA - Accesoria / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Es al juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad.

DEMANDA DE CASACION - Técnica

Precisiones en torno al aspecto técnico y de prioridad en la demanda de Casación.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 30. Radicación No. 6160

Conoce la sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de febrero de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia condenó a *Tulio Castro Fierro* y *Rodrigo de Jesús Pineda Castaño* a 16 y 8 años de prisión, respectivamente; por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1.- El señor Francisco Franco Montes, Inspector de Policía de Cuayabal, jurisdicción de San Vicente del Caguán (Caquetá), ordenó no vender después de las 4 de la tarde bebidas embriagantes a determinadas personas "pendencieras", entre las cuales figuraba Tulio Castro Fierro, quien, en la tarde del 16 de octubre de 1989, se reunió en una cantina con Omar Guarnizo (apodado siete luchas) y Rodrigo de Jesús Pineda Castaño, decidiéndose ahí eliminar al Inspector, para lo cual Castro Fierro entregó un

revólver a Guarnizo mientras Pineda Castaño se encargaba de llamar insistentemente al Inspector para lograr que saliera de su oficina; conseguido lo anterior, Guarnizo disparó a Franco Montes desde atrás varias veces,alcanzándolo con un proyectil en el occipital y causansole la muerte inmediatamente.

Emprendieron carrera los dos, pero " la comunidad de la Inspección de Policía de Guayabal aprehendió a Pineda Castaño por complicidad en la muerte del señor Inspector, ya que lo llamó hacia afuera y en ese momento el Sr. Omar Guarnizo, apodado siete luchas, le disparó", según reza el informe policial y quedó corroborado luego en el proceso.

2.- Abierta la investigación y escuchado a Pineda Castaño en indagatoria, se le dictó auto de detención; posteriormente se presento en forma voluntaria Castro Fierro, siendo objeto de igual medida de aseguramiento. El proceso lo calificó el juzgado 7o. de Institución Criminal radicado en Puerto Rico (Caquetá), con resolución acusatoria para ambos sindicados: Castro Fierro como " autor intelectual del homicidio (agravado "por la indefensión") y Pineda Castaño como cómplice del mismo, según auto de 6 de marzo de 1.990 (fls. 257 y ss. del cuaderno No. 2), en el cual se dispuso, ademas, expedir copias respecto del "autor material "Omar Guarnizo.

El juzgado 3o. Superior de Florencia celebró audiencia y dictó sentencia de 20 de septiembre del citado año, mediante la cual, en armonía con el auto de acusación, condenó a los procesados a la pena principal de 16 (Castro- Fierro) y 8 (Pineda Castaño) años de Prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, y al pago de los perjuicios(fls. 20 y ss-3), fallo que confirmó en su totalidad el Tribunal mediante el suyo del 7 de Febrero de 1991, contra el cual interpusieron recurso de casación los procesados.

3.- Admitido en la Corte el recurso, el procesado Castro Fierro otorgó poder a un nuevo abogado para la presentación de la respectiva demanda, el cual fue reconocido como tal. Después, el defensor presentó el libelo impugnatorio a nombre de los dos acusados, pero luego el apoderado en casación de Castro Fierro manifestó en un memorial a la Sala que "analizada juiciosamente la sentencia, así como el expediente en su totalidad, y al no encontrar fundamento legal para encuadrar causal alguna contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, con el presente escrito me permito devolver el original del expediente en referencia" (fls. 43).

En esas condiciones, la Sala, por auto de 2 de octubre último (fls.46), declaró ajustada a las normas legales la demanda presentada a nombre de Pineda Castaño, declarando desierto el recurso con respecto a Castro Fierro, ya que "la demanda de casación presentada por el doctor González Arias a nombre ambos procesados, solamente tiene eficacia respecto de Pineda Castaño, pues en relación con Castro Fierro no podía presentar ya escrito alguno por haberle sido revocado el poder con anterioridad. Y como el nuevo defensor de Castro Fierro se abstuvo de presentar demanda, ha de declararse entonces desierto el recurso en cuanto a dicho procesado".

La Demanda:

Con invocación de la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procesamiento Penal, el actor afirma que se aplicó indebidamente el artículo 24 del Código Penal, al tener a Pineda Castaño como cómplice del homicidio.

Se remite a la indagatoria de dicho procesado, en la cual éste sostuvo que su intención fue únicamente llamar al Inspector para invitarlo a una cerveza, no existiendo, pues, acuerdo previo entre él y los demás participantes en el hecho, precisando que "así Pineda Castaño hubiera llamado o no hubiere llamado al Inspector, de todas maneras la intención de Omar Guarnizo estaba dirigida a ultimar al Inspector", de donde extrae que no se da el requisito de la "necesariedad" propio del cómplice; de otro lado señala que "no se acreditó personalmente que Rodrigo de Jesús Pineda hubiera tenido motivos para eliminar a Francisco Montes, pues la relación era cordial, lo hubiera llamado o no ya el homicida tenía en la mira darle muerte"(fls.36).

Solicita, así que, casado el fallo, se dicte el que absuelva al acusado.

Concepto de la Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza por decir que, si bien la demanda no debe examinarse de fondo, por fallas de técnica, la sentencia ha de casarse oficiosamente "con fundamento en los artículos 305-2 y 227 segunda parte del C.P.P. y 29 de la C.N.".

1.- En seguida, estima que no se precisa la clase de violación, más "se permite entender" que se trata de violación indirecta del artículo 24 del Código Penal, "por darle acogida a pesar de que la prueba no lo permi-

tín" (fls. 81); añade la delgada que el actor no precisa ninguna prueba "para señalar en valoración por el Tribunal un posible error", limitandose a ponerse a la crítica que el setenciador hace de la prueba de cargo, y precisa:

"Así la situación se torna improcedente el estudio de fondo de la demanda al no poder determinarse si la aplicación indebida del precepto supuestamente violada se debió a errores de valoración probatoria, o a un falso encuadramiento de los supuestos fácticos probados, en la figura tipificante de la complicidad; ello en virtud de la híbrida e incompleta sustentación del reparo".

2.- La nulidad la sustenta esa Delegada, como en otras ocasiones recientes, en la falta de motivación de la pena accesoria de la patria potestad que se impuso a los procesados.

Hace ver que esa pena "no es una conclusión forzosa del delito y de la pena de prisión", como sí lo es la de interdicción de derechos y funciones públicas; examinar la naturaleza de esa medida frente al artículo 288 del Código Civil, y "la incidencia profunda de la suspención de ese poder a un progenitor, así se ignore su condición de padre para cuando ella se decida, en el devenir económico y de relación de familia, sujeto como está este devenir, a las pautas de comportamiento y vigilancia por parte del Estado, que en su condición de titular del derecho de penar tiene la forzosa obligación de informar al ciudadano el motivo por el cual lo veda en su ejercicio".

"La pena -termina el Ministerio Público- debe guardar relacion con la naturaleza y modalidad del delito cometido, y como la suspensión de la patria potestad afecta intereses distintos de la prisión y obedece al deber de preservar a los hijos del influjo de determinado comportamiento paterno por un término que comienza a contarse a partir del cumplimiento de la principal, según lo estatuyó el artículo 55 del C.P., la motivación de su imposición es un imperativo para el sentenciador".

Así que demanda la nulidad del fallo.

Se Considera:

Como en el evento de prosperar la causal primera aducida en la demanda, el fallo sería absolutorio, desapareciendo entonces la pena accesoria, por cuya falta de motivación la Delegada pide la nulidad oficiosa, resulta obvio que se examine primero aquélla.

1.- Tiene razón el Ministerio Público en cuanto a que el libelo no cumple con las exigencias del recurso extraordinario: En efecto: no menciona en parte alguna si se trata de violación directa o indirecta, y , por lo mismo, menos puede hallarse en dicho escrito la precisión en torno a la clase de error que hubiese cometido el Tribunal al apreciar o valorar algún elemento de juicio vinculante para la declaratoria de responsabilidad del proceso Pineda Castaño.

Dice el demandante: "El alcance que le brindó la Sala de Decisión Penal *a la conducta* realizada por el señor Rodrigo de Jesús Pineda, con la aplicación indebida del artículo 24 del fallador (sic) recae sobre la selección de la causalidad de esta norma para aplicarla al caso *sub-judice*; situación que privó a mi defendido Rodrigo de Jesús Pineda, *de que se le aplicara la norma que realmente corresponde*"(fls. 35 y 36, se subraya). ¿Qué norma reclama que se le aplique a su representado, en lugar del artículo 24 del Código Penal, si lo que termina solicitando es *la absolución* del mismo? Por otro lado, ese párrafo, en principio, y como lo intuyó también la Delegada, da pie para pensar en una violación directa de la ley, por el mal entendimiento de "la relación de causalidad" entre la conducta atribuida al acusado y la realización efectiva del delito por el cual se le condenó en calidad de cómplice. De todos modos, ya esa incertidumbre en relación con la vía a seleccionar (directa o indirecta), basta para que no quepa un examen de contenido del libelo.

Después, con *ruegos enunciados* en los que el casacionista opone su estimación a la del fallador, dice que éste le ha debido creer al procesado sobre el "ningún motivo ni intención"de colaborar en la muerte del Inspector Franco Montes. Sin sustentación ninguna, acerca del "acuerdo de voluntades", afirma únicamente que el acusado "nunca se puso de acuerdo, no existió el acuerdo de voluntades que necesariamente conlleva implícito el artículo 24... situación que no se ve *a la luz del acervo probatorio recopilado*", controvirtiendo, repítese, *la convicción* a la que llegó el fallador, *sin argumentos* y pasando muy por alto también que ante la ausencia de tarifa legal, una censura semejante no es de recibo.

Ese escrito, pues, que ni siquiera resultaría apto para sustentar un recurso de apelación, es claro que no puede salir avante.

El cargo no prospera.

2.- Como quedó visto, la Delegada solicita que oficiosamente se case el fallo por no haberse motivado la pena accesoria de suspensión de la patria potestad.

Dijo al respecto el fallo de primer grado: "Como penas *accesorias a la de prisión*, se deben imponer a los acusados Tulio Castro Fierro y Rodrigo de Jesús Pineda Castaño, las siguientes: La interdicción de derechos y funciones públicas, *lo mismo* que la suspensión de la patria potestad, por un término igual al de la pena principal"(fls. 34-3).

Por su parte el Tribunal anotó: "la dosificación de la pena impuesta a cada uno de los procesados, tampoco merece reparo alguno, porque se está frente a un homicidio realizado en circunstancias de agravación punitiva conforme..."(fls.25-4). Nada dijo, pues, expresamente en torno a las penas accesorias, lo que significa que compartió enteramente la decisión del juzgado.

De lo transcrito surge claro que tanto el juez de primera estancia como el Tribunal, entendieron que la suspensión de la patria potestad al igual que la interdicción de derechos y funciones públicas, es una pena accesoria que inexorablemente debe acompañar siempre a la pena de prisión (por este motivo se abstuvieron de motivar su imposición), contrariando con esta interpretación el claro tenor del artículo 52 del Código Penal, según el cual esta pena es de aplicación facultativa y únicamente debe imponerse cuando la naturaleza del hecho punible lo haga aconsejable, tal como lo sostuvo esta Sala en reciente decisión:

"...esta pena de carácter accesorio (art.42.5 C.P.), no es de obligada aplicación en todo caso de condena, pues con toda claridad el artículo 52 (ibídem) al disponer que 'la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal', agrega:'las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 (sin cursivas en el texto).

"Como se ve, se acogió en relación con esta pena el criterio expuesto por el comicionado doctor Luis Enrique Romero Soto, cuando se discutió el proyecto de Código Penal de 1974: 'También quiero manisfestar, como lo hice en relación con otras penas, que ésta no se justifica en todos los casos, pues me parece excesivo que por el solo hecho de que un individuo cometa un hecho legalmente descrito, se le condena a la privación de la patria potestad. Existen, en efecto, acciones delictuosas que nada o muy poco tiene que ver con la patria potestad, como en el fenómeno de los delitos políticos. Por lo anterior, estoy de acuerdo con la pena, pero debe dejarse al juez una pauta para que la aplique solo en aquellos casos en se justifica, como sería en el caso del delito de incesto para poner un ejemplo'.

"Así las cosas,es al Juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspención de la patria potestad; para establecer la conducencia de esta sanción, debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena: si éste revela en su actor una personalidad o comportamiento que permita inferir que sus hijos menores pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro cualquiera de sus derechos (art.44 Constitución Nacional), procede la aplicación de esta pena accesoria. Fuera de la hipótesis anterior, dentro de la cual no cabe la conducta del procesado,ella no es pertinente..."(Sentencia de segunda instancia. Enero 29 de 1992, Mag.Pte. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

La misma delegada comprendió claramente el error del fallador en el caso *sub-júdice*, pues conceptuó el respecto: "La pena accesoria de la patria potestad impuesta a los dos sentenciados, por el respectivo término de las penas de prisión que les fueron señaladas... carece de motivación en los fallos de las instancias, y *aparece automáticamente ajena a la principal junto con las de interdicción de Derechos y funciones públicas, como si se tratara de una consecuencia forzosa del delito y de la prisión -como si son estas últimas...*"(sin cursivas en el original).

Un error de esta naturaleza no puede remediarse acudiendo a la nulidad, pues ésta sólo se presentaría, como ya tuvo oportunidad de expresarlo esta Sala, "en el caso de que el Juzgador entendiendo acertadamente que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad es la imposición potestativa y no obligatoria, la aplicará sin motivación de ninguna naturaleza",lo cual no ocurrió en el caso *sub-examine*.

Si alguno de los sujetos procesales hubiera querido que se casara parcialmente la sentencia recurrida para que la suspención de la patria potestad no afectara al condenado, habría tenido que acudir al cuerpo primero de la causal primera de casación: violación directa de la ley sustancial.

No se declarará, pues, la anulidad que solicita el procurador.

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.

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.

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION - Técnica

Precisiones en torno al aspecto técnico y de prioridad en la demanda de Casación.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 31. Casación No. 5966

Vistos:

Decide la corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de enero 21 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó al Doctor *Ludwing Alvarez Hernández* a 16 meses de prisión por el delito de abuso de confianza.

Antecedentes:

La señora Aminta Villamizar de Parra dió poder al abogado Ludwing Alvarez Hernández para el proceso de sucesión de su esposo, el cual cursó en el Juzgado 4o. Civil de Circuito de Bucaramanga. Hecha la liquidación respectiva, el Juzgado entregó al apoderado un título judicial por la suma de $3.063.060.oo, que éste cobró al día siguiente, 29 de julio de 1987, más no entregó el dinero a la viuda, no obstante peticiones reiteradas que ésta le hiciera, llegando incluso a negar haber recibido el dinero. Ya ante las acusaciones disciplinaria y penal que la señora Aminta elevó en su contra, el abogado resolvió cancelarle el dinero 9 meses después en tres contados, aunque sin interés alguno.

Instruido el sumario, el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de la mencionada ciudad lo calificó el 1o. de julio de 1989 con resolución acusatoria por el delito de abuso de confianza, y el proceso pasó posteriormente al Juzgado 2o. Penal del Circuito, que celebró la audiencia y dictó fallo en abril 5 de 1990, por medio del cual, en armonía con el enjuiciamiento, condenó al procesado a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de $15.000.oo, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y prohibición de ejercer la profesión de abogado por el mismo término, al pago de los perjuicios, y el otorgó la condena de ejecución condicional (fls. 88 y ss.).

Apelada la sentencia, el Tribunal le impartió total confirmación por medio de la suya que es objeto de la impugnación extraordinaria interpuesta por el defensor (fls. 8 y ss. -2).

1. Menciónase allí, en primer término, la causal primera, por "ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por interpretacion errónea "del artículo 17 del Código Penal, ya que "èl mismo Tribunal que confirmó la sentencia de segundo grado, en ponencia anterior del Magistrado Libardo García Romero, en su Sala Disciplinaria y con fecha 27 de junio de 1989, había condenado al hoy rematado por los mismos hechos a la suspensión del ejercicio profesional de abogado", y agrega:

"Pero lo más interesante de la cuestión es el hecho de que el proceso disciplinario termina con la suspensión por un término de cinco meses, y el proceso penal termina en uno de sus apartes de la sentencia en lo atinente a las penas accesorias, prohibiendo el ejercicio de la profesión de abogado por un término de 16 meses"(fl. 20).

Reitera y sustenta el actor que no hay duda que ambas sanciones se le impusieron por el mismo hecho, y le manifiesta a la corte que, "si lo estima prudente para un mejor proveer", haga la comprobación de la referida sanción disciplinaria, la cual fue confirmada -dice- por el Tribunal Disciplinario en sentencia de agosto de 1989.

2. Alega a renglón seguido la causal 3a. de casación, nulidad que propone con base en el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, numero 2o., expresando que el juez penal carecía de competencia para imponer dicha sanción accesoria, pues son sólo ellos (Tribunales Superiores y Tribunal Disciplinario) los competentes para conocer y fallas las faltas de origen disciplinario y no otro funcionario o institución (fl. 24).

Cita como normas "sustanciales" violadas el artículo 26 de la Constitución -de 1886-, "la ley" 153 de 1887 y el artículo1o. del Código de Procedimiento Penal, varios artículos del Código Penal y 20 más del de porcedimiento penal (ff. 25), solicitando finalmente que si prospera la causal 1a., se dicte el fallo de reemplazo, y si es la nulidad la que se acepta, "se decrete ella a partir del acto ilegal, sentencia de primer grado y en su lugar se ordene reponer la actuación nula".

Concepto de la Delegada:

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice en cuanto a la causal de nulidad que "absurdo sería que el juez estuviera facultado para la imposición de una pena principal, impidiendosele, al mismo tiempo, el funcionamiento sobre las accesorias", acotando que, además, aparece "equivocada la vía escogida por el censor para este ataque, ya que la causal adecuada hubiese sido la primera, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial", aparte de que "no obra en el proceso prueba alguna de la sentencia disciplinaria de segunda instancia, la cual termina por dejar sin piso la censura y obviar cualquier consideración adicional sobre los alcances doctrinarios que se deriven del artículo 29 de la nueva Constitución Nacional".

Sobre la causal 1a., precisa que aquí también el censor reclama al juzgador penal "haberse abrrogado facultades que no eran suyas", refiriendose a la pena accesoria impuesta lo cual equivale a nuevamente aducir la falta de competencia, lo que "bastaría para desechar el cargo".

Empero, la Delegada señala otros defectos, como la no determinación del motivo de la violación, aunque de la expresión "interpretación errónea" pueda inferirse que se trata de violación directa, más "infortunadamente para el libelista, por el principio de limitación que impera para la Corte, hasta aquí sería factible la deducción, pues proseguir implicaría corregir sus desaciertos", y reitera que mezclarle a esta causal otra, como sería la nulidad derivada de la falta de competencia, es cosa que "viola flagrantemente las normas que impone, en el evento de ser varias las causales invocadas, que se presenten y sustenten en capítulos separados", ya que el fallo de sustitución sería la consecuencia del éxito en la causal 1a., y la nulidad de que operara la causal 3a. .

De la manifestación del autor, en el sentido de que las exculpaciones del procesado, "no han tenido hoco en ninguno de los procesos (el disci-

plinario y el penal), extrae la Delegada que el demandante se adentra en terrenos de la violación indirecta de la ley, lo que conforma "ostensible yerro técnico", y termina censurándole "confundir en una misma afirmación el cargo de haber incurrido el fallador en una 'interpretación errónea' indebida aplicación' ", planteamientos que se excluyen.

Pide, pues, mantener el fallo.

Consideraciones de la Corte:

No existe en el expediente prueba de que el procesado, abogado Luduwing Alvarez Hernández, haya sido condenado en el proceso disciplinario derivado de los mismos hechos que son materia de este asunto penal, y que a consecuencia de esa condena, se le haya suspendido por 5 meses en el ejercicio de esa profesión, como lo afirma el casacionista: esta ausencia es de suyo bastante para rechazar la impugnación, ya que esta se sustenta precisamente en que en el proceso penal "se le volvió" a imponer esa clase de sanción, aunque por un término de 16 meses.

En la tramitación del presente recurso extraordinario no existe oportunidad probatoria, de donde resulta del todo impertinente la solicitud o "sugerencia" del actor, consistente en que la Corte "establezca" la verdad de la mencionada condena disciplinaria.

Sin perjuicio de ello, el presente caso hace conveniente que se hagan ciertas precisiones :

1o. No menciona ni siquiera el demandante qué disposiciones legales recogen o preveen las causales 1a. y 3a. de casación que aduce; y en la primera tampoco se toma el trabajo de manisfestar si se trata de violación directa o indirecta.

2o. Desoyendo el principio de prioridad, desarrollan en primer lugar la causal 1a., cuando ha debido comenzar por la 3a., pues si ésta sale avante su efecto es la declaración de nulidad, impidiendo el examen de cualquiera otra censura.

3a. Cuesta ciertamente trabajo admitir que aquí se pueda argüir la falta de competencia del juzgador penal para imponer como pena accesoria (no como "sanción disciplinaria", según entendimiento inexcusable del censor) la suspención de la profesión. En efecto : "La prohibición del

ejercicio de un arte, profesión u oficio ", aparece como pena accesoria en numeral 4o. del artículo 42 del Código Penal, y el artículo 58 ibídem dice que "siempre que se cometa un delito con abuso del ejercicio de una industria, arte, profesión u oficio, o contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, el juez al imponer la pena, podrá privar al responsable del derecho de ejercer la mencionada industria, arte, profesión u oficio, por término hasta de cinco años"; de donde no surja duda alguna de la competencia que acompañó aquí al fallador para condenar a esa pena accesoria.

4o. Tampoco se refirió el casacionista al artículo 61 del Decreto 196 de 1971, según el cual las sanciones disciplinarias se aplicarán "sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar", explicitud normativa que torna aún menos atendible la tesis central de la demanda: el desconocimiento de la "cosa juzgada".

5o. Si cupiera la objeción de "falta de competencia", en este caso habría que acudir no a la causal 3a. de casación sino a la 1a., ya que de todos modos no se cuestiona la competencia penal del sentenciador, sino la relacionada con la pena accesoria, la cual, de haber sido mal seleccionada y aplicada, se haría desaparecer mediante el fallo de reemplazo correspondiente, propio de la dicha causal, y no de la nulidad que se desprende de la 3a..

6o. Como resaltó la Delegada, en la causal primera argumenta y se queja de que el fallador "se haya abrogado una facultad que no tiene", aserto que se contradice con la "interpretación errónea"(del artículo 17 de C.P.) sobre la que edifica el cargo.

7o. Si se lee detenidamente la demanda, al manifestarse allí que las "exculpaciones del abogado procesado no fueron atendidas o aceptadas ni el proceso disciplinario ni en el penal, no es de dable colegir como lo hace la Delegada que se presente un desplazamiento hacia la violación indirecta (por cuestionamiento de la prueba) ya que ello lo hace el actor simplemente para sustentar que se trata "del mismo hecho" (la aprobación del dinero que se le atribuyó en ambos procesos) y que, por lo tanto, sí es alegable la "cosa juzgada".

8o. Es posible, y ocurre con suma frecuencia, que a través de la "interpretación errónea" de una norma se arribe a la aplicación indebida (o a la falta de aplicación) de otra, que tiene el carácter de sustancial. Para el caso del exámen, de tener razón el actor, era correcto plantear que por

maia interpretación del artículo 17 del Código Penal, el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 58 de esa misma obra. Lo que cuentan en estos casos es la norma a que se refiere "el sentido de la violación","norma fin" (siempre dentro de la vía directa, en los ejemplos propuestos aquí) a la que alude la "violacion sustancial" objeto de la causal 1a. de casación. Otro supuesto: aplicar indevidamente el artículo 323 del Código Penal (o dejarlo de aplicar, según el caso), por haberse interpuesto equivocadamente el artículo 29-4 *ibídem*, que consagra la legítima defensa. Múltiples son las hipótesis mencionables en el mismo sentido.

Tantas y de tanta magnitud las falencias exhibidas por el libelo, que obviamente ninguno de los dos cargos prospera.

Por lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion 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 Valencia, 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 - ABUSO DE CONFIANZA

El aspecto del engaño tiene trascendencia en torno a la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 27 (27 mar./92). Radicación No. 5473

Vistos:

Se encuentra recurrida en casación, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá - mayo 14/90 , mediante la cual se condenó a *Gonzalo Orrego Duque*, por los delitos de Fraude Procesal y Abuso de Confianza, a veinticuatro (24) meses de prisión; y, a *María Angélica Ocampo de Orrego* y *Armando Otálora Castañeda*, por el delito de Fraude Procesal, a dieciocho (18) meses de prisión, así como a las accesorias de ley.

La impugnación se admitió en auto de veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Hechos y Actuación Procedimental:

La relación a este respecto, se encuentra consignada en la vista Fiscal de siguiente modo:

"Según lo denunció el apoderado de José Daniel Puentes Fuentes, éste entregó al señor *Gonzalo Orrego Duque*, abogado de profesión, la suma

de tres millones de pesos ($3.000.000.oo) con el fin exclusivo de que, dentro del término de un mes, el mandatario adquiera para el demandante un apartamento ubicado en la ciudad de Bogotá. La entrega se realizó el día 23 de junio de 1983.

"Apartándose del contrato celebrado, el abogado tomó la suma de dinero y la consignó a su favor en un título de depósito a término fijo de tres meses en la Corporación Financiera Suramericana. Enterado Puentes Fuentes de esta actividad, reclamó al sindicado la devolución del dinero, la que no obtuvo satisfactoriamente pues inicialmente *Orrego Duque* se negaba a la entrega, luego endosó el título respectivo a quien indicó el demandate, pero se reservó para sí el monto de los intereses devengados por el numerario durante los tres meses que forzosamente estuvo en depósito.

"Formulada la denuncia se ordenó la práctica de diligencias preliminares, de las cuales el Juzgado Cincuenta y uno Penal Municipal de Bogotá escuchó la declaración del sujeto pasivo de la infracción, ordenando luego la remisión del asunto a los Juzgados de Instrucción Criminal, por competencia.

"El Juzgado Quinto de la especialidad mencionada abrió la investigación en auto del día dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cinco, en el que ordenó la vinculación procesal del incriminado quien rindió diligencia de indagación el día tres de mayo del mismo año, manifestando que el dinero no fue recibido por él con la destinación específica que se señaló en la demanda y luego confirmada por el sujeto pasivo del hecho, sino que el mismo le fue entregado por Puentes Fuentes a título de préstamo y en desarrollo de algunos negocios que entre ellos celebraban. Adujo además el sindicado que, aun asumiendo que debería reintegrar a Puentes Fuentes el valor de los intereses redituados por el capital de tres millones de pesos, esta suma se vería compensada por las deudas que el demandante había adquirido con él por sus servicios profesionales.

"Habiéndose aportado numerosa prueba de carácter testimonial y documental, el Juzgado Veintidós Penal del Circuito declaró cerrada la investigación y procedió a la calificación del mérito del sumario el día veinte de agosto de mil novecientos ochenta y siete y allí abrió causa criminal contra el sindicado *Gonzalo Orrego Duque* por el delito de abuso de confianza y decretó también la medida de aseguramiento de caución prendaria por el mismo hecho.

"Esta providencia fue apelada y luego confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá. En la etapa subsiguiente del proceso se acumuló la causa a otra que contra el mismo sindicado y otros, se adelantaba por el delito de fraude procesal. Superando el período de pruebas del juicio con la práctica de algunas de ellas, se celebró la audiencia pública y a su finalización el Juzgado Veintidós Penal del Circuito, el día dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, pronunció sentencia en la cual condenó al enjuiciado *Gonzalo Orrego Duque* a la pena principal de dos años de prisión como autor responsable de los delitos de fraude procesal y abuso de confianza, a las accesorias de interdección de derechos y funciones públicas y suspensión del ejercicio de la abogacía por un período de dos años; y el pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con las infracciones. Por otra parte, el Juzgado absolvió a María Argelia Ocampo de Orrego y a Armando Otálora Castañeda, de los cargos que en su contra se habían formulado por el delito de fraude procesal.

"Apelada la sentencia de primer grado, conoció de la segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá que el catorce de mayo de mil novecinetos noventa confirmó la condena pronunciada contra Orrego Duque, adicionándola con la sanción de multa por la suma de setecientos pesos, y revocó la absolución que el Juzgado había pronunciado contra los otros procesados, a quienes condenó a pagar la pena principal de dieciocho meses de prisión".

Conviene anotar que la impugnación ante el Tribunal, se cumplió por actividad del procesado *Orrego Duque*, y, también de la parte civil relacionada con la investigación de "fraude procesal".

La Demanda:

Se debe anotar que la Corte se ocupará única y exclusivamente del delito de abuso de confianza, en razón a que esta Sala mediante providencia de septiembre 25-91, declaró prescrita la acción relacionada con el fraude procesal y, en consecuencia se ordenó la cesación de procedimiento en favor de los sentenciados Gonzalo Orrego Duque, María Ocampo *de Orrego* y *Armando Otálora Casteñeda*, por esta infracción.

Con apoyo en la causal primera de casación, el censor presenta dos cargos, contra la sentencia de segunda instancia.

Primer Cargo: Violación indirecta de la ley sustencial, como consecuencia de yerros en la apreciación de la prueba, incurriendo así en notorios errores de hecho y de derecho, así:

Errores de Hecho:

a.- El Tribunal no tuvo en cuenta una carta, de fecha julio 24 de 1983, dirigido por Daniel Puentes Fuentes -ofendido- al procesado Orrego Duque, con la relació al contrato celebrado entre ellos, ya que según criterio del censor, en esa carta se solicita, por parte del señor Puentes Fuentes, el valor del depósito en cuantía de tres millones de pesos, no así de los intereses. "Al señor Fuentes en ningún acto posterior se le preguntó el porqué de esa carta. No reconoció su contenido, pero tampoco lo tachó. Constituye ello un indicio, cuando menos, de su aquiescencia con el proceder de Orrego; la no exigencia de intereses; que él no le solicitó el dinero, sino el título, cosa bien diferente".

b.- El Tribunal no tuvo en cuenta el texto del documento que obra a folio 238 y vuelto, en el cual se hace una destinación de los intereses devengados por los tres millones de pesos, documento que es claro y expreso. Entiende el censor que esto exhibe al señor Puentes como enterado de la situación, y disponiéndose que parte de la suma devengada por concepto de intereses, quedara en poder del procesado por otras gestiones efectuadas por éste.

c.- El Tribunal le confirió valor probatorio a lo manifestado por el señor Puentes Fuentes, "pero no tuvo en cuenta lo sucedido en la diligencia de confrontación con el condenado de cuya versión clara y expresa queda establecido, sin ser desvirtuada por ningún otro medio, que el señor Puentes si consintió lo del depósito y distribuyó los intereses por concepto de éste".

d.- El Tribunal no tuvo en cuenta la existencia del proceso de ejecución que se adelantaba contra *Orrego Duque* en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, asunto éste que se pretendió acumular a otro de la misma naturaleza que cursaba en el Juzgado Segundo Civil de Fontibón. "Estos hechos constituyen indicios que tienden a demostrar que el denunciante y su abogado entraron en ira contra *Orrego* por no obtener el embargo que perseguían y que se la cobraron con lo que hacía 14 meses había sido resuelto".

e.- El Tribunal le otorgó valor probatoria a los testimonios de Nicolás Gutiérrez y César Augusto Medina Caicedo, sin tener en cuenta que son testigos de oídas. Según criterio del censor, ambos dichos, son sospechosos, por diversos motivos.

Errores de Hecho:

a.- Censura el libelista al Tribunal el haber dado por comprobado el delito de abuso de confianza, bajo la impresión del documento visible a folio 155, sin tener en cuenta que el contenido de éste constituye una confesión extrajudicial, de no recibo en materia penal. El fallo de segunda instancia, debió negarle mérito probatorio a esa prueba, que no fue elaborado ante autoridad judicial competente, no se hizo con el concurso de apoderado y previa imposición a su autor del derecho de no declarar contra sí mismo esta constancia solamente puede apreciarse como un indicio.

b. Que el Tribunal le otrogó valor probatorio a la diligencia de careo realizada entre Orrego Duque y Puentes Fuentes, a pesar de haberse adelantado con violación de los principios mínimos de garantía constitucional para defensa del procesado, pues se incluyeron en la citada diligencia preguntas sugestivas o capciosas.

"Como consecuencia de los anteriores errores de hecho y de derecho del Tribunal, éste dio por establecido el delito de abuso de confianza en contra del abogado *Gonzalo Orrego*, cuando la realidad probatoria es exactamente la contraria. Estos errores en la prueba condujeron al Tribunal a violar por aplicación indebida de los arts. 2, 3, 4, 5, 26, 52, 58, 66 numerales 4 y 5, 68, 103, 105, y 358 del C.P. y por falta de aplicaciónde los art. 1, del Código Penal, y e6, 247, 248, 252, 253 y 358 del C.P.P. y 249 y 250 del C.P.C. .. y de haber aplicado éstos, hubiera absuelto, hubiera absuelto al sindicado".

Segundo Cargo: Violación directa de la ley sustancial, por "infracción directa" de los arts. 2142, 2144, 2149, 2172, 2176, 2177, 2184-5, 2188 del C.C.; 1o. del C.P. por infracción directa o falta de aplicación; y por indebida aplicación de los arts. 2, 3, 4, 5, 35, 36 y 38 del C. Penal.

El censor comienza por analizar cuál es el alcance del contrato de mandato en el campo de la legislación civil, destacando que éste puede perfeccionarse incluso con la aquiescencia tácita de una persona a los negocios suyos realizados por otro; argumenta que el mandatario le era posible, eso si sin controlar la ley, colocar a interés el dinero recibido a título transitorio, manifestando que la doctrina extranjera define claramente que para estos casos no se tipifica delito alguno. "Por consiguiénte, el mandatario que se sirve de las sumas que le han sido confiadas, sin dolo y sin fraude, no debe más que el interés de tales sumas. Puede ser

infiel a su mandato, pero esclaro que no ha malversado dinero que tiene en sus manos y que él está dispuesto a reintegrarlo".

Hace referencia el censor a que ni la doctrina nacional ni la ley, patrocinó una imputación delictiva por la demora en reintegrar o restituir lo confiado, ya que la base de la incriminación es la "voluntad demostrada de hacer suyo lo que el agente he recibido para manejar por cuenta del verdadero dueño".

Se afirma que en el caso de marras el procesado desarrolló cumplidamente el mandato recibido de conformidad con las disposiciónes civiles pertinentes y en ningún momento actuó fraudulentamente, pues informó al ofendido el destino que le había dado al dinero.

El delito de abuso de confianza en la legislación colombiana según el censor, exige dos requisitos, a saber: el fraude y la entrega fiduciaria de la cosa, el primero implica movimientos sorpresivos del agente para que la víctima no se dé cuenta y provea a la defensa de sus intereses. "El agente obra a espaldas del propietario haciendolo posible porque sus preparativos no sean conocidos de la victima ni de quienes puedan avisarle. Como corolario, no existe fraude cuando los proyectos se comunican al interesado, cuando se anuncian a otros, cuando se cumplen normalmente de manera que cualquiera puede enterarse". Mientras que el segundo, o sea, la entrega fiduciaria de la cosa "es un requisito que exige nuestra ley con los derivados de los verbos confiar y entregar. Tanto el que confía como el que entrega, desplaza la cosa de su poder, perdiendo la tenencia jurídica, a fin de dejarsele al agente en quien confía o a quien entrega".

Termina el censor por afirmar que en la conducta de *Orrego Duque* no se estructuró fraude alguno, ya que el comportamiento del procesado se limitó a tomar cautelas para custodiar el capital, avisando a su propietario, para luego endosar el título a favor de la persona autorizada por éste. La conducta de *Orrego* no es típica, ni antijurídica, ni culpable.

Concepto de la Delegada y Consideraciones de la Sala:

La respuesta que el Minsterio Público da a la demandada, a la cual logra de manera efectiva organizar para éste fin, no puede sér más acertada y precedente. Por compartirse los términos de la misma, valoración completa y eficaz de los diversos temas que toca el impugnador, conviene reproducir su opinión *in extenso:*

"...Así, frente a la demanda presentada, los diversos errores de hecho traídos a colación por el libelista configuran un solo cargo, independiente éste de todas aquellas falencias que predica de la sentencia por errores de derecho, con lo cual el denominado por él "primer cargo", contiene en realidad dos de ellos que, como tales, deben ser analizados separadamente.

"Ahora bien, si cada uno de los mentados grupos constituye un cargo cargo independiente, es exigible a ellos, separadamente, el desarrollo de todos los presupuestos de técnica que demanda un escrito de casación y se deben además confrontar sus proposiciones para tener cuidado de que ellas resulten incompatibles entre sí, a fin de no incurrir en la prohibición reglada en el aticulo 224.3 del Código de Procedimiento Penal.

"Ahora bien, tomando entonces, los citados por el demandante como errores de hecho sobre las pruebas como un primer ataque a la sentencia, se tiene que allí el censor no cumplió con las exigencias de técnica propias de este recurso extraordinario porque se limitó a hacer una enunciación de lo que él estimó como falsos juicios de existencia de parte del sentenciador (documentos de los folios 236, 238 y 238 vueito y juicio de ejecución) sin intertar siquiera demostrarcuál es el alcance de las omisiones probatorias que achaca el juzgador, ni en qué medida por tales faltas de apreciación se llegó a la violación de la ley sustancial, pues si bien al final de todos los errores enunciados en este capítulo hizo referencia a algunas normas de tal tipo, su simple enumeración no permite descubrir de qué manera se llegó a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de los preceptos mencionados.

"Los ataques rubricados bajo los nomencladores A.3 y A.5, por otra parte, ni siquiera traduce errores de hecho como los reputa el libelista, pues si en el primero se queja de que el Tribunal le otorgó valor probatorio al testimonio del ofendido Fuentes, cuando no ha dedido hacerlo por hallarse contradicho por la versión del encartado, ello significa que el juzgador incurrió en un falso juicio de convicción (error de derecho) al privilegiar otra prueba sobre la otra. Para el demandante de las dos declaraciones contradictorias se ha debido preferir la del acusado, como lo dice, y no la del ofendido, pero no señala el porqué de su aseveración que constituye una contraposición, sin razón alguna, de su propia visión sobre la valoración probatoria, a la que tuviera el Tribunal. Esta proposición es inadecuada en casación porque por virtud de las reglas de la sana crítica que rigen en materia probatoria penal, no pueden exigirse al

sentenciador una precisa y única apreciación de los medios de convicción que tenga que estar de acuerdo con la propia del recurrente.-

La alegación contenida en el segundo de los apartes citados (A.5), entraña también un error de derecho, puesto que en la inconformidad de libelistas se refiere al *valor probatorio* que el Juzgador otorgó a los testimonios de Nicolás Gutiérrez y Cesar Augusto Medina Caicedo, los que para el memorialista son sospechosos - sin expresar las razones de su dicho- y por lo mismo considera que no han debido ser valorados en la forma como hizo la Corporación de segunda instancia. Tendría cavida este cargo, solamente desde la perspectiva de los errores de derecho por los falsos juicios de convicción, si ello fuere posible; pero, se recuerda, en el sistema probatorio colombiano, al no existir normas que señalen tarifa probatoria alguna, no puede restarse valor a un medio de convicción que provenga de parte interesada, ni puede, sobre esta base, estructurarse un ataque dentro del recurso extraordinario de casación.-

"Nótese además cómo en algunas alegaciones el censor ni siquiera reproduce la realidad procesal, pues en su afán de sacar avante su propia posición, pierde la objetividad en sus breves alegaciones, como sucede en el acápite marcado con el literal A.1. en donde, refiriéndose a la carta de fecha 24 de julio de 1983, deduce que de ella se debe concluir que el ofendido sólo "reclamaba el monto de los tres millones", lo que no es cierto por que en el citado documento lo que se exige es "efectuar el traspaso del título", claramente se aprecia el texto pertinente, expresión que ningún momento limita el reintegro exigido al capital representante en el título respectivo, sino a todo lo que está incorporado en el citado documento de crédito, esto es, la exigencia se refiere tanto al capital como a los intereses devengados por éste, que tales son los derechos incorporados en el titulo.

"En otras ocasiones, como sucede en el párrafo A.2, el demandante en verdad no alega nada. Se limita a señalar lo que en su concepto es un error de hecho, por la falta de apreciación de un documento cuyo contenido reseñó, a continuación de lo cual simplemente afirma que al "no ver el tribunal este documento, incurrió en error manifiesto clarísima de simple hecho en la apreciación de la prueba". Lo que es más que una reiteración de su aseveración inicial, base de la causación a la sentencia, sin capacidad demostrativa alguna.

"Esta serie de deficiencias técnicas de la demanda en este capitulo, impiden la prosperidad del cargo.

"En lo que atañe al sundo grupo de ataques, aglomerados ellos bajo la denominación de "errores de derecho", lo primero que se debe anotar es que en ellos se contienen dos apartes que también se habían eulistado como errores de hecho (documento del folio 238 y 238 vuelto y careo sosteniendo entre el sindicado y la declaración del ofendido), lo que ya hace incompatible cualquier proposición en tal sentido, pues si inicialmente se criticó que el documento mencionado no fue apreciado (A.1), mal puede ahora argüirse que el Tribunal "no le otorgó valor probatorio"al mismo, afirmación que implica necesariamente el reconocimiento por parte del juzgador de la existenciadel medio de covicción, si bien se apartó del criterio del demandante en cuando a su valor en el juicio definitivo que se formó respecto de la materialidad de la infracción o de la responsabilidad del acusado.

"Así mismo, si en un primer momento se había sostenido por el libelista que el Tribunal "no tuvo en cuenta lo sucedido en la diligencia de confrontación (fl. 227 a 235, de enero de 1986) con el condenado cuya versión clara y expresa queda estableciendo, sin ser desvirtuada por ningún otro medio, que el señor Puentes sí consintió lo del depósito y distribuyó los intereses por concepto de éste, (A.3), no se vé claro como luego el mismo memoralista quejarse se de que el Tribunal otorgó valor probatorio a la misma prueba. Esto resulta abiertamente incompatible, pues si la primera inconformidad es por haber prescindido del medio de convicción, su afirmacion no puede llevar a criticar el valor probatorio que se le haya asignado, pues de ser cierta la primera, ningún valor se pudo otorgar a la diligencia de confrontación,y de ser válida la segunda de las proposiciones, obviamente que la primera carece de sentido porque se acepta así que no fue excluida del acervo probatorio del sentenciador.

"Subsiste, en consecuencia, un sólo ataque por error de derecho, relativo él a la apreciación que el Tribunal hizo del documento obrante al folio 135 del cuaderno principal, en el que reputa el demandante que está contenida una confesión extraprocesal inadmisible en materia penal y que por lo tanto no podría ser apreciada por el sentenciador al no reunir los requisitos de tal tipo de pruebas, pues no se hizo ante el juez de conocimiento, el sindicado no se hallaba asistido de un defensor, no se hizo en forma conciente y espontánea y no había sido el incriminado informado del derecho de no declarar contra si mismo. "El Tribunal, en consecuencia debió negarle ese mérito probatorio al documento", -dijo el libelista.

"El planteamiento que envuelve la alegación del censor en este punto, es el de un falso juicio de legalidad, en tanto que el medio de convicción no tiene la naturaleza que le confirió el sentenciador, no que constituye un medio de prueba diverso: confesión y como tal, sometida a una serie de exigencias que no se cumplieron en el proceso correspondiente lo que impedía que se otorgase valor probatorio al documento.

"Para esta presentación del Ministerio Público, como para el libelista, diferentes aspectos deben tenerse en cuenta para la valoración de un documento: su naturaleza (si es público o privado), su autenticidad (si es auténtico o no) y su contenido. No son las mismas reglas las que se aplican en su valoración del documento público que el privado, como tampoco igual proceder se debe observar frente a un documento auténtico que en relación con uno que no lo es; pero, definida la clase del documento, su contenido- y aquí comienza el disenso con la proposición del demandante- no puede en momento alguno tener la virtud de transmutarlo en otra clase de prueba, en todo que ella conserva su estructura y sus elementos, se mantien intacta en relación con los principios que gobiernan su naturaleza y sólo tendrá injerencia lo allí declarado en cuanto al grado de credibilidad que le merezca al juzgador. Un documento que reúna las condiciones para ser tal, seguirá siendo siempre un documento, independiente de lo que en él haya declarado su autor. Otra cosa es la validez que el sentenciador deba dar a las afirmaciones allí vertidas.

"En el caso específico del estudio, en el documento cuestionado el sindicado declaró que el dinero lo había recibido con un fin específico y reconoció su firma ante un notario, para dar certeza de su procedencia, vale decir, para que no se dudara después que quien lo había suscrito era él mismo. Es un recibo, un escrito que "pretendía era darle seguridad al dinero del señor *Puentes*", como lo dice el libelista, pero no por ello un medio de prueba que se diverso al documental, entre otras cosas porque allí no se hace el reconocimiento de un hecho punible osea acepta una condición que perjudique al procesado. Contiene una simple declaración de hechos acontecidos, que sirven ciertamente de prueba de los elementos del delito, pero que no entrañan, como se anotó, la aceptación de actuar delictivo, es que, olvidó el memorialista, que lo que se imputa al incriminado no es haber recibido el dinero para destinarlo a la compra de un inmueble (que tal es el sentido de la declaración documental) sino el hecho de haber llegado por tal razón el circulante a poder del procesado, éste le dio otro destino, hizo un "uso indebido de la cosa", que tal es el

núcleo rector del tipo fundamento de la imputación. Así, pues, la afirmación de que se recibió el dinero para un fin, no traduce confesión del delito; prueba solamente -como acertadamente se entendió en las instancias- que el dinero se recibió a título no traslaticio de dominio y con un propósito definido, el que luego fuera desconocido por su receptor.

"No tiene por ello asidero jurídico valedero la afirmación del memorialista según la cual "El documento suscrito por el doctor Orrego es auténtico pero de su contenido no se puede inferir la certeza que el tribunal predica, pues tanto así que el art. 299 del C. de P.P., establece que en caso de cofesión el juez competente continuará practicando las diligencias conducentes para adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y averigtuar las circunstancias del hecho". No se trata, como se dijo, de una prueba de confesión, sino de un medio documental y como tal, las reglas que rigen este último género de pruebas fueron las que se debieron esgrimir para estructurar cualquier ataque sobre él.

"A más de lo anterior, el censor no se ocupó en modo alguno -como tampoco lo hizo a lo largo de su escrito y en otros puntos- de demostrar la incidencia del error alegado en el fallo y cual el nuevo contenido que se debía dar a la sentencia recurrida, de aceptarse sus planteamientos.

"Sobre estas bases, el cargo no debe prosperar.

"En relación con lo que en la demanda se denomina "segundo cargo", para la Delegada este ataque no este ataque no debe properar, por las razones que se anotan a continuación:

"Primero que todo, se observa una grave infracción a las reglas que gobiernan el recurso extraordinario en el proceder del memorialista quien alega "infracción directa" de unas normas del Código Civil -luego precisa que tal infracción se dió por falta de aplicación de los preceptos mencionados- y la falta de aplicación o aplicación indebida de otros articulos del Codigo Penal, pero al momento de desarrolar el cargo en realidad se ocupa primordialmente de los textos del derecho privado, sin entrar en consideraciones de fondo respecto de los preceptos del derecho penal aludidos al inicio del cargo, de donde se concluye que el ataque se quedó a la mitad del camino, por la falta de demostración de la infracción a las normas enunciadas. Ello porque en parte alguna del escrito se encuentra alegación que tienda a demostrar cuál fue la clase de vulneración que se

hizo al principio de legalidad establecido en el artículo 1o. del Código Penal que entendió inaplicado el censor, como tampoco se puede colegir porque razón se infringieron las normas 2, 3, 4, 5, 35, 36 y 358 de la misma normatividad, ya que al final del capítulo corresponde el memorialista únicamente afirmó que la conducta no resulta típica, antijurídica y culpable porque "la actividad desarrollada por el condenado está autorizado por la ley civil", como corolario de esta aseveración, de unos argumentos que únicamente se dirigían a demostrar -en forma equivocada por cierto- la falta de tipicidad del comportamiento imputado al incriminado.

"Por lo demás, la tesis del censor en torno al abuso de confianza en la ley colombiana, no tiene respaldo alguno, así quiera él presentar criterios interpretativos extranjeros que estima aceptables dentro de la normatividad nacional. Esta equivocada posición surge, a no dudarlo, del equivocado entendimiento que el memorialista tiene de la sentencia de condena que impugna, pues partiendo de la base de que el delito fundamento de ella está descrito en el inciso primero del artículo 358 del Código Penal, se desentendió de la verdadera imputación que se hiciera a su defendido, cual es la del uso indebido de la cosa a él confiada.

"Así lo expresó el censor: "Según la doctrina nacional, la apropiación, por lo tanto, es doctrina de la simple retención. Nuestra ley no autoriza imputar delictivamente las demoras en restituir lo confiado, especialmente cuando se trata de dinero.*sino la voluntad demostrada de hacer suyo lo que el agente ha recibido para manejar por cuenta del verdadero dueño.* Es la tendencia francesa acogida por nuestros Tribunales de que sin el fraude plenamente demostrado no existe la conducta tipificada como abuso de confianza." (sin resaltadas en el original). Equivocada posición es ésta. La conducta que se reprochó a Orrego Duque fue la de hacer uso indebido del dinero que se le entregó para la adquisición de un inmueble en la ciudad de Bogotá, destinándolo a la producción de unos rendimientos de los cuales se apropió, en contra de la voluntad de su dueño. Esta conducta se encuentra tipificada en el inciso segundo del artículo 358 del Código Penal, en los siguientes términos: "Si no hubiere apropiación sino *uso indebido de la cosa* con perjuicio de tercero, la pena se reducirá hasta en la mitad" (las resaltadas no son del texto). No puede entonces, mirarse la tipicidad desde la óptica de la apropiación, menos aún de la demora en la restitución, como lo plantea el casacionista, proque no es tal el supuesto de hecho que dió origen a la imputación delictiva. Menos aún puede aceptarse, como lo propone la demanda, que en la doctrina nacional se sigan

los pasos de la tradición francesa respecto a la apropiación ilícita de bienes, pues como se dirá más adelante, tampoco es verdad que la ley penal colombiana estructure el delito de abuso de confianza a partir del fraude desplegado por el sujeto agente del hecho punible.

"En el análisis que hace el casacionista del delito de abuso de confianza, estructurados sobre los lineamientos de la interpretación errónea de la norma y no de la aplicación indebida como lo había anunciado, parte del supuesto de dos elementos que integran en su sentir la descripción del delito-tipo: el fraude y la entrega fiduciaria de la cosa. El primero de tales elementos, los deduce de la ubicación que dentro del código penal de 1936 tenía el abuso de confianza (Capítulo V del Título XVI del Código Penal), "acompañado de otras defraudaciones, indicando que el abuso es una de ellas", y de la sistemática del ordenamiento actual que lo trae en el "capítulo I" (debe entenderse V) del título XIV, dentro de los delitos contra el patrimonio económico "no obstante lo cual los caracteriza por el provecho ilícito, la conducta infiel, contraria a la convenida, traicionando la buena fe".

"Insólita posición es ésta. Es verdad que el Código Penal anterior dedicaba su capítulo V del Título XVI al "abuso de confianza y otras defraudaciones", sin embargo de lo cual no es válido afirmar, como lo hace el censor, que el tipo del artículo 312 constituyera una conducta caracterizada por el fraude, pues en su descripción en momento alguno se incluía tal elemento, ni su finalidad de protección era -como parece entenderlo la demanda- la conducta clara, abierta y exenta de artilugios, sino el patrimonio económico particular que se veía socavado por la apropiación o el uso indebido de la cosa que hiciera el sujeto agente.

"La misma estructura se conserva en la legislación actual, si bien empleando una técnica legislativa más adecuada. En el Código de 1980 se separó el delito de abuso de confianza en un capítulo diverso al de otras defraudaciones, precisamente para evitar las erradas posiciones como la patrocinada por el censor.

"La descripción de la conducta no entraña en modo alguno el fraude. Lo que se persigue es la protección al patrimonio económico, que puede resultar lesionado por la traición de la confianza depositada por el dueño de la cosa en el autor del hecho, independientemente de que tal aprobación se haga mediante el engaño o el fraude, que tales presupuestos no integran el tipo penal del que nos ocupamos.

"Cae en el vacío, por consiguiente, la proposición según la cual no hubo fraude en el comportamiento del procesado, pues así él no haya existido, lo cierto es que sí dió una utilización indebida, diferente a la señalada por el perjudicado, al dinero que le fuera entregado y tal es la conducta reprochada por el inciso segundo del artículo 358 del Código Penal, que sirvió de fundamento a la sentencia...".

Valga, ahora para cerrar este proveído, agregar unas ligeras notas sobre algunos aspectos del tema tratado.

1. Los testimonios denominados de oídas, por serlo, no puede estimarse como inadmisibles o carentes de valor. Reconocida esta condición, que le viene de la forma como se adquiere conocimiento de algún hecho de importancia para el proceso, no percibido de manera directa, el juez debe extremar su crítica probatoria para determinar los aspectos que pueden interesar a la investigación, pues por lo regular constituyen complementos de ciertas noticias ofrecidas por quien se relaciona de modo principal con la conducta juzgada y permiten fijar la bondad de otros elementos probatorios. Otro tanto debe decirse de la versión del ofendido, que por el interés que tiene en las resultas del proceso, no deja de resentirse de cierta desconfianza.- Y también podría colacionarse, en este mismo sentido, lo referente al llamado testigo único. El código de Procedimiento Penal ha abandonado el sistema de tarifa legal, o la de establecer inhabilidades para declarar, o señalamientos previos de sospecha. Por el contrario, ha abierto un amplio campo de apreciación para esta clase de prueba, sobre la base de una sana crítica que conduzca a determinar la bondad de una versión testifical por sus características propias, las mismas que la hacen verídica y creíble. Solo cuando este método se abandona o se contradice es dable desconocer la atención que se ha prestado a una prueba de esta índole. El impugnador debe demostrar esta situación para pretender imponer su criterio adverso a la conclusiones que sobre el particular haya asumido el Tribunal. Pero conceptos generales, conjeturas,censuras caprichosas, etc., no pueden suplir la exigencia. En el caso *sub*exámine, el mérito deducido a las manifestaciones de Gutiérrez y Medina, no se muestran irracional o arbitrario. Se presenta si como enunciado lógico y debidamente fundamentado.

Es así como debe anotarse, respecto del dicho de Nicolás Gutiérrez, que contribuye eficazmente al descubrimiento de la verdad.

Pero su atestación, advertida la claridad del documento de fs. 155 y la realidad del depósito, así como la causación de los intereses y la difi-

cultada recuperación del dinero entregado a Orrego Duque, aspectos todos que confirman la versión del perjudicado, se puede considerar como de secundaria incidencia. No es el punto clave de la prueba sobre la cual se ha edificado el fallo de condena. Se le otorgó credibilidad, ciertamente, y dadas sus condiciones no eran para menos.No es evidencia en él afán de parcialidad ni ofrece motivos para desfigurar su relato. Obsérvese, a este respecto, que fue la persona autorizada por Puentes para que se cediera el título que acreditaba el depósito a termino que, abusivamente, había constituido *Orrego Duque*. Esta confianza en el hacer ver, de una vez, que era susceptible de decir la información que luego transmitiera al proceso como escuchada de Puentes. De otro lado, supo del comportamiento de *Orrego Duque*,en cuanto a la constitución del depósito, lo cual faculta para deducir que se trataba de persona vinculada a los protagonistas, con capacidad para saber de éstos y por lo mismo, que no se trataba de un declarante aleccionado ex-profeso o llevado al proceso de manera artificiosa. Lo que declaró lo supo y tal como lo conoció lo aportó a la averiguación. No resulta atendible la objeción que pretende negarle todo mérito y menos en el nivel que le fuera reconocido por el Tribunal, prevaleciendo, en esta discrepancia de opiniones, la valuación que esta Corporación ha consignado en su fallo sobre los elementos tetimoniales cuestionados.

2.- Del documento de fs. 155, dadas sus características, nadie ha puesto en duda que fuera emitido por el sentenciado. Tiene el innegable mérito de establecer las características del mandato recibido por *Orrego Duque*. Este es su valor en el campo penal, que le viene dado de la esfera civil. De por sí no constituye la demostración del delito de abuso de confianza y de ahí que ninguno de los fallos (primera y segunda instancia) haya tomado este documento privado auténtico como confesión. Establece sí, se reitera, lo que le fue ordenado hacer al procesado, con el dinero recibido, aspecto sustancial para deducir, conforme a otras demostraciones, un comportamiento delictuoso. De modo, pues, que la demanda pretende ubicar el cuestionamiento de este elemento probatorio, en ámbito impropio, ajeno al que le fuera reconocido por la sentencia impugnada. Imaginariamente se le ha atribuido, tal vez por la importancia que tiene en la valoración de la conducta juzgada, una naturaleza jurídica distinta a lo que realmente ostenta, la cual nunca negó ni desdibujó el Tribunal. Este, al tomar este medio probatorio en la forma como lo hizo, actuó debidamente en su análisis y aceptó un importantísimo medio de persuación que, aunado a otros factores, -fs. 38, 103, versión del ofendido y testimo-

nio de Nicolás Gutiérrez-, le llevó a proferir la clase de resolución que ahora se ataca en casación.

3.- Lo relacionado con el careo, es una presentación incompleta del asunto y por tanto de menguada entidad, tanta que no puede imponer la prosperidad de un recurso de la magnitud del que se resuelve. La cuestión, debe repetirse, no traduce más que una visión interésada de una diligencia, que no llega, ni remotamente, a intranquilizar sobre el buen juicio que tuvo el Tribunal al darle prevalencia a los términos testificales de Puentes Fuentes. Aludir a la necesidad de su extrañamiento por contener preguntas sugestivas o capciosas, es dejar de ver dos cosas: una, la realidad de su contenido, que no da motivo para entrever una situación de tan aguda índole; y, otra, que resulta un tanto difícil de comprender la impune y expedita actuación de un funcionario para cautivar y confundir a un procesado con requerimientos sugestivos o capciosos, cuando éste tiene la condición de abogado y sabe distinguir cuando se da ésta y cual es su remedio: reprochar al instructor este propósito y, en último caso, negarse a responder.

4.- Con la tesis que se pregona sobre el mandato, el delito de abuso de confianza, en cualquiera de las modalidades recogidas por la legislación penal, pierde entidad y posibilidades. Si el mandatario puede desbordar la intención con la cual se ha conferido el encargo, pues más que un mandatario se le debe considerar como dueño sobre los bienes que maneja. Precisamente el mandato tiene reglas presuntas y específicas que establecen facultamiento y prohibiciones. La regla de oro, en la interpretación de unas y otros, nos es más que la de advertir la esencia y significación de lo que el mandante quiera que se haga y esa voluntad debe acatarse, con todo rigor, cuando hay una expresión clara de ella y a falta de la misma, con gestiones que persigan desentrañarla y representen lo que, ante un imprevisto o una falta de indicación, habría dispuesto el mandante que se hiciera. En el caso de autos, ante la bondad de la prueba de incriminación existente, valorada con tino y acierto por el Tribunal, no puede negarse que el procesado conoció específicamente lo que su mandante quería que se hiciera con ese dinero, orden desatendida por *Orrego Duque*.

La explicación, tanto en el campo civil (mandato) como en el terreno penal (abuso de confianza) presentada por *Orrego Duque*, constituye una faena especulativa que no se acompasa con lo que la doctrina y la juris-

prudencia, pacíficamente tiene establecido al respecto, orientaciones acatadas por el juzgador de segunda instancia y que, por tanto, no pueden repudiarse ni ser objeto de rectificación.

La traición a la confianza depositada, bien puede realizarse de manera abierta o mediante el engaño. Pero la forma de la conducta no implica la desfiguración de tal delito. El aspecto del engaño tiene trascendencia en otro ámbito, esea, cuando es la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno. En este caso la mudanza no es para destruir la realidad del actuar delictuoso, sino para rigorizarlo, pues en vez del benévolo tratamiento que se dispensaría bajo el rubro del abuso de confianza, se llevaría el obrar a la infracción más grave, vale decir, la estafa.

Los Cargos no prosperan.

No esté por demás indicar tres finales observaciónes:

a).- Que casos de manejo de dinero con cierta afinidad con el de autos, los ha entendido la jurisprudencia como abuso de confianza dentro de la modalidad de la apropiación; y,

b).- Que el juzgador de primera instancia, determinará la incidencia que en la pena impuesta a *Orrego Duque*, debe tener la declaratoria de prescripción del delito de "fraude procesal".

c).- El recurrente, luego de rendido el concepto de la Delegada, ha cursado un escrito para referirse a esta opinión del Ministerio Público. La alegación resulta extemporánea y no responde a trámite alguno en sede de casación. De ahí que se silencie todo otro comentario sobre dicho memorial.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada, por lo que respecta al delito de abuso de confianza cometido por *Gonzalo Orrego Duque* en perjuicio de José Daniel Puentes Fuentes, ya mencionada en su origen fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

PECULADO - Restitución / PENA

En la restitución parcial debe establecerse la imposibilidad de retornar el volúmen total, por causas no imputables al reo.

Corte Suprema de justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia*

Aprobado Acta número 0030 (11 mar./92). Casación No. 5911

Vistos:

Resuelve ésta Sala de la Corte el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto y sustentado contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, de once (11) diciembre de mil novecientos noventa (1990), confirmatoria del fallo de primer grado del Juzgado Promiscuo del Circuito de Istmina (Chocó), de octubre ocho (8) de la misma anualidad, que condenó a *Yuber de Jesús Ledesma Lozano* a la pena principal de seis (6) años de prisión, multa de veinte mil pesos ($20.000.oo), y las accesorias de ley, como autor penalmente responsable de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado, en concurso.

Admitido el recurso y declarada ajustada a las formalidades de ley la respectiva demanda, oído el concepto del Señor Procurador Primero (1o.) Delegado en lo Penal -opuesto a las pretensiones contenidas en dicho libelo- corresponde ahora la definición de fondo.

Hechos y Actuación Procesal:

Los relata el Ministerio Público de la siguiente manera:

"...El sentenciado trabajaba en la Caja Agraria como auxiliar de ahorros de la Caja Agraria de Istmina, cargo en el cual debía llevar el registro de las cuentas de ahorro de los clientes de dicha entidad bancaria. En las libretas de Felipe Caicedo Torres y Adolfo Martínez, por los meses de septiembre y diciembre de 1989, decidió colocar en tales cuentas sumas por intereses que excedían el valor real de los que correspondían, de tal modo que abonó $850.000.oo pesos en una cuenta, y $1 500.000.oo en la otra. Posteriormente, pretextando un error, pidió que le entregaran ese dinero para devolverlo, cuando en realidad, una vez recibido, lo consumio de manera personal.

El autor de los hechos admitió de manera implícita que se apoderó de los dineros y que no los había entregado a la Caja Agraria, pero sin indicar el modo de acción empleado, ni admitir el hecho como punible, como se ve de su indagatoria. De otra parte autorizó a la caja agraria a descontar de sus prestaciones sociales el valor del alcance deducido por la visita de la auditoría que descubrió los hechos averiguados en el proceso.

Iniciada la investigación, por denuncia del jefe de auditoria de la Caja Agraria, el Juzgado del Circuito dictó sentencia condenatoria por peculado y falsedad ideológica en documento público, en concurso material de infracciones, imponiendo una pena de seis meses de prisión, multa de veinte mil pesos y las accesorias que señala la ley en estos casos.

Apelada la sentencia, el Tribunal la confirmó plenamente. En la segunda instancia el abogado defensor alegaba los mismos temas que ahora trata en casación: que la confesión efectuada daba para una disminución de pena según el art. 301 del C. de P.P. y además que el procesado había resarcido parcialmente el daño causado con el peculado al autorizar el descuento de las sumas de sus prestaciones sociales, en caso de que fuera retirado de la institución...".

La Demanda:

Dos reproches formula el actor contra el fallo recurrido, acudiendo a la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 226 del C. de P.P., por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que incidieron en la punibilidad de la sanción adoptada por el sentenciador.

Primer Cargo:

Este motivo de impugnación lo expone el censor diciendo que se violó indirectamente la ley por error de hecho al haberse "...distorsionado el sentido de las pruebas que acreditan la confesión del encartado como fundamento de la sentencia...". Según el actor se dejó de aplicar el artículo 301 del ordenamiento procedimental penal, afirmando a renglón seguido que el fallador incurrió en yerro al adverar que la confesión "...no es el fundamento de la sentencia recurrida, porque no es clara y se basa en el resultado de la investigación, esencialmente en el resultado de la visita de auditoría...". Agrega, finalmente, que el inculpado Ledesma Lozano, "...fué artífice fundamental para el éxito de la investigación administrativa como judicial...".

Segundo Cargo

Luego de transcribir apartes del fallo del Tribunal en el que se niega la aplicación del artículo 139 del C.P., por cuanto "...habla de reintegro y no consagra la modalidad del compromiso futuro de entregar dichos dineros...", opción escogida por el procesado, el casacionista considera que fue "...distorcionado el sentido de las pruebas que acreditan el reintegro parcial de los dineros...", lo que constituye una violación indirecta de la ley por error de hecho.

Al respecto, llama la atención sobre el "...haber tenido expresa y voluntaria conciencia en querer resarcir los perjuicios ocasionados..."y advierte que el reintegro parcial se hizo posible gracias a los documentos que distorcionó el fallador. En ello se expresa "...que al serle liquidadas sus prestaciones sociales...se le abonarán a los ilícitos materia de este proceso...", aparte de la retención de otra suma de dinero hecha por la Caja Agraria, por concepto de cesantías definitivas, "...que a no dudarlo quedarán igualmente en poder de la entidad ofendida...".

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

El señor agente del Ministerio Público se opone a las pretensiones del impugnante, considerando que el recurso debe desecharse, según argumentos a los cuales en su momento se referirá la Sala.

Alegaciones de la Parte Civil:

En similar sentido al del Colaborador Fiscal, la acusación privada dirige sus razonamiento a que la Corte desestime lo impetrado por el

casacio- nista.En este sentido manifiesta compartir los planteamientos del Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó, sobre la adecuación típica del hecho punible, la dosimetría de la pena, y la confesión, la cual "... es elusiva, no fue el fundamento de la sentencia y ésta descansa sobre la base de la prueba documental arrimada y de algunos testimonios...".

La Corte:

I. Con la mira de hacer más eficaz y activa la pretensión punitiva del Estado, el legislador colombiano ha consagrado -con oportunidad que cabe subrayar determinados patrones jurídico-políticos en donde se crean incentivos a quienes con criterio de lealtad para con la justicia, confiesen el delito, describiendo su actividad delincuencial, indentificando los sujetos que observaron un comportamiento decisivo en la ejecución de la conducta punible o proporcionado datos, detalles o antecedentes que conduzcan a la captura de los procesados o condenados o faciliten el señalamiento de los responsables del ilícito. Tales alicientes, como factores reguladores de la dosificación de la pena, inciden en el fenómeno de la punibilidad, bien para establecer una rebaja de la misma, ora para llegar al extremo de su exención.

II. Con arreglo a lo preseptiva del artículo 301 del C. de P.P., para que ocurra el fenómeno de la diminuente de pena allí previsto, hácese necesario, entre otros presupuestos, la aceptación de la propia responsabilidad penal por parte del acusado, en el hecho cometido. En ausencia de confesión se desintegra el contenido mismo de la norma precitada.

III. Viniendo al caso de autos, se tiene:

a. Frente a las constancias del proceso resulta palmar inferir que la exégesis suministrada por Ledesma Lozano, en diligencia de descargos, no es una confesión desde el momento mismo en que se muestra reacio para aceptar la autoría de los injustos y consentir, por añadidura, el reconocimiento de su propia culpabilidad. A la pregunta de "...si usted conoce del porqué se le recibe esta declaración sin fórmula de juramento y asistido por un apoderado?. *Contestó:* "no señor"...", para más adelante manifestar al instructor que la alteración de la cuentas de ahorro sucedió por un error involuntario de su parte. Y nada más. Quien se limita a soslayar su participación en los hechos, a esquivar todo compromiso con las imputaciones que se le endilgan y a proponer argumentos para no verse comprometido en la comisión de los mismos, no están confesando nada.

No se ofrecen, pues, aquí las características de auto-determinación, inherentes a la verdad de lo que se declara con sus saludables perspectivas, sino que a la categórica negativa por reconocer una determinada responsabilidad, se suman factores de confusión, incluso expresiones falaces de los hechos, elementos de imposible encaje en lo que judicialmente se ha venido entendiendo por prueba de confesión. No se vea en estas actitudes, colaboración con la justicia o anhelo sincero de arrepentimiento. Por el contrario, es común entender en estas intenciones -y el caso de la especie lo corrobora un propósito preordenado por enturbiar la investigación o un ardid de defensa para esquivar responsabilidades.

b. Si la confesión -como lo concibe la doctrina- no es cosa distinta a la expresión voluntaria y libremente determinada del imputado por reconocer y aceptar ante el Juez su participación en el hecho que se le atribuye (cfr., Claría Olmedo. Tratado de Derecho Procesal, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1966, Tomo V. pag.91) o como lo explica la Corte, un reconocimiento solemne y expreso que de su propia responsabilidad hace libre y espontáneamente el sindicado de la comisión de un delito,ya se haga en forma plena o completa, bien atenuada o restringida y con consecuencias procesales respecto del reconocimiento de la responsabilidad penal del confeso (cfr. casación de octubre 7 de 1980, M. P. Dr. Fiorillo Porras), llano es concluir -para el caso *sub-examen* que aquella versión lejos está de aratar los caracteres reales de la confesión al no advertirse ni el *animus* propio de quien produce una situación probatoria de pleno disfavor, ni tampoco declaraciones expresas que comprometen al sujeto o vayan contra sí mismo. Como a propósito lo señala la Delegada, el acusado no solamente se muestra reticente para reconocer el hecho sino que incluso utiliza eufemísticamente expresiones para disimular el caracter ilícito de su actuar delictivo.

c. Ahora bien: aceptando de barato que la versión de *Tedesma Lozano* asuma la índole de una confesión en el sentido ya indicado por la doctrina y la jurisprudencia, que no la es, adviene claro-contra la interpretación que el recurrente intente establecer- que sus palabras, ni con mucho, constituyen la base fundamental o toral del fallo de responsabilidad.A tal efecto, es bastante meditar en las piezas pertinentes para advertir que otras probanzas, distintas de las propias palabras del acusado, sirvieron de estribo a los juzgadores de instancia para condenar al culpable como autor de una doble violación de la ley penal. Dígalo, si no, el resultado de la visita de Auditoria a la Caja de Crédito Agrario, Industriales y Minero -Agencia de Istmina-, en donde netamente se evidenció el monto

del faltante y el procedimiento seguido por el sujeto para apropiarse de los valores conocidos, amén de los documentos modificados dolosamente por aquél y los testimonios de los afectados por la actividad delincuencial que bien se conoce, señores *Felipe Héctor Caicedo Torres* y *José Adolfo Martínez*, quienes ponen de resalto la autoría de las acciones punibles en cabeza de *Yuber de Jesús Ledesma Lozano*, las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión en que se desarrollaron los ilícitos, las características mismas de las infracciones y, por último, la comprobación de las conductas denunciadas.

De consiguiente, la robustez de la prueba de cargo, independientemente de la posible confesión del procesado, era de por sí suficiente para establecer con certeza su responsabilidad.

La inanidad del cargo es, entonces, incuestionable.

VI. Como bien lo advierte el Colaborador Fiscal, el reintegro parcial contemplado en el artículo 139 del código penal, tiene dos características fundamentales. La primera es su excepcionalidad. Con arreglo a esta disposición y como quiera que sólo una parte de lo apropiado es la que reintegra el imputado, es claro que sólo en casos especialísimos puede aplicarse la diminuente punitiva. En este sentido, el ánimo sincero del procesado de reparar el daño causado, cuya demostración fehaciente es la devolución de los bienes que se adueñó, adquiere para su demostración de un mayor rigor cuando sólo una aparte es la restituida. Aquí, debe establecerse, como es apenas obvio, la imposibilidad de retornar el volumen total, por causas no imputables al reo. En cada caso, el juzgador, entonces, habrá de examinar de acuerdo con las circunstancias, la calidad del bien, las condiciones personales del acusado y el examen ponderado del hecho punible en particular, para establecer si en verdad, en dicha restitución se demuestra con fehaciencia el *animus reparandi*. De aquí se desprende, la segunda característica esencial de la atemperante: la discrecionalidad del juez. No puede ser de otra manera, pues sólo en presencia del hecho concreto y su examen ecuánime, es que se puede conocer a ciencia cierta si en verdad se está en presencia de un caso excepcional o, por el contrario, de una simple devolución obligada que, ante la inminencia de una investigación penal, busca disminuir sus efectos.

En el caso en comento, el impugnante calla sobre estos aspectos. No prueba -ni siquiera hace el intento- el porqué ha de considerarse como extraordinario el caso de su poderdante, como para ser tenido en cuenta por la autoridad judicial. Simplemente se limita a reseñar que los docu-

mentos presentes en el proceso (autorización para deducir de sus prestaciones el dinero apropiado) obran como manifestaciones claras de la intención que le asiste al exfuncionario público de disminuir los efectos nocivos de su proceder, amén de guardar silencio sobre la retención obligado que de dichas prestaciones hizo la Caja Agraria, lo que de suyo riega el libre albedrío a su acto.

Además, como tinosammete lo observa la Delegada, la excepcionalidad de la medida amerita un amplio arbitrio para el juzgador, pues sólo él, en presencia de la verdad procesal, es quien puede decidir sobre la aplicación de la atenmente. Aquí juega en gran medida su íntima convicción, imposible de tasar para encontrar un posible yerro atacable en casación. Por tanto, únicamente en presencia de una contradicción evidente, que por tal motivo no requiere para demostrar su existencia de argumentos rebuscados, bastante tan sólo su señalamiento, es que su decisión puede ser objeto de examen por medio de este especialísimo medio de impugnación.

El fracaso también es la medida de esta censura.

Con fundamento en lo anterior, la Sala de Casacion 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 impugado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

PREVARICATO - Por omisión / DOLO

El prevaricato por Omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que es necesario establecer el aspecto subjetivo.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 031. Segunda Instancia No. 6629

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, mediante sentencia de agosto 1o. de 1991, absolvió al doctor *Hugo Rosanía Barros*, ex Juez Once Civil del Circuito de esa misma ciudad, del delito de prevaricato por omisión que motivó la resolución de acusación proferida en su contra.

Surtido el trámite de la instancia, rindió concepto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita la confirmación de la sentencia absolutoria apelada por el Representante de la parte civil.

Hechos:

El Juzgado Once Civil del Circuito de Barranquilla, a cargo del doctor *Hugo Rosanía Barros* adelantó proceso de ejecución por la demanda presentada por el doctor Marcos Serrano Zúñiga, obrando como apoderado del Banco Cafetero contra la Sociedad Industrial Manufacturera del Caribe Ltda. "INMANCAR".

En este proceso el juzgado libró mandamiento de pago y ordenó el embargo y secuestro de los bienes denunciados por la parte demandante, según providencia de octubre 21 de 1985, medida preventiva que se cumplió el 13 de noviembre del mismo año.

El demandante solicitó una reforma en el proceso mensionado, en el sentido de que se tuviera como representante de dicha sociedad a Tewfick Anton Ibrahim Maria, en vez de Gabriel Abuchaibe Abucheibe y se continuara con el proceso, lo que aceptó el juzgado mediante auto de enero 24 de 1986.

Por petición de la apoderada de la parte demandada, en auto de marzo 10 de 1986, que no fué recurrido, se decretó el levantamiento de las medidas cautelares, con fundamento en el artículo 513, inciso séptimo del Código de Procedimiento Civil.

El 16 de abril de 1986, el doctor Serrano Zúñiga, Solicitó al juzgado se decretara nuevamente el embargo y secuestro de los bienes denunciados, sobre los cuales se había ordenado el levantamiento de las medidas cautelares inicialmente proferidas. El escrito entró al despacho del juez el 18 de abril, junto con otros memoriales de las partes. El 30 de los mismos salió un auto que resolvió no acceder a la petición de ilegalidad del proveído del 10 de marzo que levantó las medidas cautelares, formulada por el apoderado del Banco, y fija las agencias en derecho, solicitud presentada por la apoderada de la parte demandada.

El 20 de mayo siguiente el proceso entró nuevamente al despacho y salió el 22; el 4 de junio volvió al despacho y salió el mismo día designando peritos para fijar las agencias en derecho; el 23 de junio entra otra vez con el dictamen pericial y sale el 1o. de julio inadmitiendo la objeción y fijando honorarios.

El 5 de julio el apoderado del banco solicita respuesta sobre la petición de embargo y secuestro. Repite la solicitud el 16 de julio. Los memoriales entran al despacho el 30 del mismo mes, junto con otros, y el 12 de agosto siguientes, sale negando la apelación interpuesta contra el auto de julio 10 y ordenando la expedición de copias.

El 20 de agosto, el doctor Serrano Zúñiga solicita nuevamente que se resuelva la peticón de embargo y secuestro; el 27 de agosto entra el negocio al despacho informando la existencia de los títulos de los peritos y

sale al día siguiente ordenando la entrega. El 9 de septiembre vuelve al despacho y sale el 23 negando la reposición interpuesta contra el auto que negó la apelación del proveído de agosto 12.

El 10 de noviembre de 1986, el señor Juez ordena el embargo y secuestro de los bienes, pero no se puede hacer efectivo, porque el 29 de enero de 1987, día en que realiza la diligencia, no los encuentra en el lugar indicado en la solicitud.

El 16 de julio de 1988, el doctor *Marcos Serrano Zúñiga* formuló denuncia penal contra el Juez *Hugo Rosanía Barros*, por considerar que la demora en resolver la petición de embargo y se encuentra configura el punible de prevaricato por omisión

II. *Actuación Procesal:*

El Tribunal Superior de Barranquilla, luego de practicadas algunas diligencias preliminares por Juez comisionado, ordenó abrir la investigación en auto calendado el 12 de septiembre de 1988.

1o. A la investigación fue allegada copia auténtica de los siguientes documentos: Acuerdo No. 1309 de agosto de 1985, emanado del Tribunal Superior de Barranquilla por el cual se eligió al doctor *Hugo Rosanía Barros* como Juez Once Civil de Circuito, acta de posesión y certificado sobre el ejercicio del cargo para la época en que ocurrieron los hechos investigados.

2o. Se allegó a este proceso fotocopia autenticada del ejecutivo promovido por el Banco Cafetero en contra de Industria Manufacturera del Caribe Ltda. -*inmunicar*-.

3o. El doctor *Hugo Rosanía Barros*, manifiesta en la indagatoria que el apoderado del demandante en el ejecutivo que cursó en su despacho, únicamente insistió en que se resolviera la objeción a la fijación de agencias en derecho para la apoderada de la parte demandada, lo que hizo no solamente por escrito, sino en forma verbal, ya que dijo que estaba mas bien interesado en que no fuera condenado en costas su representado -el Banco Cafetero-, por cuanto ello conllevaría a que desistieran de su asesoría. Alude que la denuncia es temeraria, pues lo que el abogado pretende es justificar ante su poderdante el levantamiento de las medidas preventivas y el haber dejado vencer los términos que concede la ley para

interponer los recursos pertinentes. Además, el juzgado le resolvió todas sus peticiones a pesar del cúmulo de procesos existentes.

4o. Llegando el momento de calificar, con salvamento de voto del Magistrado *Carlos Henríquez Castillo*, la Sala integrada además por los doctores *Carlos Campo Donado* y *Julian Urbina Ospino*, llamó a juicio por el delito de prevaricato por omisión.

El procesado otorga poder al Doctor *Ernesto de la Espriella Barcenas*, quien por antecedentes de enemistad grave con el Magistrado *Carlos Campo Donado*, hace que éste se declare impedido.

El impedimento anterior hace que se convierta en ponente el doctor *Julian Urbina Ospino* e intervenga el Magistrado *Luis Peñaranda Stegmann*, quien ante el nombramiento del doctor *Ernesto de J. Ducan* como apoderado de la parte civil, tiene que declararse impedido por enemistad grave con él.

Así las cosas, el recurso de reposición contra la Resolución de acusación es resuelto ordenando la casación de procedimiento, con ponencia del *Magistrado Henríquez Castillo*, acogida por el conjuez *Enrique García Pimienta* y salvamento de voto del Magistrado *Julian Urbina Ospino*.

El apoderado de la parte civil interpuso recurso de apelación contra esta desición, y la corte mediante providencia del 30 de mayo de 1990, revocó la cesación de procedimientos y en su lugar profirió resolución de acusación en contra del doctor *Hugo Rosania Barros* por el delito de prevaricato por omisión.

5o. A solicitud del apoderado de la parte civil, el *a-quo* por auto de agosto 21 de 1990, designó un perito para que avaluara los perjuicios causados con la infracción.

El perito rindió el correspondiente dictamen en el sentido de que no se ocasionó perjuicio material alguno, por cuanto que para el momento en que se solicitó en el proceso ejecutivo el nuevo embargo y secuestro de los bienes de la parte demandada, dichos bienes habían desaparecido. En relación con los perjuicios de índole moral, el perito anota que según sentencia de la Corte -septiembre 27/74- el daño moral, por su naturaleza, no puede ser avaluado por peritos.

El anterior dictamen pericial fue puesto a disposicion de las partes y tan solo se pidió su aclaración por parte del apoderado de la parte civil, lo cual atendió en debida forma el perito, ya que no obstante haberlo objetado por error grave, finalmente renunció a la tramitación de este incidente.

En diligencia de audiencia pública fue interrogado el testigo Luis Tijerino Uribe, quien manisfestó que actuó como secuestre de los bienes enbargados dentro del proceso ejecutivo que dió origen a esta investigación, bienes que fueron sustraidos de una bodega de la Zona Franca en donde estaban bajo su cuidado, de lo cual dió cuenta al Juzgado. El testigo William Behaine Abdala, declaró sobre la buena conducta observada por el procesado.

El apoderado de la parte civil doctor Marcos Serrano Zúñiga, solicitó que en el momento en que profiriera sentencia de primera instancia se ordenara la apertura de la investigación penal en contra del secuestre Luis Tijerino Uribe por el mismo delito que se le imputaba al Juez procesado y también en contra de Zewfick Ibrahim María -representante legal de la sociedad demandada- por haber insolventado la empresa que gerenciaba para eludir el pago de sus obligaciones.

El defensor del procesado, pide que se excluya a la parte civil en este proceso, revocando el acto mediante el cual se le reconoció, en razón a que carece de derecho, por cuanto que el perito que fue designado para que avaluara los perjudicios derivados de la infranción dictaminó que no se causó daño alguno.

III. *Providencia Impugnada:*

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de agosto 1o. de 1991, absolvió al procesado doctor *Hugo Rosanía Barros* de los cargos que se le formulan por el delito de prevaricato por omisión, providencia en la cual, a la vez, se denegó la solicitud de excluír a la parte civil como sujeto procesal.

En este proveído el *a-quo* considera "...que en el informativo no aparece establecido que el acusado hubiera actuado en forma dolosa cuando retardó el nuevo decreto de embargo que le había sido demandado, por consiguiente debe colegirse que no hay certeza en el proceso, para llegar a la convicción que el procesado actuó de manera dolosa; como lo que

existe es duda a este respecto y ella no se puede eliminar razonablemente, el único camino que queda es el de disponer la absolución del acusado, como lo recomienda el principio universal del *In dubio pro reo...*".

Agrega que, "Para la Sala es irrefutable, que hubo un lapso grande entre el momento en que se produjo la petición del nuevo embargo de los bienes de la sociedad Irumancar Ltda., las reiteradas peticiones en idéntico sentido, y la fecha en que por fin el acusado dispuso de nuevo el embargo; también es meridiano que en ese segmento de tiempo, el proceso contra la compañía damandada, entró en varias oportunidades al Despacho del Juez Rosanía, y que en los memoriales, el libelista hacía énfasis, destacando la prioridad de la medida demandada; de igual forma se demostró fehacientemente, que el juez acusado, resolvió los escritos que el abogado del Banco Cafetero hizo llegar y que tenían que ver con otro pronunciamiento del juzgado, pero que nada dijo sobre las otras solicitudes que se referían al embargo de los bienes".

Considera que de la explicación del juez acusado "en el momento de haber rendido indagatoria, traídas en el juicio, como el interrogatorio del acusado, nos indica que no conocía a los sujetos procesales que no tenía con ellos ninguna prevención, por lo que no hay elemento de juicio que nos permita colegir ese marcado interés en favorecer una de las partes en detrimento y menoscabo de la otra o de actuar guiando por alguna suspicacia o por otro tipo de pasión; a este respecto nada existe en el expediente que no (sic) conduzca a inferir lo contrario..."

En cuanto a la solicitud que hizo el defensor del procesado respecto a que fuera excluída la parte civil, el Tribunal consideró que, como no existía constancia que se haya dado la situación contemplada en el artículo 54 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la cancelación de los perjuicios y que sea aceptada por el perjudicado, como tampoco lo establecido en el artículo 44 *ibídem* sobre inadmisibilidad de la demanda, y no ha sobrevenido prueba que sirva para desvirtuar el derecho que tiene la parte afectada para constituírse en sujeto procesal, es por ello que se niega tal petición.

Refiriéndose a los restantes pedimentos del apoderado de la parte civil, señala que no existen razones suficientes para estimar que el secuestre Luis Tijerino Uribe haya cometido delito alguno y menos el de prevaricato, ya que éste dió aviso al juzgado sobre la sustracción de los bienes que tenía bajo su cuidado, por lo cual no es dado ordenar una

investigación penal en su contra. Lo mismo ocurre con los cargos que se pretende formular a Tewfick Antón Ibraim María de haber insolventado la empresa que él representaba, en perjuicio de los acreedores.

El Magistrado *Carlos Enrique Castillo* presentó salvamento de voto a la decisión de la Sala mayoritaria del Tribunal, manifestando que no la comparte, ya que el acervo probatorio muestra claramente que no fue una petición esporádica la que se hizo al Juez acusado, sino muchas y separadas en el tiempo. Ello descarta un posible traspapelamiento del memorial petitorio. Además de que existe prueba en el expediente de la solución de las peticiones de la contraparte. Tales circunstancias permiten inferir el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo objetivo, o de realizar un hecho punible, que no es otra cosa que la culpabilidad dolosa. Concluye que estando demostrada la tipicidad, la antiju- ridicidad y la culpabilidad del procesado, solo era posible una sentencia condenatoria.

IV. *Fundamentos de la apelación:*

Inconforme con la sentencia absolutoria, el apoderado de la parte civil recurrió en apelación y sustenta su desacuerdo en que la sentencia es paradójica y contradictoria, toda vez que ella se considera que los hechos cometidos por el procesado tipifican el delito de prevaricato por omisión, pero que él no es su autor responsable, por cuanto no tuvo la intención de cometerlo.

Agrega que los hechos ejecutados por el Juez acusado, indican la relación psico-física del autor de los mismos, la intención de cometerlos o el dolo, con pleno conocimiento de que estaba violando la norma penal.

Aduce que la parte civil al solicitar el sucuestro de los bienes de la sociedad demandada, advirtió que de acuerdo con la norma legal del Código de Procedimiento Civil, tal solicitud tenía prelación ante cualquier otra para su solución y el Juez acusado no atendió esta petición que se le formuló cuatro veces, sino cuatro meses después de levantadas las medidas cautelares, cuando ya los bienes habían desaparecido.

Solicita la revocatoria de la sentencia apelada, para que en su lugar se condene al Juez acusado, a la pena privativa de la libertad, a las accesorias, a la respectiva indemnización de perjuicios causados, y se resuelva sobre la petición que se hizo para que se ordene abrir investigación penal en contra del secuestre Luis Tijerino Uribe y el representante legal de la empresa Industrial Manufacturera del Caribe.

Ante esta Corporación reitera los argumentos y peticiones consignados en el memorial presentado al momento de interponer el recurso.

V. *Concepto de la Delegada:*

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita a la corte que se confirme en un todo la sentencia absolutoria impugnada, previas las siguientes consideraciones:

Estima que no es posible tomar como indicio contra el Juez el hecho de no haber exigido a la apoderada que solicitó el levantamiento de las medidas cautelares que se notificara, a la vez, del mandamiento de pago, puesto que la notificación debe ser personal, visto que se trata de la primera desición en el proceso de ejecución que comienza con la sentencia de pago,-"art. 314 Num. 1. C.P." (sic); no es posible que se le notifique al apoderado sin poder especial para hacerlo y en el sistema de la cargas procesales del procedimiento civil no es atendible que se obliguen a la parte a notificarse cuando ello lo niega un beneficio procesal como el del levantamiento de las medidas cautelares.

Agrega que el art. 327 del Código de Procedimiento civil, dispone que cuando la parte no notificada de las medidas cautelares se apersone del proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada.

En lo relativo al levantamiento de las medidas previas a solicitud de la apoderada de la parte ejecutada, considera que se ajusta en un todo a derecho, por cuanto que si bien existe facultad oficiosa del Juez para hacerlo, ello no elimina el derecho de postulación de parte de los actos procesales, por lo cual es admisible que cualquiera de los sujetos procesales pida al juez tomar la decisión que de oficio debe hacer.

Relieva que existe una omisión de la parte demandante (ejecutante) que fue la que en esencia dió lugar a la medida prevista en el art.513 parágrafo 7 del Código de Procedimiento Civil anterior.

En cuanto al monto excesivo fijado por el juez como honorarios para la apoderada de la parte demandada, parece a la Delegada que no tiene la envergadura conceptual que se le ha dado, ya que la actuación y fijación de las agencias es apenas razonable, y la explicación ofrecida sobre la desactualización de la tarifa de los abogados en el Departamento, es admisible, con la adición de que no es además obligatorio que se ciña a ella

sino que tenga en cuenta como guía de la fijación que haga el Juez con otros factores que la ley señala: naturaleza, calidad e intensidad de la gestión, y la posibilidad de acudir a otras tarifas cuando no hubiere en el Departamento correspondiente.

Argumenta que lo anterior significa que el obrar del Juez procesado no es contrario a la ley, ya que además tal decisión fue debatida ampliamente por la contraparte, la cual hizo uso de los respectivos recursos, gozando de las garantías procesales y no resulta una tasación desmesurada, ya que la efectuada por los peritos designados en el incidente de objeción, lo fue en suma muy superior a la que le fijó el juez acusado.

Frente al cargo principal que se le formuló al procesado en la resolución de acusación, considera el Colaborador Fiscal, que resulta necesario concluír que se ha demorado más allá de lo esperado por la naturaleza de la petición, la desición sobre dictar nuevamente las medidas cautelares, lo que de por sí no configura el prevaricato por omisión, porque en este caso, ciertamente la introducción de varios memoriales -4 escritos- en que se recordaba al Juez su deber de decretar las medidas cautelares, es el único aspecto que aparece como una incorreción funcional por la dilación en decidir sobre el tema del solicitante, visto que los demás elementos tomados como indicios (los honorarios de las agencias en derecho, la ausencia de notificación, la revocación por petición de parte) no configuran en sede civil actuación irregular alguna.

Sostiene que la regla de la experiencia indica que en un Juzgado Civil de una ciudad como la de Barranquilla, el volumen de trabajo es notable,y que el funcionario tiene que atender multiplicidad de peticiones de esta y de parecida índole. Estima que es admitido que el Juez debió percatarse de la petición repetida de las medidas cautelares, pero que al parecer confió (indebidamente desde luego) en que la urgencia del solicitante era otra de acuerdo con la petición verbal que se le hiciera. Finalmente el Juez decretó las medidas solicitadas. Así las cosas, estima la Delegada que no se tiene prueba clara de que el Juez hubiera asumido una actitud conciente y voluntariamente dirigida a contrariar su deber o a omitir el deber de decidir en el lapso señalado.

Afirma que no existe una regla específica que indique término alguno en cuanto al tema discutido en este caso, y apenas se invoca la regla general de tres días señalada en el art.174 del C.P.C. para los autos de sustentación, que ciertamente no parece aplicable en este asunto.

Concluye, "que si bien demoró la decisión -en el sentido de pasar el tiempo no la demoró en el sentido de voluntad de dilación, pues había factores como el trabajo, la petición de atender otras cuestiones aledañas previas, que si bien no explican ni justifican la demora, si permiten aseverar que hubo un comportamiento negligente pero no voluntario de contradecir el deber impuesto por el derecho". Finalmente sostiene "que no se tiene la prueba suficiente para afirmar con certeza -art. 247 C.P.P.- que el funcionario procesado contrarió queriendo hacerlo, el deber de ser diligente en la producción del auto de embargo y secuestro de bienes que le era solicitado por unas de las partes en proceso".

VI. *Alegaciones de la Defensa:*

El señor defensor del procesado *Hugo Rosanía Barros*, solicita que se confirme la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal de Barranquilla, con la consideración de que el hecho imputado no existió. Los argumentos que plantea se resumen así:

"La declaratoria de embargo y secuestro si existió. Su inocuidad". Sostiene que la actuación del funcionario acusado se ciño estrictamente a la ley, porque decretó el embargo y secuestro solicitado, mediante auto de octubre 21 de 1985, pero la diligencia practicada a los 13 días del mes de noviembre del mismo año, resultó inocua, ya que desde esa fecha las partes y el propio Juez conocían tal hecho, lo que se demuestra con la constancia dejada por el secuestre en el curso de la diligencia, la cual hace referencia a que "la zona franca está paralizada hace más de un año ...no existe administración alguna y la Maquinaria y Equipo se encuentra en total estado de abandono y deterioro y en ese estado la recibió". Aduce que la doctrina estima que el Juez debe decretar los embargos y secuestros cuando fueren procedentes y la procedencia se refiere sobre todo "a que realmente los bienes corresponden a la calidad de embargables".

Agrega que es evidente, que el ex-juez acertó cuando partió del 13 de noviembre de 1985 para contabilizar los tres meses a que se refiere el art. 513 inciso 7o. del C.P.C. y que "la penalización era procedente".

Afirma que el auto que levanta las medidas no es apelable, como tampoco lo es el que fija las agencias en derecho. En la facultad oficiosa del inciso 7o. del art. 513 del C.P.C. se desarrolla el principio inquisitivo, pero en el entendido de que "quien puede lo más puede lo menos" por lo que resulta equivocada la conjetura de que si se tiene facultades de oficio, no se puede actuar a instancia de parte.

El argumento central del defensor del procesado, radica en que *"el hecho denunciado es atípico"*. Discrepa el libelista de lo planteado en el encausamiento, e incluso en la motivación de la absolución que se basó en el indubio pro reo, pues en su sentir, "los hechos denunciados no riñen con dispositivo penal alguno". Estima que está probado quee el Juez resolvió con celeridad y suficiencia todas y cada una de las peticiones del actor.Pero como el fundamento basilar tomado en el pliego de cargos, fue la omisón de resolver en el término de tres días la nueva solicitud de decreto de las medidas cautelares, considera que el juez no estaba obligado por mandato legal alguno, a decretar en dicho término el recobro del derecho a perseguir los bienes desembargados.

En sentir del señor defensor, "Equivocadamente, el vindicador dedujo tal interpretación, para originar equívoco en el juzgador, lo que es cierto, en el evento de las primeras diligencias cautelares sobre bienes, las cuales el funcionario resolvió, dentro del término de ley en primera instancia".

Al respecto considera necesario que se haga reflexión sobre dos puntos:

1) Si el ejecutante puede recobrar el derecho a perseguir los bienes desembargados y en qué tiempo 2) Si el mismo podía solicitar el embargo y secuestro de otros bienes.

Aduce que por vía doctrinaria existen diferentes tésis para responder a estas inquietudes. Una de ellas es que el ejecutante tendría que esperar por perención el término de un año, la otra que por interpretacion analógica de disposiciones diversas del C. de P.C., se podría concluir en que el término más cercano sería el necesario para disponer la notificación del mandamiento de pago.

VII. *Consideraciones de la Sala:*

1o. Se acreditó plenamente que el doctor *Hugo Rosanía Barros* actuó en calidad de Juez Once Civil del Circuito de Barranquilla, desde el 16 de septiembre de 1985, esto es durante la época en que ocurrieron los hechos denunciados.

Lo anterior, según diligencia de indagatoria, acta de posesión y constancia que obran en el proceso.

2o. Para el caso que se propone, el cargo en contra del doctor Hugo Rosanía Barros, apunta al evidente retardo que como Juez once Civil del Circuito de Barranquilla, protagonizó dentro del proceso ejecutivo a su cargo -Banco Cafetero, versus Industrias Manufactureras del Caribe-, para pronunciarse sobre la solicitud formulada por la parte actora, en el sentido de que decretara nuevamente el embargo y secuestro de los bienes denunciados, sobre los cuales se había ordenado el levantamiento de las medidas cautelares inicialmente proferidas.

3o. Procede ante todo recordar, que el delito de prevaricato omisivo exige para su configuración, la existencia del aplazamiento o retardo en el cumplimiento del deber oficial a cargo del funcionario y es necesaria además la presencia del dolo que se traduce en el propósito del agente de no cumplir con su obligación legal, conciente e injustificadamente.

4o. En cuanto a lo primero la realidad procesal informa, que las medidas cautelares fueron solicitadas el 16 de abril de 1986, reiterada esta petición en tres oportunidades -julio 5 y 16, agosto 20- y tan solo fueron decretadas por el Juez el 10 de noviembre del mismo año, luego hubo un evidente retardo en el pronunciamiento que correspondía, en cualquier sentido en que hubiera sido necesario según la ley.

Así las cosas, no existe duda de que el aspecto objetivo encuentra plena comprobación en los autos, pues el funcionario sobrepasó el término prudencial de que disponía para pronunciarse, teniendo en cuenta que por la naturaleza de la petición, la decisión sobre dictar nuevamente las medidas cautelares no podía ir más allá de los diez días que para dictar los autos interlocutorios señala el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil. La disposición que se dice vulnerada se ocupa de garantizar que las resoluciones judiciales, cualquiera que sea su naturaleza, no se puedan prolongar indefinidamente, sino que los pronunciamientos que correspondan sean oportunos, dentro de los términos prudenciales señalados para el efecto.

Lo dicho permite concluir, en desestima de los argumentos del señor defensor, que solo el "resultado' surgido de la comparación de los plazos legales frente al calendario nos lleva necesariamente a la comprobación del aspecto objetivo del delito que se denuncia. Las argumentaciones que plantea la defensa no tiene ninguna incidencia en la estructuración del punible de prevaricato omisivo, pues es sabido que el reproche es por

haber retardado una decisión, y no por haber negado las medidas cautelares, que según el libelista fueron pedidas antes del término para poder recobrar el derecho a perseguir los bienes, por lo cual el Juez no estaba obligado a decretarlas.

5o. Frente a los planteamientos del Minsiterio Público, que identificado con las consideraciones del *a-quo*, reclama la confirmación de la absolución del acusado por la duda que emerge respecto al aspecto subjetivo del comportamiento investigado, la Sala se permite hacer las siguientes reflexiones.

El prevaricato por omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad de manera que se debe establecer el aspecto subjetivo que consiste en un deliberado no obrar cuando se tenía la obligación jurídica de actuar.

En consecuencia, es necesario escudriñar las pruebas en orden a establecer si existió alguna causa que justifique el comportamiento del ex-Juez acusado, o, por el contrario, si el retardo advertido en el pronunciamiento fue producto de la voluntad de no cumplir con su deber.

El Tribunal Superior descarta la culpabilidad aduciendo que las pruebas traídas en el juicio como el interrogatorio del acusado, indican que no conoció a los sujetos procesales, y que no tenía interés en favorecer a una parte en detrimento de la otra.

Es verdad que el propósito de favorecer a una de las partes no es un factor indispensable para determinar que un funcionario omitió dolosamente su deber de actuar, pero no puede negarse que la demostración de la ausencia total de ese interés es un elemento de juicio, que sumado a las otras circunstancias que rodearon el hecho, puede conducir a que se concluya que hubo ausencia de dolo.

En el caso que nos ocupa, está demostrado que el levantamiento del embargo y secuestro se produjo por la inactividad del abogado del Banco Cafetero, quien dejó pasar lo tres meses que señala el artículo 513 del código de Procedimiento Civil sin realizar las diligencias tendientes a la notificación de la parte demandada. También se acreditó que la pérdida de los bienes perseguidos por el demandante ocurrio después del desembargo, y antes de la nueva petición de embargo, de manera que no existió ninguna relación entre la omisión del Juez y la desaparición de dichos bienes.

La solicitud presentada por el abogado, si bien es cierto que el Juez debió responderla con prontitud, también lo es que el no hacerlo no puede interpretarse como el deseo de favorecer a la parte demandada, pues en ese momento ya era conocido por todos que los bienes sobre los cuales se intentaba el nuevo embargo habían desaparecido, de modo que ningún sentido tenía retardar la decisión.

El expediente entro al Despacho siete veces, empero, de los respectivos informes secretariales se infiere que en cinco de ellos únicamente se hace referencia al memorial o al asunto que se resuelve en el auto subsiguiente. Tan solo en dos ocasiones se pone en conocimiento del juez la existencia de "anteriores escritos presentados por los doctores Dumia Esther Coba Alfaro y Marcos Serrano Zúñiga". Dichas oportunidades fueron: el 18 de abril, entró el negocio con cuatro memoriales, tres suscritos por el doctor Serrano, incluía la solicitud de un nuevo embargo y secuestro; el 30 de julio entró con seis escritos, cuatro de ellos presentados por el mismo abogado antes citado, en uno de los cuales reitera la petición a que nos venimos refiriendo. En conclusión, en las dos veces anunciadas, tal solicitud no entró sola para resolver, sino acompañada de varios memoriales, y en las cinco restantes, no se hizo alusión a ella.

El conjunto de pruebas recaudadas ha despejado inquietudes manifestadas por Sala en el auto de llamamiento a juicio, y ha aclarado hechos que en el momento se tomaron como indicadores de una posible actuación dolosa. Lo que subsiste, y así lo entendieron el Tribunal y el Ministerio Público, es la evidencia de que el Juez actuó de manera descuidada, negligente, atendiendo solicitudes verbales del abogado demandante, que no lo relevaban de dar respuesta a la petición escrita, pero no se puede concluir con certeza que haya querido realizar un comportamiento típico y antijurídico.

Estas situaciones de falta de cuidado del funcionario en el manejo de los asuntos a su cargo, ha dicho la Corte en repetidas oportunidades, puede dar lugar a sanciones disciplinarias, pero no a un reproche de carácter penal. Consecuentes con esto, se expedirán copias al Procurador Departamental, para que si lo estima pertinente adelante la averiguación que corresponda.

6o. El apoderado de la parte civil solicitó que se ordene adelantar investigación penal contra el secuestre Luis Tijerino Uribe por el delito de prevaricato y Tewfick Antón Ibraim María por haber insolventado la

empresa que representaba en perjuicio de los acreedores. El Tribunal consideró al respecto, que no existen razones suficientes para estimar que el secuestre haya cometido delito alguno y menos el de prevaricato, toda vez que dio aviso al juzgado sobre la sustracción de los bienes que tenía bajo su cuidado. Lo mismo ocurre con el cargo formulado al representante legal de la empresa, por lo que no es dado ordenar investigación en su contra. La Sala encuentra acertada la determinación del *a-quo*, pues en verdad no hay elemento de juicio que permitan inferir que se está en presencia de un hecho punible investigable de oficio, para que sea viable dar aviso a las autoridades competentes.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia recurrida.

Segundo: Por secretaría de la Sala hágase llegar copia de lo pertinente a la Procuraduría Departamental del Atlántico, en orden a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ CAUSAL PRIMERA

Si el subrogado supone que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, deja a juicio del fallador sopesar la procedencia de su otorgamiento, interrogante que no puede hacerse bajo el amparo de una violación directa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 31. Casación No. 5697

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Luis Fernando Hincapié Pemberty* en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 3 de octubre de 1990, fallo que con modificaciones gravosas para el procesado confirmó la condena que le había impuesto el juzgado 10o. Penal del Circuito de Medellín como responsable de un delito de hurto.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- Desempeñaba el procesado *Luis fernando Hincapié Pemberty* las labores de conductor al servicio del comerciante Rogelio Acevedo en el Municipio de Yarumal, transportando entre esa y otras localidades vecinas cerveza y malta de la Cervecería Unión. En cumplimiento de los itinerarios de su rutina, cargó el procesado el 7 de mayo de 1990 en un camión Ford 600 modelo 1956 su cupo en la planta de la industria cervecera, pero en lugar de concluir la ruta obligada, se trasladó hasta el

barrio Las Cabañitas del Municipio de Bello, y acordado allí con varios de sus conocidos, resolvieron apoderarse del camión y de su carga, informando falsamente a su patrono que había sido víctima de un atraco.

Como la excusa del conductor coincidía con la misma que meses atrás había dado para aplicar otra pérdida dentro de circunstancias similares, una vez recuperado el camión abandonado y desvalijado se le solicitó que fuera a recogerlo, oportunidad que sirvió de base a su captura, y tras ella a su confesión de auditoria de la defraudación de su patrono.

2o.- A pesar de que la investigación se inició en contra de *Hincapié* y otros por los cargos de hurto y de receptación, halló procedente el instructor al definir su situación jurídica separarla para que con base en su confesión simple se adelantará el trámite del procedimiento abreviado, quedando los otros implicados respondiendo bajo distinta cuerda.

Repartida la actuación desglosada al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, se complementó con la práctica de otras pruebas y la celebración de la audiencia pública, y a su culminación se dictó el fallo condenatorio de julio 27 de 1990, imponiéndosele al acusado la pena principal de 20 meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, denegándosele la suspensión condicional de la condena e imponiéndole la obligación de resarcir los daños ocasionados a la víctima, indemnización estimada en la suma de un millón y medio de pesos ($1.500.000.oo).

Inconforme la defensa con el sentido de la decisión, oportunamente interpuso recurso de apelación que vino a desatar el Tribunal el 3 de octubre siguiente, incrementando la pena principal a la definitiva de veintiocho (28) meses, y subiendo a ese tope la accesoria de indentificación, decisión en contra de la cual interpone la defensa el recurso extraordinario.

La Demanda:

Cuatro cargos endereza el actor en contra de la sentencia de segunda instancia, todos con fundamento en la causal primero de casación cuerpos primeros y segundo, formalizando como petitud la casación del fallo impugnado, para que en su lugar emita la Corte aquél que de conformidad con cada una de las impugnaciones deba reemplazarlo.

La anunciación de sustentación de las censuras se desarrolla de la forma que sigue:

Cargo Primero: Bajo su formulación acusa el censor la sentencia por violación indirecta de los artículos 1o.,10o. y 364 del Código de Procedimiento Penal, explicando que a esa transgresión llegó el *ad quem* por error de derecho en la apreciación de las pruebas, sopesando equivocadamente los testimonios de Rogelio y Arnoldo Acevedo cuando refirieron al valor de los perjuicios ocasionados a la víctima y dando así por plenamente demostrado el valor de los daños y perjuicios. De ese modo se inobservaron las formas propias del juicio, pues la tasación de la parte interésada sólo tenía valor en la medida en que no resultara impugnada, pero formalizadas objeciones por parte de la defensa, jamás se hizo la designación de los peritos, y en su lugar optó el Juzgado sin apoyo argumentativo alguno por elevar la suma a resarcir en $134.000.oo sobre el valor estimatorio, totalizando el millón y medio de pesos contra el cual reclama para que entre a reducir la Sala a la cuantía del estimativo original.

En el *cargo segundo* ingresa el libelista al planteamiento de una violación directa de la ley sustancial, teniendo por tal el artículo 68 del Código Penal, pues a su juicio el juzgador incurrió en interpretación errónea del precepto al denegar el subrogado de la condena de ejecución condicional argumentando la " alta gravedad" de la conducta imputada al acusado, pero eludiendo cualquier análisis que hubiese apoyado la necesidad del tramiento penitenciario. Con esa superficialidad se incurrió en contradicción al incrementar el mínimo de la pena en forma leve, pero afirmado al mismo tiempo que el hecho revestía suma gravedad, evitando

> "...un estudio de la personalidad del sujeto, factor éste cuyo análisis trasciende la revisión de la conducta investigada, teniendo a examinar como un todo cada uno de los elementos psicobiológicos, factor que precisamente en nuestro caso sería el mejor argumento para acceder a concedérsela, pues su personalidad indica que llegó al delito sólo por razones circunstanciales e impulsado por otras personas".

Cargo Tercero: Acudiendo nuevamente a la causal primera de casación, acusa en este cargo el actor la violación directa de los artículos 1o. 10, 50 y 246 del Código de Procedimiento Penal por aplicación indebida, insistiendo bajo ese enunciado en que al proveer sobre la tasación de los perjuicicos, el juzgador elevó de modo arbitrario de $1.366.000.oo a $1.500.000.oo la cuantía del resarcimiento, concretando que:

"...El error del fallador, consistió en estimar que se reunían los requisistos establecidos por el art. 107 del C.P. para él proceder a fijar el valor de los perjuicios, requisitos que básicamente se limitan a la ausencia de base suficiente para fijarlo por medio de peritos, lo cual no corresponde a la verdad de este proceso, pues, si algo existe en el proceso son fundamentos suficientes para que un perito pueda estimar cuántos perjuicios sufrió el ofendido, a raíz de los diligenciamientos que tuvo que realizar derivados del punible".

Muy a pesar de acusar aquí una violación directa, la motivación se aplicó a señalar por que vicios de procedimiento se habían pretermitido los mandatos de los artículos 10o., 50 y 246 del Procedimiento Penal.

El *cuarto y último cargo* censura la ocurrencia de una nueva violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación de los artículos "12, 61, 64, 66 y 67 del C. de P.P. " (sic), argumentando que el juzgador tasó la pena sobre un análisis "bastante somero y deficiente" que no atendió los más elementales principios que rigen esta materia, pues,

"Parecía como si el tribunal hubiera estado interesado más en mofarse de los argumentos del defensor, que en hacer una tasación equitativa, administrando verdadera justicia. Parece como si el negro fantasma de la pasión incontenible se hubiera apoderado de la honorable Corporación y hubiesen decido (sic) emprenderla contra el sindicado, simplemente porque un profesional del derecho trató de hacer su vocería jurídica con un poco de vehemencia..."

"...la violación impetrada consistió en la errónea interpretación que el Tribunal hizo del contenido y alcances del art. 61 Inc. 1o. del C.P., norma que le da criterios al juez para fijar la pena. De los cuatro criterios allí mencionados, el juez determinó la pena atendiendo sólo al criterio de la gravedad y modalidades del hecho punible, sin hacer ningún análisis del grado de culpabilidad, las circunstancias genéricas de atenuación o gravación y la personalidad del agente. Como se verá, existe una evidente desproporción en la concreción de los diversos factores que aumentan la pena.

"Procesalmente es indiscutible que se trata de un hurto agravado, en el cual confluyen tres circunstancias de agravación:

abusar de la confianza depositada por el dueño, haberse cometido por dos o más personas y tratarse de un vehículo automotor. Por estas tres circunstancias de agravación, el tribunal estimó que la pena se debía aumentar en ocho meses, habida cuenta de que "no es lo mismo que se de una causal que tres", lo cual da a entender que en su criterio era un aumento drástico, que se justificaba solo en razón de la confluencia de tres circunstanciasy no de una."

Sin embargo de reconocer que el juzgador goza de una relativa libertad para determinar la base de la pena, concluye el libelista en que los principios del estado de derecho exigen que las razones que lo llevan a fijar en concreto una determinada imposición sancionatoria deban ser expresados en la sentencia, pues de otro modo quedarían relegados a su capricho o al sujetivismo surgido de la sola abominación de la infracción.

Concepto de la Procuraduría:

De entrada detectó el señor Procurador Primero Delegado en lo penal la presencia de protuberantes fallas en la formulación de la demanda, que considerando suficientes para inclinar el recurso a su fracaso, le merecieron las siguientes observaciones:

Al formular en el cargo primero reparos al monto fijado para el resarcimiento de los perjuicios, desconoció el demandante que la cuantía para impugnar extraordinariamente en material penal era la misma que rige en casación civil, y que frente a ese tope el interés de su protesta se restringe a la cantidad de $134.000.oo, remotamente inferior de aquella que permitiría el conocimiento de la Corte.

Sumado a lo anterior, cuando el actor formuló su censura por violación indirecta de la ley sustancial se olvidó de indicar aquellas disposiciones sustantivas que había transgredido el fallador, omitiendo la integración de una proposición jurídica completa y derivando su acusación hacia la causal tercera de casación, pues no sería otro el resultado si los reparos se reducen a objetar el trámite seguido para el señalamiento de la obligación de resarcir.

Sin indicar tampoco si la violación ocurrió por falta de aplicación o por aplicación indebida de la ley sustancial, al formular el cargo tercero por violacion directa e insistir en que ella se dió sobre las mismas normas

aludidas en la causal primera e idénticamente sobre la cuantía del resarcimiento, incurrió el demandante en uno de los yerros que con más énfasis ha resaltado y reprochado la doctrina de la corte, en cuanto las dos formas de violación resultan enteramente incompatibles frente a la acusación de idénticas normas y motivos.

Respecto de los cargos segundo y cuarto halló también la Delegada motivos comunes para su desestimación infiriendo que ya no resultaban de posible respuesta por sustracción de materia, pues orientados uno al otorgamiento de la condena de ejecución condicional, y el otro a la reducción de la pena impuesta al acusado, ambos quedaban sin objeto frente al auto de septiembre 17 de 1991 en que la Sala concedió al recurrente su libertad provisional por agotamiento de la pena, pues frente a esa liberación los "dos cargos, han perdido su razón de ser y por lo mismo esta Delegada se inhibe de emitir concepto".

Consideraciones de la Corte:

1.- Como el principal reparo que el ministerio público apunta al cargo primero hace referencia a la improcedencia de su formulación en casación, porque el monto de lo reclamado como perjuicios a resarcir no alcanza el tope señalado en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, temprano debe contestar la Sala que de haber sido atinado en su objeción, el concepto fiscal hubiese implicado no el rechazo de las pretensiones de la demanda sino aún su propia inadmisibilidad,pues cuando no existe cuantía o ésta resulta inferior a la que rige en el procedimiento civil, ninguna de las partes puede siquiera intentar la impugnació extraordinaria si el objeto del recurso se refiere con exclusivividad a la indemnización de los perjuicicos decretados en la sentencia condenatoria.

Como en el caso presente la demanda no se restringió al solo aspecto de la indemnizació, extendiéndose en su acusación a la tasación de la pena y al subrogado de la condena de ejecución condicional, era evidente que por mostrar el lleno de los requisitos formales su admisibilidad se imponía, correspondiendo ahora entrar a la valoración de su aptitud técnica y a la viabilidad de sus pretensiones, aspectos éstos frente a los cuales cabe las siguientes consideraciones :

1a.- Centrada la atención de manera exclusiva sobre el cargo primero, fácil resulta el advertir que acusándose en él la violación indirecta de la ley sustancial, sustituyó el censor el señalamiento de esa disposición

sustantiva por la invocación de normas de contenido meramente rituario, (artículos 1o., 10o. y 364 del Código de Procedimiento Penal), bajo cuya exclusiva consideración mejor parece que el reproche se orientará hacia un vicio in procedendo, no sobre un error de juicio, reproche que aparentando apuntar de ese modo a la causal tercera de casación por violación del debido proceso, ni hace el debido desarrollo de la proposición, ni culmina un *petitum* de anulación como sería de esperarse, afrontando en su lugar a la Sala a que modifique el fallo aún por encima de los predicados vicios formales, mostrando inseguridad sobre la transcendencia de esas fallas de procedimiento al cuestionar su eficacia para llevar a la modificación que se invoca, y omitiendo en su defecto el señalar si a través del desconocimiento de esas disposiciones procesales se desconoció otra de carácter sustancial, que por no precisar el censor, deja a la Sala en imposibilidad de entrar a adivinar.

1.b.- El anterior reparo, ya por sí suficiente para derivar en la improsperidad de esa primera censura, obliga a la par la desestimación del cargo tercero que con él se refiere una vez más al resarcimiento de los daños provenientes del delito, pues demandando en uno y otro evento el desconocimiento de una mismas disposiciones de procedimiento (artículos 1o. y 10o. del Código de Procedimiento Penal), y guardando en ambos silencio sobre la norma sustancial violada, la diferencia se hace radicar en que en el primer cargo esa violación se formula por vía indirecta, en tanto que el segundo se plantea bajo una violación directa, yerro técnico suficiente para la desestimación de las dos proposiciones, pues si bien se admite que contra una sentencia se puedan formular varios cargos fundados en una misma causal o en distintas, esa facultad no excusa la inadmisibilidad de hacer aseveraciones mutuamnete excluyentes.

Tal es el caso al que irremediablemente afronta el casacionista dentro del presente asunto, pues como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina de esta Sala,

> "no pueden alegarse simultáneamente, sin incurrir en ostensible contradicción, la violación directa y la indirecta de la ley sustancial, pues al paso que en la primera hay obligación de respetar los fundamentos probatorios de la sentencia, de acuerdo con la estimación que de ellos hizo el fallador, la segunda permite controvertirlos con la amplitud que se desee...", "...en orden a establecer que fueron desconocidos, o que se supuso

su existencia, o que se tergiversó su sentido fáctico, o que se les reconoció una especial validez que la ley no les otorga, o que se ignoró la que ésta si les asigna, o que se les apreció como tales, no obstante la inobservancia de los requisitos establecidos para su aducción al proceso..." (cfr. sentencias de marzo 10 y de diciembre 12 de 1981, Magistrado Ponente Dr. Darío Velásquez Gaviria).

La manifiesta oposición anterior no se supera por el solo hecho de que en el cargo primero se hubiese citado el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal (fijación de la cuantía del resarcimiento por el ofendido o mediante peritos), norma que se sustituló en el cargo tercero por los artículos 30 (liquidación de los perjuicios por aparte del juez y mérito ejecutivo de la sentencia) y 246 ibídem (necesidad de la prueba en material penal), porque una y otras son disposiciones de orden meramente procedimental o formal, no sustancial, y si bien es cierto que en el cargo tercero se menciona el artículo 107 del Código Penal, su invocación se hizo para atacar la prueba porque su inaplicación solo se sostiene como consecuencia de un desconocimiento por parte del juzgador de esos elementos, falso juicio de existencia ajeno a la violación directa, dentro de la cual le era forzoso aceptar los hechos como quedaron establecidos y fueron apreciados y valorados por el fallador.

Los cargos no prosperan.

2.- Según el criterio de la Delegada, el solo hecho de haber otorgado la Corte la libertad provisional al procesado, repercute en sustracción de materia para el análisis de la imputación que contiene la demanda por inplicación del artículo 68 del Código Penal.

Si el subrogado cuyo otorgamiento se demanda a la Sala por éste vía extraordinaria, suspende en principio la ejecución de todos los efectos derivados de la sentencia, no solamente los atinentes a la libertad del procesado, siendo apenas potestativo el que se hagan efectivas una o algunas de las penas potestativo el que se hagan efectivas unas o algunas de las penas distintas a las de arrestos o prisión como se autoriza en el artículo 69 *ibídem*, debe la Sala discrepar del criterio Fiscal, así encuentre que su lado se ofrecen otros motivos que llevan a la misma conclusión que este predica, pues el interés del recurrente persistiría aún frente a esas otras imposiciones punitivas.

Ello ocurre cuando el censor acusa la inaplicación de la condena de ejecución condicional por la vía de la violación directa, y sin embargo fundamenta sus reparos en la desatención que el juzgador hiciera de las pruebas atinentes a la personalidad del procesado y las demás relativas a controvertir la viabilidad del tratamiento penitenciario.

Cuando la censura se intenta por la vía de la violación directa, lo ha sostenido con reiteración la doctrina de ésta Sala, el debate se centra con exclusividad sobre la aplicación de la norma al evento *sub iudice*, sea porque se dejó de aplicarse, bien porque se aplicó indebidamente, ora porque se erró en su interpretación, pero en uno u otro caso sin que le sea dable al censor desconocer la situación fáctica admintida en la sentencia. Esta la razón de peso para que la censura no prospere bajo la vía que el actor escoge, pues si el sobrogado supone que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, queda al prudente juicio del fallador el sopesar las circunstancias sobre las cuales subyacen los motivos de política criminal que indican la procedencia de su otorgamiento, cuestionamiento que, por lo dicho, no podría hacerse bajo el amparo de una violación directa centrando la controversia en el cuestionamiento de los fundamentos de hecho que sirvieron al juzgador para analizar la personalidad del procesado.

No prospera la censura.

3.- Finalmente y en cuanto el actor impugna la sentencia del Tribunal respecto del incremento de pena que le hizo al acusado, porque a su juicio no consultó las disposiciones, esas sí sustantivas de los artículos 12, 61, 64, 66 y 67 del Código Penal (así erradamente hubiese citado el demandante el código de procedimiento), halla la sala preferente la modificación que el censor impetra, dentro del criterio dominante de hacer inmediatas las consecuencias del artículo 31 constitucional en sede de casación, pues si el apelante único del fallo de primera instancia lo fue el defensor del acusado, no podría el *ad-quem* hacerle más gravosa su situación en el ámbito de la pena, que fue precisamente lo que sucedió al incrementar a 28 meses tanto la prisión como la interdicción impuestas por el Juzgado.

La tesis mayoritaria de la Sala que al respecto rige indica que

> "Estas agravaciones, que antes de expedirse la Constitución Nacional de 1991, podían dispensarse, hoy, en virtud del art. 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..."

"...Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir integralmente 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..."

"...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 estos expone a 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 destacará 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 del 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. 4 ib.- inmediatas -art. 85 ib.- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art.

228 ib.), resulta ineludible acodar el fallo a las nuevas instituciones..." (casación de octubre 22 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Por encima, entonces, de las consecuencias del artículo 31 constitucional, que hizo ya valer la Corte al reconocerle al procesado su libertad con fundamento en la sentencia de primera instancia, y siguiendo el criterio que se evoca, casará parcialmente la Sala la sentencia recurrida, y como con ello colma integramente las pretenciones del cargo cuarto de la demanda, omitirá por contingente toda otra alusión a las razones que sobre ese aspecto adujo el actor.

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

Resuelve:

Casar parcialmente el fallo impugnado, imponiendo como definitiva al acusado Luis Fernando Hincapié Pemberty la pena principal de veinte (20) meses de prisión, como autor material y penalmente responsable del delito de hurto por el cual fuera enjuiciado dentro de las presentes diligencias, lapso al cual queda restringida la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas como pena accesoria.

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

Se ha presentado la ponencia, convertida ahora en fallo, dentro del criterio dominante de la Sala en cuanto a la aplicación inmediata del artículo 31 constitucional. Sin embargo, y como al así hacerlo se atendieron exclusivas razones de celeridad y economía procesal que en nada sacrifican nuestra ya conocida discrepancia, para explicarla y en satisfacción del compromiso intelectual y legal que impone la presente salvedad, a continuación transcribimos las razones que frente a esa respetable postura mayoritaria formalizamos ante el fallo del 22 de octubre de 1991 (Radicación 5865) del que fuera ponente el Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez:

> " ..Dos aspectos en particular distancian nuestro criterio de aquel que con el de mayoría plasma la Sala en la decisión del caso presente:
>
> 1.- A diferencia del principio que rige los recursos ordinarios en donde el juez procede dentro de la plena jurisdicción a la revisión íntegra e ilímite de la providencia, con la sola restricción ahora prevenida en el artículo 31 de la Constitución Política; el recurso de casación se rige por el principio de limitación que consagra el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, según el cual: "La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que han sido expresamente alegadas por las partes", enunciación que implica tanto la imposibilidad de complementar y corregir las deficiencias y omisiones en que la demanda incurra, como y ante todo el entrar a considerar causales no invocadas por el recurrente de manera expresa.
>
> Para el caso motivo de controversia, resulta notorio como el fallo lo explícita, que la causal invocada por el recurrente: "violación indirecta de la ley sustancial" no tuvo vocación de prosperidad, y sin embargo, ello en nada obstó para que la Corte

procediera a casar de todos modos la sentencia recurrida, regresando a los términos originales contenidos en el fallo de primera instancia.

Tal manera de actuar no solamente desquicia el invocado principio de limitación por viabilizar el recurso de modo oficioso, opción exclusivamente prevista para el caso de la nulidad, sino al sobrepasar además abiertamente las causales que de modo expreso y con taxatividad señala el legislador en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y 15 del Decreto 1861 de 1989 que a su vez lo modifica, haciéndose todavía más insólita la solución, si el fallo sustitutivo por el cual se opta, se restringe a los casos indicados en el artículo 228-1 del Código de Procedimiento Penal, ninguno de los cuales se invoca.

2.- Si la razón trasciende, entonces, de una invocación a la necesidad de darle al artículo 31 constitucional aquella aplicación inmediata que le reconoce el artículo 85 del mismo ordenamiento superior, se olvidó la Sala del precepto también constitucional de la legalidad y del debido proceso (artículo 29), según el cual solamente se puede adelantar el juzgamiento de un ciudadano conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el Juez o Tribunal competente, y bajo la observancia de la plenitud de las formas que corresponden a cada juicio.

Si, entonces, los efectos que derivan del tránsito de normas para favor del procesado (y el artículo 4o. de la Constitución predica que ella es norma de normas) y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia para un primer pronunciamiento al juez que profirió la sentencia de primera, nada distinto asoma a su competencia para la realización del pronunciamiento que aquí en su lugar tomó la Corte, porque en ese sentido la atribuye el artículo 616 del Código de Procedimiento Penal.

Cierto sí, que ésta Corporación ha venido sosteniendo que en acatamiento del artículo 85 constitucional incumbe dar aplicación inmediata al artículo 31 de la misma jerarquía en aquellos casos en que la decisión de la segunda instancia ha hecho más gravosa la situación del apelante único, cuando con motivo del estudio de la excarcelación del procesado, se suscita la

necesidad de consultar la pena sobre la cual proceden las reducciones, si nó la estimación de su agotamiento o de la libertad condicional.

Sin embargo y como en esas providencias ha quedado claro, la nueva tasación no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pues al privar el interés del derecho a la libertad, el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal extiende a ésta sede, como a "cualquier estado del proceso" la posibilidad de acceder la por el procesado que llena la exigencia normativa.

Mas, sobrepasar de allí la competencia, y lo que es peor, bajo el amparo de una causal de casación que ni existe en la legislación, ni el recurrente alega, es decisión que de ninguna manera compartimos, así se invoque la economía procesal ..."

Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

ERROR DE HECHO

Hipótesis del error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 031 (11 mar./92). Radicación No. 6037

Vistos:

Por sentencia del ventiuno de septiembre de mil novecientos noventa, el Juzgado Ventitrés de esta ciudad condenó a José Izzir Hernández Ossa a la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de Homicidio simple consumado en la persona de Néstor Salazar Rincón.

La Providencia anterior fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el ventisiete de noviembre del mismo año.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Coporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias legales.

Procede la Corporación a resolver el recurso interpuesto, una vez escuchado el concepto del Procurador Delegado y previa síntesis de los siguientes.

Hechos:

Tuvieron ocurrencia en el interior de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad en las horas de la noche del ventisiete de abril de mil nove-

cientos ochenta y uno, cuando el recluso Néstor Salazar Rincón fue letalmente lesionado con arma cortopunzante por el procesado, muriendo poco después.

Actuación Procesal:

Se abrió proceso penal el cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y uno por el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal.

Se indagó a Luis Enrique Duarte Gonzalez y a José Izzir Hernández Ossa, a quienes se les dictó auto de detención el diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y uno.

Mediante proveído del ventinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y uno, se revocó la detención preventiva en relación con Duarte González.

El siete de mayo de mil novecientos ochenta y tres se calificó el mérito del sumario dictándose auto de proceder contra Hernández Ossa y de sobreseimiento definitivo en favor de Duarte González.

Por decisión del diez de agosto de mil novecientos ochenta y siete, se niega la libertad provisional.

El trece de junio de mil novecientos ochenta y nueve, se declara contraevidente el veredicto del jurado.

Realizada nueva audiencia pública el trece de septiembre de mil novecientos noventa, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el ventiuno de dicho mes y de segunda el ventisiete de noviembre siguiente.

Los Fundamentos de la Demanda:

La demanda es presentada al amparo de la causal primera por violación de la "ley sustancial en forma indirecta por error de hecho manifiesto en la interpretación de la prueba testimonial...".

En la fundamentación se afirma que las instancias aceptan que hubo un fenómeno emocional en el procesado por el comportamiento previo del hoy occiso, pero que no se daba la causal disminuente de la ira y que

esta conclusión equivocada surge de la "interpretación errónea que hace de la prueba testimonial obrate en el proceso y citada en la sentencia, más exactamente la del interno Guillermo Mosquera Pinto, la cual sirve de base al juez de la causa para manifestar su negativa...".

Sostiene a renglón seguido que la Corte ha manifestado de manera invariable cuáles son los requisitos para el reconocimiento de la ira y que de tales pronunciamientos, cita varios, ha de concluirse en la errónea interpretación de la prueba testimonial respecto del estado emocional en que actuó el procesado, presentándose de tal manera la violación indirecta por la presencia de un error de hecho.

Las Razones del Procurador Delegado:

Solicita no se case la sentencia, argumentando que:

> "Infinidad de veces ha expresado la Corte y la Procuraduría Delagada que el error de hecho sólo tiene estas tres variantes:
>
> 1. Cuando se ignora la existencia de un medio de prueba que está en el proceso, pero que en la sentencia se omite cualquier referencia al mismo (Falso juicio de existencia).
>
> 2. El medio probatorio no existe en el proceso y sinembargo, el sentenciador lo supone, lo imagina o lo inventa como fundamento de la decisión que adopta (Falso juicio de existencia), y
>
> 3. La prueba existe en el proceso, pero el juzgador la tergiversa, la distorsiona en su sentido o alcance, esto es la hace decir lo que realmente no expresa, falseando su manifestación fáctica y por ende haciéndole producir unos efectos probatorios que materialmente no se desprenden de su contenido fáctico (Falso juicio de identidad).
>
> O sea que el error de hecho sólo se presenta bajo dos modelos de falso juicio de existencia y en una única modalidad de falso juicio de identidad.
>
> Resulta por tanto extraña a estos postulados la especie de error de hecho -general- que alega el actor se presentó en la actividad de intrepretación de la prueba testimonial, ya que por

sabido se tiene que justamente por yerro en la apreciación de la prueba tiene asiento la violación indirecta de la ley sustancial. De suerte que si la enunciación del concepto de la violación se limita al género (interpretación errónea de la prueba), clara resulta su cortedad, como que aún faltaría por precisar el sentido en que el yerro se produjo e indicar la manera como el sentenciador incurrió en esas falencias y la incidencia que ellas irradian en la decisión censurada.

Mal podía el impugnante hacer aquellas precisiones, porque en el fondo sus argumentos están dirigidos a anteponer su propio razonamiento en torno a la valoración de la prueba testimonial que se focaliza tanto en el libelo como en el fallo del Tribunal.

Resulta así el actor interponiendo su personal criterio al del fallador, con el inequívoco propósito de sacar adelante la tesis de la ira como determinante de la conducta homicida, en tanto que el sentenciador niega este estado emocional, aduciendo razones antagónicas a las que aquél esgrime. Cuando esto sucede -y en esto la jurisprudencia ha mantenido la constante- 'jamás puede generar el error probatorio erigido en casación, máxime cuando en la apreciación de las pruebas el juzgador goza de amplio criterio, limitado únicamente por la comisión de errores protuberantes' (Cas. 15 de febrero de 1990 M. P. *Jorge Carreño L.*).

Olvida el libeslista la regla de oro imperante en materia de casación, cuando de error de hecho se trata, pues en su alegación no se discute o cuestiona el valor que el juzgador le haya deferido a determinado medio probatorio. La razón no es otra que la atrás ofrecida, como que a la final prevalece el criterio del fallador, cuya decisión, como se sabe, está además precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

De otra parte, el fundamento de la sentencia, para negar el pretendido reconocimiento de la causal aminorante de la punibilidad, no es solamente el testimonio del recluso *Guillermo Mosquera Pinto*. El fallo de primeraa instancia que, como se sabe, fue confirmado en un todo por el tribunal y que por lo tanto conforma una unidad jurídica inescindible, apoyó también ese

criterio en la confesión de acusado -la cual no ataca el demandante-, por lo cual el criticado juicio de valor que se permitió el juzgador tiene plurales soportes probatorios.

Y cuando son varios los elementos de convicción en que el fallo se apuntala, '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 sólo fundamento con suficiente contundencia para que el fallo impugnado se mantuviera incólume' (Cas. 1o. de diciembre de 1987. M. P. Dr. *Jorge Carreño Luengas*).

La pluralidad y protuberancia de los vicios de técnica que se dejan evidenciados, sumados a otras fallas del mismo linaje pero de menor entidad (omitir el sentido de la violación indirecta del artículo 60 del C.P., aunque del contexto de la postulación del cargo se infiera que se hace por falta de aplicación, y, la inconsistencia del actor en su petitum, cuando deja al juez de casación la alternativa de proferir el fallo de sustitución 'que corresponda'), hacen impróspero el reparo"

Consideraciones de la Sala:

Es bien sabido, como acertadamente lo señala el Colaborador Fiscal, que el error de hecho se da sólo en las siguientes hipótesis: a) cuando se ignora o desconoce la existencia de una prueba que existe fácticamente en el proceso, pero que en el fallo se ignora, es decir, no se la menciona o no se analiza, presentándose un falso juicio de existencia; b) cuando se supone, se crea o se inventa un medio de convicción que no existe en el proceso, pero que sin embargo sirve de fundamento a la sentencia, dándose nuevamente un falso juicio de existencia; y c) cuando se tergiversa o distorsiona en su sentido o alcance una prueba que sí está o existe en el proceso, esto es, cuando el juez la malinterpreta de tal manera que pretende hacerla probar lo que no demuestra. Es decir, que la tergiversación probatoria es de tal naturaleza, que mientras la prueba alude a un hecho en un sentido determinado, el juzgador la analiza en relación con otro hecho o con el mismo pero en otro sentido, presentándose en tales condiciones un falso juicio de identidad.

Pero el impugnante en ninguno de los apartes de su libelo precisa en qué consiste el predicado yerro, puesto que se limita a afirmar que hubo

violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de hecho por errónea interpretación de la prueba testimonial, planteando una serie de consideraciones de carácter general y ello es explicable, porque la prueba testimonial existente no fue ignorada, ni el fallo se fundamenta en pruebas inventadas; simplemente lo que se pretende es anteponer una personal apreciación de las pruebas, a la que en su momento hicieron los juzgadores.

El estilo del censor obedece a la imposibilidad de atacar el fallo por errores de derecho, en cuando a que el juzgador haya dado un valor a la prueba, diverso del señalado en la ley o uno mayor o menor del indicado en la norma.

La presentación antitécnica de la demanda es aún más notoria, cuando la instancia no fundamenta sus conclusiones solo en el testimonio indicado por el censor, puesto que en la primera instancia se hizo alusión a la propia indagatoria del procesado, no atacada por el recurrente, y es bien sabido que esta Corporación de manera reiterada ha sostenido que si una determinada decisión tiene sustento en pluralidad de pruebas, todas ellas deben ser refutadas en la demanda, por que si subsistiera alguna como fundamento de aquella, sería imposible pretender llegar a una conclusión diversa a la dada en las instancias. Y debe relatarse cómo en la sentencia del primer grado el juzgador dijo con relación al fenómeno de la ira: "En injurada el sujeto agente del delito confesó el hecho (confesión de la que después se retractó) diciendo que enterado de la desaparición de sus cosas y de la persona que las había sacado fue a hacerle un reclamo comedido diciéndole que 'por favor le devolviera sus bienes'; dice también que no hubo entre él y el hurtador cruce de palabras ofensivas ni malos tratos. Es decir, que José Izzir Hernández se preocupó, se incomodó y debió molestarse al percatarse que sus bienes habían sido hurtados pero una vez supo quien los tenía, comedida y calmadamente le solicitó que 'por favor' se los devolviera, sin que en ningún momento, sin que en forma clara o que por lo menos lo insinue que por ese hecho haya sentido ira".

Y en tales condiciones debe descartarse el reproche, porque la negativa de la instancia a reconocer la existencia de la diminuente, tiene fundamente en pruebas no atacadas por el censor y que por tanto impedirían a la Corte llegar a conclusiones diversas a las deducidas por los sentenciadores.

En las condiciones anteriores y de acuerdo con el Colaborador Fiscal no se casará el fallo impugnado.

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.

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO \ CONCURSO

El "uso" que estructura el tipo del artículo 221 del Código Penal no es tan amplio como para permitir que se ejecuten otros hechos punibles que no resulten penados.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 031 (11 mar./92). Radicación No. 6068

Visios:

Por sentencia de 12 de Julio de 1990, el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá, condenó a *Juan Carlos Leal Rodríguez*, y a Edgar Carvajal Cañón, como autores de los delitos de falsedad en documento privado y estafa cometidos en concurso, a las penas de 28 meses de prisión, cincuenta mil pesos ($50.000 oo) de multa, a las accesorias de rigor y al pago de doce millones novecientos un mil setecientos veinte pesos ($12.901.720.oo) y veinte gramos de oro por concepto de daños materiales y morales, concediéndoles la condena de ejecución condicional.

Al resolver la apelación interpuesta por los defensores de los procesados, el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 4 de febrero de 1991, confirmó la sentencia impugnada, pero adicionándola para señalar que la multa es a favor del Tesoro Nacional y que los implicados son solidariamente responsables del pago de los perjuicios materiales y morales, los cuales deben cancelar en el lapso de tres meses.

Esta Corporación admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto oportunamente por el defensor del procesado Juan Carlos Leal

Rodríguez, y presentada la respectiva demanda, la declaró ajustada a los requisitos de ley.

Oído el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere no se case el fallo impugnado, procede la Corte a resolver lo pertinente, previa síntesis de los siguientes

Hechos:

A finales del mes de mayo de 1987 Arbey Alzate Castrillón, propietario de una casa de cambio de cheques provenientes del comercio de esmeraldas, recibió e hizo efectivos tres de estos títulos valores, por la suma total de $6.925.000.oo pesos, de una cuenta corriente del Banco Colombo Americano, aparentemente firmados por Robert Hankson, persona que goza de buena reputación como negociante en ese ramo; sin embargo, la entidad girada se abstuvo de pagar los cheques porque aun cuando los formatos sí correspondían a las cuentas corrientes de ese banco, éstas pertenecían a Edgar Carvajal Cañón y la firma que se inscribió era una imitación de la de Robert Hankson, elaborada con la colaboración del dependiente y cuñado de éste último, Juan Carlos Leal Rodríguez.

Actuación Procesal:

El Juzgado 58 de Instrucción criminal inició la investigación el 28 de julio de 1987 y la cerró el 8 de enero del año siguiente. En su desarrollo, vinculó a la actuación a Juan Carlos Leal Rodríguez y a Edgar Carvajal Cañón; al primero, escuchándolo en indagatoria; y al segundo por medio de emplazamiento y declaratoria de ausencia, lo que no impidió que éste implicado se presentara al proceso antes de dictarse la providencia calificatoria.

El 4 de junio de 1988 el citado juzgado de instrucción calificó el sumario profiriendo Resolución de Acusación contra los dos procesados como presuntos autores del delito de Estafa. Pero esta providencia fue declarada nula por el Juzgado 34 penal del circuito, al dictar el desaparecido auto de control de legalidad, con fundamento en que el hecho juzgado se adecuaba al delito de Falsedad en Documento Privado y no al de Estafa.

Como consecuencia de la comentada determinación, el Juzgado Instructor volvió a calificar el diligenciamiento el 18 de agosto de 1988, esta vez profiriendo la Resolución acusatoria contra Leal Rodríguez y Carvajal Cañón como presuntos autores del delito de Falsedad en Documento Privado.

Mediante el recurso de apelación, la parte civil logró que en pronunciamiento de 19 de octubre de 1988, el Tribunal superior de Bogotá adicionara la providencia calificatoria en el sentido de imputar a los procesados, además del hecho punible de falsedad en Documento Privado, el delito de Estafa.

Cumplida la etapa probatoria y realizada la audencia pública, el 12 de julio de 1990, el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá profirió la sentencia a su cargo, que, como ya se expuso, fue confirmada y adicionada el 4 de febrero del año en curso por el Tribunal de este Distrito Judicial.

La Demanda de Casación:

Invoca el impugnante la causal primera de casación para acusar la sentencia de segundo grado, por violación directa de la ley al haber aplicado indebidamente el artículo 26 del Código Penal.

En la demostración del cargo, el casacionista acude a la definición doctrinal del fenómeno del concurso aparente de tipos y su solución a través de los principios de favorabilidad, especialidad, subsidiariedad y consunción. Y partiendo de ese supuesto, concluye afirmando que la violación de la ley se produjo en la elección de la norma que se debe aplicar, pues tomando un hecho único, se castiga en varias oportunidades al aplicar indebidamente un supuesto concurso de hechos punibles.

Prosigue el libelista argumentando que el juzgador acudió a una ficción, pues tomó en cuenta dos veces el uso dado a los títulos valores mutados para imponer una pena más grave; así, el uso de los cheques se consideró para adecuar el comportamiento al punible de la Falsedad en Documento Privado y también lo integró al de Estafa.

Citando el aparte en el cual el fallador efectúa la dosificación de la pena, el demandante expone que por este aspecto la aplicación indebida afectó la punibilidad del hecho juzgado.

En opinión del recurrente ha debido aplicarse el principio de consunción, pues en el asunto en estudio, *"el punible de Estafa realiza cumplidamente la función ponitiva por cuenta de la falsedad, sin agravar dos veces el mismo comportamiento"*.

Citando un autor nacional, refiriéndose a otro y recordando que la Comisión Asesora de 1979 para la elaboración de un nuevo Código Pe-

nal dejó constancia en las Actas que uno de los fines perseguidos por la nueva normatividad era acabar con el viejo problema del concurso entre la Falsedad en Documento Privado y la Estafa o Abuso de Confianza, el impugnante concluye afirmando que "se violó directamente el artículo 26 del Código Penal, al aplicarse en forma indebida en la sentencia acusada y debe casarse entonces el fallo proferido por el H. Tribunal, y proferirse el que en Derecho corresponde".

Concepto del Ministerio Público:

Para solicitar que no se case el fallo impugnado, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal presenta a la Corte los siguientes argumentos:

"El concurso aparente de hechos punibles -que como se sabe, es figura carente de autonomía y mas bien un criterio de hermenéutica-, presupone la pluralidad de normas en las cuales encaje un determinado comportamiento humano y permite al juez preferir una de aquellas para ubicar el caso concreto con sus consecuencias punitivas; pero a su turno, y como condición esencial, se afianza en la evidencia de una única concreta finalidad perseguida por el sujeto delincuente y una única lesión a un bien jurídico.

"Sin estos soportes, la figura, en cuyo manejo han sido y siguen siendo dispares las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia, se reduce a un mero tema de especulación, inatendible cuando la confrontación teórico-procesal separa por su acontecer y consecuencias los diversos actos ejecutados por el procesado determinando entonces como única forma de solución, la concursal, ante la improcedencia de acudir el juez para su punición, a principios excluyentes como el de subsunción, o el de los hechos posteriores copenados que plantea el actor.

"Si los varios comportamientos del sujeto son naturalísticamente distintos entre sí y el propósito que los anima difiere, y por ende atentan contra bienes jurídicamente tutelados también diversos, el concurso delictual es la norma general reguladora del caso, e ineludible.

"Con estas precisiones, cabe afirmar que en el evento que se debate, dos fueron las conductas cumplidas por los acusados, y específicamente por aquél en cuyo nombre se recurre, y

dos los propósitos que las animaron: falsear la verdad en los documentos privados (cheques), y obtener mañosamente provecho patrimonial del cambista denunciante.

"La facción de los cheques en formatos de la cuenta corriente del procesado Carvajal llenando sus espacios por determinadas cuantías y signándolos con caracteres grafológicos que imitaban la firma del comerciante Hanson (sic), de quien el procesado Leal Rodríguez era su secretario, y su puesta en circulación entregándoselos al cambista denunciante, constituyó la mutación de la verdad tipificada en el artículo 221 del C.P., pues el uso que se les dió hasta ese momento, fue el jurídicamente previsto para esa clase de documentos en el tráfico comercial a que todos los protagonistas se dedicaban.

"A su vez, la utilización de los cheques con la apariencia de provenir de un comerciante de amplio crédito cuya firma era garantía de seriedad y de cumplimiento y no despertaba reticencias o rechazos entre los negociantes y cambistas del gremio esmeraldero, vale decir, con aptitud suficiente para inducir en error al receptor, que solo contaba con la objetividad de la firma y la confianza que ésta le inspiraba y por consiguiente los cambió (sic), estructuró el atentado contra el patrimonio económico, ya que solo esa maniobra engañosa logró el resultado patrimonial buscado, beneficioso para el dador de los títulos apócrifos y perjudicial para el cambista.

"Sin particular esfuerzo se encuentra una propia individualidad jurídica en cada uno de los comportamientos asumidos por los acusados, que no puede reducirse a una única bajo el sentir de que el uso dado a los documentos fue común en ambas acciones: el uso jurídico de los cheques es representar una determinada cantidad de dinero sea ante el banco girado, sea ante el beneficiario directo o por endoso, y nada tiene en común con el ardid de hacerlo aparecer como proveniente de girador confiable falsificándole su firma en formatos que además no son de su cuenta corriente para lograr su efectividad defraudando al patrimonio de quien lo recibe víctima del error.

"La consunción de un comportamiento por el otro solo es factible cuando se presenta identidad en el elemento común

que se plantea; pero no siendo así, el concurso delictivo es inderogable con sus efectos agravantes.

"De tal manera, no pueden doctrinantes ni legislador pretender el desaparecimiento de la pluralidad delictiva por el mero prurito simplificante, pues es la realidad procesalmente conocida la que demarca o elimina limitaciones calificativas e impone al juez un criterio para la calificación y punición.

"En definitiva, no habiéndose producido la aplicación indebida de la norma reguladora del concurso ni de la tipificadora del delito de estafa que el actor advierte en el contexto de su escrito, se afirma que no hubo violación directa de la ley sustantiva, y la censura está llamada a la desestimación".

Alegato del No Recurrente:

El apoderado de la parte civil intervino en el trámite del recurso extraordinario de casación para oponerse a las pretensiones de la demanda y solicitar se mantenga el fallo impugnado. Critica el libelo por deficiencias en su proposición y desarrollo, las cuales refiere a la omisión en la demostración del error cometido al escoger los tipos penales aplicados, lo que por tal aspecto conlleva, al decir del no recurrente, a que la impugnación sea desestimada por la Corte.

No obstante, apoyándose en el concepto del Colaborador Fiscal, afirma que procesalmente se parte de que los comportamientos atribuídos al procesado son naturalísticamente diversos, animados con propósitos diferentes y con afección de bienes jurídicos distintos, lo que hace inoperante la figura del concurso aparente de tipos.

Para la parte civil, aquí no existe identidad de elementos entre los tipos en discusión, pues no existe un solo uso, sino dos: "el jurídico consistente en la representación de la suma de dinero consagrada en el título ante el girado, beneficiario, o endosatario y el artificioso en la apariencia de provenir de persona solvente y de confianza logrando su efectividad defraudatoria del patrimonio de quien, sobre esos supuestos, los acepta pagándolos".

Concluye que por no haberse desvirtuado la individualidad jurídica de los hechos juzgados y ante la insuficiencia técnica del libelista, la Corte debe abstenerse de casar el fallo.

Consideraciones de la Corte:

Acertados resultan los argumentos del concepto emitidos por el Colaborador Fiscal y que concluyan en la improsperidad de la pretensión puesta a consideración de la Corte, pues si bien subsisten debates académicos y jurisprudenciales respecto del concurso entre el delito de falsedad en documento privado cometido con cheques y el de estafa, ya la Sala, de antiguo y aunque por mayoría, tiene definida tal situación.

Al respecto conviene recordar que en el pronunciamiento de 15 de septiembre de 1983, del cual fue ponente el Dr. Luis Enrique Aldana Rozo, se admitió la existencia del concurso de delitos, cuando, falsificado un documento privado, se usa y tal uso se adecúa a una cualquiera de las descripciones típicas del ordenamiento penal. Los razonamientos que sustentan el criterio, son los siguientes:

> "El llamado delito complejo ciertamente elimina la posibilidad del concurso de hecho punibles, pues, en últimas el delito complejo es un concurso aparente de tipos, que debe resolverse a través de los criterios de la especialidad, de la subsidiariedad, y de la consunción. Empero, para que pueda hablarse de concurso aparente es necesario conocer previamente su sentido y alcance.
>
> "Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos pues realmente solo una de las disposiciones está llamada a ser aplicada...
>
> "La ley colombiana no contine una disposición que regule el llamado delito complejo que en últimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolverse en virtud del principio de la consunción; sin embargo ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica basada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción dé lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiaria* que exige que solo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

"De modo que el delito complejo solo existiría en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo lo anterior merece algunas precisiones, pues en los casos en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminará el concurso si su realización representa de suyo delito independiente. De otra parte sólo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra que inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo... . En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.

"...

"...En el actual artículo 221 se sanciona a quien falsifique documento privado que pueda servir de prueba, siempre que lo use. Esta última expresión 'si lo usa' puede llevar a afirmar que en ella se halla descrito el delito de estafa y nada más contrario a la realidad, pues ningún uso, por sí solo y de manera inequívoca corresponde a la típica descripción de que esta figura delictiva hace el art. 356 del nuevo ordenamiento.

"El uso apenas si puede llegar a constituir un medio engañoso, pero en momento alguno la plenitud de la figura de estafa. Quizá en estas condiciones podría también afirmarse que la falsedad está subsumida en la estafa, pero tampoco esta hipótesis puede ser acertada por cuanto en momento alguno se señala expresamente el empleo de documentos falsos como medio engañoso. Los medios engañosos de la estafa pueden ser de cualquier índole, pero en caso de que por sí constituyan delito, no podrá ser descartada la existencia del concurso.

"...El artículo 221 del C. Penal, es uno de los llamados tipos de varios actos por cuanto la disposición señala que el sujeto debe falsificar el documento y además hacer uso de él. La exigencia de que el sujeto haga uso del documento privado que ha falsificado en momento alguno representa la creación de un delito complejo, pues como ya se dijo, el uso de una cosa que se ha falsificado solo está descrito como falsedad...

"Ahora bien, el delito de falsedad que como ya se dijo se consuma con la falsificación y su uso, puede concurrir en otro ilícito, en la medida en que el uso del documento sea el medio comisivo para la estructuración de otro ilícito. En caso contrario no habrá concurso.

"Si alguien falsifica unas calificaciones de un colegio particular y las emplea para ingresar a otro colegio, solamente responderá de falsedad. En cambio si falsifica un documento privado (un cheque, por ejemplo)y valiéndose de él defrauda, es obvio que habrá cometido dos ilícitos diferentes, pues realizó dos comportamientos naturalísticamente diversos, que a distintas descripciones típicas se adecuan y por cuanto además se presenta la vulneración de varios bienes jurídicos.

..."

Frente a las anteriores precisiones, reiteradas en proveídos como los de 24 de enero de 1984 (M. P. Dr. Fabio Calderón Botero), de 6 de septiembre de 1984 (M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía), y de 9 de septiembre de 1988 (M. P. Dr. Edgar Saavedra Rojas), es poco lo que podría agregarse, pero sí se ha de convenir que la figura, para nosotros doctrinal del delito complejo y su solución a través del denominado concurso aparente de tipos, solo puede surgir como posibilidad práctica siempre que la situación examinada no sea de aquellas que estructuran los llamados concursos formales o reales.

Y éste precisamente es uno de esos casos, pues no cabe duda que la infracción de varias disposiciones de la ley penal con una sola acción, tiene regulada su sanción en el artículo 26 del Código Penal, atacado por el demandante.

Así, centrada la discusión sobre si el uso que Juan Carlos Leal le dió al cheque falsificado es un hecho único que podría configurar una sola ilicitud penal, debe dilucidarse que tal comportamiento ejecutado en unas determinadas circunstancias temporo espaciales se desplegó en dos sentidos: de un lado el título valor se utilizó en la función que le es connatural, la de ser instumento de pago; pero a la vez, involucró el artificio que indujo en error al denunciante hasta el punto de llevarlo a efectuar una erogación en perjuicio de su patrimonio económico.

De esa manera, si a los procesados no les fue suficiente elaborar un cheque falso y presentarlo para hacerlo efectivo, sino que fue necesario crearlo en condiciones tales que produjeran en la víctima el convencimiento de que contenía una orden de pago emitida por un comerciante serio, solvente y cumplido, ninguna dificultad se presenta para advertir que se trata de dos comportamientos naturalísticamente distintos, así hayan sido realizados simultáneamente.

El "uso" que estructura el tipo del art. 221 del Código Penal no es tan amplio como para permitir que se ejecuten otros hechos punibels que no resulten penados; tal concesión no ha sido otorgada por el legislador.

Por otra pàrte, no puede dejarse de lado la circunstancia dela violación de bienes jurídicos diversos: la fe pública y el patrimonio económico, lo que unido a la posibilidad de individualizar naturalísticamente los comportamientos y que cada uno de ellos recorre descripciones típicas diferentes, llevan a la ineludible conclusión de que se está en presencia de un concurso de delitos, sin que haya fundamento para afirmar que en el proceso de adecuación típica de la conducta imputada a los procesados se incurrió en violación del artículo 26 del estatuto penal. Ello, implica el fracaso de la demanda, que no logró derrumbar las presunciones de acierto y legalidad que protegen la estabilidad jurídica del fallo atacado.

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

Falla:

No casar la sentencia impugnada

Cópiese, notifíquese y cúmplase

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / CONCURSO (SALVAMENTO DE VOTO)

En el Código Penal actual, el uso del documento pasa a ser elemento integrante del tipo y ha dejado de estructurarse autónoma e independientemente.

Las razones por las cuales he considerado que no puede aceptarse el concurso entre los delitos de falsedad en documentos y estafa, que la sentencia acepta, han sido reiteradamente expuestas por el suscrito en los siguientes términos:

"1.- En vigencia del Código 1936 (ley 95) era, en principio, válida la hipótesis del concurso delictual que origina esta aclaración de voto. En este referido estatuto, tanto la falsificación como el uso de documento falso configuraban tipos penales autónomos e independientes, pues para que se estructurara la falsedad documental no se requería el "usum falsis"; de tal suerte que el falsificador del documento y el usuario del mismo cometían sendos delitos contra la fe pública, como se deduce con claridad de los artículos 231, 233, 234, 240 y 241. También se previó la hipótesis de que el usuario del documento falso fuera el mismo sujeto que lo había falsificado, para excluir la posibilidad de un concurso de los tipos penales que recogían estas dos conductas en forma independiente, disponiendo, como era lógico, para este delito complejo, una pena mayor que la señalada en aquellas normas. Pero esta previsión únicamente se hizo con respecto a los documentos privados (art. 242). Ante esta omisión del legislador, que no consagró la misma hipótesis cuando la falsedad recaída en documento público y que no podía suplirse dándole aplicación a la falsedad por uso tipificada en el artículo 234, pues al rebajar esta norma la sanción prevista para el falsificador claramente permitía inferir que sujeto activo de esta conducta solamente podía ser una persona ajena por completo a la falsificación, hubo de llegarse, entonces, a la conclusión de que si el falsificador de un documento público lo usaba, con de-

trimento del patrimonio económico de un tercero, bien podía en este evento darse el concurso delictual entre la falsedad y la estafa. Pero en este último caso y por efecto de la normatividad vigente (ley 95/36), no era posible vulnerar el principio "non bis in idem", toda vez que la falsificación del documento público era una conducta punible perfectamente distinta del "usum falsis". Se trataba, pues, de dos comportamientos, que encuadraban en dos tipos penales diferentes y cuya aplicación simultánea, en consecuencia, era totalmente legítima. Todo esto que se ha dicho en relación con el documento público, era perfectamente aplicable cuando la acción falsificadora afectaba a un "instrumento negociable" (el cheque era uno de ellos; art. 1o. de la ley 46 de 1923), en virtud de que el artículo 233 equiparaba estas dos clases de documentos, asimilación que según algunos era "quoad delicta" y en opinión de otros "quoad poenan".

"2.- Pero el Código Penal hoy en vigencia (Decreto 100 de 1980) modificó sustancialmente el tratamiento que a este asunto daban las normas por él subrogadas, y, en consecuencia, la solución al problema que se analiza no puede ser igual frente a los dos estatutos.

"a). Dígase, en primer término, que la equiparación de los "instrumentos negociables" (hoy títulos-valores) a documentos públicos, desapareció en el nuevo Código, razón por la cual un cheque o cualquier otro título-valor tiene el carácter de documento privado, salvo si ha sido expedido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones, caso éste en el cual así sería documento público. En el proceso a que se contrae la sentencia que motiva esta aclaración de voto, es obvio que el cheque falsificado sólo tenía la calidad de documento privado, siendo preciso, entonces, examinar el asunto frente a las normas que regulan lo pertinente a la falsedad en esta clase de documentos.

"b). Sobre la falsificación en documento privado, el Código actual, a diferencia del subrogado, exige para que la conducta sea típica, no sólo que el documento que se falsifica pueda servir de prueba, sino además, que se use del mismo: "El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, *si lo usa*, en prisión..."(artículo 221). Esto significa que de acuerdo con el nuevo Código, el uso del documento pasa a ser elemento integrante del tipo que acaba de transcribirse, y ha dejado de estructurar el tipo autónomo e independiente que configuraba en el estatuto de 1936, en el cual, como ya se anotó, la sola falsificación era punible, así el documento falso no se usara.

"3.- Si el uso del documento es elemento constitutivo del delito de "falsedad documental", como que aparece recogido en la norma que tipifica este ilícito, volver a tomar en cuenta ese mismo uso para configurar otro hecho punible (estafa), implica, en tratándose de cheques falsos, una clara violación del principio *"non bis in idem"*.

"El uso que se exige del documento falso, para que su falsificación sea típica, es el uso jurídico, esto es, el que pone en acción su capacidad probatoria de acuerdo con la naturaleza del mismo y que necesariamente implica un engaño, porque en realidad, por ser falso, no prueba lo que aparenta probar.

"El uso jurídico de un cheque, consiste en entregarlo a otra persona, con la intención de hacerlo negociable, ya que mientras el documento no sea entregado con la referida intención, la obligación cambiaria es absolutamente ineficaz, lo cual significa que el título aún no prueba ni representa nada, tal como categóricamente lo dispone el artículo 625 del Código de Comercio: "Toda *obligación cambiaria deriva su eficacia* de una firma puesta en un título-valor *y de su entrega con la intención de hacerlo negociable* conforme a la ley de circulación...".

"En estas condiciones, mal podría ser punible la falsificación de un cheque que aún no ha nacido a la vida jurídica, que todavía no ha ingresado al tráfico jurídico, máxime cuando el ya citado artículo 221 exige además del uso, que el documento falso "pueda servir de prueba", y, como ya se expresó, el cheque, antes de ser usado jurídicamente (entregado con la intención de hacerlo negociable), es absolutamente ineficaz, porque ni prueba ni representa nada.

"Pero además, considero muy importante tener en cuenta que la falsedad documental es un tipo de los denominados pluriofensivos, porque lesiona no solamente la fe pública, sino también el derecho representado en el documento, el cual resulta afectado al crearse una prueba falsa o al suprimirse o alterarse una verdadera. Si en el capítulo que regula la falsedad documental se tutelara exclusivamente la fe pública, el legislador no habría exigido para su punibilidad que el documento falsificado tuviera aptitud probatoria. Muy claro a este respecto fue el profesor Luis Enrique Romero Soto, cuando al sustentar la ponencia por él elaborada sobre esta clase de delitos, expresó en la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal Colombiano (1974), lo siguiente: "... si bien es cierto que se ha escogido como bien jurídico el de la fe pública, no

podemos predicar que esa fe o esa confianza sean eminentemente abstractas, sino algo muy concreto que no es otra cosa que la referencia de esos objetos al tráfico jurídico... En verdad, se parte de la base de que las falsedades se configuran precisamente cuando se engranan en el tráfico jurídico. Necesario será, pues, para la existencia de una falsedad, la presencia de los siguientes elementos: *Alteración, propósito de engaño e incidencia en el tráfico jurídico* (Acta No.77). Es conveniente destacar que en la elaboración definitiva del Código estas directrices esenciales no se desvirtuaron. Mucho más explícito fue el ilustre tratadista citado, en la tercera edición de su obra "La Falsedad Documental", cuando al explicar el objeto jurídico de este delito, escribió: "*Este doble carácter social legal de la fe pública es lo que hace de ella un bien jurídico especial, pero no autónomo, ya que se halla vinculado al valor probatorio de los documentos, y a través de esta calidad, al derecho que, por ese medio se crea, modifica o extingue, en forma tal que puede decirse que los delitos contra la fe pública pertenecen a la especie de los llamados pluri-ofensivos porque en ellos se sanciona la lesión simultánea a varios derechos*" (pag. 33).

"Si a todo lo anterior se agrega que el cheque no sólo es un medio de prueba, sino un documento necesario para Legitimar el ejercicio del *Derecho* literal y Autónomo que en él se *incorpora* (Art. 619 del C. del Co), no me queda duda alguna de que frente al código actual, la aceptación del concurso delictual entre la falsedad en documentos y la estafa, en el caso a que se contrae esta aclaración, vulnera el principio "*non bis in idem*", pues todos los elementos que integran el último de estos ilícitos (engaño, provecho económico y correlativo prejuicio) están comprendidos dentro de la norma que tipifica el primero".

Guillermo Duque Ruíz.

VIOLACION DIRECTA \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL.

Cuando el recurrente pretende el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional acudiendo a la violación indirecta de la ley, equivoca la vía de la impugnación.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 031 (11 mar./92)

Vistos:

Agotado el trámite respectivo, decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Jorge Iván Valencia Ruíz* contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia que lo condenó por el delito de Incendio.

Hechos y Actuación Procesal:

Jorge Iván Valencia Ruíz, separado de su esposa Olga Inés Marín Jaramillo, fue acusado de haber prendido fuego a la residencia ocupada por ella y su pequeño hijo David Andrés la noche del 30 de septiembre de 1989; hecho por el cual se le adelantó proceso penal que culminó en primera instancia con sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), lugar se su ocurrencia.

Apelada ésta decisión por la Fiscal del Juzgado, el Tribunal Superior de Antioquia la revocó mediante la suya de 19 de abril de 1991 condenándolo a la pena principal de 28 meses de prisión, a las sanciones acce-

sorias correspondientes y al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de incendio negándosele el subrogado de la condena de ejecución condicional en consideración a que "Aún cuando la pena que se impone al procesado no excede de tres años de prisión, su personalidad temible por su falta de sensibilidad ético-moral, como que los vínculos de la sangre con su hijo y el carácter de esposa de Olga Inés Marín Jaramillo no lo detuvieron para perpetrar un delito de peligro común, cuyos resultados habrían podido conducir a dar al traste con la vida o la incolumidad personal de sus seres queridos, no permiten suponer racionalmente que el condenado no requiera de tratamiento penitenciario. De donde se sigue que si bien se reúne el primero de los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal, modificado por el artículo 1o. del Decreto 141 de 1980, no se satisface el segundo, y por ende, al convicto se le negará el sustituto penal de la Condena de Ejecución Condicional y se dispondrá su captura para que redima el tiempo de pena que aún le falta por descontar" (fl 208 del expediente); pronunciamiento recurrido en casación por el defensor de Valencia Ruíz.

La Demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de los artículos 68 y 69 del Código Penal por interpretación errónea de dichos preceptos; quebranto que en criterio del censor se produjo por errores de hecho en la apreciación del caudal probatorio.

Afirma que el calificativo endilgado a su representado por el Tribunal Superior para negarle la suspensión condicional de la sentencia, esto es, el de acusar una temible personalidad, lo fué equivocamente por desatender aspectos esenciales de esa personalidad tales como el haber observado buen comportamiento social y personal que le significó el reconocimiento por parte de dicha Corporación de la circunstancia de atenuación punitiva del numeral 1o. del artículo 64 *ibídem*, y el estado de trastorno mental transitorio en que se encontraba por la ingestión de bebidas embriagantes; circunstancias que no obstante aparecer acreditadas en autos no fueron tenidas en cuenta por el fallador en la sentencia.

La temible personalidad del sindicado deducida del hecho de haber prendido fuego a su casa de habitación encontrándose dentro de ella su esposa y su pequeño hijo carece de fundamento "ya que es la misma ofendida la que dice que no contestaba el teléfono porque sabía que era su

esposo y obviamente fue esta la razón para que el procesado procediera a cometer el ilícito, por cuanto consideró que si no le contestaba el teléfono, era porque allí no había nadie y aprovechó esta situación para cumplir su cometido".

Termina solicitando casar la sentencia recurrida "en lo referente a la negativa a conceder la condena de ejecución condicional".

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del recurrente argumentando, en síntesis, que la demanda no responde a las exigencias técnicas del recurso y constituye en deshilvanado escrito fundado en planteamientos que no pasan de ser simples conjeturas que no se traducen en cargo alguno contra la sentencia "por falta de sustentación que presentan y por lo etéreo de su formulación".

Refiriéndose a la interpretación errónea aducida por el demandante como argumento básico de su impugnación afirma que no precisó dicho concepto ni pudo diferenciar entre una circunstancia de atenuación punitiva y los requisitos para la concesión del subrogado pretendiendo convencer a la Corte "que se otorgue la suspensión de la ejecución de la pena por la sola condición de que el procesado había demostrado buena conducta".

Como quiera que en desarrollo de la censura acusa al Tribunal Superior por haber desconocido "el valor de algunas pruebas existentes" en autos; dicho planteamiento ubicaría el ataque dentro de un error de derecho y en el evento de encontrarse probada la situación de inimputabilidad por trastorno mental transitorio ocasionado por intoxicación alcohólica "Esta traería consecuencias completamente diversas a las de la simple concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional".

Consideraciones de la Corte:

La presentación y fundamentación del reproche enrostrado a la sentencia en el marco de la causal primera de casación apunta el cuestionamiento de determinados medios de convicción por errores de apreciación probatoria; yerros a través de los cuales se llegó, en opinión del censor, a la equivocada interpretación de la norma sustancial que gobierna el subrogado

de la condena de ejecución condicional (Artículo 68 del C.P.); planteamiento que riñe con elementales principios de técnica y de lógica jurídica.

En efecto, la doctrina dominante de la Corte en esta materia ha sido categórica en sostener que la interpretación errónea de una norma sustacial no puede proponerse por la vía indirecta atacando la prueba porque en ella el error del fallador "recae sobre el sentido de la norma sustancial aplicada, o sea, que siendo la que, sin duda alguna, regula el asunto materia del juicio, se le da un entendimiento equivocado y, por consiguiente, se le hace producir efectos de los que carece o que le son contrarios". (Cas. de 20 de febrero de 1985. G.J.T, CLXXXI, Pag 71).

La interpretación errónea surge de un error de hermenéutica del juzgador al desentrañar el contenido de la norma aplicada al caso concreto, atribuyéndole el sentido y alcance que no tiene o negándole el que verdaderamente le corresponde, hipótesis que excluyen la falta de aplicación y la aplicación indebida de la misma norma. Por eso resulta antitécnica la demanda de casación que aduce violación directa de la ley por interpretación errónea pero la fundamenta como aplicación indebida del precepto y lo que es más grave aún controvirtiendo la prueva que sirvió de fundamento a la sentencia o dande al aspecto fáctico un sentido diferente, entrando por caminos vedados en sede de casación cuando de este quebranto directo de la ley sustancial se trata.

De modo que cuando el recurrente pretende el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional acudiendo a la violación indirecta de la ley para demostrar la incorrecta interpretación del precepto regulador de dicho beneficio, equivoca la vía de la impugnación haciendo inepta de demanda.

Pero al margen de lo expuesto, de suyo suficiente para desestimar la censura, cubría agregar el que Tribunal Superior dentro del arbitrio racional que le otorga al artículo 68 del C.P. para conceder o negar la ejecución condicional de la condena consultando la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho; y apoyado en circunstancias reales como las manifestaciones de Olga Inés Marín Jaramillo en el sentido de haber sido objeto de amenazas de muerte por parte de su esposo Jorge Iván Valencia Ruíz y de serias adevertencias de "meterle una bomba a la casa" llegó a la conclusion lógica y razonable que éste requería un tratamiento penitenciario debiendo purgar de modo efectivo la pena impuesta en la sentencia.

A dicha consideración no se le podría anteponer la personal y subjetiva argumentación del casacionista basada en simples conjeturas como aquélla de suponer situaciones o eventualidades que el propio sindicado no advirtió por haber negado rotundamente su participación en el hecho punible.

La norma sustancial aplicada al caso (artículo 68) era la pertinente y en su interpretación no se le dió un entendimiento o alcance equivocados, sino el que fluye de su claro contenido literal.

No prospera la impugnación.

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

Resuelve:

No Casar la sentencia recurrida a nombre del procesado Jorge Iván Valencia Ruiz, de fecha, origen, y naturaleza consignados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

APELACION

El recurso de Apelación, a pesar de su naturaleza ritual, no llega a significar una exigencia demasiado técnica.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., diez y seis de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 031 (11 mar./92)

Vistos:

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si existe mérito para abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué *René Ramírez Rivera, Eduardo Barriga Suárez* y *Efrén Bustos Roa*, por los hechos denunciados por Luis Eduardo Mora Ospina.

Antecedentes:

En la ciudad de Ibagué, el 7 de febrero de 1988 colisionaron el campero Daihatsu de placas JK8071, supuestamente conducido por Lucio Huertas Mora, que transitaba por la carrera 7a. y el automovil de placas NS3297, que al mando de Luis Eduardo Mora Ospina se desplazaba por la calle 6a., al coincidir en el cruce de las dos vías, ocurriendo que el último de los automotores fue lanzado hacia una esquina en donde se encontraba el peatón Leopoldo Rodríguez Carrero, quien fue arrollado, a consecuencia de lo cual, falleció posteriormente.

Al ser calificado el sumario, en pronunciamiento efectuado por el Juzgado 12 de Instrucción Criminal de Ibagué, se profirió resolución acusatoria contra los dos sindicados, Huertas Mora y Mora Ospina como res-

ponsables del delito de homicidio culposo. Pero al resolver la apelación que se había interpuesto contra este proveído, el Tribunal Superior de Ibagué declaró la nulidad de la actuación a partir del cierre de la investigación, por cuanto de ésta se deducía que quien conducía el camión era su propietaria, Luz Stella Cuesta de Moreno, siendo necesario escucharla en indagatoria.

En efecto, el 21 de marzo de 1990 el instructor volvió a calificar el diligenciamiento, y en esta ocasión dictó resolución de acusación contra los dos conductores de los vehículos estrellados, Luis Eduardo Mora Ospina y Luz Stella Cuesta de Moreno, como autores del delito de homicidio culposo, disponiendo al mismo tiempo la cesación de todo procedimiento contra Lucio Huertas Mora. Las dos determinaciones fueron confirmadas por el Tribunal el 5 de julio de 1990, fecha en la que resolvió la apelación interpuesta contra el proveído calificatorio.

Mediante sentencia del 11 de julio de 1991, el Juzgado Segundo Superior de Ibagué concluyó la instancia a su cargo condenando a Luis Eduardo Mora Ospina como autor del homicidio culposo investigado, pero absolvió por la misma imputación a Luz Stella Cuesta Hernández.

Al impugnar la decisión anterior, el defensor de Luis Eduardo Mora Ospina alegó que el Juez había rebasado su potestad al desconocer la verdad procesal, virtiendo toda la responsabilidad, inexistente, sobre su defendido; que no podía revocar la resolución acusatoria del Tribunal con respecto a la prueba que había contra la procesada. Luego de transcribir un aparte del proveído impugnado, el abogado dice que no se le dió el más mínimo valor a los testimonios presentados por su defendido, cuando, en su lugar, le otorga "todo el esplendor de la prueba" al testimonio de Jesús Antonio Marulanda, cuando contra ese declarante había formulado tachas por mendacidad, falsedad, por estar reñido con la verdad y por cuanto al exponente no le constaba nada. Asimismo reclama que no se hubieran tomado en cuenta indicios que pesan sobre la sindicada, tales como el fraude procesal que entorpeció el desarrollo de la investigación. También critica la conclusión que extrajo el juzgador del hecho de que el sindicado Mora Ospina, al aproximarse al cruce de las vías hubiera disminuído la velocidad, para dar la explicación que en su entender era correcta.

Discute la aplicación del artículo 110 del Decreto 134 del 1970 y su validez frente a las decisiones que hubiere podido tomar el Instituto De-

partamental de Tránsito, para concluír que la calle 6a., es una autopista. Comenta que en la esquina del accidente no hay señal alguna de *Pare*, por lo que su cliente no podía haber incumplido una orden que no existe y así suplir una falta de la administración municipal. Manifiesta que no comparte las afirmaciones que se hacen sobre el conocimiento que tenía en procesado de las normas de tránsito, por el hecho de ser ibaguereño. Protesta porque contra sus peticiones el juez toma en cuenta el croquis, levantado, pero no lo critica. Además discute los argumentos sobre los cuales el *a-quo* estructuró la solución de Luz Stella Cuesta Hernández. Y para concluír sus planteamientos, el defensor dijo:

> "*Quinto*.- Señor Juez, se ha equivocado Ud. de medio a medio con su sentencia, por lo siguiente: a).- No podía revocar los planteamientos del Honorable Tribunal Superior y lo hizo: b).- No puede aplicar el derecho consuetudinario, porque la Ley manda que habiendo escrito (sic), es ella la que se aplica; como desconoce flagrantemente el contenido del ordenamiento de Tránsito, decreto 2344 de 1970 (sic), para darle cabida a una inexistente derecho consuetudinario, viola la ley; c).- Como guarda silencio sobre la inexistencia de la señal que no existe en el lugar de los acontecimientos sobre *un pare*, pero como no existe, no se puede hacer, entonces ello indica que ese solo hecho, *releva de toda responsabilidad a mi defendido* y que como se demostró con la sentencia del Honorable Consejo de Estado, la responsabilidad es del municipio, y usted guarda silencio sobre el particular, su sentencia está viciada y por qué no decirlo, parcializada y se predica su parcilización por que (sic) desconoce con argumentos baladíes, el haber ocurrido el choque dentro del área de la izquierda de la conductora del jeep cuando tenía que venir por su derecha".

El memorial en referencia le valió al abogado para que el Tribunal de Ibagué, acogiendo el concepto de su fiscal, en Sala Penal integrada por los Magistrados *René Ramírez Rivera* (ponente), *Eduardo Barriga Suárez* y *Efrén Bustos Roa*, en pronunciamiento del 19 de septiembre de 1991 declarará inadmisible el recurso, por cuanto sus argumentaciones no constituían sustentación; asimismo dispuso compulsar copias para que se investigara disciplinariamente la conducta del profesional.

La inconformidad del condenado Luis Eduardo Mora Ospina con la decisión del recurso interpuesto contra la sentencia condenatoria, dio lu-

gar a que formulara denuncia penal cotra los Magistrados que la emitieron, y para darle soporte, adjuntó fotocopia autenticada de la actuación judicial que se relacionó.

Investigación Preliminar:

Aparte de haberse llegado prueba documental que acredita que para la fecha en que emitieron la decisión que se les critica, los sindicados se desempeñaban en el cargo de Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, éstos fueron escuchados en versión preliminar y libre de juramento.

En su oportunidad el doctor *Ramírez Rivera*, informó que el memorial por medio del cual se interpuso el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez Segundo Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra Luis Eduardo Mora Ospina Luz Stella Cuesta Hernández, se hacía una crítica global a la absolución de ésta, pero no una defensa técnica adecuada y una pormenorizada crítica del acervo probatorio que sustentaba la condena de Mora Ospina, no se adujeron las razones de hecho o de derecho d lo que interesaba al procesado, así por ejemplo, en relación con la aplicación del Código de Tránsito Terrestre, el defensor atribuía al Juez el desconocimiento de tales normas y querer introducir la costumbre, siendo un criterio personal, injusto y violatorio de la ley; y en lo que se refiere a la inexistencia de una señal de transito en el lugar en donde sucedió el accidente y a otros aspectos circunstanciales, el fallo había discurrido con gran propiedad, todo lo cual llevó al Tribunal a la conclusión expuesta por el Fiscal de la Corporación, en el sentido de que el memorial carecía de toda sustentación, además de ser injurioso, difamatorio, vejatorio y manifiestamente irrespetuoso contra el Juez Segundo Superior de Ibagué, por lo que también se dispuso el envío de copias a la jurisdicción disciplinaria.

El doctor *Eduardo Barriga Suárez* manifestó que la Sala, luego de estudiar el memorial por medio del cual se interponía la apelación, llegó a la conclusión de que el apoderado del procesado no había cumplido con la obligación profesional y legal de sustentar el recurso precisando las razones jurídicas y probatorias que eran motivo de su inconformidad con la sentencia, no se refutaba nada de lo que en ésta se afirmaba; se decía sí, que se había revocado la providencia con la cual el Tribunal confirmó la resolución acusatoria, con afirmaciones irreales, pero no se indicó cuáles fueron éstas. También este funcionario aludió al carácter irrespetuoso del escrito de apelación.

En último término el Doctor *Efrén Bastos Roa*, expuso que al llegar a su despacho el proyecto por medio del cual el Tribunal se abstenía de revisar la sentencia de primera instancia, por no estar debidamente sustentado el recurso de apelación, revisó el expediente encontrando que la sentencia hacía un análisis muy detallado de los fundamentos de hecho y de derecho tomados como base de la sentencia, en cambio, el memorial era grosero y ultrajante contra el juez, y en él sólo se hacían consideraciones generales; por ello, lo convenció el proyecto en donde se concluía que el recurso no estaba adecuadamente sustentado.

Consideraciones de la Sala:

No cabe duda alguna que el fundamento de la denuncia radica en el hecho de que la citada Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué se hubiera abstenido de resolver de fondo la apelación de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad contra Luis Eduardo Mora Ospina, aduciendo falta de sustentación del recurso.

Evidentemente la sustentación del recurso de apelación es un requisito formal de procedibilidad del mismo; sin embargo, a pesar de su naturaleza ritual, no llega a significar una exigencia demasiado técnica.

En principio, la proposición del recurso debe contener las razones que tiene el impugnante para no estar de acuerdo con la decisión que recurre, sin que sea indispensable entrar en profundidades jurídicas y fácticas; así lo ha entendido la Corte al decir: "La sustentación del recurso de apelación es carga del impugnante que le obliga a señalar en concreto las razones de su disentimiento con la providencia recurrida y que lo llevan a postular una determinación diferente que sea menos gravosa para sus intereses procesales. En este aspecto procesal no es necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar inconformidad con la resolución apelada; basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa, los fundamentos del disenso..."(septiembre 11 de 1984. M. P. Luis Enrique Aldana Rozo).

La sustentación presentada por el defensor de Luis Eduardo Mora Ospina pra impugnar la sentencia que condenó a su cliente, incluye una serie de críticas al fallo condenatorio, referidas en primer lugar a los aspectos fácticos, tales como si la coprocesada transitaba por el costado izquierdo o por el costado derecho de la calzada, con el fin de esclarecer si

en esos momentos cumplía o no con los reglamentos de tránsito y de esta manera dilucidar el comportamiento de su mandante a la misma normatividad. De la misma manera acudió el planteamiento de un hecho que eventualmente podría modificar la responsabilidad de los conductores cual es la inexistencia de una señal de pare en el cruce de vías en donde se produjo el siniestro.

Por otra parte, argumentó que su mandante transitaba por una autopista, aun cuando ésta fuera un calle. Y de la misma forma, reclamó por haberse decid do en la sentencia en sentido diverso y apartado de la argumentación sobre la cual el Tribunal mismo había confirmado la Resolución de Acusación contra los dos procesados.

En verdad tales planteamientos revelan la inconformidad del apelante y muy difícilmente podría sostenerse que se desconocen los motivos de la inconformidad con la sentencia apelada; existían varios aspectos de orden fáctico y jurídico atacados y que ameritaban una aclaración por el *ad-quem*, de donde es posible deducir que el recurso si fue sustentado.

Ahora bien, los parámetros que se toman en consideración para concluír si un recurso está o no sustentado no son de orden legal, sino que proceden de la interpretación de la norma que la establece; es así como la ley no ha definido qué debe entenderse por "las razones de la impugnación"; y tan verraz será tal afirmación que dicha expresión ha ido evolucionanado jurisprudencialmente.

En tales circunstancias, entonces, aplicar el artículo 207 del C. de P.P. con un alcance diferente a aquél que podría entenderse como correcto, según el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, no puede constituír una violación manifiesta de la ley, en consecuencia, no es posible predicar la comisión de un delito de prevaricato activo.

Ya se ha dicho que la configuración de ese delito no deriva del desacierto jurídico del pronunciamiento, pues "los jueces, en su labor permanente de declarar el derecho a través de los actos procesales que ejecutan disponen de un amplio arbitrio en la interpretación de la ley - que no es otra cosa que desentrañar el contenido de las normas jurídicas-, pueden equivocarse, y no es raro que ello ocurra, sin que por esa circunstancia pueda predicarse intención perversa o nociva, pues ésta debe probarse plenamente". (Decisión de octubre 17 de 1975).

Así las cosas, aun cuando pudiera predicarse que la Sala Penal del Tribunal de Ibagué denunciada se equivocó el estimas inidónea la sustentación del recurso de apelación propuesto por el defensor del condenado Luis Eduardo Mora Ospina, de tal yerro no es factible deducir la comisión de un delito y, menos aún, el de prevaricato por acción, por cuanto esa decisión no resultó "manifiestamente contraria a la ley", y por ende, la conducta resulta atípica frente a aquella descripción legal. No obtante, resulta prudente compulsar copias del memorial de sustentación y la decisión del Tribunal que se remitirán a la Procuraduría Departamental del Tolima para que decida si es pertinente procesar disciplinariamente a los mencionados Magistrados, por los hechos a los cuales alude este proveído. Por ello, la Sala se abstendrá de inicial proceso penal contra los acusados.

Basten las precedentes consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelva:

Abstenerse de abrir investigación penal contra los doctores *René Ramírez Rivera, Eduardo Barriga Suárez* y *Efrén Bustos Roa*, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, con base en los hechos denunciados por Luis Eduardo Mora Ospina, y ordenar el envío de las copias a que alude este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONCURSO - Empresa criminal \ HURTO \ HOMICIDIO

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 034

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Héctor Vidal Yepes Casas*, contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Sexto Superior de Medellín, mediante la cual impuso al aquí recurrente y al coautor *Otoniel Bedoya Santa* la pena pincipal de dieciocho (18) años de prisión como resposable de los delitos de homicidio agravado, tentativa de hurto agravado y calificado, violencia contra empleado oficial y violación al decreto 3664 de 1986.

I. *Hechos y Actuación Procesal:*

Los primeros los relató así el Tribunal Superior en la sentencia:

"Durante más de dos años laboró en la empresa Cementos "Nare S.A" el joven *Héctor Flórez Cañas;* siendo despedido en razón de comportamiento amorales y por no ser un buen trabajador; El tiempo durante el

cual estuvo vinculado a la Compañía, le permitió conocer todas sus dependencias y muchas de sus actividades, fue así como planeó en el Municipio de Bello, apoderarse de la remesa que para el mes de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho llegaría allí para el pago de los trabajadores; con un mes de antelación se fraguo la empresa delictiva, la que pretendieron hacer efectiva a como diera lugar; aún diezmando la vida e integridad personal de sus semejantes o finiquitándola; efectivamente, el veintiuno de septiembre, después de las ocho de ma nañana, él y sus compañeros, *Héctor Vidal Yepes Casas, Otoniel Bedoya Santa y James Alexander Mondragon Paniagua*; fuera de otras personas que únicamente se conocen por sus alias "La Mosca" y "Chemo"; otros no individualizados en la cartilla, se hicieron presentes en la empresa afectada, para esperar el helicóptero que decolaría en el helipuerto con la millonaria remesa; lo que acaeció a eso de las diez y quince minutos de dicha jornada; en la nave viajaba el pagador de la Compañía y su piloto; de inmediato se apeó de la pequeña nave el primero de ellos con tres tulas que contenían el dinero a que ya que se ha hecho alusión; prestamente varios agentes concurrieron a prestar la colaboración necesaria a dicho empleado y justamente dos de ellos le recibieron sendas bolsas, mientras que el plurimentado pagador quedó en poder de una tercera; no habían avanzado mucho, cuando fueron sorprendidos por una ráfaga de disparos, que los obligó a hacer frente a sus autores: primeramente arrojaron los fejos al piso, precisamente, para poder accionar sus armas oficiales y repeler la agresión; luego escoltando al pluricitado dependiente de Cementos "Nare" lo pusieron a buen recaudo en una de las habitaciones o compartimientos de la edificación, para más tarde llevarlo hasta el sitio en donde está ubicada la caja".

"El fuego cesó por unos instantes, pero minutos después se reanudó con igual intensidad y cuando ya pasó un poco el natural temor ocasionado por la balacera, se percataron los servidores públicos de la ausencia del compañero Benavides, por lo que se aprestaron a buscarlo; el mismo fue hallado ya agonizante dentro de las instalaciones de la firma damnificada y concretamente, cerca al aviario por lo que, se dispuso trasladarlo hasta la entidad hospitalaria para que se le prestara la atención médica del caso; no se logró el objetivo, pues que el sabueso falleció minutos después. En estas condiciones, viendo frustradas sus aspiraciones de apoderarse de la crecida suma de dinero, cuantificada en treinta y seis millones doscientos mil pesos, los asaltantes emprendieron las de villadiego, logrando evadir la acción de la autoridad, en esta oportunidad, varios de ellos, no así, *Héctor Vidal Yepes Casas, Otoniel Bedoya Santa y James Alexander Mondragón Paniagua*, quienes fueron apresados cuando pretendían po-

nerse a salvo, pero aún dentro de la empresa en cuestión. En razón a la edad del último, fue remitido a la Justicia de Menora el duplicado del informativo, cual ordenamiento del Decreto 2737 de 1989".

La investigación correspondió al Juzgado Sesenta y Cuatro de Instrucción Criminal, quien recibió las indagatorias de los capturados en el momento de los hechos, y de *Aldemar de Jesús Holguín*, vinculado posteriormente como presunto cómplice por haber facilitado su casa de habitación para la custodia de los delincuentes, y profirió contra todos auto de detención.

El mismo Despacho los llamó a juicio por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa. El Tribunal Superior de Medellín al resolver el recurso de apelación adicionó para los coautores los punibles de porte legal de armas y violencia contra empleado oficial.

La sentencia de primera instancia fue dictada por el Juzgado Sexto Superior de Medellín, quien condenó a *Héctor Vidal Yepes* y *Otoniel Bedoya Santa* por todos los delitos imputados en el llamamiento a juicio, imponiéndoles dieciocho (18) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, así con la obligación de pagar perjuicios materiales a los herederos del agente muerto por valor de veinticinco millones de pesos ($25.000.000.oo) y morales por el equivalente a cien (100) gramos de oro. *Aldemar de Jesús Holguín* fue absuelto.

Como la plena identificación de *Héctor Hernando Flórez* solo se logró cuando concluía la etapa investigativa, se compulsaron copias para adelantar la averiguación sobre su responsabilidad y la de los otros partícipes.

La providencia de primera instancia fue confirmada en su integridad el 16 de noviembre de 1990 por el Tribunal Superior de Antioquia, ya establecido y en funcionamiento para esa fecha.

II. *La Demanda:*

Al amparo de la causal primera, el libelista presenta un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial por error manifiesto de hecho. Afirma que hubo aplicación indebida de los artículos 23, 26, 61 y 324 numeral 2o. y 323 del Decreto 100 de 1980. Falta de aplicación de los artículos 2, 5 y 21 del mismo Decreto, y 3, 246, 247 y 253 del Decreto 050 de 1987.

Concreta el ataque diciendo que el Tribunal condenó a *Héctor Vidal Yepes* como coautor del homicidio agravado por el numeral 2o. del artículo 324 del Código Penal, al *"suponer o imaginar la existencia de pruebas"* sobre el acuerdo y convergencia de voluntades de los coautores del hurto tentado para ocasionar el homicidio; para demostrar que el homicidio fue causado por uno cualquiera de los coautores; y para deducir que la realización del homicidio guarda relación con el plan de los interesados en el hurto de Cementos Nare.

Afirma que según la interpretación del artículo 23 del Código Penal, la coautoría exige un acuerdo y convergencia de voluntades y acciones para cometer determinados delitos. En el proceso no existe prueba de que el plan acordado por los sujetos buscara causar la muerte a alguien, pues la idea era hurtar el dinero intimidando con armas a los agentes que lo custodiaban, según se desprende de las tres injuradas y de la versión de los agentes que capturaron a los sindicados.

De otra parte asevera que la muerte se produjo de un solo disparo, el cual no pudo ser efectuado sino por una sola persona. Se ignoran los móviles, las circunstancias en las cuales se produjo la herida, "solo se supo que debió morir en algún momento de las casi dos horas que duró la balacera".

Se ha supuesto por el sentenciador que la herida mortal ocurrió con los primeros disparos, pero pudo serlo en los intermedios o en los últimos. Ningún elemento de juicio hay que señale como "disparadores directos" a *Héctor Vidal Yepes* y *Otoniel Bedoya*, quienes son los menos comprometidos porque quedaron privados de la libertad entre cinco y siete minutos después de haberse iniciado el episodio, de acuerdo con el testimonio de *Jairo Humberto Gamboa*.

El cuerpo del agente *Carlos Eliécer Benavides* fue encontrado lejos del helipuerto donde estaban los otros policiales con el dinero, y no se sabe como se distribuyeron aquél día, ya que las instalaciones de la empresa son muy extensas, enmalladas y cubiertas de bosque y maleza frondosas.

Critica que el tribunal haya hecho eco del testimonio de *Carlos Julián Fonnegra*, y sostiene que mas bien de esa versión se deduce que el ataque al agente fallecido fue un obrar repentino, individual y aislado de un sujeto anónimo que podía ser o no de los coparticipes, por ejemplo alguien que buscará atacar al Presidente del sindicato o refugiarse por algo.

Estima que hay incertidumbre sobre el punto del cual salió la bala, y observando las dimensiones del orificio de entrada del proyectil, descubre que no pudo haber salido de las armas que portaban los coautores de la tentativa de hurto, (pistola, revólver y una subametralladora), pues esos proyectiles son de pequeño calibre, en cambio los de los fusiles de la Policía son de mayor tamaño.

Especula sobre la posibilidad de que los primeros disparos fueron hechos por el occiso, para alertar a los compañeros que estaban custodiando el dinero, y que éstos no entendiendo la señal hayan respondido produciéndose el tiroteo.

En el capítulo relacionado con la forma como las suposiciones incidieron en el fallo, cuestiona que el fallador parte de la consideración de que *"al parecer"* uno de los primeros tiros fue para el sabueso *"Benaoides"*, y pase luego a la certeza de que cuando los otros agentes dispararon sus armas, la víctima ya se encontraba herida.

También sostiene que se supuso un rumor al tener en cuenta la versión del menor capturado *James Alexander MonDragón*, quién refiriéndose a la muerte del agente contestó: "pues según me dijeron los compañeros, lo mató uno que llevaba una subametralladora, y ellos salieron corriendo, y la Policía salió detrás de ellos, entonces capturaron dos y se volaron dos, en la persecución resultó muerto el Agente, tuvo que ser así".

Finalmente, asevera que la prueba que le permite a Tribunal decir que el plan se cumpliría "sin escrupulos de ninguna índole", y "a como diera lugar", fue imaginada, supuesta. De igual manera lo fue la que se refiere a la 'resistencia' o "repulsa" que ofrecerían los policías, y a la conclusión de que la única forma de vencerla era atentando contra la vida de ellos.

La petición es que se case parcialmente la sentencia, y se dicte la de reemplaso absolviendo a *Héctor Vidal Yepes* del delito de homicidio agravado.

III. *Concepto del Ministerio Público:*

El Procurador Segundo Delagado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia, porque el demandante incurre en falladas de técnica al invocar error de hecho y sustentarlo con planteamientos propios de otra

vía de impugnación. Además, lo que hace el plantear personalísimas opiniones polémicas opuestas a los juzgadores en cuanto a la estimación probatoria, que nada tiene que ver con la censura alegada.

Respecto al argumento de que los capturados nunca conocieron los pormenores del plan, y simplemente fueron contratados para tomar las tulas y salir con ellas, estima el Ministerio Público que es un planteamiento sofístico, pues de las pruebas recáudadas se infiere que las conversaciones y los acuerdos se fraguaron en el Municipio de Bello donde residen los tres implicados, y del relato de *James Alexander MonDragón* se desprende que estaban informados de todos los detalles de la empresa criminal, y *Bedoya Santa* es claro en señalar que quien lo enteró de los pormenores fue precisamente *Héctor Vidal Yepes*.

Sobre las circunstancias en que se murió el Policía agregó: "No se discute en la sentencia ni a través de la actuación procesal, que la muerte de la víctima tuvo ocurrencia a causa del único disparo recibido por proyectil de arma de fuego, según los hallazgos de la necropsia; pero en manera alguna se puede inferir de este hecho, como lo hace el casacionista, que por lo mismo ignoren la identidad, móvilesy propósitos del victimario pues fue ciertamente éste, enlazado con los demás que expone el demandante - circunstancias en que se produjo la captura de los acusados y lugar donde se encontraba el cuerpo del Agente entre otros indicios de los deducidos en el fallo, lo que sirvió de base para que cobraran fuerza probatoria los relatos de James Alexander Mondragon y Carlos Julián Fonnegra, a efecto de establecer la imputación del acto punible y a partir de ésta, la coautoría y responsabilidad penal de los inculpados.

"En efecto, el análisis sistemático de la prueba indiciaria edificada sobre las versiones recogidas de acriminados y testigos conforme a la cual, Carlos Eliecer se encontraba en el Aviario de donde se dice, provinieron los primeros disparos; los implicados se hallaban dispersos por toda la edificación; no pudo haber error en cuanto a la identificación del extinto como agente de la autoridad, pues portaba sus prendas militares y todos los involucrados en la faena delictiva estaban previstos de armas de fuero, llevaron al juzgador al convecimiento de que la muerte del sujeto pasivo fue producida por los asaltantes, en momentos en que antes de accionar sus compañeros las armas para repeler el ataque, alguno fue sorprendido en la maleza respondiendo con el disparo mortífero en la humanidad de Benavides".

El Colaborador Fiscal encuentra el juicio del fallador acertado, lógico y respaldado por el acopio probatorio recaudado, y no admite controversia en materia de este recurso extraordinario de casación como lo pretende el recurrente, desplazando el ataque a la valoración probatoria.

El problema de acuerdo de voluntades con respecto al homicidio fue bien definido en el fallo pues hubo acierto previo para apoderarse de una millonaria suma de dinero, a como diera lugar y sin escrúpulos de ninguna índole, de donde se infiere que todos quedan comprometidos dentro de la responsabilidad por el homicidio, como efecto concomitante que nada hicieron para evitarlo.

Finalmente, anota que el error de hecho no es problema de suposición de fenómenos jurídicos, sino del medio probatorio específico demostrativo del hecho material concreto.

IV. *Consideraciones de la Sala:*

1o. El demandante plantea que el sentenciador incurrió en error de hecho por "suponer o imaginar la existencia de pruebas", pero se queda en la simple afirmación, porque en el desarrollo del cargo no precisa una sola prueba cuya existencia haya sido supuesta en el fallo atacado.

La demostración del error de hecho por falso juicio de existencia implica que el actor señale en forma clara el medio de prueba (testimonio -dictamen pericial- documental etc) que fue ignorado no obstante obrar en el expediente, o el que tenido en cuenta sin estar en el proceso, y su trascendencia, esto es, que si no hubiera ocurrido esa falta la decisión habría sido otra. En lugar de cumplir con estas exigencias, lo que hace el casacionista es presentar su particular punto de vista sobre los hechos y las pruebas, introduciendo hipótesis sin respaldo procesal, con el evidente propósito de crear una sensación de incertidumbre que en realidad basta leer el proceso para que quede sin fundamento.

2o.- De la sustentación se infiere que lo que en el libelo en verdad se censura, no es que el juzgador haya supuesto o imaginado pruebas, sino que haya llegado a conclusiones que el impugnante no comparte. Tanto es así, que las tres objeciones que formula al amparo de mismo cargo son:

a) admitir el acuerdo y convergencia de voluntades en los coautores del hurto con respecto al homicidio; b) Deducir que el homicidio fue causado por alguno de los implicados en el delito contra el patrimonio; y, c) afirmar que el homicidio está comprendido dentro del plan para cometer el hurto.

El acuerdo de voluntades para incurrir en los ilícitos por los cuales se adelantó el proceso no es invento de los falladores, ni esta aseveración surge de pruebas imaginarias. El Tribunal textualmente dice:

"...Que el delito de homicido ostenta la calidad de agravado, es algo que no admite hesitación alguna; el artículo 321 de nuestra codificación sustantiva penal en su numeral seguedo indica como una circunstancia de agravación punitiva, si el homicidio se comete: "para preparar facilitar o consumar otro hecho punible...". Fue exactamente lo que sucedió en el asunto subestudio: Cuando planearon, con unidad de voluntades quienes se comprometiron en esta empresa criminal, el apoderamiento de la crecida y codiciada suma de dinero de cementos "El Nare"; obviamente, sabían que para cristalizarla debían sin ningún escrúpulo, y en caso necesario, hacer uso de las armas de fuego; justamente, por ello se proveyeron de un número plural de estos instrumentos letales; ello lo están confirmando quienes se encuentran entre rejas por cuenta de este proceso e igualmente *James Alexander Mondragón Paniagua*, quien para estos momentos procesales, está por cuenta de la justicia especial de menores".

En la conclusión anterior lo que hace el fallador de segunda instancia, coincidiendo con el de primera, es aplicar la tesis que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han entedido que es lo correcto para solucionar esos caasos en los cuales, existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de hurto y a sabiendas de que van a encontrar resistencia por parte de los encargados de la seguridad del objeto material, resuelven ir armados y con la conciencia clara de que para poder apoderarse del bien deberán primero someter a los vigilantes. Aunque en forma expresa no se trazan como objetivo matar a una persona, entre otras razones porque todavía no saben la intensidad del rechazo que van a tener, de manera tácita si es del entendimieento de todos, que si llevan armas para superar los obstáculos que les impida el logro del objetivo común, esto implica la posibilidad de incurrir en uno o varios homicidios, de los cuales todos son igualmente responsables.

Los autores de los ilícitos aquí juzgados sabían que el dinero llegaba en un helicóptero custodiado por la Policía, al parecer dos agentes, pero realmente estaban seis, lo que no constituyó motivo para suspender la ejecución, ya que arremetieron contra ellos en una balacera que se prolongó bastante tiempo.

No existe ningún elemento de juicio que pudiera servir de apoyo a las afirmaciones del demandante, sobre la posibilidad de que la muerte del agente *Benavides* hubiera sido causada por un tercero o por la propia policía, en cambio si obra en el expediente la versión del joven *Montenegro Paniagua*, según la cual sus compañeros le dijeron que el homicidio fue obra de uno de ellos, el que portaba la sub-ametralladora. No se trata de un simple rumor, es un testimonio de oídas de un individuo que participó en los hechos, cuya declaración encaja perfectamente en las circuntancias de modo tiempo y lugar en que estos se desarrollaron. Este medio probatorio sumado a los numerosos indicios que se desprenden de todo lo acreditado por la investigación, constituyen mérito mas que suficiente para estima acertada la decisión del fallador.

Tampoco agrada al defensor que el Tribunal diga que los coautores sabían que para poder apoderarse del dinero "debían, sin ningún escrúpulo y en caso necesario, hacer uso de las armas de fuego, justamente por ello se proveyeron de un número plural de estos instrumentos letales". Y no fue eso lo que hicieron? Francamente acusar esta conclusión llamándola especulativa o hipotética, cuando está plenamente establecido en el proceso que usaron las armas, que atacaron a los policías, y que el combate fue intenso y violento resulta un verdadero absurdo, un criticar por criticar.

3o- De las consideraciones anteriores la Sala concluye -de acuerdo con el Ministerio Público- que el demandante se escuda en un presunto error de hecho que nunca demuestra, para hacer una alegación propia de las instancias, cuestionando la credibilidad que el sentenciador le reconoció a algunas pruebas, con argumentos en los cuales tampoco le asiste razón, porque no corresponden a la realidad procesal.

El Cargo será Desestimado:

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, administrando Justicia en nombre de la República u por autoridad de la Ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

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

Rafael I.Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO \ FUERO

Cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que cometieron mientras eran miembros del Congreso y que no tienen nexo alguno con sus funciones oficiales, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 34

Procedente del Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso ha llegado a la Corte, por competencia, el proceso adelantado contra la congresista *María Florangela Izquierdo de Rodríguez* y los señores *Julio César Unibio Benavides* y *Carlos Armando Arias Rodríguez*, sindicados del delito de hurto.

Antecedentes:

La noche del viernes 13 de abril de 1990, personas desconocidas violentaron las seguridades de la oficina del abogado doctor Rafael Enrique Pedraza Habyech ubicada en el edificio "Cándido Rodríguez" de la ciudad de Sogamoso, apoderándose de una máquina de escribir, una calculadora mediana, varios libros de derecho, un fólder que contenía títulos valores y otros elementos de oficina.

Las primeras averiguaciones señalaron como autor del hecho al celador del edificio Julio César Unibio Benavides, quien capturado y someti-

do a indagatoria, confesó haber "desocupado" la oficina del abogado Pedraza cumpliendo órdenes impartidas por la administradora señora María Izquierdo de Rodríguez por que le adeudaba varios cánones de arrendamiento; acto que consumó en compañía del conductor de dicha señora de nombre Carlos Arias, en cuyo vehículo de servicio público fueron sacados los objetos sustraídos.

Por estos hechos fueron vinculados al proceso en calidad de sindicados Julio César Unibio, Carlos Armando Arias y María Florangela Izquierdo de Rodríguez, quien para entonces se desempeñaba como Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá (fls.112).

El Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso calificó, por auto de 4 de septiembre de 1990, el mérito el sumario con reapertura de la investigación por el término de treinta días, excarcelando mediante caución juratoria al denetido Unibio Benavides, sobre quien pesaba medida de aseguramiento por el delito investigado.

El *3 de octubre de 1991* (fls.272), dicho juzgado clausuró por segunda vez el ciclo investigativo, mas, al entrar a calificar su mérito, ordenó remitir el proceso a la Corte, con fundamento en los artículos 186 de la Constitución Política del 1991 y 84 del C. de P.P., que, según el mismo, atribuyen a esta Corporación competencia para conocer privativamente el asunto en consideración a que la sindicada María Izquierdo de Rodríguez era Representante a la Cámara por la época de los hechos y actualmente es Senadora de la República.

Consideraciones de la Corte:

Dice el artículo 186 de la nueva Constitución Política que entró en vigencia el 7 de julio de 1991, fecha de su promulgación por haber sido insertado en su texto en la Gaceta Constitucional No. 114, que "de los delitos que cometan los congresitas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación". Esta norma, bien permite concluir que a partir de sin vigencia, se ha consagrado un fuero integral para los congresistas, esto es, que su juzgamiento, tanto por los delitos comunes como por los de responsabilidad que cometan mientras ostenten tal calidad, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, si el congresista pierde su investidura por una cualquiera de las causas que la misma Constitución establece, ¿conservará la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la competencia para su juzgamiento?.

La respuesta a este interrogante se encuentra en el artículo 235 de la misma Constitución, que reitera la competencia de la Corte para "investigar y juzgar a los miembros del Congreso" (ordinal 3o.), cuyo parágrafo único dispone que "cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, *el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas*". Esto significa que la Corte retiene la competencia para juzgar a los congresistas que han perdido su investidura, únicamente por los delitos cometidos por ellos "que tengan relación con las funciones desempeñadas". La competencia para conocer los delitos que cometieron mientras eran miembros del Congreso y que no tiene nexo alguno con sus funciones oficiales, deja entonces de corresponder a la Corte y se determinará, en consecuencia, por los factores que para tal efecto señala el Código de Procedimiento Penal.

Es claro que el ilícito que se le imputa a la señora María Florangela Izquierdo de Rodríguez es un delito comín, que no guarda relación alguna con las funciones propias del cargo de Representante a la Cámara que para la época desempeñaba la denunciada, razón por la cual bien puede afirmarse que ya su conocimientó no corresponde a esta Corporación, porque la señora Izquierdo de Rodríguez, al igual que todos los congresistas que fueron elegidos para el período 1990-1994, perdió su investidura en virtud de disposición expresa de la misma Asamblea Nacional Constituyente: artículo transitorio 3o. "Mientas se instala, el 1o. de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, *el actual y sus comisiones* entrarán en receso y *no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia, ni por convocatoria del presidente de la república*" (Resaltadas de la Sala).

La parte resáltada de esta disposición constitucional de carácter transitorio, no permite dudar de que a partir de una vigencia, quienes tenían la calidad de congresistas la perdieron, independientemente de que hubieran continuado devengando su asignación mensual, porque no es posible concebir que alguien conserve su investidura oficial, cuando de manera expresa se le han suprimido definitivamente todas las funciones públicas inherentes a la misma. Es importante destacar, al efecto, que la Constitución de 1991 (art. 122) reitera la prohibición que también estaba consagrada en la Carta Política de 1886 (art. 63), de que existan empleos

públicos sin señalamiento de funciones: "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento...". Recuérdese, por último, que el fuero para los congresistas no se les ha otorgado propiamente en razón de su persona, sino por las trascendentales funciones públicas que la misma Constitución les atribuye.

Es pertinente advertir que el receso del Congreso que se dispuso por la Asamblea Nacional Constituyente mediante la norma en comento, es un fenómeno completamente distinto del receso en que entra la rama legislativa cuando ha culminado el período de las sesiones ordinarias, pues en este interregno los congresistas sí conservan todas sus facultades públicas, tal como se deduce con toda claridad, tanto a la luz de la Constitución de 1886 como de la actual, del hecho de que el Gobierno pueda convocarlos a sesiones extraordinarias para que durante el tiempo por él determinado se ocupen de manera exclusiva de los asuntos que el mismo ejecutivo les señale, como también de los cánones constitucionales que los faculta, en determinadas circunstancias, para reunirse por derecho propio si el Gobierno no cumple con la obligación de convocarlos. Ninguna de estas actividades oficiales podían cumplir los miembros del Congreso elegidos para el período 1990-1994, después de que entró en vigencia el artículo 3o. transitorio aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Esta carencia de funciones públicas, absoluta y definitiva, es la que permite a la Corte llegar a la conclusión de que inmediatamente entró a regir el artículo transitorio 3o., quienes para ese momento tenían la calidad de congresitas fueron despojados de ella y perdieron por tanto el fuero para su juzgamiento por los delitos no relacionados con las funciones oficiales que hubieran podido cometer cuando sí estaban investidos de ella.

Al desaparecer la competencia de la Corte para juzgarlo, porque el elegido perdió su investidura y se trata de un delito común que no guarda relación alguna con las funciones oficiales, su posterior elección no le devuelve la competencia a esta Sala. Esto fue lo que sucedió con la Señora Izquierdo de Rodríguez, que fue elegida Senadora de la República pero con posterioridad a la revocatoria de su mandato que dispuso la Asamblea Nacional Constituyente.

Consecuente con todo lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Abstenerse de aprehender el conocimiento de este asunto por incompetencia. Consecuencialmente, se dispone su devolución al Juzgado Primero Penal Municipal de Sogamoso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO \ FUERO (SALVAMENTO DE VOTO)

Del delito que cometa el Congresista mientras tenga la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar brevemente las razones de nuestro disentimiento con el pronunciamiento de la referencia:

1.) El punto central de discrepancia con la decisión de la Corte radica en la interpretación que se le dio al artículo 3o. transitorio de la Constitución, pues para la mayoría el Congreso elegido en 1990 cesó en el ejercicio de las funciones y por tanto, la competencia privativa de la Corte para investigar y fallar cualquier delito cometido por uno de esos congresistas, queda circunscrita respecto de hechos punibles cometidos en relación con las funciones desempeñadas. Como lo aquí investigado nada tiene que ver con la función de respresentante a la Cámara que tenía la procesada, carece de competencia la Corte para su juzgamiento.

Para nosotros, en cambio, como lo dice la norma pertinente, los únicos congresistas que 'cesaron en el cargo' fueron quienes habiéndose presentado a la ratificación popular no resultaron elegidos el 1o. de diciembre de 1991; o lo que es lo mismo, respecto de quienes sí lo fueron, no ha habido solución de continuidad en el cargo de congresista, independientemente de la Cámara donde hoy se encuentren. En efecto, el Congreso fue elegido para un período de 4 años (1990-1994), período respetado por la propia Constitución (art. 1o. transitorio), por lo que con lógica el artículo 3o. transitorio habló de 'receso', es decir, término durante el cual no se cumplen funciones pero se conserva el cargo; y como lo ha establecido la nueva Constitución para los altos funcionarios y los congresistas es un fuero personal no funcional, se explica el porqué ese juzgamiento deba hacerse en consideración a la investidura, no a la función. Lo que pelegía

la función, en el caso de los congresistas, era la inmunidad que es bien distinto como se sabe al fuero personal, pero el constituyente la suprimió.

2.) En la ponencia para primer debate de la plenaria en la Constituyente se consignó ese pensamiento expresamente y así fue aprobado. Se dijo allí: *"Inmunidad e inviolabilidad"*. Estas dos instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería neceario mantenerlas o suprimirlas. *Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial*, igual al de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso *solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo Tribunal"*(Cursivas fuera de texto G.C. #.79 mayo 22/91 pág.16).

La Comisión revisora únicamente introdujo cambios a la redacción original aprobada en plenaria, para quedar como aparece en el artículo 186 C.N., de donde emerge nítidamente el fuero personal referido, esto es, que mientras sea congresita solamente lo puede juzgar la Corte cualquiera que haya sido el delito cometido teniendo la investidura.

Cabe entonces recordar que lo ocurrido el 1o. de diciembre de 1991, según el Acuerdo Político correspondiente, fue una revocatoria del mandato por voluntad popular, es decir, *solamente* para aquellos que no obtuvieran el respaldo del pueblo; para los que presentados a esa prueba popular si lo obtuvieron no puede decirse que se está ante un nuevo mandato, sino frente a la ratificación del mismo que ese pueblo les había otorgado en 1990 para llevar su representación ante el Congreso.

Pero aún, en el supuesto de haber sido la revocación del mandato un acto exclusivo de la Constituyente, en nada se modificaría la competencia dada a la Corte para juzgar a los Congresistas en consideración a la investidura.

3.) Con la interpretación de la mayoría se deja sin efecto el mandato constitucional o quedaría simplemente inoperante un posible fallo de condena proferido por un Juez diferente a la Corte a quien desempeñe el cargo de Congresista, pues no podría ordenar ese Juez su detención, ya que ésta y el juzgamiento *solamente* corresponder a la Corte.

La consecuencia entonces del fuero personal es muy obvia, para el alto funcionario y el Congresista: del delito que cometan, mientras tengan la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema.

Significa lo anterior, que la expresión ' cesar en el ejercicio del cargo' del parágrafo del artículo 235 C.N., solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas ; lo que explica por lo demás, el fuero funcional que conserva el parágrafo.

Como en el caso presente la señora Izquierdo de Rodríguez cometió el hecho denunciado siendo Congresista y sigue siéndolo en la actualidad, la Corte es su Juez natural, independientemente de que el hecho tenga o no relación con la función desempeñada.

Dídimo Páez Velandia, Jorge Carreño Luengas.

Fecha, *ut supra*.
(marzo 18/92)

DELITO - Denominación Jurídica \ IMPEDIMENTO

Así se esté en la etapa del juicio, se pueden producir determinados hechos propios del sumario, como sucede cuando se cambia por el superior la denominación jurídica de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 34

Vistos:

La Sala Penal del tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, compuesta por los Magistrados Luis Angel Gallo Montoya, Guillermo Gómez Arboleda y Fernando Gómez Gómez, se declaró *impedida* para conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia ordenatoria emitida por el Juzgado Veinte Penal del Circuito de aquella ciudad capital contra Rafael Enrique Bolaños Cruz, por el delito de *'hurto'*, "por considerar reunidos los presupuestos del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989", y, la Sala que integran los Magistrados Juan Guillermo Jaramillo Díez, Martha Elena Jaramillo Panésso y Carmen Palacio Palacio, lo *rechazó* al entender todo lo contrario, esto es, que los requisitos a que alude la mentada norma no se dan en el evento *sub-exámine*. Remitió, entonces, el expediente, como es de ley, a la *Corte*, para que ésta dirima, de plano, la cuestión.

Hechos:

El Juzgado 23 de Instrucciónno Criminal, radicado en Medellín, el 31 de julio de 1990, dictó resolución de acusación contra *Rafael Enrique Bolaños*

Cruz, por el delito de 'Encubrimiento por Receptación' y, simultáneamente, con base en el mismo análisis probatorio, profirió cesación de procedimiento en su favor por el delito de 'Hurto'. Y, cuando ya se había señalado fecha para la audiencia pública, la Fiscal Octava del Circuito, solicitó -agosto 29/91- 'el cambio de adecuación típica', más claramente que el encartado debe responde por el cargo de hurto calificado y agravado (arts. 350, 351 y 372 del C.P.) y no por la receptación como lo dijera provisionalmente el instructor'. Pero el Juez del conocimiento- Veinte Penal del Circuito-, mediante auto de septiembre 2 de 1991 (fls. 211 a 215), no acogió la petición de la Fiscalía, razón por la cual ésta interpuso el recurso de apelación y, el Tribunal, la Sala impedida, modificó la resolución de acusación, precisando que era el delito de hurto aquel por el que debía responder Bolaños Cruz. Y, en su momento procesal oportuno, o sea, una vez se dio cumplimiento cabal al artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, y de la celebración de la audiencia pública, se emitió sentencia por el señalado delito contra el patrimonio económico (diciembre 6/91), condenándolo a 38 meses de prisión, al pago de $200.000.oo, más sus intereses por concepto de indemnización de perjuicios y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Apelada la determinación, en el seno del Tribunal, aconteció lo que ya se tuvo ocasión de reseñar.

Fundamentos de la Sala que se declaró impedida:

Se trata de un caso 'especialísimo, complejo y excepcional', en el que "a pesar de que la primera revisión se presenló en la etapa del juzgamiento", se da el impedimento del artículo 535 del C.P.P..

"En efecto, con la variación de la califiación hecha en segunda instancia, ya la Sala, a no dudarlo, comprometió su citerio, y precisamente *la postura de la misma es la que ahora ataca el señor defensor* impugnante. Y lo que es más significativo y trascendental, con la determinación adoptada por esta Sala jurídicamente se retrotajo el trámite del proceso hasta el auto calificador, pues fue precisamente estra pieza procesal la que se modificó; *en la práctica el resultado es igual a que se hubiese revisado por apelación la resolución acusatoria.*

"Ahora bien, si lo que trata de garantizar la norma *es una completa autonomía e independencia entre las etapas de investigación y juzgamiento* y evitar que un mismo funcionario conozca de las dos, ello no se cumpliría si esta Sala entra a revisar el fallo recurrido porque, como ya se dijo, aunque fue en el período del juicio, modificó el auto calificador de primera

instancia que apenas había alcanzado una *ejecutoria formal*, habida consideración de la facultad prevista en el art. 32 del Dct. 1861/89, que permite la variación de la calificación provisional cuando se da una de las dos condiciones allí enunciadas.

"...La teleología del impedimento que se examina *lo que busca es evitar la influencia de la decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra...*' (cursivas fuera de texto. Auto de abril 24/90. M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia, Extracto de Jurisprudencia, 2o. trimestre de 1990. p. 419). En este evento, insístese, la calificación hecha por el Tribunal en su providencia de fls. 252 y ss. tiene claras respercusiones en la sentencia, dado que no se presenta causal de nulidad alguna como lo alega el señor defensor. Por lo demás, para preaervar la *total imparcialidad* de esta Sala de Decisión como finalidad expresa consagrada en la norma procesal citada, es oportuna la revisión del fallo por Sala diferente a la que ha *comprometido su criterio en aspecto vital como es la adecuación jurídica de los hechos* ..."(Lo que viene en cursiva lo resalta la Corte).

Fundamentos de la Sala que rechaza el impedimento.

"Ha querido el legislador que la acusación judicial se formule de manera *'provisional'*, en todo caso, para darle de esa manera opción al juez del fallo de *'modificarla'* bien porque no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o porque cualquier elemento estructurante del hecho punible allí comprendido no esté a tono con el que fue objeto de instrucción, ora porque la actividad probatoria del juicio los modifique. Tal innovación en manera alguna implica la ejecutoria *formal* de la resolución de acusación, en lugar de la *material*, una vez se supere el término de la ejecutoria sin que contra ella se formule impugnación. No implica, es claro, que una vez producida la variación de la acusación, las actuaciones se retrotraen a ese específico momento de la calificación sumarial. Cualquier afirmación en contrario, a juicio de la Sala, se hace sostener equivocadamente la *revocabilidad* de la resolución acusatoria, lo que a su vez también implica negar que ese basilar acto procesal de decisión, a su ejecutoria, es el único fundante de la base subsiguiente del juicio.

"Como entonces no parece cierto que la variación durante el juicio, de la calificación jurídica retrotrae *'...el trámite del proceso hasta el auto calificador ...'*(f. 304), hay que decir que el impedimiento propuesto no procede. Se trata, como se deduce del texto 34 del Decreto 1861/89, modificatorio del 535 del Estatuto Procedimental Penal, de un especial

motivo de impedimento viable apenas en procesos con estructura *ordinaria* porque se precisa que la Sala de Decisión Penal dirima, por vía de apelación y durante el sumario, aspectos fundamentales de la relación de imputación. Sólo así se escruta procedente el impedimento para conocer, por igual vía, en la etapa del juicio. Sobre el punto el citado canon resulta bien claro: (se transcribe en lo pertinente).

"Cabe acá afirmar que la decisión a cargo de la Sala que se declara impedida, proferida el 23 de octubre de 1991 (fls. 252-262), se produjo al interior de la fase del juicio y no en la de instrucción sumaria. Ahora bien, de esa manera comprometieron su criterio es obvio, pero no lo hicieron en el espacio procesal que reclama prístinamente la ley. Por ello la jurisprudencia que citan en apoyo de su tesis no resulta tal porque ella, consultando la preceptiva misma de la norma reitera que lo que se pretende con ese especial motivo de impedimento es '*...evitar la influencia de las decisiones adoptadas en una etapa del proceso con respecto a otra...*' (f. 305).

Ese criterio ha sido pacífico al interior de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia; también reiterado: '*Así, pues, mientras se esté en la misma etapa procesal (sumario o juicio) el criterio que se plasme en su decurso no inhabilita en manera alguna*'. (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, diciembre 1o. de 1987. Cursivas fuera de texto)..."

Breves consideraciones de la Corte

1. Podría decirse, sin temor a equivocaciones, que la pauta que siguió la Sala que rechazó el impedimento, obedece a un postulado de la Escuela de la Exégesis, según el cual toda solución jurídica debe ser la expresión exacta, precisa de un artículo de la ley. O cuando menos sienta una variante directa de la filosofía que preconizó aquella forma de pensar y que llevó al *fetichismo de la ley escrita.*

Definitivamente no debe existir un apego tan absoluto a la literalidad o texto formal de la norma que, para desgracia del buen sentido, se llegue al desconocimiento de que así se esté en la etapa del juicio, se pueden producir determinados hechos tan *propios del sumario* que de cierta manera comportan que se retorna a tal fase. Ello es lo que acontece precisamente cuando se cambia por el Superior la denominación jurídica de la infracción, en aplicación de lo consagrado en el artículo 501 del C. de. P. Penal porque innegablemente "el resultado es igual a que se hubiera

revisado por apelación la resolución ejecutoria". Se está en frente a un evento tan *sui generis* que rompe la apreciación regular de estos fenómenos en el derecho y de ahí que bien pueda asegurarse el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 535 *ibídem* para la procedencia del impedimento.

Entender las cosas así es fijar en su exacto contenido y alcance el término legal de *"Calificación Provisional"*, que, según acepción del Diccionario de la Lengua Española, es lo 'dispuesto o mandado *interinamente*' o sea, ' lo que sirve por algún tiempo', esto es, que de determinación de tal naturaleza no puede sostenerse que adquiera el carácter de *ejecutoria real o material*, sino meramente *formal*, porque de tratarse de aquella variación de la calificación no podría cumplirse, lo que es a todas luces inexacto por que lo irrebatible legalmente es que esa mutación o modificación sí puede realizarse. Recuérdese que no es de recibo jurídicamente colocar al legislador mandando o propugnado por el disparate y así se obraría si lo que se defiende es la otra tesis. De aquí se siguen otros apuntamientos sobre la cosa juzgada en los que no quiere entrar la Corte para que no se diga que adrede ha festinado conceptos que debe emitir el Tribunal cuando se pronuncie sobre la nulidad impetrada. Pero no podía, eso sí, por la naturaleza de las opiniones en contienda, y en orden a desatar el asunto, sustraerse de anotar lo apuntado o de señalar lo que sigue, así:

Es tan cierto que los Magistrados que se declaran impedidos comprometieron su criterio, con la providencia que varió la califiación jurídica de los hechos, que allí expresaron: "...De una vez es preciso anotar que la Sala no comparte la postura de la *a-quo* y del Colaborador Fiscal en esta instáncia cuando afirma que la decisión adoptada equivocadamente por el Juzgado Instructor y calificador al proferir cesación de procedimiento en favor del reo es *inmodificable* porque tal medida 'alcanzó firmeza y por ende el imputado no podrá ser sometido a otro proceso en virtud del principio rector instituído en el artículo 17 del C de P.P.'. Y nopuede ser juiciosa ni ponderada tal apreciación porque ese segundo pronunciamiento resulta claramente inexistente y por tanto no puede decirse ahora que si se modifica la inicial califiación del juzgado en lo referente al delito de receptación se quebrantaría el principio del *non bis in idem*. En otras palabras, si el juzgado de primera instancia, al estudiar y resolver la situación procesal del acriminado consideró que la prueba era suficiente, para dictar en su contra una resolución de acusación por el ilícito de encubrimiento de receptación, mal podía, como lo hizo, refiriéndose a

los mismos hechos y a la misma prueba, desligarlo del punible de hurto. En síntesis, la funcionaria calificadora no podía tomar dos decisiones claramente encontradas aludiendo a los mismo hechos y al mismos partícipe, el procesado Rafael Enrique Bolaños Cruz. Por ello, insístase, la segunda decisión adoptada en la calificación es *inexistente*".

Y no se olvide que *la impugnación* consiste sustancialmente en que existe nulidad (art. 305-2 C.P.P.), porque no debió condenarse por el delito de *hurto* porque sobre este ilícito ya se había pronunciado el funcionario instructor profiriendo cesación de procedimiento, que alcanzó plena ejecutoria, o sea que se está ante el fenómeno de la *Cosa Juzgada*.

Entonces, si el fundamento del impedimento consagrado en el artículo 535 del C. de P. penal está en garantizar (y todo en aras de la justicia) la más completa autonomía e *independiencia* entre las fases de investigación y juzgamiento y por razón a que el funcionario crea o puede establecer un *vínculo intelectual* con apreciaciones jurídicas suyas ya vertidas en el proceso, en etapa anterior, en un evento tan *especialísimo* como el presente que de cierta manera impone asegurar que el proceso en determinados asuntos es como si hubiera retornado a su primera etapa (no, desde luego, que toda la actuación se haya retrotraído al momento de la califiación sumarial) y cuando se ha fijado un concepto trascendental en lo que será el meollo de la determinación de segunda instancia, no se entiende cómo (si no es por apego vicioso a lo literal, así se ofenda y desprecie su significado profundo) se pueda adverar que no se está ante la causal de impedimento de marras.

Reitera ahora la Corte lo señalado en determinación suya de diciembre 1o. de 1987, donde fuera Magistrado Ponente quien funge en este instante en igual calidad y en el sentido de que oponer el formulismo a la esencia del derecho es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma, en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa.

Resáltase finamente, así *ver se* la cosa sea patente, que las determinaciones que de esta Corporación se citan para apuntalar la improcedencia del impedimento fue jurisprudencia que obedeció a eventos generales, regulares y no particulares, excepcionales, especialísimos.

Por lo expuesto La Corte Suprema de Justicia, -Sala de Decisión-,

Resuelve:

Declarar que les asiste a la razón a los Magistrados del Tribunal Superior de Medellín que decidieron Separarse del conocimiento del presente asunto.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Rafael E. Cortés Carrillo, Secretario.

ESTAFA \ COMPETENCIA

La Estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 34. Radicación No. 7328

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativas surgida entre los Juzgados Cuarto de Instrucción Criminal de Sincelejo (Departamento de Sucre) y Dieciséis de Instrucción Criminal de Lorica (Deparatamento de Córdoba), en el sumario que por el delito de estafa se sigue respecto de *Arcadio Romero Pérez.*

Antecedentes:

1. El 10 de Septiembre de 1987, en la ciudad de Coveñas (Sucre), Juan Francisco Puerta Morelo y Arcadio Romero Pérez, celebraron un contrato de promesa de venta, mediante el cual el primero prometió vender al segundo un predio ubicado "en el sector de Coveñitas", conviniéndose como precio "un lote en el Diamante, frente a la Posada del Mar, situado en Coveñas, de 133 metros cuadrados", mas la suma de $1.500.000.oo.

Según dicho contrato, el vendedor Puerta Morelo recibió en el acto la suma de $10.000.oo, comprometiéndose Romero Pérez a pagar el resto del numerario por cuotas y fijándose el 3 de octubre del citado año para suscribir la respectiva "escritura de venta en la Notaria Unica de Lorica" (fl. 6).

Igualmente, en la cláusula séptima del documento se lee que "Juan Puerta hace entrega desde este momento a Arcadio Romero, del inmueble negociado..." (fls. cit. vto.).

El contrato aparece firmado por las partes y autenticado el 29 de septiembre de 1987 ante el Notario Unico del Círculo de Lorica.

2.- Por estimar Puerta Morelo que Romero Pérez había incumplido el contrato en cuanto al lote del "Diamante" con el cual prometió pagarle parte del precio, inició en su contra proceso ejecutivo de suscripción de documento, que le fue fallado adversamente, con el argumento cardinal de que dicho inmueble aparece en el contrato "insuficientemente identificado", cosa que "impide el cumplimiento de la obligación por parte del demandado, ya que no genera obligación a la luz del artículo 89 de la ley 153 de 1987" (fls. 9), precisando más adelante que, si bien el actor se equivocó de vía, tiene sin embargo abierta la válvula para buscar el justo equilibrio en la negociación realizada si hace uso de los artículos 1946 y 1947 referentes a la lesión enorme, o a las acciones penales a que haya lugar".

3.- El 9 de septiembre de 1991, mediante apoderado, el Señor Puerta Morelo formuló denuncia penal por el delito de estafa contra el señor Romero Pérez, manifestando que el contrato de promesa de venta "lo redactó mañosamente" el denunciado, aprovechándose de que "él no sabía leer ni escribir"; agrega el quejoso que "del estudio de esa promesa de venta se observa la mala fe con que actuó el Señor Arcadio Romero, pues en esa promesa consignó todo aquello que a él le favorecía y colocó a mi poder- dante en posición muy desventajosa", refiriéndose a que Romero Pérez "no identificó en ninguno de sus aspectos el lote que debía entregar", ni se consignó cuándo y en dónde se otorgaría la escritura respectiva atinente a dicho predio "El Diamante", el cual nunca entregó a Puerta Morelo. Se apoya en las conclusiones del referido fallo de la justicia civil, e insiste en la comisión del delito de estafa (fls. 1 y ss.).

El caso fue asumido por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal radicado en Lorica, que abrió investigación y practicó varias diligencias. Empero, el 28 de octubre el Secretario de ese Juzgado informó que "la promesa de venta del lote fue firmada en el Corregimiento de Coveñas, jurisdicción del Municipio de Tolú (Sucre), por ende la competencia no es de este Juzgado para seguir conociendo estre proceso. Sírvase proveer". (fls. 30) El juez proveyó en ese sentido, recibiendo entonces el expedien-

te el Juzgado 4o. de Instrucción Criminal radicado en Sincelejo, que, mediante auto de 9 de diciembre (fls.39), decidió devolverlo al Juzgaado 16 y proponer la correspondiente colisión de competencias. Basó esta decisión en que según el numeral 5o. del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, "de los procesos a que diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el Juez del lugar de su cumplimiento"; y aquí, no sólo se acordó pagar una de las cuotas en la ciudad de Lorica, sino correr en ésta la correspondiente escritura, a más de que también fue en la Notaría de ese lugar donde los contratantes autenticaron sus firmas. "A todo lo anterior se agrega -dice el Juzgado de Sincelejo- el hecho de que la denuncia fue instaurada por ante el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de esa misma ciudad. Esta última circunstancia nos muestra que, según el criterio del promitente vendedor, las obligaciones, o al menos las principales, debían cumplirse en Lorica" (fls. 40).

El Juzgado 16 avocó de nuevo el conocimiento del sumario (fls. 41), resolvió una demanda de parte civil, y , por medio de auto de 17 de enero de 1992 (fls. 54 y 55), con apoyo en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, replicó que el competente es el Juez de Sincelejo, "ya que el bien de la litis se encuentra ubicado en Coveñas -Sucre-, y en el que presuntamente se perfeccionó el ilícito que se ventila"; disponiendo el envío de las diligencias al Tribunal de Montería, "para que decida lo concerniente".

Dicho Tribunal, por auto de 17 de febrero último, remitió a su vez al expediente a la Corte, teniendo en cuenta que los juzgados en conflicto pertenecen a diversos Distritos Judiciales (art. 68-5 C.P.P.).

Se Considera:

1.- Obviamente que en orden a decidir sobre la competencia territorial en este asunto penal por el presunto delito de estafa, el Juez de Sincelejo se equivoca al apoyarse en el numeral 5o. del Artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, "De los procesos aque diere lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el Juez del lugar de su cumplimiento...", pues esa disposición se refiere a procesos *civiles* generados en el contrato, y no a situaciones nacidas del hecho punible, las cuales se encuentran regidas expresa y claramente en el ordenamiento procesal penal, desde luego sin que interése a dicho efecto de competencia territorial el medio utilizado para cometer el posible delito, que en el presente caso sería el contrato de promesa de venta.

De ahí que llegara ese funcionario a la conclusión errada de que en Lorica se habría cometido la estafa *porque* en esa ciudad debía cumplirse el contrato.

2.- Tampoco razona atinadamente el Juez de Lorica al pretender definir la competencia con fundamento en el sitio en el cual se encuentra ubicado "el bien objeto de la litis".

En efecto, abundante jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que el delito de estafa (art. 356 C.P.) se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito (con el correspondiente perjuicio ajeno), y no en otro distinto.

3.- El posible ilícito en investigación (estafa) se hace consistir en que Arcadio Romero Pérez, mediante engaño (la promesa de compraventa), obtuvo que Juan Francisco Puerta Morelo le vendiera el predio situado "en el sector de Coveñitas" que fue debidamente identificado en el contrato, a cambio de lo cual solo obtuvo la parte del precio convenido en dinero, más no la representada en "un lote en el Diamante, frente a Posada del Mar, situado en Coveñas, de 133 metros cuadrados".

Consta en la promesa de compraventa que este acuerdo de voluntades fue firmado en Coveñas el 10 de septiembre de 1987 y consta también en el proceso, según lo afirma el denunciante y lo ratifica después bajo juramento, que en obedecimiento de este convenio Puerta Morelo extendió, ante la Notaría Unica de Lorica, la escritura No. 753 del 29 de septiembre de 1987, mediante la cual formalizó la promesa de venta.

Si, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito, necesario es entender que en el caso *sub-examine* este provecho se presentó en Lorica, porque allí se legalizó la promesa de compraventa, ante la Notaría Unica de dicha localidad (Escritura Pública No 753 de 29 de septiembre de 1987).

Corresponde, pues, al Juzgado 16 de Instruccion Criminal radicado en Lorica, la competencia del asunto.

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

Resuelve:

Declarar que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Distrito Judicial de Montería. En consecuencia, remítase el expediente al Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Lorica y dése aviso, adjuntando copia del presente auto, al Juzgado 4o. de Instrucción Criminal radicado en Sincelejo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NOTIFICACION \ Por conducta concluyente

Los planteamientos relacionados con el saneamiento de la nulidad y con el cumplimiento de los efectos perseguidos, le ceden el paso a la notificación por conducta concluyente.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 34. Radicación No. 6390

Vistos:

El Tribunal Superior de Antioquia, en sentencia de tres de mayo de mil novecientos noventa y uno, impuso a *John Jairo García Pinzón*, trece (13) años de prisión, por los delitos de "tentativa de homicidio" en Cástulo Palacios, y, de "homicidio" en Edgar de Jesús Tuberquia Moreno, y porte ilegal de arma de defensa personal (revólver), causas que fueron debidamente acumuladas.-

El recurso fue admitido en auto de ventisiete de junio, excluyéndose en tal pronunciamiento lo referente a la violación del Decreto 3664/86, y, la demanda lo fue en proveído de treinta de septiembre del citado año mil novecientos noventa y uno.-

Hechos:

La sentencia impugnada los relaciona del siguiente modo:

A.- "Cuando abandonaba uno de los cuartos sanitarios o letrinas instalados en el área urbana del Municipio de Riosucio en el Departa-

mento del Chocó, en las primeras horas de la madrugada del 28 de agosto de 1988, Cástulo Gutiérrez Palacios fue abordado por el comerciante John Jairo García Pinzón, quien tras inquirir "si había mucho sople" desenfundó un revólver y a boca de jarro apunto a la cabeza del sorprendido transeúnte con evidente ánimo de disparar, pero éste al advertir que el martillo del arma había sido montado para percutir el cartucho, en rápida maniobra desubicó el revólver en momento en que se producía el primer disparo que impactó la mejilla izquierda con trayectoria hacia el cuello. Ya lesionado y consciente de que su vida corría peligro, Gutiérrez Palacios se lanzó al río Atrato y se ocultó por entre las canoas mientras el agresor disparaba insistentemente contra él sin poder alcanzarlo de nuevo.

"Sólo por virtud de la instintiva reacción de la víctima y gracias a que el proyectil cuya trayectoria logró desviar no interésó órganos vitales, Cástulo Gutiérrez no perdió la vida aquella madrugada a manos del acusado García Pinzón. Las lesiones que finalmente recibió arrojaron una corta incapacidad, pero su verdadero singnificado, lo que pone en evidencia el recóndito y no bien disimulado propósito homicida, es el comportamiento torticero del acusado que desde el primer momento afinó la boca del cañón del arma, haciendo contacto con la cabeza de la sorprendida víctima, al tiempo que presionaba el gatillo para descerrajar un disparo que no produjo el peor resultado porque la trayectoria del proyectil fue levemente cambiado gracias a la providencial reacción del ofendido, quien al mover el arma recibió el impacto en el rosto. Pero para dejar todavía más al descubierto su insatisfecho deseo de segar la vida de Cástulo Gutiérrez, el agresor quizo acribillarlo en el lecho del río disparando el revólver hasta agotar la carga del tambor mientras el herido desesperadamente nadaba y se refugiaba entre las embarcaciones fondeadas en el lugar".

B.- Y en cuanto al otro juzgado comportamiento se dice:

"Después de una noche de libaciones, entre 15 y 20 residentes del municipio de Vegachí se congregaron en torno a un puesto de ritanga en la calle principal de la población, más concretamente al frente de la "agencia de abarrotes Vegachí". De un momento a otro, cuando eran las 3 de la madrugada del dominio 14 de mayo de 1989, sin que los testigos pudieran advertir la génesis del problema, se vio a John Jairo García Pinzón cuando desenfundaba un arma que disparó en respectivas veces al tiempo que uno de los concurrentes, Edgar de Jesús Tuberquía Moreno, se desplomaba con una herida en el tórax que le produjo la muerte casi instantáneamente en el mismo lugar".-

Actuación Procedimental:

Del primero de los procesos (ofendido Cástulo Gutiérrez) conoció el juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Riosucio -Chocó-, quien limitó la resolución acusatoria a un delito tentado de homicidio, librando despacho comisorio para su notificación, insertando en éste tan sólo la parte resolutiva de este proveído y la indicación del juzgado que lo emitía y su fecha correspondiente. El Juez promiscuo municipal de Vegachí (Antioquia), cumplió la comisión.-

El Juzgado Quinco Superior de Medellín, en decisión de dieciocho de julio de mil novecientos noventa, varió la califiación provisional determinada por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal, adicionando, el de porte ilegal de armas (D. 3664/86. art. 1), pronunciamiento notificado de manera personal a *John Jaire García Pinzón* -fs. 200 cuaderno #2-.

En otro averiguatorio lo asumieron los juzgados promiscuo municipal de Vegachí y el Noventa y Uno de Instrucción Criminal de Amalfi, -despacho este último que produjo la califiación sumarial en auto de venticuatro de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, confirmado por el Tribunal Superior de Medellín el primero de noviembre de este mismo año, con la adición de lo pertinente al porte ilegal de armas.

La repectiva acumulación se decretó, por el Juzgado 15 Superior, el doce de julio de mil novecientos noventa.

De la demanda y su consideración:

Tres cargos se formulan a la sentencia:

1.- Esta se dictó en juicio viciado de nulidad (art. 226-3 C. de P. P.).

Y al respecto se alude a la inaceptable forma como fuera notificada la resolución acusatoria atinente a la primera de las reseñadas conductas.

Sobre el particular se indica, luego de destacarse la importancia de conocer oportunamente la acusación y su posibilidad de controvertirla, que "...encuéntrese o no privado de su libertad el procesado y practíquise directamente o por conducto de funcionario comisionado, "la notificación personal se hará por secretaría leyendo íntegramente el auto o sentencia a la persona a quien se notifique, o permitiendo que ésta lo haga",

según lo anuncia terminantemente el artículo 178 del Código de Procedimiento Penal, que fue, precisamente, el texto legal desconocido en el presente caso, pues el Señor Juez Sexto de Instrucción Criminal de la localidad de Riosucio, en lugar de remitirle al funcionario comisionado, para efectos de la notificación personal al procesado, una copia auténtica y *completa* de la resolución de acusación, se limitó a enviarle un *resumen* contentivo del encabezamiento, de los títulos de los distintos acápites y de la parte resolutiva de la misma, menoscabando así el ya mencionado derecho del acusado a conocer, oportuna e *íntegramente*, los términos y los fundamentos de la acusación formulada en su contra.

"Como es apenas lógico, un yerro procedimental de semejante magnitud no podía pasar desapercibido por la judicatura, y, efectivamente, el distinguido juzgador de primera instancia en su momento lo advirtió, pero, contra toda predicción y con la ulterior aquiescencia tácita de los Honorables Juzgadores colegiados de segundo grado, minimizó, a tal extremo su trascendencia, que apenas le dedicó al punto, entre las páginas 2a y 3a de la sentencia, las siguientes y escuetas líneas. "La notificación personal de este proveído acusatorio al procesado se cumplió de manera irregular, supuesto que no se le integró en el contenido total sino en un extracto de la providencia (fs. 182 y 183), pero ha de entenderse salvada tal irregularidad por la actuación del notificado en el ulterior diligenciamiento (C. de P.P. Arts. 178 y 181)".

"Tal como se interfiere de la transcripción precedente, el Señor Juez Décimo Quinto Superior de la ciudad de Medellín se valió del contenido del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, para declarar legalmente subsanada la irregularidad derivada de la incorrecta notificación al procesado de la resolución de acusación con fundamento en *"la actuación* del notificado en el *ulterior diligenciamiento"* (cursivas extratexto). No obstante , aun cuando el artículo en mención consagra, ciertamente, antes que una cierta especie de notificación, un verdadero dispositivo de saneamiento idóneo para neutralizar algunas omisiones otrora generadoras de nulidad, en manera alguna puede aceptarse que el susodicho dispositivo pueda utilizarse para contrarrestar eficazmente cualquier vicio anulatorio, como si se tratara de una "varita mágica" a cuyo contacto todo se sanea, máxime cuando la irregularidad afecta como en el presente caso, nada menos que la notificación de la resolución de acusación, que, además de ser una condición indispensable para el ejercicio adecuado del derecho de defensa, constituye una solemnidad calificable como una verdadera "forma propia del juzgamiento".

pues, sobre la ejecutoria de la resolución el acusación (que presupone, obviamente, la ortodoxa notificación de la misma) se apoya toda la subsiguiente etapa del juicio, cuya validez incide directamente en la legalidad de la sentencia.

"Lo expuesto significa que, en contravía de lo afirmado expresamente sobre el particular por el distinguido juzgador de primer grado, el dispositivo de saneamiento invocado no puede operar válidamente en este caso, por no haberse realizado a cabalidad ninguno de los dos supuestos de cuyo alternativo cumplimiento depende la convalidación subsiguiente. Dichos supuestos, a la luz del artículo 181 del Código, son, en efecto, los siguientes: a) la actuación del sujeto procesal afectado por la indebida notificación, en la "diligencia o trámite a que se refiere la decisión"; b) la interposición de algún recurso en contra de la providencia indebidamente notificada, por parte del sujeto procesal afectado.

"Naturalmente, ninguno de los dos anteriores supuestos coincide exactamente con la circunstancia presuntamente convalidatoria invocada, en la sentencia de primer grado, por el Señor Juez Décimo Quinto, Superior de Medellín ("la actuación del notificado en el ulterior diligenciamiento"), pero el que más se le parece es el consignado bajo el literal a), cuya inaplicabilidad con respecto a la resolución de acusación resulta evidente, sin embargo, con solo tener en cuenta que la órbita propia del dispositivo de saneamiento en cuestión, no puede ser otra que la de aquellas providencias encaminadas a señalar fecha y hora para la realización de determinada diligencia (vr. gr. la de audiencia pública) o a disponer un cierto trámite (vr. gr., poner en conocimiento de las partes la prueba trasladada o un dictamen pericial), eventualidades ambas manifiestamente extrañas a la resolución de acusación, cuyo cometido no es ni puede ser otro que el de concretar en debida forma los cargos por los cuales debe responder el acusado, durante la etapa del juicio, ante el Estado Colombiano.

"No siendo, entonces, la resolución de acusación una decisión expedida para fijar ninguna diligencia o para disponer trámite alguno, es obvio que las irregularidades derivadas de su indebida notificación no pueden considerarse saneadas por "la actuación del notificado en el ulterior diligenciamiento", lo cual fuerza a concluir que, en este caso concreto, dicha resolución jamás alcanzó ejecutoria y que, en consecuencia, la etapa del juicio no ha debido siquiera iniciarse, so pena de que la sentencia a la postre adoptada resultara, como en efecto resultó, dictada dentro de un juicio viciado de nulidad".

Respuesta:

De esta primera censura advierte el Procurador 3o. Delegado en lo Penal, su improcedencia, con base en este razonamiento: "Son pues, las notificaciones, actos necesarios de la actuación, que deben ser realizados además dentro de los parámetros de la legalidad prevista en el ordenamiento procesal para que puedan cumplir los efectos perseguidos con ellas. Su naturaleza jurídica es, entonces, la de un acto e información a través del cual el sujeto procesal adquiere conocimiento sobre algunos aspectos del ejercicio de la jurisdicción. Si ello es así, débese concluir que cuando se violen los principios normativos que los rigen, su infracción se debe mirar no aisladamente sino en relación con los efectos que la omisión o irregularidad haya podido comunicar al posterior desenvolvimiento del proceso.

"No se trata, como se propone en la demanda, de examinar simplemente si el mecanismo de convalidación que en criterio del juzgador operó, amplió teóricamente las finalidades perseguidas con el acto irregularmente practicado, sino que preciso resulta analizar las reales consecuencias de la infracción a la norma. Sobre este aspecto, comparte la Delegada la afirmación del recurrente según la cual no era posible entender remediado el vicio con fundamento en la notificación por conducta concluyente, pues ninguna de las hipótesis de ella tiene real dimensión dentro de esta específica actuación.

"No por ello puede afirmarse, sin embargo, que la irregularidad puesta de presente adquiera la naturaleza de causal de anulación, pues no trascendió aquella al ámbito de la violación del derecho a la defensa del procesado. Obsérvese, a este respecto, que el defensor del encausado en la oportunidad legal pertinente solicitó la evacuación de un medio de prueba en relación con los hechos que motivaron el enjuiciamiento, a cuya práctica, por lo demás, accedió el funcionario judicial correspondiente. Más adelante, en la etapa del debate oral, el representante judicial del enjuiciado tuvo oportunidad de referirse amplia y detalladamente a los cargos consignados en la resolución de acusación, haciendo además reflexiones específicas y fundamenta para tratar de desvirtuar las conclusiones de tallador. No fue la audiencia, sobre estos puntos, un acto meramente rutinario, o uno que demostrara la falta de información del abogado respecto de los cargos formulados y su motivación, sino un episodio en el que claramente se puede detectar no solamente que el profesional sabía de la existencia de la resolución de acusación y conocía exactamente su contenido, sino que además con gran sentido profesional, hizo alusión

a todas las motivaciones contenidas en ella, sin que, por obra de la dinámica procesal, hubieran sido acogidos sus razonados planteamientos.

"La notifiación, como acto de comunicación, entonces, cumplió todos sus efectos fundamentales. El defensor, y con ello obviamente el procesado, adquirieron pleno conocimiento con la decisión y en oportunidad adecuada para ello, puesto que ese conocimiento se tradujo tanto en la solicitud de pruebas como en las alegaciones realizadas en la audiencia. Ninguna infracción al derecho de defensa se produjo, y por tanto no procede la invalidación de lo actuado, pues de acceder a ella se estaría imponiendo el respeto a las formas por encima del derecho sustancial, situación que se encuentra expresamente prohibida por la Constitución Nacional recientemente expedida, en su artículo 228.

"Las dos situaciones anteriormente reseñadas (solicitud y práctica de pruebas y amplia alegación en la audiencia), revelan la existencia de condiciones adecuadas para la defensa dentro el proceso, en lo cual radica el demandante su censura, al afirmar que "la posibilidad de conocer oportunamente la acusación y *la de controvertirla exhaustivamente, por la vía de la prueba y de la alegación*, constituyan verdaderas e inconculcables garantías del acusado, establecidas no solamente en salvaguarda de su derecho de defensa, sino también en tutela del proceso mismo como instrumento civilizado de juzgamiento". La discusión de la resolución acusatoria por la "vía de la prueba", estuvo satisfactoriamente garantizada al haber podido -y haberlo hecho el defensor- solicitar la práctica de medios de convicción tendientes a resquebrajar las motivaciones de la decisión enjuiciatoria, tal como anteriormente se señalo. Su contradicción por el camino de la alegación, estuvo igualmente satisfecho según se puede constatar en las actas procesales, pues razonada y adecuadamente se hicieron referencias concretas a los cargos en el extenso alegado del defensor de la audiencia pública subsiguiente.

"Cumplidos materialmente los efectos perseguidos con la notifiación, no resulta procedente entrar a discutir siquiera si las irregularidades denunciadas por el casacionista eran posibles de ser convalidadas o no, pues no se trata en este punto de buscar remedios a vicios in procedendo, sino en resaltar el ejercicio pleno de las garantías procesales de que disfrutó el enjuiciado, lo que impide la anulación del procedimiento, puesto que carecía de sentido retrotraer la actuación para rendir culto a la forma, con evidente detrimento de los derechos mismos del imputado quien así, se vería enfrentado a la prolongación innecesaria de un juicio".

Como bien se advierte en la anterior referencia, la Delagada excluye la posibilidad de una fenómeno de notificación por conducta concluyente (art. 181 C. de P.P.), pero, al respecto, silencia toda argumentación. Le basta con anotar que "ninguna de las hipótesis de ella tiene real dimensión dentro de esta específica actuación". Más bien especula sobre el objetivo de las notificaciones (dar a conocer algo) para permitir la controversia sobre lo que ha sido motivo de este enteramiento, ya mediante la vía probatoria, ya mediante la vía de la alegación. De donde deduce que lo importante, en notificaciones irregulares, es que lo que se pretende con el debido enteramiento, también logre cumplirse a pesar de la actuación imperfecta. Y como en este caso se dió el cumplimiento de tales efectos (pruebas y alegaciones), de ahí la impertinencia de la alegación que se analiza.

Aludir, como lo hizo la instancia, a un fenómeno de saneamiento de la nulidad, o atender, más bien, como lo recomienda la Delegada, al fenómeno del cumplimiento de los efectos perseguidos con la notificación, o señalar un defecto en la alegación del casacionista, porque no ha desarollado integralmente su censura, ya que ha dejado de demostrar cuáles fueron las privaciones o menoscabos sufridos por el procesado en orden a introducir, por parte de él o de su defensor, alegaciones, recursos o probanzas, no deja de constituír una coincidente apreciación del punto, todo ello tendiente a demostrar que lo tomado por actuación que afectara de sustancial nulidad, el proceso no tiene tal caracterización o no conservó tal perfil.

No son, pues, tan dispares esos diversos planteamientos, cada uno de los cuales, por la dosis de acierto que encierra y a falta de una solución legal más particularizante, constituiría una adecuada réplica a la censura comentada. La jurisprudencia, en la evolución de sus apreciaciones, no ha dejado de recomendar una u otra tesis.

Pero la consagración en el proceso penal de la "notificación por conducta concluyente" -artículo 181- dá lugar a que los aludidos planteamientos, que en el fondo constituyen la razón de ser de un instituto como éste, cedan paso y la cuestión se centre en analizar la incidencia de este instituto jurídico procesal.

Conviene advertir, sí que la existencia de un remedio de esta naturaleza, no extraña el reproche que suscita un comportamiento de esta índole. La obligación inicial de un despacho judicial (jueces y secretarios) está representada, en el terreno de las notificaciones, por la exigencia de cumplirse éstas en la forma debida que señala el respectivo estatuto. Así, eventualmente, pueda aparecer la notifiación como actuación secundaria

o superflua o puedan purgarse sus consecuencias invalidantes, el enteramiento debe cumplirse oportunamente con las modalidades indicadas por la ley y con quien debe surtirse, pues desatender este primordial mandato da lugar, en el mejor de los casos, a que el proceso sufra retrasos perjudiciales, como en el caso de una petición de restituir el trámite, al ocurrir la primera intervención del afectado que no asiente a esa omisión o defecto, o a que temporalmente se desconozcan o mermen las garantías esenciales que estructuran el proceso, o a que la justicia pueda tildarse, así sea desmedidamente, como subrepticia, o, por último, a que surjan oposiciones argumentales al final de la actuación, para dar al traste con una sentencia obtenida tras dispendioso trámite. Entonces, el compromiso es el de verificar la notificación del modo como se estatuye por la ley, quebranto que, en ocasiones, así el trámite pueda y deba salvarse, -da origen a sanciones disciplinarias-.

Pues bien, para la Sala, partiéndose del presupuesto de una notificación irregular, pues debiéndose transcribir *in integrum* la resolución acusatoria, solo se reprodujo parte de ésta en el despacho comisorio, (el encabezamiento del proveído, los títulos de sus distintas secciones y la parte resolutiva del mismo), se impone concluir que se dio la previsión contenida en el artículo 181 del C. de P.P. y por tanto resulta ajena e improcedente la invocación de una nulidad.-

Manda este dispositivo que "Cuando hubiere omitido notificación, o se hubiere hecho en forma irregular a quien debió hacerse personalmente, se entenderá cumplida para todos los efectos, si la persona hubiere actuado en diligencia o trámite a que se refiere la decisión o interpuesto recurso contra ella".

La intervención posterior, ligada a la notificación omitida o, como es el caso de autos, irregularmente notificada, debe apreciarse conjuntamente para procesado y defensor. Osea que la intervención de uno puede estimarse como válida para el otro, Conviene anotar que el Código de Procedimiento Civil, (art. 330), alude a "parte". En otras palabras vale tanto a los efectos de una notificación por conducta concluyente, lo que al respecto haga el uno como el otro, entendiéndose la actuación de cada uno como realizada a nombre de los dos.

También debe señalarse que no se trata de todo un conjunto de actuaciones, simultáneas o sucesivas, sino de la primera de ellas que se ejecute por cualquiera de los que pueden constituír una común o idéntica

parte exigiéndose si que tenga esa trascendencia de evidenciar el conocimiento de la providencia dictada, ligándose ésta a ese acto que traduce la conducta concluyente.

Entonces, a este respecto, nótese cómo el procesado el 17 de enero de 1990, fue notificado irregularmente de la Resolución Acusatoria -fs. 183 vto.- y al remitirse este expediente al Juzgado Segundo Superior de Quibdó, el defensor de John Jairo García Pinzón, solicitó a aquel la acumulación prevista en el artículo 89 del C. de P.P., instituto que exige como conditio *sine qua non* "la ejecutoria de la resolución de acusación o del auto sobre el control de la legalidad" en los procesos acumulables.

El Juzgado Quince Superior de Medellín, en el cual cursaba el otro proceso (ofendido Tuberquia Moreno), decretó la acumulción en auto de 12 de julio de 1990 - fs. 275-, providencia de la cual fue notificado, en forma personal, John Jairo García Pinzón, -fs. 277-. Y, en auto de 18 de julio de 1990, también notificado personalmente a García Pinzón -fs. 275 y 277-, este mismo juzgado adicionó el cargo de "porte ilegal de armas", en el proceso en que fuera ofendido Gutiérrez Palacios.-

Lo dicho hace innecesario recordar otras actuaciones posteriores, tanto realizadas con el procesado como en su defensor. Y, asimismo, es suficiente para declarar la improcedencia del cargo.

2.- La sentencia se muestra violatoria de una norma de derecho sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba- art. 226-1, cuerpo segundo del C. de P.P

Para el censor no se da prueba en orden a demostrar aspectos tales como la clase de arma, marca, número, calibre, si era arma de fuego de defensa personal y si carecía de permiso el procesado para portarla, pues perito alguno o autoridad o entidad oficial emitió información al respecto.-

Respuesta:

-Como bien lo recuerda la Delegada, el porte ilegal de armas, en su benigna apreciación de tratarse de instrumento de defensa personal, está sacionado con pena privativa de la libertad que no da lugar al recurso de casación, habiéndose excluído, en el proveído de adminisón de éste, lo relacionado con esta conducta.

No prospera el cargo.

3.- Idéntica violación indirecta de la ley, cifrándose la misma en que el tribunal, sobre "dos leves y equívocas circunstancias indiciarias" (la localización del disparo y la corta distancia a la que supuestamente el mismo fue realizado) encontró demostrado el propósito de matar y descartó el de lesiones.-

El censor redondea su argumenación así. "Si el occiso en forma accidental se interpuso en la línea de fuego", qué poder demostrativo poseen, frente al propósito de matar, la región anatómica vulnerada y la hipotética proximidad del disparo, máxime cuando es palmaria la ausencia de manifestaciones anteriores, concomitantes o subsiguientes con respecto a la intención homicida, además de que, en relación con el móvil, absolutamente todo se ignora?.

"Naturalmente, si, con base en unos elementos de convicción tan precarios, equívocos y deleznables como los anteriores, el Honorable Tribunal Superior de Antioquia no vaciló en calificar de "evidente" la culpabilidad a título de dolo y de "axiomático" el propósito de matar, ello obedeció, incuestionablemente, a que incurrió (tal como se anticipó al enunciar este cargo) en un clarísimo *error de hecho*, que lo indujo a suponer existente en el proceso (falso juicio de existencia) la prueba plenamente demostrativa, de dicho propósito".

Para desestimar esta acusación, basta recurrir a las atinadas glosas de la Delegada que fija la controversia en su exactas lindes y consecuencias.

Esta anotó: "La estructuración del cargo, a juicio de esta Agencia Fiscal, presenta yerros técnicos que impiden su estudio de fondo. Al efecto debe resaltarse que inexplicablemente el demandante no pasó de la invocación del motivo de casación que sirve de fundamento a su ataque, pues pese a que dedicó un acápite de este capítulo de su libelo a la demostración, tal como lo tituló para nada desarrolló lo enunciado, pues olvidó que es su deber no solamente mencionar el presunto equivoco del fallador, sino que también se necesita -para que la demanda tenga vocación de éxito- que compruebe cuál o cuáles pruebas fueron objeto del falso juicio de existencia por suposición, y que trascendencia tuvieron ellas en el fallo censurado.

"En el libelo las referencias que se encuentran a los medios de convicción que se estiman supuestos, se concretan en deducciones del juzgador que tienen su base, a su turno, en pruebas materialmente existentes en el

expediente, de donde no podría sostenerse la evidente suposición de que habla el impugnante quien, en este punto, se limita a proponer conclusiones diversas de las del juzgador sin respaldo probatorio real.

"No cabe duda a la Delegada que sobre la base del sitio en donde hizo impacto el proyectil, la ausencia de móviles aparentes en el suceso, la potencia ofensiva del arma y la personalidad del victimario, bien puede el juzgador fundamentar la existencia de comprobación del propósito homicida, como lo hizo. Y en este punto, disiente esta representación del Ministerio Público con el casacionista, pues no es verdad que el Tribunal hubiese tenido en cuenta solamente la localización del disparo y la corta distancia a la que el mismo fue realizado para deducir la naturaleza de la culpabilidad del sentenciado, pues -como se anotó- también fueron tenidos en cuenta otros aspectos, en párrafos de la sentencia diversos del citado por el recurrente, como el siguiente:

" 'Y analizados los hechos en una mayor extensión, comprensiva del momento previo del disparamiento, tampoco son viables los postulados del señor defensor porque desde el punto de vista de estos últimos testimoniantes sí se conoce a ciencia cierta que el *pendenciero* fue el occisado, *que la persona desconocida que supuestamente entró en discusión con él no quería problemas, estaba inerme y cuando García Pizón sacó el revolver en forma amenazante, la única reacción de aquél fue irsele al cuerpo para defenderse*' (fls. 101 vto. 102 fte., 120 vto., 121 fte). (Las resaltadas no están en el texto)

"¿Cómo negar que aquí el Tribunal está aceptando la existencia de otros aspectos objetivos que demuestran la intención homicida del procesado?. Se está cimentando la deducción de responsabilidad en la actitud pendenciera del inculpado antes del disparo, el conocimiento que el mismo imputado tenía de lo indefenso que se encontraba el occiso, la actitud defensiva que asumió este. Todo ello llevó al juzgador a concluir - junto con otros aspectos- que el procesado actuó en forma dolosa y por ello negó la petición de la defensa de que el inculpado fuera sentenciado por un homicidio preteintencional.-

"Pero, a más de lo comentado, debe ponerse de presente también que el demandante concluyó solicitando condena a favor de su asistido pero por el delito de homicidio preterintecional, sin que en el cuerpo de la demanda se ocupara de fundamentar su petición, pues ningún análisis hizo en relación con esta forma de culpabilidad sino que, desestimada por él la conclusión del Tribunal, afirmó que se imponía la condena por preterintención, sin saberse cuáles son los fundamentos posibles de ella".

Como punto final debe expresarse que aquí se evidencia un diversidad de apreciaciones, aspecto en el cual, cuando el criterio del fallador se muestra ajustado a las reglas de la sana crítica, no es dable llevar la discrepancia conceptual a estadios tales como los de ignoracia de la entidad probatoria o al del reconocimiento de algo que no existe. Quien emplea un arma de fuego de evidente potencia, la utiliza a corta distancia y escoge una región de delicadísima vulneración, aspectos todos estos de una realidad innegable, tiene que decirse que actúa no con un propósito simple de lesionar sino de matar. Para esquivar estimación tal, tendrían que darse específicos, sensibles e indiscutibles elementos de comprobación contraria, caso este que no sucede en autos.

Se rechaza la objeción.

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

Resuelve:

No casar el fallo acusado, ya indicado en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garavito, Secretario.

RECURSO DE HECHO - Sustentación

Por "sustentar" el recurso de hecho debe entender el planteamiento de las objeciones o reparos que el impugnante tenga en relación con la providencia que le negó el recurso.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 34. Radicación No. 7277

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia o no del recurso de hecho, interpuesto por el aquí denunciante Abel Cenén Brochado de la Cruz, contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, sala, penal que denegó el de apelación que a su turno se había formulado sobre aquel mediante el cual la misma Corporación se inhibió de iniciar sumario contra la Dra. *María Emilce Henao Jiménez*, Juez promiscuo Municipal de Palmar de Varela.

Resultandos y Consideraciones:

1.- Abel Cenén Brochado de la Cruz denunció a Antonio Angel Rúa Rúa, por un delito contra la integridad moral, investigación que correspondió a la Dra. *Henao Jiménez*, en su indicada condición de Juez Promiscuo de Palmar de Varela. En el trámite de la misma, en sentir del denunciante, la juez realizó diversos actos que comportan vulneración de la ley penal, y más concretamente, afirma su conducta se subsume en los tipos de 'Abuso de Autoridad' y 'Prevaricato' 'Adelantada por el Tribunal de Barranquilla, la correspondiente averiguación preliminar, por auto de

diciembre 6 de 1991 se abstuvo de abrir investigación contra la funcionaria, "por encontrar luego de pormenorizado estudio de todos y cada uno de los cargos, que 'no se adecuán a ningún tipo penal'. Se dispuso también la compulsa de lo pertinente, con destino al Juez de Instrucción y relacionado con los hechos presuntamente delictivos que se imputaban a la Secretaria del Juzgado, *Antonia Heiner de Mercado*.

Contra la anterior deteminación al denunciante interpuso recurso de apelación, el que, según el Tribunal, no fue 'sustentado como lo exige la ley y por lo mismo se *denegará*' (auto de enero 28/92). Aquí, entre cosas se señaló: "... 3.- *cúal era la obligación del recurrente*. Este no tenía otra alternativa distinta a rebatir, con suficiente argumentación que los cargos por él imputado sí constituían infracción a la ley fundamental penal. Veámos: Se acusa a la Juez que ella demoró demasiado para resolver si abría o nó la investigación en el caso que él denunció, (sindicando a Antonio Angel Rúa Rúa), cuando finalmente resolvió y el ahora denunciante recurrió y, el *a-quo*, dispuso la apertura del proceso. Se le imputa que llamó al versionado a 'rendir indagatoria'; tiene entonces que explicar por qué esto constituye infracción a la ley penal y, no lo hizo. También debe explicar por qué motivo es delito, qué la indagación preliminar demore más de 15 días y tampoco la demuestra. Debió probar que constituye un delito el que la Juez denunciada designó como abogado titulada ,ni miembro de un consultorio jurídico para que sirviera como tal en la población de Palmar de Varela; cuanto por el contrario, la ley lo permite y así se expresó en el auto que es materia de censura y tampoco se demostró lo contrario, se le endilgó a la querellada que después de oir en indagatoria al sindicado que no estaba capturado, no le resolvió la situación jurídica; tampoco dió las razones de por qué tal comportamiento es delictivo.

"4.- Del análisis del escrito presentado por el denunciante se observa que el mismo, no reune las condiciones del artículo 207 del código de procedimiento penal, toda vez que se le limita a realizar un relato de la historia del proceso desde su inicio sin exponer una razón jurídica para refutar la providencia de fecha diciembre 6 del año pasado, y no reune las exigencias, pues de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacional", el recurrente debe suministrar argumentos, razones y planteamientos enrumbados a soportar la idea que se defiende, que básicamente tiende a combatir o refutar la decisión jurídica controvertida; como ya se precisó en el caso *sub-lite*, el impugnante tenía el deber de demostrar que los cargos que formuló en el libelo, de por sí constituían infracción a la ley penal, y que se logró poner más en evidencia con la prueba que se trajo al informativo."

2 . - Como quedó visto, el denunciante recurrió de hecho, y en escrito de sustentación de este recurso, vuelve a repetir los cargos contra la Juez *Ulano Jiménez* y sobre los que ya el Tribunal en su determinación de diciembre 6 había precisado que eran *atípicos* apuntando las razones por las que opinaba en tal sentido. Ahora el recurrente, solicita de la Corte, que "cuando entre a estudiar el presente recurso de hecho, se tenga en cuenta los argumentos de fondo judicial que presenté, al momento que presenté mi recurso de apelación el día 18 de septiembre de 1991, ante el Tribunal de Barranquilla", y se extraña de que el tribunal en su decisión de enero 28/92 haya denotado la obligación en que estaba de sustentar el recurso interpuesto, "y tenía que demostrar si los funcionarios aludidos cometieron delitos y si las conductas denunciadas encuadran en el campo, pienso que eso es absurdo, quien más puede saber si cometieron tales conductas delictivas que los mismos magistrados...".

Sabido es que la sustentación del recurso de aplicación es carga del impugnante ; desde luego que no se trata de construir una pieza jurídica sobre el particular, pero sí es necesario presentar los planteamientos en los que estriba la inconformidad con la dicisión recurrida y no basta un desacuerdo genérico que no indique en concreto los puntos que se fundamentan, sino que se requiere la formulación de los argumentos de hecho y derecho en que se finca la impugnación. No podía al recurrente como lo hizo limitarse a no compartir la decisión y a meras expresiones abstractas, tales como que la conducta no es *atípica* como lo predica el tribunal "ya que dentro del proceso cuestionado y ahora apelado existen fundamentos de fondo, pruebas que demuestran todo lo contrario, más sin precisar ni unos ni otros.

Y, ahora, sí en lo que estrictamente concierne a la Corte, olvidó el *recurrente de hecho* lo que enseña la deteminación de esta Corporación de mayo 10 de 1988, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruíz, así:

"El Tribunal negó el recurso de apelación sobre la base de que, en su entender, no había sido debidamente sustentado. 'En el caso bajo examen dijo, como ya se indicó, se ha manifestado un desacuerdo genérico con expresiones vagas e imprecisas, que no pueden acogerse para tener como adecuadamente sustentado el recurso de apelación interpuesto por el denunciante.

Pues bien: el artículo 213 del nuevo código de procedimiento penal contempla en los siguientes términos el trámite del recurso de hecho:

"Dentro los tres días siguientes al recibo de las copias deberá sustentarse el recurso, con la expresión de los fundamentos para que se conceda el denegado. Vencido este término se resolverá de plano".

Si el recurso no *se sustenta* dentro término indicado, *se desechará*.

Es preciso afirmar que el denunciante no sustentó en este caso el recurso de hecho. En efecto: en el escrito que con ese propósito presentó en la Corte, *no da el recurrente ni una sola razón dirigida a que se le conceda el recurso de apelación denegado*, limitándose a 'ampliar la sustentación que hizo de éste ante el juzgador de primer grado. *Por 'sustentar el recurso de hecho debe entenderse', como es obvio, el planteamiento de las objeciones o reparos que el impugnante tenga en relación con la providencia que le negó el recurso y no respecto de la que fue objeto del mismo, y que aquí sería el auto inhibitorio*, es decir, que al quejoso le correspondía en la corte rebatir los argumentos que el Tribunal dio en su proveído del 28 de enero último para negar el recurso de apelación, y no, como lo hizo impugnar los que adujo el juzgador de primera instancia en el auto inhibitorio, pues, repítese, no se trataba de sustentar el recurso de apelación sino el de hecho. El artículo 213 citado es bien claro al señalar que el recurso deberá sustentarse 'con la expresión de los fundamentos para que se conceda el denegado'.

Esta confusión en que cayó el recurrente se traduce, inevitablemente, en la no sustentación del recurso de hecho, por tanto, será rechazado".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal-, *desecha* el *recurso de hecho* interpuesto por falta de sustentación del mismo.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

APELACION - Sustentación

Es indispensable que en la sustentación se expresen las razones del dicentimiento con la providencia que se recurre y éstas obviamente tiene que ser de fundamentación jurídica o probatoria.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 034. Radicación No. 5756

Vistos:

Por sentencia del trece de junio de mil novecientos noventa, el juzgado Décimo Superior de Santafé de Bogotá condenó a Carlos julio Torres Hernández como responsable del delito de homicidio por el que había sido llamado a juicio a la pena principal de diez años de prisión.

Por decisión de segunda instancia del Tribunal Superior de cundinamarca del ocho de noviembre de 1990 se confirmó con modificación la sentencia recurrida, imponiéndose pena de 10 años 4 meses de prisión como reponsable de los delitos de Homicidio y porte ilegal de Armas.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación , fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación Presentada la demanda se declaró y se escuchó el concepto del Procurador Delegado, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Procede la sala a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes.

Hechos:

Tuvieron ocurrencia el 18 de mayo de 1989 los inicios de la noche; en la vereda San Isidro Bajo comprensión del Municipio de Machetá, cuando entre un grupo de participantes en el llamado juego de la tapita, se presentó una agria discusión que culminó con un desafío a sacar las armas, por lo que Torres, quien tiene un defecto en una pierna, extrajo de su habitación de un revólver con el cual ocasionó la muerte a Ismael Vega de un disparo.

Actuación Procesal:

Por auto de 19 de mayo de 1989 del Juzgado Promiscuo de Machetá se abrió el proceso penal.

Indagado Carlos Julio Torres Hernández el 25 de mayo de 1989 se le dictó auto de detención el día 31 del mismo mes.

El 27 de septiembre de 1989 el Juzgado 90 Criminal profirió Resolución de Acusación por el delito de Homicidio Simple y Porte ilegal de armas.

Se realizó la diligencia de audiencia pública el ocho (8) de junio 1990 y se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el 13 de ese mes y de segunda el 8 de noviembre del mismo ano.

Los Argumentos de la Demanda:

Al amparo de la causal tercera el impugnante considera que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad por haberse vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso pese a haber interpuesto y sustentado oportunamente el recurso de apelación contra el auto de resolución de acusación, el tribunal se abstuvo de resolverlo, argumentando que no se había sustentado legalmente. Dice el recurrente que al parecer es criterio de esa Corporación que la sustentación del recurso deba tener la misma fundamentación que el alegato de segunda instancia y, en tales circunstancias, se pregunta cual debe ser la extensión o el modelo que debe seguirse en un memorial de sustentación del recurso.

Bajo el ámbito de la causal primera, consideró que la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial por atipicidad de la conducta

relacionada con el arma en razón de que el procesado no la portaba, puesto que la tenía guardada en su casa para defenderse y bajo ninguna circunstancia con la finalidad de subvertir el orden público. Considera igualmente que tampoco es culpable.

En relación con el homicidio dice que se violó el artículo 60 del Código Penal por no haber sido aplicado y ello por error en la apreciación de las pruebas, porque según el mismo, los hechos se originaron en una trampa que hizo Vega en el juego de la tapita y por tanto fue el provocador.

Igualmente destaca la situación de minusválido del procesado aduciendo que el hecho de retardo a pelear es un acto de cobardía "que lógicamente desespera, enfurece y atormenta".

Concluye entonces que fue provocado primero al hacérsele trampa en el juego y posteriormente al humillarlo y retarlo aprovechándose de su condición física.

El Concepto del Procurador Delegado en lo Penal:

Solicita no se case la sentencia fundamentado en las siguientes argumentaciones :

> "a) En el examen de la demanda resulta evidente que esta adolece de deficiencias en su presentación y plantamiento técnico que ciertamente indican que se hizo una alegación emotiva de instancia pero en modo alguno se centró en el ataque al contenido de la sentencia en el orden técnico sustancial y procesal. Por eso las frases sobre la lástima por el inválido que cometió el homicidio, la desgracia de haber nacido con un defecto físico que lo hace minusválido. Pero aparte ello, es natural comentar que son muchas las carencias para que la sala pueda ocuparse del fondo de la cuestión, salvo el tema de la nulidad por razón de la oficiosidad que ella reclama ante la ley, y que el censor coloca en primer término de su demanda. Véase H. Magistrados que respecto de la causal de nulidad, no indica a la Corte, porqué razón considera debidamente sustentado el recurso de apelación que el Tribunal desatendió por indebida fundamentación de sustento. Se limita a formular unos interrogantes sobre qué se omitió cual es el modelo de memorial debido a quien corresponde decidir sobre la sustentación.

b) Sin embargo, al mirar al fondo la cuetión, es evidente que no hubo sustentación adecuada en cuanto no se presentaron argumentos de impugnación de contradicción racional o lógica, de crítica provatoria sobre el contenido de la providencia apelada. En efecto, plantear solo temas conceptuales de carácter general, como decir que el hecho se desdobla en dos, y que el intrumento de la muerte se ha considerado como otro hecho punible, diciendo que ello viola el principio *non bis in idem*, sin más, no es realmente un acto de sustento argumentivo del ataque de la decisión judicial. Es menester, creemos, que se tomen los raciocinios del juez, se critique, se controvierta la prueba si es del caso y se presenten argumentos de ley (normas legales) que confieren la razón jurídica al recurrente. No basta la expresión formal de que se recurre en alzada, sino que es indispensable que se controvierta *in iudicando* o *in procedendo*, o en el campo de la prueba, los contenidos de la decisión recurrida que se trata de remover a través del recurso ordinario. Ello es evidente que no se hizo como se ve de la lectura del escrito presentado en el juzgado instructor, por la cual abstención del tribunal es correcta, pues es presupuesto de la relación de alzada el que se satisfaga completamente las exigencias legales para que, aparte de la procedencia formal del recurso, se estudie el fondo de la materia de decisión. Una es la procedencia formal, que tiene unos requisitos legales (sujeto con capacidad, naturaleza del auto, oportunidad del recurso) y otras las condiciones de validez de la impugnación para que se de paso al estudio a fondo de la cuetión en debate, entre estas la de que se suministren los argumentos de inconformidad del impugnante referidos y vinculados directamente con la decisión atacada, que obviamente delimita el ámbito material y jurídico de la decisión que se pretende remover. No cabe entonces considerar irregular lo decidido por el Tribunal pues si bien el *a-quo* concedió formalmente el recurso, el juez *ad-quem* debe examinar nuevamente todos los aspectos formales y sustanciales para la admisibilidad del recurso y para la validez de la relación de impugnación que surge con la proposición de la apelación.

De otra parte, no es exacto que se hubiera abstenido de decisión, como que si existe una decisión de abstención sobre el tema, precisamente por las razones ya dichas, con lo que tampoco se ve causa de anulación del proceso en este aspecto que plantea el recurrente. Abundando, es de acvertir que el tema

de el desdoblamiento de hecho homicida en dos (la muerte y el instrumento de muerte) ya ha sido examinado por el juez de segundo grado -con posterioridad es evidente- al confirmar la sentencia, confiriéndole validez coceptual y jurídica por lo que no se ve como se plantea ahora una nulidad sobre el tema, aducirse en casación como vicio de legalidad de la sentencia recurrida por vía del recurso extraordinario.

Es evidente que el recurso, en el fondo, planteaba y discutía la atipicidad del porte de armas, que no es ahora inquietud del demandante en la última oportunidad que se tiene de hacerlo, con lo que parece la nulidad más un recurso de oportunidad que un verdadero aspecto material de la ilegalidad del juzga- miento efectuado.

Finalmente, H. Magistrados, en el proceso existen cargas procesales impuestas por la ley a los sujetos del proceso, que deben cumplir con determinada actividad en la oportunidad indicada, so pena de que se pierda el derecho concedido por la ley procesal. En este evento, el abogado faltó a su carga de actividad (debió sustentar acuciosamente) lo que llevó a la situación de abstención que ahora censura, por lo que no puede tachar de ilegal la decisión procesal examinada.

No existe nulidad en criterio de esta Delegada, y por lo mismo no prospera el cargo.

c) Respecto del planteamiento de ser la sentencia violatoria de normas de derecho sustancial, sin más argumento, vale la pena decir que no es factible ocuparse del mismo por diversidad de condicionamiento de orden técnico, como la precisión y claridad que debe tener la demanda que busca la sentencia por vía de casación, rompiendo las presunciones de legalidad y acierto que la cubren.

Se supone que se trata de una violación directa lo dicho, pero no se precisa si la violación es por falta de aplicación, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea de las disposiciones de la ley, y ni siquiera se señala qué disposición fue la vulnerada en este caso pues apenas se hace referencia al Decreto 3664 de 1986, que tiene varias disposiciones típicas, con lo que no puede la Delegada examinar frente a un texto de la ley específico si se

produjo alguna de las clases de violación directa en comentario. Decir que no concuerda con lo dispuesto en el Decreto 3664, es ambiguo y genérico, en modo tal que coloca al juzgador en la necesidad de buscar oficiosamente respecto de cual norma legal, y por qué razón no existe dicha concordancia.

Más aún, el incumplimiento de la carga de actividad que corresponde a los sujetos en el proceso, vuelve a darse en cuanto el recurrente no quiso ocuparse de exponer a la Corte sus argumentos en esta demanda, como se deduce del hecho de que se *remite a lo alegado en las instancias y a lo propuesto por el Ministerio Público*. Dice el demandante: '...en mi exposición oral en la audiencia, destaqué la ausencia de dolo en cuanto hace a esta imputación. Me remito a lo ya alegado...'. Es natural qué una forma así (sic) de presentar la demanda, aparte de revelar displicencia en la impugnación, no permite a la Corte examinar los temas que se pretende, pues la demanda de casación no puede integrarse por remisión con alegaciones de instancia, visto que la exigencia técnica y legal es la de presentar todos los cargos, completamente y con la mayor precisión en el acto de impugnación, y además, que precisamente la casación no es una instancia para que en ella se repitan los aspectos alegados en el curso del proceso.

Ahora, se observa que alega sobre la ausencia de dolo, la ausencia de tipicidad (en donde critica los verbos descriptores del tipo), y la ausencia de antijuridicidad, en forma tan general que resulta imposible concretar un punto de impugnación, materia en la cual el demandante señala el objeto de estudio en la Sala. En materia de tipicidad dice 'no concuerda con lo dispuesto en el Decreto 3664 de 1986, en materia de antijuridicidad refiere que 'no se enderezaba a subertir (sic) el orden público', y en materia de culpabilidad 'por la ya indicada ausencia de dolo', dando por supuesto dos cosas: la una, que en virtud de la remisión la Sala debe revisar el proceso para extraer por propia cuenta, los argumentos que no pudo repetir el recurrente al demandar en casación, la otra, que basten las simples afirmaciones del impugnante para que los hechos o criterios dados por él deban ser examinados, sin un raciocinio que los haga evidentes ante el juzgador en casación de la legalidad *in indicando* o *in procedendo* de la sentencia.

Mas, como estos aspectos de tipicidad, antijuridicidad y dolo, devienen en elementos necesitados de prueba material, en el fondo presentan cuestiones de facto y probatorias que no corresponden a la causal y el motivo invocados por el recurrente.

No debe prosperar el cargo por la deficiencia en el planteamiento de la demanda.

d) La tercera acusación contra la sentencia estriba, según la demanda, en que el fallo condenatorio sin atenuantes, es violatorio del artículo 60 del C.P. que es la disposición aplicable y fue pretermitida, debiéndose la violación a error en la apreciación de las pruebas".

Entendiendo lo expuesto, parece que se presenta a la Sala una violación indirecta de la ley sustancial, por error en la apreciación de las pruebas. Pero, como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala, es necesario que el demandante señale (en vista de la disponibilidad del demandante sobre los temas de estudio en el recurso), con precisión y claridad, qué clase de error en la apreciación de pruebas se ha dado a su juicio: si un error de hecho o de derecho, y dentro de estos si la suposición, supresión o tergiversación de una prueba determinada, o en el campo del yerro de derecho, si la ilegalidad en la aducción probatoria, o la falsa valoración de la prueba conforme a la ley que llegara a establecerla. Ciertamente que nada de ello ofrece la demanda de que se ocupa la Delegada. Ni siquiera, otro requisito exigido por la jurisprudencia y la ley, se indica la norma relativa a la prueba supuestamente mal apreciada (norma medio), ni se indica cuál prueba fue o cuáles pruebas se percibieron con error del juzgador de las sentencias. La exigencia de señalar una proposición jurídica completa, en orden a probar el yerro del sentenciador ante la Corte, no se ha cumplido pues el recurrente no se ocupó en la menor medida de señalar ni las normas medios probatorias, ni el sentido de las disposiciones que consideró violadas por el error judicial.

Mirando el punto, el demandante cita entre comillas algunas partes del proceso -entre ellos al testigo Barreto- y de ahí saca conclusiones propias, que en modo alguno sirven para fundamentar la existencia de un estado de ira (art. 60 del C.P.), que

parece es el tema que mueve al demandante en este aparte de su impugnación. No demuestra si surgió la ira en el autor del homicidio, sino que la infiere conceptualmente por razonamiento propio, como en este pasaje: que al minusválido autor del homicidio *'retarle a batirse constituye incalificable acto de cobardía, que lógicamente desespera, enfurece y atormenta al desdichado que tan tristemente llegó al mundo'*. Si bien se mira, como la ira es un estado personal, no se ve como enlazar el criterio o juicio del abogado que demanda con la realidad del mundo fáctico de que trata el proceso, pues en el sentimiento del recurrente ello resultará ciertamente admisible y hasta atendible, pero el examen de casación debe versar sobre la realidad material probada en los autos que fue la que sirvió al sentenciador para condenar sin la atenuante de ira. Y si el recurrente, en su discurso, hace calificaciones propias (como la de incalificable cobardía), ellas no son objeto del proceso mismo ni pueden estar en la sentencia, con lo que no se encuentra piso para el estudio en casación, que versa, se reitera, sobre una realidad precisa y específica: la prueba del proceso ya fallado por la sentencia recurrida por el casacionista. Por ello los juicios personales del recurrente, aún cuando teóricamente pudieran admitirse, no pueden ser de recibo, mientras no se apoyen en la prueba concreta y su crítica racional y científica.

Las deficiencias en este sentido para la acusación contra la sentencia no permiten un estudio cabal de lo que se advirtió como propósito de la impugnación, por lo que debe desatenderse la pretensión de la demanda".

Consideraciones de la Sala:

No comparte la Sala la impugnación del recurrente en cuanto considera la existencia de la nulidad por no haberse tramitado la apelación propuesta en tiempo y según él, debidamente sustentada ante la segunda instancia, porque si bien es cierto que fue oportunamente interpuesta, no fue adecuadamente sustentada; y no es que exista un modelo especial para la tramitación de este recurso como pretende darlo a entender de manera irónica, y tampoco que sea necesario adelantar el alegato que se va a presentar durante la actuación de la segunda instancia, sino que sí por lo menos indispensable que exprese las razones del disentimiento como la providencia que recurre y éstas obviamente tienen que ser la

fundamentación jurídica o probatoria, y en aquellos aspectos sustanciales por los que precisamente se discrepa con la decisión que se impugna.

No puede ser la sustentación un alegato abstracto o general sin vinculación alguna con los hechos o circunstancias jurídicas que se debaten en el proceso; tampoco puede tratarse de elucubraciones libres realizadas por el recurrente con respecto a cualquier tema jurídico o probatorio que pudiera referirse al proceso, pero cuya relación con éste no pueda advertirse.

Es decir, que el memorial de sustentación del recurso, debe ser una alegación en la que de manera precisa, concreta y vinculada con los hechos o razones jurídicas del proceso, sea presentado por el recurrente para que manifieste de manera específica las razones por las cuales discrepa de la decisión que impugna. Tiene como finalidad este memorial, que no se abuse del recurso ordinario de apelación y que se haga uso de él, cuando existan razones de discrepancia entre el criterio de una de las partes y la decisión que se recurre. En el caso específico que se analiza, deben hacerse una serie de precisiones y una de ellas, en primer lugar, es que la defensa no alegó de conclusión en el momento del calificatorio, y debe recordarse que la investigación se cerró por auto del primero de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, sin que durante el término para alegar ninguna de las partes se hubiere hecho presente; circunstancia por la cual el juzgado alude a las alegaciones hechas por la defensa en un memorial presentado el veintinueve de julio, mucho antes de que la investigación hubiera sido clausurada.

A pesar de lo anterior, el juzgado hace profusas argumentaciones para rechazar la existencia de la alegada causal de justificación de la legítima defensa, observables a 3, 4 y 5 del auto de calificación correspondiente a los números 81, 82 y 83 del proceso. Por eso es que cuando en el supuesto memorial de sustentación el libelista afirma que no considera como respuesta a sus argumentos los 6 renglones que el juez dedica para decirle que no está de acuerdo con las alegaciones de la defensa, tal aseveración no corresponde a la verdad, porque en este caso está haciendo referencia es a un último párrafo de tal extensión en el que a manera de conclusión el juzgado ratifica las consideraciones que de forma más extensa había hecho en la parte vertebral de la decisión. Igualmente, la afirmación de que el juzgado desdobla el suceso en dos conductas, una la utilización del arma homicida, y otra, ya relacionada, el acto de matar, no constituye alegación de ninguna naturaleza, porque es bien sabido que para matar, o

no se necesitan armas, o se pueden utilizar aquellas cuya tenencia no constituyen por ser un delito; *per se* que el recurrente se limita a afirmar que se viola de esta manera el *non bis in idem*, sin dar razones que dejen el claro los motivos de la discrepancia con la decisión recurrida.

En las condiciones anteriores y estando de acuerdo con el Fiscal de la Corporación, se rechazará el cargo de nulidad propuesto.

Al amparo de la causal primera formula dos cargos, uno por ser la sentencia violatoria de normas de derecho sustancial y que hace consistir en la ausencia de dolo en el delito de porte ilegal de armas, aduciendo que su mandante tenía el arma para defensa personal y bajo ninguna circunstancia para atentar contra el orden público, debiendo tenerse en cuenta que el Decreto 3664 establece en su artículo 1o. que la finalidad es el "restablecimiento del orden público".

Agrega que tener un revólver no puede entenderse como almacenar y por ello considera que la sentencia es violatoria del derecho sustancial.

De manera incansable esta Corporación ha repetido, que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia y que por tanto, deben respetarse una serie de reglas que lo gobiernan. A pesar del criterio jurisprudencial tan preciso, los impugnantes insisten en modificar la estructura del recurso, como en el caso presente en el que el censor luego de hacer una elemental acusación de ser la sentencia violatoria de norma de derecho sustancial, afirma que no existió dolo en la conducta del procesado remitiéndose "a lo ya alegado y también a las razones del Ministerio Público".

También sin atenerse a las normas técnicas de la casación predica la atipicidad de la conducta limitándose a mencionar el Decreto 3664, para terminar citando las normas del Código Penal relativas a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad pregonando que la conducta de su representado no es típica, ni antijurídica, ni culpable.

Ha de suponerse que sostiene la existencia de una violación directa, porque no se ocupa del tema; como tampoco precisa si la violación es por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea, y es obvio que las alegaciones que hubiera hecho en las instancias o las que hubiera formulado el Ministerio Público, no pueden ser consi-

deradas en esta vía de impugnación, puesto que se trata precisamente de alegaciones de instancia, que como siempre se ha sostenido, responden a reglas y finalidades completamente diversas a las del recurso extraordinario.

Tan lamentables deficiencias técnicas hacen preciso atender la opinión del Ministerio Público en cuanto solicita no debe prosperar el cargo en tal forma sustentado.

El recurrente presenta un segundo cargo al amparo de la misma causal, pero pretendiendo una violación indirecta; así ha de suponerse, puesto que alude a la violación por error de la apreciación de las pruebas. En su desarrollo, se limita a hacer un especial análisis de las pruebas, queriendo anteponer su criterio al sostenido por las instancias y sin intentar demostrar en qué consiste el error, si de hecho o de derecho, ni cuáles son sus modalidades; y menos aún qué tan trascendente fue el mismo, ni de qué manera incidió en el fallo final.

Ante tales falencias técnicas, es preciso desechar el cargo tal como lo solicita el Procurador Delegado.

Como se observa que en la sentencia de segunda instancia se hizo el aumento punitivo de 4 meses en relación con la pena de primera; es claro, a pesar de que las sentencias se dictaran antes de la vigencia de la actual Carta Política, que se vulnera el art. 31 de la misma en cuanto prohibe la agravación de la pena en segunda instancia y por ello se casará parcialmente de oficio la sentencia para que quede como pena definitiva la impuesta en primera instancia esto es 10 años de prisión, debiéndose modificar las penas accesorias en la misma proporción.

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:

1) Casar parcialmente el fallo impugando

2) Condenar al procesado en la pena principal de 10 años de prisión como responsable del delito de Homicidio pena original impuesta en la primera instancia.

3) Modificar en la misma proporción las penas accesorias.

4) No casar la sentencia en relación a los cargos formulados en la demanda interpuesta por el impugnante.

Copiése, 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 Cortés Garnica, Secretario

FLAGRANCIA \ CONFESION \ PENA

Para que la Confesión se considere como fundamento de la sentencia adversa, es necesario que el procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogota, D.C., diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 34 (18 mar./92). Radicación No. 5962

Vistos:

Decide la sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado José Daniel Rodríguez en contra de la sentencia de diciembre 7 de 1990 del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se confirmó en forma integral la proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Superior de Honda que impuso al procesado la pena de 10 años de prisión y las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Luis Edgar Rodriguez Pineda.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- En la tarde del 26 de agosto de 1989 y cuando en el establecimiento de Carlos josé Robayo, jurisdicción del Municipio de Líbano, se dedicaban al consumo de bebidas embriagantes, motivados por un distanciamiento anterior iniciaron *José Daniel Rodríguez y Luis Edgar Trujillo Lozada* un roce verbal que en vías de prevención suscitó la negativa del tendero a suministrarles más licor.

Al retirarse de la tienda y prosiguiendo con su discusión, exhibió *José Daniel* un machete al tiempo que invitaba a su amigo a que se armara para dirimir de una vez por todas sus diferencias, reto que Trujillo aceptó proveyéndose de una peinilla. La secuencia continuó con ofensas mutuas y la inscripción de señales en el suelo que a manera de desafíos desencadenaron el intercambio de agresiones, concluidas por *Rodríguez* quien mediante un disparo de arma de fuego dejó sin vida a su opositor.

El acusado se presentó el mismo día de los hechos ante las autoridades de policía y oportunamente rindió injurada ante el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal con sede en Líbano, a cuyo cargo se instruyó el sumario, siendo resuelta su situación provisional con detención preventiva, medida de aseguramiento extensiva a su esposa *Edilma García* con quien compartió incipientemente cargos por participación en el delito.

Perfeccionada la investigación, su mérito se calificó mediante resolución de acusación adversa a los co-sumariados, y pasando el asunto al conocimiento del Juzgado Segundo Superior de Honda, concluyó la causa mediante sentencia de julio 31 de 1990, absolutoria para la *García* y condenatoria para *Rodríguez Calvis* a quien se impuso la pena principal de 10 años de prisión como autor responsable del delito de homicidio, adicionándole la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de resarcir los perjuicios generados con la infracción.

Revisada la decisión por el Tribunal Superior de Ibagué a iniciativa del señor defensor de los procesados quien la recurrió en alzada, la halló conforme a derecho, confirmándola en su integridad mediante fallo de diciembre 7 de 1990 sometido a hora a impugnación extraordinaria.

La Demanda:

Ubicando su reclamo centro de la causal primera de casación "(parágrafo 2o. del art. 226)" (sic) del Código de Procedimiento Penal, invoca la recuperación de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho al "omitirse una prueba que en realidad existe en el proceso" y que identifica con la "confesión calificada"del procesado, pues al reunir los requisitos del art. 295 del Código de Procedimiento Penal debió implicar la reducción de pena indicada en el art. 301 *ibídem*. Otras normas violadas habrían sido los artículos 61 y 64-8 de Código Penal.

El fundamento del cargo lo hace consistir en que presentándose voluntariamente ante las autoridades de policía y posteriormente ante sus jueces, el acusado reconoció ampliamente la autoría de la conducta típica como así se reconoció en el fallo de Juzgado Segundo Superior de Honda al afirmarse que

> "La propia aceptación que de la ejecución del hecho hace el procesado en su declaración de indagatoria, nos revela sin dubitación alguna que fue el único y directo ejecutor del disparo que cegó la existencia del señor *Luis Edgar Trujillo*".

Aceptación que no resultó concecuente con la decisión definitiva del Tribunal, pues a pesar de haber reconocido la existencia de esa prueba, no le dio el alcance que le correspondía mediante la rebaja que se impetra, añadiendo ya dentro del "concepto de la violación" y sin explicación adicional alguna, que al proferirse de ese modo, el fallo del *ad-quem* violó también los artículos 63 y 64-8 del Código Penal.

La escueta motivación termina con solicitud para que la corte proceda a casar el fallo recurrido, y en su lugar reconozca la reducción proveniente de la confesión calificada.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita se desestime la demanda, señalando ante todo que la confesión del procesado no fue del fundamento de la sentencia porque el Juez tuvo como apoyo la prueba testimonial, y en tal virtud, no se dieron los requisitos establecidos para operancia de la diminuente, pues la versión de José Daniel Rodríguez no tendió a facilitar y a agilizar la labor de la justicia a calificar su confesión (art. 297 del C. de P.C.) en la medida en que con su excusa exigió un mayor esfuerzo para demostrar o desvirtuar lo propuesto por el confesante.

Apoyado, entonces, en cita de la doctrina de esta sala, recuerda el Ministerio Público que no basta para que la reducción de pena prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal opere, el solo requisito de que el procesado no haya sido aprehendido en flagrancia, sino que su confesión debe arrojar claridad al juzgado y no tender a confundirle como sucede en el caso presente, al acompañarse en circunstancias dentro de las cuales procuró el implicado su auto-favorecimiento, y que obligaron al análisis de otros medios que permitieron precisamente desestimar la excusa.

Consideraciones de la Sala:

Acusa la demanda una deficiente presentación del cargo, no solamente al incluir como normas violadas los arts. 61 y 64 Numeral 8 del Código Penal sobre los cuales no incluye razón alguna para que tienda a explicar el fundamento de esa censura, sino además porque a pesar de formular el cargo dentro de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por error de hecho 'al omitirse una prueba que en realidad existe', afirmación claramente orientada a là proposición de un falso juicio de existencia, el desarrollo argumental derivó notoriamente a una violación directa, pues no otra conclusión se ofrece al sostener, con transcripción, inclusive, de aquel aparte en que el fallo hizo referencia a la versión de *José Daniel Rodríguez*, que el juzgador si la tuvo en cuenta, sólo que no le dio su alcance al artículo 301 del Codigo de Procedimiento Penal, (falso juicio sobre el sentido o alcance de la citada norma).

No empese esta confusión argumental, el evidente fracaso de la censura deriva de su distanciamiento con la realidad de los razonamientos que encierran los fallos de instancia, y frente a ella con una visión acomodada e incompleta del instituto consagrado en el artículo 301 que se invoca, pues ni los juzgadores dejaron de analizar la confesión vertida por el procesado, ni omitieron su valoración como tampoco herraron en la estimación del alcance que dentro de la política criminal tiene el precepto, absolutamente inaplicable para el caso propuesto.

Dentro de este orden se avisa ante todo en el fallo de primera instancia y con toda claridad, que el fundamento de la condena no radicó exclusivamente en la versión del acusado, pues el hecho punible fue presenciado por varios testigos que concurrieron al proceso como declarantes, pero además debió distanciarse el juzgado de la versión de *José Daniel* sobre la cual se pretendía su absolución con fundamento en el artículo 29-4 del Código Penal tomando precisamente en consideración que esa prueba testimonial y la indiciaria se oponía a la excusa:

> "En estas condiciones, -dice la decisión del juzgado- siendo un hecho plenamente establecido que *José Daniel*, fue quien disparó sobre la humanidad de Luis Edgar causándole la muerte, este despacho por no encontrar probada la causal de justificación alegada por la defensa, deniega lo pretendido en tal sentido; no está por demás, traer a colación la antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que nos dice que:

"la defensa para que sea legítima, debe ser tan clara, objetiva y subjetivamente, que cualquier matiz que la perturbe o la haga borrosa no sirve como elemento de duda para darle apariencia favorable a quien la alega, sino para demostrar que esa actitud justificable no existió".

A su tiempo y refiriéndose el tribunal a las pruebas, resaltó que la testimonial allegada, así discrepara respecto a la responsabilidad de Edilma García, era certera y coincidente para dar "en su conjunto"

"La certeza absoluta de que fue José Daniel Rodriguez quien, en desarrollo de una riña, mató de un certero disparo de arma de fuego a Luis Edgar Trujillo Pineda, con conciencia y voluntad, es decir, que conociendo el hecho punible quizo su realización".

De ahí que al referirse a la excusa de la defensa justa contestara que de acuerdo con esos mismos testimonios y en especial del rendido por el tendero Carlos José Robayo se desprendía que existieron retos mútuos para pelear con armas, y que atendiéndolos, cada uno de los oponentes se armó y aceptó las condiciones de un verdadero duelo, recordando que a éste

"...se va con ánimo de intercambiar golpes, de lesionar y de matar cuando se emplean armas idóneas, como las que usaron los contendientes, en un principio peinilla o machete y finalmete, por parte del procesado arma de fuego. De modo que fue este quien varió o cambió las circunstancias de la riña, bien fuera porque el arma de fuego se la suministrara su esposa o bien, como lo admite el imputado, porque en desarrollo del combate le tumbó o se le cayó el arma a su adversario y él (el procesado) la tomó y la disparó".

Como alternativa defensiva planteó además el procesado en sus exposiciones un actuar generado por la ira grave e injustamente provocada por su adversario, pero también esa diminuente se desestimó por el *ad-quem* recurriendo a las versiones de quienes presenciaron el desarrollo de los hechos, al afirmar que tampoco los sucesos ocurrieron como lo planteaba el recurrente, pues entre la versión de José Daniel y la de un buen número de declarantes surgía contradicción respecto del lugar y el momento en que se suscitaron las agresiones verbales -hoja 8 del fallo-, citando concretamente los dichos del tendero y del testigo Luis Gerardo Rodriguez, de los cuales surgia la alusión certera de ser los oponentes

"...dos rasquiñitas iguales tanto el uno como el otro, eran muy buscaruidos, no eran pues, lo mejor del barrio, eso no era sino que tomaran una cerveza y se podía apostar que había pelea segura. Después que se tomaran su cerveza seguro habían problemas.

"Y ciertamente, con frecuencia se enfrentaban estos dos pendencieros motivados por una vieja enemistad que había trascendido hasta los estrados judiciales. Las veces en que se encontraron con consecuencias penales son referidas en el libelo de impugnación y se reflejan que cualquier encuentro y motivo eran suficiente para ir a la lucha...".

Como bien se desprende de lo analizado, jamás se dejó de considerar ni en el fallo de primera instancia ni en el tribunal la versión rendida por el procesado y mucho menos se hizo de ella esa tergiversación que se les atribuye, ocupándose los juzgadores de instancia, como era su deber, de analizar la prueba en su conjunto, cotejando las excusas frente al aporte testimonial debidamente allegado,para concluir en que Efrentada la version de *Rodríguez* con las de quienes presenciaron su encuentro mortal con Edgar Trujillo, ni la excusa de una defensa necesaria y justa podia prosperar, ni la alternativa proposición del estado emocional de la ira, lo que a todas luces indica que no fue la versión del acusado la que dio sustento al fallo de condena, sino la de aquel número plural de testigos que teniendo la ocasión de presenciar el incidente desde su inicio a su culminación, hicieron para el proceso la narración de sus pormenores.

Es de observar, por lo demás, que con el aquí incumplido requisito de haber sido la confesión el fundamento de la sentencia adversa, el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal cuya inaplicación acusa la demanda, exige que el procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia, razón fácilmente explicable pues en ese evento la confesión pierde toda incidencia para allanar el camino al esclarecimiento de los hechos, fundamento de la reducción punitiva. Así, entonces, en el fallo impugnado no se hubiese hecho una referencia directa o concreta con relación a esa circunstancia, es notorio que en ella radicaba un motivo nuevo de inaplicación para la reducción punitiva que se impetra.

La noción de *flagrancia*, con arraigo legal en el art. 393 del Código de Procedimiento Penal, no puede confundirse con la de la *captura en flagrancia* -art. 394 *ibídem*- como aparece haberle ocurrido a la libelista, pues tanto

aquélla como ésta guardan sus específicas diferencias y conllevan a distintas consecuencias según tiene expresado de modo claro la doctrina de la sala.

"La distinción entre flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia - dijo la sala en fallo de diciembre 1o. de 1987 con ponencia del Magistrado Doctor Rodolfo Mantilla Jácome-, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una u otra situación; así por ejemplo, entratándose del art. 301 que comentamos habla solamente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado que expresamente se refiere a los casos en que el imputado haya sido capturado en flagrancia...

"...La sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los participantes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delicuente con objetos, instrumentos, o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible.

Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo *menos individualización* del autor del hecho.

En cuanto al requisito de la actualidad, no importa que se trate de una o varias personas quienes presencien la realización del hecho o que sean las propias víctimas o perjudicados con el delito, lo trascendente es que estén allí en el momento de su ejecución; y en cuanto al requisito de la identificación, o por lo menos individualización del partícipe debe recordarse que la noción de flagrancia es un predicado de la persona partícipe de un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprende con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. "(sentencia de diciembre 1 de 1987, magistrado ponente Doctor Rodolfo Mantilla Jácome).

En el caso propuesto, y como lo hizo notoro el fallo que se impugna, ceñido en ello a la realidad que muestra en el proceso el acusado señor Daniel Rodríguez fue visto y plenamente identificado cuando ejecutaba la agresión mortal sobre la víctima, sorprendimiento flagrante en un todo incompatible con la diminuente que invoca la demanda y que termina a la postre en el fracaso del cargo que se estudia.

El 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 del recurso extraordinario.

Copíese, notifíquese, devuélvase al tribunal de origen y cúmplase.

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

Rafael Coriés Carnica, Secretario.

INDULTO \ ACCION PENAL - Extinción

Exigencias para delcarar extinguida la acción en un proceso penal no terminado.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta número 034. Radicación No. 5774

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve de fondo la apelación interpuesta por el apoderado de los procesados *Augusto Ramírez Porras* y *Walter de Jesús Higuita* contra el auto de diez de julio de mil novecientos noventa y uno, por medio del cual el Tribunal Superior de Orden Público negó la declaratoria de extinción de la acción penal invocada en favor de los dos implicados conforme a las disposiciones del Decreto 213 de 1991, una vez subsanada la causa que había impedido decidir el recurso.

Hechos:

Según el juez que conoció este proceso en primera instancia: "El día 29 de junio de 1989, a eso de las dos de la tarde, se presentaron a las instalaciones de la fábrica FAMEL LTDA, especializada en la producción de implementos para la electricidad, cita en el barrio la Cabañitas del vecino municipio de Bello, una pareja de individuos que desde el día anterior y telefónicamente había solicitado una cotización para la compra de un lote de tableros para breques. Con tal excusa se les permitió la entrada y se les franqueó el ingreso hasta la oficina privada del Gerente

de la empresa, una vez ante éste, uno de los recién llegados exhibió una metralleta y seguido por dos nuevos compinches, les ordenó ponerse contra la pared y luego tirarse al piso, presentándose a nombre del 'E.L.N.', redujeron a la impotencia a todo el personal de oficina y de producción amenazándolos con los cordones de sus zapatos, rompieron el teléfono y despojaron al señor Julio Alberto Laverde Giraldo de su reloj de pulso, revisaron todos los cajones y compartimientos posibles y cuando llevaban aproximadamente media hora en el interior de la factoría, indagando por dinero en efectivo, dólares y otros objetos de valor, inesperadamente, alguien alertó sobre la presencia de la policía -que había sido alertada por un obrero que logro escapar a los asaltantes- sembrando el desconcierto entre éstos que salieron rápidamente, abriéndose paso a tiros, en el exterior, hirieron a dos uniformados, los agentes Guillermo Quiroz y Luis Ignacio Montalvo Jiménez. En su loca carrera por las calles aledañas, se apoderaron por breves momentos de un taxi y un campero adscrito al municipio de Bello e hirieron al conductor del primero, al abandonar tales automotores fue abatido uno de los asaltantes y capturados dos de ellos.

"El occiso, identificado como quien dirigía el criminal grupo, se supo que respondía al nombre de Guillermo Mejía Díez, en tanto que los aprehendidos respondieron a los nombres de Walter de Jesús Higuita y Augusto Antonio Ramírez Porras, quienes debieron afrontar todo el peso de la investigación en su contra".

Actuación Procesal:

Como en oportunidad anterior se expresó la investigación la adelantó inicialmente el Juzgado Primero Especializado de Medellín, despacho que entre las diversas actuaciones que realizó, indagó a los aprehendidos y resolvió su situación jurídica en proveído del 8 de julio de 1989, ordenando su detención preventiva como presuntos autores de los delitos de secuestro y porte ilegal de munición.

A partir del 12 de octubre de 1989, el Juzgado Quinto de Orden Público de Medellín asumió el conocimiento del proceso, al cual allegó diversos elementos probatorios; y por auto del 24 de abril de 1990, ordenó correr los traslados establecidos por el artículo 46 del Decreto 180 de 1988 y 3o. del Decreto 344 de 1989.

Presentados los alegatos del representante del Ministerio Público y de las apoderadas de los procesados, el Juzgado de conocimiento, el 11

de julio de 1990, concluyó el trámite de primera instancia, por medio de sentencia en la cual condenó a Walter de Jesús Higuita y a Augusto Antonio Ramírez Porras a las penas de trece años de prisión y multa equivalente a sesenta salarios mínimos legales mensuales, como autores de la infracción a los artículos 13 del Decreto 180 de 1988, 1o., del Decreto 3664 de 1986, de los delitos de hurto calificado, daño en bien ajeno, lesiones personales, violencia contra empleado oficial y constreñimiento ilegal.

Al resolver la apelación que contra la decisión anterior interpusieron los sentenciados y sus representantes legales, el Tribunal Superior de Orden Público, en pronunciamiento del 20 de septiembre de 1990, confirmó la condena irrogada a los dos procesados, pero modificando la responsabilidad de éstos, al absolverlos por los delitos de lesiones personales e infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986.

Hallándose en trámite el recurso extraordinario de casación que Augusto Ramírez Porras y la defensora de Walter Higuita interpusieron oportunamente contra la sentencia de segunda instancia, los doctores John Jaime Posada Orrego y Sol Angel Vásquez Escobar, a nombre de los mencionados implicados, presentaron ante el Tribunal Superior de Orden Público sendas peticiones para que en favor de aquellos se decretara la extinción de la acción penal en la forma reglamentada por el Decreto 213 de 1991.

Para los efectos anteriores se dejó a disposición del Tribunal de Orden Público una certificación suscrita por Darío Antonio Mejía a nombre del movimiento "Esperanza, paz y Libertad" (E.P.L.), con constancia notarial de presentación personal, en la cual se manifiesta que los señores Augusto Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita son miembros activos de esa organización, excombatientes de base en el frente "Pedro. Vásquez Rendón", bajo la dirección de Guillermo Mejía Díaz (sic), quien el 29 de junio de 1989 ordenó, en el municipio de Bello, un operativo contra la empresa Industrias Famel.

El 10 de julio de 1991, el Tribunal Superior de Orden Público, luego de haber recibido el proceso en el cual se suspendió el trámite del recurso de casación, decidió no declarar extinguida la acción penal, argumentando fundamentalmente que:

> "Es verdad que los sentenciados Higuita y Ramírez Porras aparecen en las listas oficiales como miembros del grupo rebelde 'Ejército Popular de Liberación '(E.P.L.)', pero del estudio

detenido del proceso se vislumbra que el atraco o hurto calificado, que fuera génesis de los demás delitos, no tuvo como móvil el financiamiento para ninguno de los grupos subversivos que operan en el país, ni que ninguno de estos dos amigos de lo ajeno pertenezcan o hayan pertenecido a tales grupos subversivos al momento de suceder los acontecimientos".

Del raciocinio anterior y del análisis de algunos elementos de prueba, el Tribunal concluyó que no hay conexidad alguna entre los delitos comunes cometidos por los procesados y los políticos que dan lugar a los beneficios establecidos en el decreto 213 de 1991.

Criterio que dicha Corporación mantuvo al decidir el recurso de reposición que conjuntamente con el de apelación se promovió contra su proveído; oportunidad que aprovecha la citada colegiatura para manifestar que en la decisión impugnada no se había tenido en cuenta la certificación expedida por el movimiento E.P.L., por haber sido recibida cuando ya estaba registrado el proyecto correspondiente, no obstante lo cual, insistió en la ausencia de nexo causal entre los delitos endilgados y los políticos.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

El colaborador Fiscal, según ya se había visto, propone a la Sala que revoque la decisión apelada para que se disponga la cesación del procedimiento, por cuanto, en este caso se han cumplido los requisitos establecidos en el Decreto 213 de 1991, y específicamente, al referirse a la existencia de la conexidad entre las conductas atribuídas a los procesados y los delitos políticos, expresa que:

"Dados los supuestos, resulta difícil en verdad desconocer la constancia del señor Darío Antonio Mejía, en que da fe de que la acción había sido ordenada por un frente de la agrupación, y en la cual se indica con precisión la fecha de la acción e igualmente la empresa contra la cual se dirigía el grupo de activistas en estas condiciones. Ahora bien, es cierto también que el nexo de relación entre los delitos políticos y el común (o los comunes) por el cual fueron sentenciados los procesados, no fue determinado en la sentencia ni en las instancias del proceso y que en este momento solo queda un análisis circunstancial en donde la constancia anotada parece definitiva. La jurisprudencia ha dicho que el proceso político de pacificación, en donde se amnistían e indultan delitos políticos

(rebelión, sedición, asonada) y los conexos con ellos, es un fenómeno de dinámica social que está fundado en la buena fe de quienes participan y (sic) acogen al mismo. La razón es clara, como que la delincuencia política mantiene la reserva de su acción y su movimiento y de sus miembros, por razones de seguridad que hacen difícil en la práctica que se establezca ante la correlación de delito político con el delito común. Esta Delegada en otras situaciones semejantes ha dicho que la conexidad no aparece probada, pero en virtud de que no se precisan estos nexos ni la operación supuestamente acogida por el grupo subversivo, y se expiden constancias con tal ambigüedad y generalidad que lo mismo sirven para ocultar un delito común como para certificar la verdadera actividad delictual contra el Estado. En el evento presente no parece así, y resultaría difícil sostener la ausencia de prueba de la conexidad cuando el responsable del grupo rebelde dicho certifica en forma tan clara y precisa sobre el tema".

Ante el pronunciamiento inhibitorio efetuado por la Sala el 19 de febrero del presente año, frente a la imposibilidad de constatar que los procesados pertenecen a uno de los grupos rebeldes desmovilizados, sus apoderados solicitaron al Ministerio de Justicia que remitiera a esta Corporación copia de las listas de las personas integrantes de la organización E.P.L. Y en efecto, la Jefe de la Oficina Jurídica de esa Cartera Ministerial, envió copia autenticada de las actas número 4, 5, 7, 9, 11 y 12, las cuales contienen los nombres de los excombatientes del E.P.L.

En el primero de tales documentos, en la hoja 5, con los números de orden 28 y 29 se encuentran relacionados "Ramírez Porras Augusto Antonio 71.876.753 de Jericó (Ant.) Condenado, Juzgado 5 Orden Público en la C.S.J. "e" Higuita Walter de Jesús T.I. 71.050.200.447 de Medellín Condenado, Juzgado 5 Orden Público en la C.S.J.".

Consideraciones de la Corte:

Denegada por el *a-quo* la declaratoria de la extinción de la acción penal que a través de este proceso se adelante contra Augusto Antonio Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita, corresponde a la Sala analizar si respecto de ellos se reúnen los requisitos establecidos en el Decreto 213 de 1991 para que pueda otorgarse el beneficio allí consagrado.

En reciente pronunciamiento, con ponencia de quien ahora funge en la misma condición, se enumeraron las exigencias que el citado Decreto

impone para que se extinga la acción en un proceso penal no terminado aún, como ocurre con el que es materia de este pronunciamiento, así:

1. Que un nacional colombiano esté denunciando o esté procesado por hechos que puedan ser constitutivos de los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada y los conexos (art. 8o.);

2. Que el interesado haya demostrado la conexidad del hecho, si es que ésta no ha sido considerada en la actuación, (art. 4o., inciso 1o.);

3. Que no se trate de genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni actos de ferocidad o barbarie, (art. 2o. inc. 2o.);

4. Que el procesado pertenezca a una organización rebelde que se haya desmovilizado, hecho dejación de las armas y demostrado en forma inequívoca la voluntad de reinCorporación a la vida civil; aspecto que es objeto de valoración por el Ministerio de Gobierno de la cual queda constancia en un acta que contiene los nombres de las personas integrantes de la organización rebelde, (art. 3o.);

5. Que el interesado haya presentado la respectiva petición ante el Ministerio de Justicia dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del Decreto (art. 10o.).

Los señores Augusto Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita, fueron procesados por la jurisdicción de Orden Público, la cual los condenó en primera y segunda instancia, como responsables de los delitos de hurto calificado, daño en bien ajeno, lesiones personales, violencia contra empleado oficial, infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y constreñimiento ilegal. No obstante la condena no se encuentra en firme por cuanto se encuentra suspendido el trámite del recurso extraordinario de casación que se interpuso contra el fallo de segundo grado.

Las peticiones para que se de aplicación al Decreto 213 de 1991 fueron presentadas el 29 de mayo de dicho año, según se observa en los sellos de radicación impuestos en Ministerio de Justicia, lo que revela su introducción en forma oportuna.

Los nombres de los peticionarios con el correspodiente número de identificación se encuentran incluídos en la lista de miembros del E.P.L.

que manifestaron su voluntad de reincorporarse a la vida ciudadana común, aprobada por el Ministerio de Gobierno en el acta número 4. Y, evidentemente, tratándose de individuos a quienes la Registraduría Nacional del Estado civil ha asignado un documento normal de identificación, se entiende que nos estamos refiriendo a nacionales colombianos.

Así las cosas, y advirtiendo que el juzgamiento de Ramírez Porras e Higuita no se adelantó por delito político alguno, resta determinar si existe conexidad entre las infracciones investigadas y alguno de los ilícitos para los cuales se han establecido el beneficio del Decreto cuya apliación se solicita.

En el inicio de la investigación, los procesados negaron su participación en los hechos, pero más adelante ampliaron las indagatorias para relatar que el Hurto había sido planeado y dirigido por Guillermo Mejía, quien resultara muerto, sin que en ningún momento hubieran manifestado su condición de rebeldes, dejando enmarcada la situación en un atentado contra el patrimonio económico, sin el menor viso de estar relacionado con delitos políticos. En tales condiciones, como el informativo no contaba con ningún elemento de juicio serio que permitiera establecer la conexidad entre los varios ilícitos que resultaron consumando los procesados, la demostración de este aspecto quedó a cargo de los interesados en declaratoria de extinción de la acción penal.

Para los efectos consiguientes, el señor Darío Antonio Mejía A., quien, valga decirlo, figura como representante del E.P.L. en las actas suscritas por el Ministro de Gobierno, expidió una certificación, acreditando que Augusto Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita a quienes individualiza con los documentos de identidad correspondientes-' son excombatientes del frente Pedro Vásquez Rendón y que el operativo efectuado en el municipio de Bello, el 29 de junio de 1989, contra las Industrias Famel, fue ordenado por la dirección de ese frente. Con ello se está demostrando que el atentado contra la propiedad y los que surgieron en el intento de consumar éste, no son ajenos ni independientes de las actividades que despliega un grupo rebelde, pues es sabido de todos, que tales movimientos obtienen recursos financieros mediante la realización de ilícitos de diversa índole, como secuestros, asaltos a entidades bancarias y otros. Y la circunstancia de que sea el representante del movimiento rebelde al que pertenecen los procesados, quien certifique el origen de la conducta por la cual se les condenó, es prueba que puede estimarse como suficiente, conforme a las previsiones del

inciso 1o. del artículo 4o. del Decreto 213 de 1991, para tener por demostrada la conexidad de los hechos punibles materia de juzgamiento en este proceso con el delito de rebelión.

Entonces, debe concluir la Sala, se ha estructurado la causal de extinción de la acción penal establecida y reglamentada por el mencionado decreto 213, y en consecuencia, habrá de revocarse la providencia impugnada, disponiéndose en su lugar, la cesación del procedimiento. Asimismo, se dispondrá la libertad inmediata de los procesados Augusto Antonio Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita, por cuenta de este proceso, por lo que gozarán de ella si no están solicitados por otra autoridad judicial.

Para terminar, como se observa que la oficina Jurídica del Ministerio de Justicia remitió copia de diversas actas que contienen las listas de integrantes del E.P.L. que manifestaron su voluntad de reincorporarse a la vida civil, que son necesarias en el trámite de otras peticiones de aplicación del Decreto 213 de 1991, se dispondrá que por secretaría se desglosen tales documentos para que reposen en esa dependencia con el fin de que puedan ser consultados en otros casos.

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

Resuelve:

Revocar el auto de 10 de julio proferido por el Tribunal Superior de Orden Público.

Decretar la cesación de este procedimiento adelantado contra Augusto Antonio Ramírez Porras y Walter de Jesús Higuita, por los hechos cuya investigación consta en este expediente, por extinción de la acción penal, cumplida al tenor de las previsiones del Decreto 213 de 1991.

Ordenar la libertad inmediata de los procesados, por cuenta de este asunto, para lo cual se librará la respectiva comunicación a la cárcel correspondiente.

Disponer que se envíe copia de esta providencia al Ministerio de Justicia, dentro de los tres días siguientes a su expedición.

Desglósense los documentos a que hace alusión la parte motiva de este pronunciamiento.

Copiése, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CASACION / INDICIO

El indicio no sólo debe tener fortaleza suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, sino que debe poseer una solidez tal que el hecho indicador debe estar plenamente probado.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge E. Valencia M.*

Aprobado Acta número 030

Vistos:

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual, entre otras determinaciones, confirmó las condenas impuestas en primera instancia a *David Geribello Osorio, Miguel Angel Torres Franco, Germán Moreno Martínez* e *Israel Martínez García* como autores de un delito de secuentro extorsivo, aunque incrementándoles la pena, y revocó la absolución impartida a Fernando Soto Cardona, Angel María Gil Parra y Jacomo Hersch Roitman Sapocinic, sancionándolos en calidad de coatures del ilícito investigado.

La demanda de rigor fue presentada en tiempo y declarada ajustada a las prescripiciones legales. Al estudiarla, en virtud del traslado de ley, el señor Procurador Primero (1o.) Delegado en lo Penal, solicita su desestimación.

Hechos:

La síntesis pertenece al Tribunal. Escúchesele:

"El día 3 de octubre de 1986, a las 8:30 de la mañana aproximadamente, cuando llegaba al sitio habitual de labores, de su propiedad, a bordo igualmente de su vehículo, el señor *Jaime Letcher López* fue sacado con violencia de éste, el cual se hallaba sobre la carrera 68 D No. 19-80 de esta ciudad, por 3 hombres armados que lo obligaron a subir a otro automotor donde le fueron vendados los ojos, partiendo con rumbo desconocido. Días después el Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S." recibió una llamada anónima dando cuenta de que una banda de secuestradores se estaba reuniendo en un inmueble del barrio Restrepo y utilizaban los vehículos: taxi marca Fiat de placas SD-6629, taxi marca Zastava de placas SC-2118 y un Jeep Comando Willys de placas NB-0468, los cuales fueron objeto de seguimiento por parte de las unidades secretas. Así mientras la familia del secuestrado ultimaba los detalles sobre la entrega del dinero exigido como rescate, en suma que finalmente lo fue de $357'100.000,oo, las unidades del cuerpo secreto capturaron cerca del tercer puente sobre la Autopista Norte a los sujetos *Miguel Angel Torres* y *David Garbello Osorio*, quienes se encontraban detenidos en el vehículo Zastava SC-2118, siéndoles hallado el número telefónico 631404 que corresponde a la residencia ubicada en la carrera 46 No. 00-21 sur, lugar donde manifestaron se irían a repartir el dinero producto de un secuestro. Así es como ese mismo 29 de octubre del 86 en horas de la noche, se montó un operativo sobre el inmueble frente al cual se encontraban los automotores zastava, corrige, fiat SD-6629 y willys NB-0468, al ingresar los agentes al interior de la casa se notó la huída de varias personas por la parte trasera, una de las cuales cubría su retirada disparando siendo necesario que los secretos repelieran el ataque logrando herir a *Israel Martínez García* a quien le fuera hallada la pistola marca Browing calibre 9mm largo No. 77C56664; otros resultados de dicha acción fue la captura además de *Angel María Gil Parra, Efraín Muñoz Sierra* (uno de los propietarios de la residencia), *Germán Moreno Martínez*, cuñado del anterior y poseedor del rodante Willys NB-0468, igualmente se logró la incautación de $42'450.000,oo gran parte del dinero entregado como rescate del señor *Letcher López* momentos antes cerca de la referida casa. Sometidos a interrogatorio por las autoridades, los capturados manifestaron desconocer el paradero del secuestrado, que sin embargo quienes dirigieron y financiaron el secuestro fueron un señor judío de nombre Jacobo y otro de nombre Fernando Soto, este último de quien aportaron dirección por lo que fue capturado esa misma noche *Fernando Soto Cardona* y poco después, en la madrugada, es aprehendido *Jacobo Hersch Reitman Sapocinic*, de origen judío. Continuadas las labores de inteligencia e interrogatorios a los capturados se logra establecer que el señor *Jaime Letcher López* se

encuentra en una casa ubicada en la transversal 58 No. 373-15 Sur de Bogotá, barrio Carvajal, allí se produce el respectivo operativo por el D.A.S. lograndóse el rescate del secuestrado y dados de baja los sujetos Yamil López Perilla y Edgar Villamil, quienes pretendieron hacer frente a la autoridad con una sub-ametralladora y una granada."

Actuación Procesal

La Delegada realiza su resumen. La Corte lo acoge.

"Por los anteriores hechos el juzgado 1o. Especializado de Bogotá D.E., mediante providencia calendada el 24 de abril de 1987, citó a audiencia pública, en los términos de la ley 2a. de 1984 entonces vigente, a los sumariados *David Garibello Osorio, Miguel Angel Torres Franco, Angel María Gil Parra, Germán Moreno Martínez, Fernando Soto Cardona, Jacobo Roitman Sapochnic, Jairo Barbosa Palomino* -también conocido con los alias "John Jairo", "Juan Carlos", *Fernando Gómez Zúñiga y Fernando Colmenares Zúñiga-, Oscar Barbosa Palomino* -alias "Oscar Alberto Rodríguez"- y *José del Carmen Bernal Casallas*, como coautores del delito de Secuestro extorsivo. Los tres últimos como reos ausentes (Fls. 957-961).

"En el numeral segundo del proveído dispuso citar a audiencia pública al incriminado *Israel Martínez García* como coautor del secuestro extorsivo y porte ilegal de armas.

"Dentro del numeral 3o. de la misma resolución judicial, el Juzgado se abstuvo de citar a audiencia pública a los implicados *Efraín Muñoz Sierra y Miguel Angel Barbosa Palomino* -vinculado como reo ausente- y en su defecto amplio el término de investigación respecto de éstos por un lapso de 30 días, concediéndosele al primero la excarcelación (Art. 21, Nral. 3o., y Ley 2a. de 1984).

"En el numeral 5o. del citado proveído el despacho judicial se abstuvo de "iniciar investigación penal en contra de *Yamil López Perilla y Edgar Villamil*" respecto del secuetro extorsivo, por haber recibido muerte durante el operativo de rescate de la víctima, pero por su occisión fue dispuesta la compulsación de copias para la investigación correspondiente y por la lesión hecha al sindicado *Israel Moreno Martínez*.

"También se ordenó compulsar copias para investigar por separado la conducta de otras personas que pudieron haber tomado parte en el ilícito, acorde con lo previsto en el artículo 482, inciso 2o., del C.P.P.

"Contra la anterior providencia calificatoria y negatoria de la libertad provisional para el resto de los imputados, fueron interpuestos oportunamente los recursos ordinarios de reposición, como principal, y en subsidio el de la apelación, por los apoderados de *Jacobo Roitman Sapocinic* y *David Garibello Osorio*. El juzgado por interlocutorio del 11 de junio siguiente los resolvió negando la reposición del auto de citación a audiencia en relación con el segundo de los procesados, y de la negación del beneficio de excarcelación solicitado para el primero, pero concedió la impugnación subsidiaria únicamente respecto de esta decisión, al negarla en relación con el auto de citación a audiencia.

"Abierto el juicio a pruebas y practicadas algunas de las decretadas, se señaló fecha para audicencia pública por auto de septiembre 21 de 1987, pero llegada aquella no se llevó a cabo debido a la inasistencia de varios de los defensores de los procesados, y por lo mismo se aplazó para el 21 de octubre de 1987.

"Por auto de octubre 19 del mismo mes, el Juzgado resolvió no declarar la inexistencia de las indagatorias rendidas pro los acusados *Fernando Soto Cardona, Cernán Moreno Martínez, Efraín Muñoz Sierra y Jacobo Roitman Sapocinic*, según solicitud que en tal sentido hiciera el defensor de oficio del primero de los citados incriminados.

"Con fecha noviembre 3 de 1987 el apoderado de Angel María Gil Parra solicita la práctica de unas pruebas dentro de la audiencia, a lo cual se accedió decretándoselas por auto del mismo día.

"Como el acto público no se verificó en la fecha señalada, nuevamente se fijó para el 24 de noviembre, no habiéndose cumplido con la incapacidad de uno de los apoderados y fue así como por cuarta vez se dijo que el acto público tendría lugar el 14 de diciembre siguiente, pero tampoco se realizó porque no fue remitido el procesado Fernando Soto Cardona.

"Sobrevino así la solicitud de libertad provisional del apoderado del incriminado *Miguel Angel Torres*, por haber transcurrido más de 6 meses desde la ejecutoria del auto de citación a audiencia sin haberse celebrado el debate público sin jurado, a la que se unió el defensor de oficio de los acusados *Fernando Soto Cardona, José del Carmen Bernal Casallos, Oscar Barbosa Palomino, Miguel Barbosa Palomino*. El *petitum* fue despachado negativamente por auto del nueve (9) de enero de 1988, cuando se señaló el 26 siguiente para la celebración de la audicencia pública.

"Aquel interlocutorio lo apeló el apoderado de *Fernando Soto C.* siendo concedido el recurso.

"Con todo, el acto público se inició en la fecha prefijada aunque hubo de suspenderse a petición de uno de los defensores, para continuarla el 28 del mismo mes y año lo que no sucedió por no haber sido remitido el acusado *Fernando Soto Cardona C.*, pero se prosiguió el 2 de febrero, cuando se suspendió hasta el 8 siguiente en atención a la solicitud del Fiscal para emitir su concepto, lo que efectivamente hizo y se dio oportunidad de intervenir a otros defensores, no pudiéndose evitar una suspensión más a solicitud de uno de éstos, por lo cual la audicencia proseguiría el 10 siguiente, como en efecto ocurrió, siendo suspendida otra vez hasta el 16 del mismo mes, no sin antes resolver negativamente las solicitudes de libertad provisional presentadas por los apoderados de los procesados detenidos, decisión apelada por el defensor de *Fernando Soto C.* y concedida para ante el Tribunal Superior.

"El 17 de febrero continuó la auciencia pública y suspendida para proseguirla el 22 tuvo que reiterarse la suspensión, por la no asistencia de un defensor, hasta el 25 siguiente, cuando se avanzó en ella, pero nuevamente fue suspendida para el 29, en que finalizó.

"La sentencia de primera instancia tuvo lugar el 5 de abril de 1988. En ella tomáronse entre otras las siguientes determinaciones:

"1. No decretar las nulidades propuestas dentro de la audiencia por los defensores.

"2. Condenar a los procesados *Oscar Barbosa Palomino, José del Carmen Bernal Casallas, David Garibello Osorio y Miguel Angel Torres Franco, Germán Moreno Martínez, e Israel Martínez García*, a purgar la pena principal privativa de la libertad de 8, 6.1/2, 3.1/2 y 3 años y 9 meses de prisión, en su orden, como coautores los dos primeros y cómplices los demás del delito de secuestro extorsivo.

"3. Absolver a *Israel Martínez García* del cargo de porte ilegal de armas; a *Fernando Soto Cardona, Angel María Gil Parra* y *Jacobo Herscli Roitman Sapocnic* de la imputación de secuestro extorsivo, y consecuencialmente se les concedió la libertad provisional, previa caución.

"Oportunamente la sentencia absolutoria fue recurrida por el apoderado de la parte civil, y la condenatoria por el apoderado del procesa-

do *Israel Martínez García*. La apelación se concedió para ante el Tribunal Superior - Sala Penal - de Bogotá. La Corporación, mediante proveído del 25 de mayo de 1989, adoptó las siguientes decisiones:

"1. Revocó el numeral 3o. de la parte resolutiva del fallo de primer grado y en su lugar *absolvió* al acusado *José del Carmen Bernal Casallas*;

"2. Reformó el numeral 4o. de la sentencia revisada en el sentido de condenar a *David Caribello Osorio* y *Miguel Angel Torres Franco* a la pena principal privativa de la libertad de 72 meses de prisión como coutores del delito de secuestro extorsivo, en lugar de los 42 meses que se le habian impuesto y a título de cómplices;

"3. Reformó el numeral 5o. del mismo fallo en el sentido de *condenar* a *Germán Moreno Martínez* y a *Israel Martínez García* a 84 meses de prisión como coautores del secuestro extorsivo, en defecto de los 45 meses que se le habian impuesto como cómplices;

"4. Revocó los numerales 10o. 11o. y 12o. y a cambio *condenó a Fernando Soto Cardona, Angel María Gil Parra y Jacobo Hersch Reitman Sapocinic* a purgar 84 meses de prisión el primero y 72 meses de la misma pena los dos últimos en calidad de coautores de delito de secuestro extorsivo, ordenando en consecuencia sus recapturas al negárseles el subrogado penal de la condena de ejecución condicional".

Las Demandas:

Primera:

La eleva el representante de Fernando Soto Cardona, planteando tres cargos en el ámbito de las causales tercera y primera de casación, de la siguiente manera:

Primer Cargo:

Según su parecer, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, toda vez que se conculcó el derecho de defensa de su patrocinado, al no permitírsele controvertir la prueba de cargo que se allegara al proceso luego de rendir indagatoria. Transcribiendo un aparte del fallo cuestionado, en el que se habla sobre un cheque girado por *Soto* a *Caribello Osorio*, como demostración de que *Soto* y *Reitman* no son ajenos a los hechos que

se le endilgan, advierte que, para aclararlo, se dispuso la ampliación de la injurada, diligencia que no se pudo llevar a cabo por la ausencia del defensor. Ello llevó al *a-quo* a no tenerlo en cuenta, quedando entonces un solo indicio y las exposiciones que rindiera su patrocinio ante el D.A.S. No obstante, el Tribunal la acogió como fundamento para revocar la absolución dictada en la primera instancia.

Segundo cargo:

Considera que se cometió "...un error de derecho en la apreciación de la prueba, pues dió como probado la relación existente entre mi procurado y David Garibello Osorio y desde luego, la participación de aquel en el delito.", con estribo en las exposiciones rendidas por Soto ante el D.A.S., cuyo valor es apenas indiciario, y la existencia del cheque mencionado en el primer cargo, pues de su análisis no se desprende "...que hecho indica o prueba este indicador y menos al darle su valoración, no le da la categoría grave o leve a efectos de determinar la responsabilidad."

A renglón seguido y luego de citar a un doctrinante nacional sobre la valoración de la prueba indiciaria en el proceso penal, advierte que no investigó sobre la posibilidad del azar o de la existencia de otras hipótesis, amén de que no existe una pluralidad de indicios pero sí contraindicios que descalifican el indicio del cheque. Recuerda el actor que su poderdate estuvo con su familia fuera de la ciudad el día en que se repartió el botín, que fue capturado en su residencia mientras dormía y que el 19 de octubre de 1986 no tuvo contacto con ninguno de los demás encartados.

Tercer Cargo:

Con frugalidad argumental, puntualiza que "Como consecuencia del error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria...se violó indirectamente ... el Art. 66, numerales 3, 4 y 7 del Código Penal pues impuso unos agravantes punitivos a Fernando Soto que no cabían respecto de él, por cuanto no se demostró plenamente que haya actuado en el punible por el cual se le condenó."

Segundo:

El apoderado de Jacobo Roitman presenta a consideración de la Sala, cinco cargos, todos enmarcados dentro de la causal primera, segmento final, "...por cuanto el fallador colegiado incurrió en *indebida aplicación* de

la ley sustancial... al no apreciarse pruebas fundamentales del proceso, o al valorarse indebidamente las que sí fueron objeto de contemplación."

Primer Cargo:

Luego de señalar el carácter indiciario de la prueba de cargo que se congrega en contra de su poderdante, fija su atención en las varias imputaciones que se le hacen testimonialmente, cuya reunión forma un solo indicio, tal como fuera destacado en la primera instancia. Sin embargo, al desatarse la alzada, fue multiplicado por el Tribunal, violando el principio de unidad del hecho indicador, que enseña: "...o que varios medios de prueba están demostrando un mismo hecho, o que varios de aquellos estén ameritando diversos aspectos relacionados con el mismo hecho indicador...". Por consiguiente, "Si se tiene en cuenta que por fuera de las anteriores imputaciones, no existe prueba... fuerza es concluir que un sólo indicio se terminó condenándole...", transgrediendo de paso el valor tarifario que para aquel momento señalaba la ley en el art. 230 del C.P.P. de 1971, en el que se advertía que un solo indicio no hará jamás plena prueba, a menos que sea necesario, especie última que descalifica "...porque poco a poco se ha ido reconociendo doctrinariamente, que tal grado de correspondencia y relación, sólo es factible en el campo de lo natural, en el terreno de las leyes físicas, más nunca en el ámbito de lo humano, por toda la contingencia que con su misma libertad se aporta.". Además, pone de presente, la violencia ejercida contra los declarantes en sus exposiciones ante los organismos de seguridad, las promesas de libertad a cambio de información que se les hicieron a algunos implicados que comprometen la imparcialidad de sus declaraciones, el anónimo que bien puede tratarse de una "malquerencia"en detrimento de su asistido, todos a una, factores "...que permiten hasta cuestionar la atribuída gravedad del indicio...".

Segundo Cargo:

Lo titula como el desconocimiento de "...elementos probatorios de trascedental importancia, sobre los cuales se levantaba todo un indicio de inocencia o contraindicio relacionado con la condición de 'financista del ilícito', que en el proceso y el fallo se le atribuyó. Error manifiesto de hecho".

Señala, entonces, los extractos bancarios y las fotocopias de un número crecido de cheques que se allegaran al proceso en orden a demostrar la incapacidad económica para costear el ilícito, documentos apoya-

dos por la ampliación de la indagatoria hecha por el implicado y el testimonio del abogado Hugo Mantilla, su mandatario legal, todo lo cual comprueba un presupuesto "absolutamente doméstico".

Por consiguiente, "Al no hacer la valoración integral de la prueba, se condujo el juez colegiado en forma expedita a la vulneración de un principio procesal que tal cosa impone, lo que llevó a su vez a la transgresión del Art. 216, *'in dubio pro reo'*, por el cual tenía que resolver cualquier duda que aflorara en su cotejo en pro del sindicado...".

Cargo Tercero:

Esta vez, el colegiado erró al ignorar la existencia de elementos probatorios que conforman un "...contraindicio desvirtuante de la calidad de 'autor intelectual', 'jefe' que se le imputó. Error manifiesto de hecho.".

Al efecto cita la declaración del secuestrado, quien cuenta sobre las comunicaciones telefónicas que sus guardianes sostuvieron con sus jefes en las horas posteriores a la captura de su representado, de lo cual deduce que "...a la vez que mi asistido era capturado e incomunicado en las instalaciones del D.A.S., simultáneamente en el sitio de cautiverio se recibían llamadas a los guardianes de la víctima, por parte de los 'jefes'...", por lo que "...mi acudido no es la persona a quien el mismo captor refería desprevenidamente... como su 'jefe'...".

Por tanto, si se hubiesen valorado dichos medios de prueba, se abría el camino de la duda, pero no se hizo, rompiéndose aquí también el principio de apreciación integral de la prueba y del *in dubio pro reo*.

Cargo Cuarto:

De nuevo pone de presente que el *ad quem* hace "caso omiso (sic) de probanzas de descargo, de las cuales tiene aparecimiento otro contraindicio demeritante de la coparticipación de mi acudido mediante la forma de sociedad criminal. Error de hecho...".

Asegura, entonces, que "...se dejaron de apreciar parcialmente los mismos informes de la policía judicial, amén de las declaraciones de sus miembros; las injuradas de los inculpados; y en esta forma completa la diligencia de declaración juramentada recepcionada a doña Lucero Sánchez de Roitman...", de las cuales "...se deduce sin atisbo de duda alguna,

la ausencia de mi representado al instante mismo en que era repartido el dinero producto del rescate."

En seguida habla de la asociación criminal, de su objetivo mayor que es la obtención de un cuatioso botín, y de la participación de los complotados en las utilidades, por lo que resulta insólito que el "cerebro" de la operación delictiva no reclame los beneficios obtenidos y antes, por el contrario, se ocupa en un paseo sabanero con su familia.

De lo anterior concluye que Roitman no era copartícipe y cualquier explicación que se pretenda darle a su ausencia, conforma una hipótesis o una lucubración, "...demostrativos precisamente de la necesidad de absolver".

Cargo Quinto:

Lo presenta como "Contraindicio derivado de la no fuga del implicado a mi cargo, que se dejó de apreciar. Error manifiesto de hecho por ignorarse la prueba que le dio origen...", y lo sustenta en la llamada telefónica que recibiera de Luz Marina de Soto, requiriendo su ayuda debido a que se esposo había sido aprehendido por la policía. Si después de recibir esta información, argumenta el recurrente, Roitman "...optó por acostarse y seguir durmiendo, menester es concluir que ningún temor o acoso asediaba su conciencia, y lo que es más, que si alguna culpabilidad le cupiese en los hechos que fueron investigados, tuvo tiempo más que suficiente para huir (tres horas), lo que no aconteció así, deviniendo de ello un fuerte indicio de inocencia...".

Concepto de señor Procurador Tercero (3o.) Delegado en lo Penal

Con variados argumentos, apoyados en la realidad procesal y la técnica propia del recurso, el colaborador fiscal solicita desestimar el libelo presentado. En su momento, la Corte se referirá a espacio sobre su pensamiento.

La Corte:

Primera Demanda:

Primer cargo: La violación del derecho de defensa, ha dicho con tesón en el pasado y hoy se reitera con igual vigor, se estructura cuando las oportunidades que le brinda el proceso al encartado para demostrar su

inocencia o su culpabilidad en determinado grado, sufren desmedro, bien porque se obstaculizan o impiden, ora porque queda en la orfandad el resguardo de sus intereses, encomendados a un profesional del derecho.

En el caso de la especie, como bien lo anota el recurrente, con posterioridad a la injurada de Fernando Soto, fue allegado un cheque que girado por él a favor de Garibello Osorio, evidentemente establecía un vínculo entre ambos, enfáticamente negado por este último. En este punto, el casacionista advierte que se decretó pero no se practicó una ampliación de indagatoria de su cliente, impidiéndosele rendir los descargos correspondientes.

Como bien lo señala la Delegada, la diligencia en mención no fue pedida por el mandatario judicial de Soto sino por el de Efraín Muñoz, para tratar un tema diferente. Pero, incluso, así lo hubiere solicitado aquel no fue ésta la única oportunidad que tuvo para explicar la razón de ser del título valor en referencia. De ahí en adelante, comenzando por el alegato de conclusión al cierre de la etapa instructiva hasta culminar en el debate público, última e inigualable ocasión para exponer sus tesis, el proceso le brindó las necesarias coyunturas para demostrar su ajenidad al ilícito.

Y así lo hizo.

Recuérdese que en la indagación, el apoderado de Soto pidió la recepción del testimonio de Luz Marina Ospina, con el fin de aclarar los motivos que lo llevaron a expedir el documento. Un nuevo testigo, esta vez, Ricardo Niño Rojas fue citado para informar en la etapa del juicio sobre el particular, aunque no se logró el cometido.

Sin embargo, en la audiencia pública, el propio Soto pudo explicar a viva voz que, en su condición de negociante de dinero, le entregó a Ricardo Niño Rojas el cheque en blanco, pues el rol de éste era el de un intermediario que, luego de decidirse en donde se iba a colocar, haría la transacción correspondiente.

Así, como lo expresa el colaborador fiscal, no fue la ampliación de la indagatoria, la diligencia que podría echarse de menos en este aspecto, sino la declaración de Niño Rojas. No obstante, frente a las restantes pruebas de cargo, esta solitaria versión no tenía la capacidad de cambiar el horizonte procesal amén de que la intervención de Soto en el debate público, suplió con creces la falta de esta diligencia.

Por consiguiente, Soto tuvo la oportunidad plena de defenderse, sin que en ningun momento procesal se le hubiere negado este cardinal derecho. Y si la nulidad se configura como remedio procesal extremo en ausencia de otras posibilidades para subsanar una falencia probatoria, la intrascendencia de la probanza dejada de practicar, indica la inutilidad de su aplicación.

El cargo ha de rechazarse.

Segundo cargo: Plantea un error de derecho en la apreciación de la prueba, concretándolo en la versión libre que rindiera Soto ante el D.A.S. y el cheque girado por éste a favor de David Garibello, indicios que el Tribunal no califica de leves o graves, pero los esgrime para dar "...como probado la relación existente entre mi procurado y David Garibello Osorio y desde luego, la participación de aquel en el delito."

Lo primero a observar es que el ámbito en el que se plantea la censura es correcto, habida cuenta de que su invocación se hace de acuerdo con el estatuto procedimental de 1971, que le asignó un valor determinado al indicio, lo que abrió la posibilidad para que el fallador incurriera en un falso juicio de convicción cuando lo justipreciara de manera diferente.

Sin embargo, su formaulación no corre con igual fortuna, pues en lo formal no enuncia la proposición jurídica completa, limitándose únicamente a señalar la norma sustancial que se violara indirectamente, guardando silencio sobre la procesal, a través de la cual se facilitó el atropello. Ello provoca su fracaso temprano pues le impide a la Corte conocer a plenitud el presunto yerro de Tribunal, provocando, como lo ha dicho la Sala "...una degradación del recurso a la simple presentación de un alegato a distancia o menos. No debe olvidarse que la interposición del recurso ordinario ante las instancias, es exigencia de admisibilidad indicar las razones de inconformidad con la decisión recurrida; es decir, señalar en qué erró el juzgador. Esto, referido al recurso extraordinario, no puede ser menos, máxime cuando él se caracteriza por su sometimiento a presupuestos formales y a precisas reglas técnicas en su proposición, trámite y decisión. Por tanto, presupuesto para el examen del cargo en los eventos de violación a la ley sustancial, sigue siendo la determinación del sentido en que ella se produjo."(casación, abril 24 de 1990, M. P. Dr. Páez Velandia).

No es su única carencia. Al avanzar la lectura se observa un ataque que se sustenta en el fragmento y no en la totalidad, acomodando el hori-

zonte procesal a la estrechez misma de la censura que, para defender los propios intereses, se limita al estudio de las pruebas que la favorecen. La distorsión es evidente; también su fracaso.

En efecto, su ataque se limita únicamente a la versión de Soto ante el D.A.S. y el cheque girado por él a Garibello. En el olvido quedan las demás pruebas que sirvieron de basamento a la decisión condenatoria. Entre ellas se encuentran las demás versiones que rindieran los primeros delincuentes que fueron aprehendidos en la operación policial que se montó cuando se aprestaban a colocar mensajes al hermano del cautivo, en donde se le daban instrucciones para el pago del rescate. Gracias a sus informaciones, se tuvieron pistas concretas para conocer el paradero de los cabecillas y su ulterior captura. Aquí se presenta también un nuevo hecho que el censor no trae a colación. La versión de Germán Moreno Martínez, integrante de la banda, privado de su libertad en el inmueble destinado a repartir el botín producto del secuestro. Este individuo proporcionó nuevos datos que culminaron con el apresamiento del propio Soto y de Roitman.

Este apocado debate, al no controvertir el acervo probatorio en su totalidad, deja incólumes las probanzas restantes y, por ende, el fallo objeto de censura, quedando el fracaso como su único resultado.

Tercer cargo: Lo presenta como subordinado del anterior pues supedita su éxito a la prosperidad del otro. Por ello advierte que "como consecuencia del error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria ...impuso unos agravantes punitivos a Fernando Soto que no cabían respecto de él, por cuanto no se demostró plenamente que haya actuado en el punible por el cual se le condenó.".

Así las cosas, como quiera que en el segundo reproche no logró demostrar que el fallo se hubiera apartado de la ley, de donde se colige que la pena impuesta consulta la realidad procesal, la presente impugnación pierde su razón de ser.

La desestimación es su medida.

Segunda Demanda:

Primer cargo: Como lo señala con tino el demandante, la pluralidad de pruebas que señalen un mismo cariz de la investigación no autoriza a

edificar, por consiguiente, igual multiplicidad de indicios. Al unísono, jurisprudencia y doctrina han predicado que, sin importar el número de circunstancias o pruebas que las informen, si todas contribuyen a formar un solo hecho indicador, un solo indicio será el que se estructure.

No es el caso presente.

Las versiones que rindieran Osorio, Torres, Moreno y Soto ante los organismos de seguridad, unidas a las declaraciones de los agentes de aquel cuerpo que informan sobre las mismas, no conforman el solitario indicio que pretende presentar el casacionista.

Un repaso a su contenido nos muestra al primer grupo señalando a Roitman como dirigente de la empresa delictiva y a los restantes, corroborando la aserción por haberla escuchado de aquellos. Esta clara identificación del acusado es de por sí suficiente por sí misma y no necesita de ninguna inferencia lógica, a través de las reglas de la experiencia, que conduzca a estabelcer este rol.

Se está en presencia, por tanto, de una prueba directa y nada más.

Ahora bien, como lo señala la Delegada, en el fondo del reproche subyace la intención de demeritar los testimonios en referencia, pues no se compite el lugar de importancia en que los colocara el fallador. Sin embargo, como quiera que la prueba testimonial, tanto en el anterior estatuto como en el vigente, está sujeta a las reglas de la sana crítica, su formulación como error de derecho por falso juicio de convicción, no estaba llamada a tener éxito.

Pero aparte de esto, el casacionista no muestra el panorama procesal en su totalidad, sino apenas la prueba testimonial tenida en cuenta, la que, como se ha visto, muta de directa a indirecta y la unifica en un solo indicio. Esta fragmentación del fallo da una visión parcializada del asunto e impide acometer el fondo de la cuestión puesto que si bien los elementos consignados por el demandante puede darle la razón, los que deja de lado bien pueden tener el vigor suficiente para mantener el fallo impugnado.

Este caso es un ejemplo.

Olvida el recurrente que cuando comenzó la investigación nada se sabía sobre Soto y Roitman y apenas los informes de los primeros captura-

dos dieron cuenta de su existencia, como los jefes de la asociación criminal. Y fue el mismo Soto el que de alguna manera confirmó su participación al admitir que sabía del secuestro pero que ignoraba el lugar del cautiverio. Además, resulta curioso que, efectuada su aprehensión, de inmediato se avise a Roitman con urgencia, lo que da a entender que no había tal ajenidad como pretende hacerlo creer.

Recuérdese también lo dicho por Caribello acerca de la promesa que le hicieran Soto y Roitman de pagarle la suma de cien mil pesos por llamar telefónicamente a Germán Moreno sobre el cumplimiento de las instrucciones por el hermano del secuestrado quien, en el vehículo que se movilizaba, debía parar frente a un montallantas. Esta aseveración podría tener el carácter de secundaria de no haberse comprobado en el proceso que, pocos días antes del secuestro, Soto le giró un cheque por la mitad de esta cantidad.

Y como lo manifiesta con acierto el colaborador fiscal, "Jacobo Roitman Sapocinic con Fernando Soto Cardona eran los únicos, entre los componentes de la organización criminal, que poseían los medios económicos para afrontar los gastos que el secuestro demandaba hasta la efectivización del pago para devolver sana y salva a la víctima. Por eso Fernando Soto Cardona reconoce, dándole una variante a su situación de compromiso penal, que Miguel Angel Torres le propuso que colaborara con medio millón de pesos para la financiación del plan criminal. Los ingresos mensuales confesados de uno y otro y el movimiento de las cuentas corrientes que ambos mantenían, así lo pregonan.

El propio Fernando Soto Cardona, amigo personal de Jacobo Roitman Sapocinic, admite la posibilidad de que éste '...hubiese proporcionado alguna información sobre las cualidades del secuestrado...', aunque de buena fe. Pues bien, como integrante de la colonia judía a la cual pertenecía el plagiado, el procesado mejor que nadie tenía la posibilidad de reunir la información previa para el desarrollo del proyecto delictivo."

El reproche no prospera.

Los cargos restantes: En verdad, los cuatro cargos que hace falta por analizar, conforman un mismo tema ya que todos ellos se refieren a la ignorancia del fallador de los indicios de inocencia existentes en el proceso, los que, de haberse tenido en cuenta, hubiesen conducido a un fallo absolutorio en favor de *Jacobo Roitman*.

Ahora bien, como lo destaca el Ministerio Público, estos indicios que favorecen al acriminado, tienen la misma naturaleza lógica que los que obran en su contra, pues ambos parten de un hecho conocido para inferir uno desconocido a través de las reglas que gobiernan la experiencia y utilizando el método deductivo.

Si ello es así el indicio de esta especie también debía atenerse al cánon general que establecía el anterior régimen procesal, valorándose según fuera necesario o no necesario. Por tanto, un reproche con fundamento en esta prueba indirecta, si de su tasación se trata, ha de intentarse en el ámbito del error de derecho, por falso juicio de convicción, única manera de determinar si el justiprecio que le dio el fallador se atiene a lo dispuesto por la ley.

Sin embargo, esto no quiere decir que sea la única vía aceptable en sede de casación, como lo enfatiza el colaborador fiscal, pues bien puede haberse ignorado o tergiversado, lo que daría ocasión para intentar el reproche por la vía del error de hecho.

Este último camino fue el que escogió el demandante, planteado falsos juicios de existencia, epro no respecto del indicio mismo sino de las pruebas que podían haber servido de base para el hecho indicador. Esta visión fragmentada de la prueba en mención requiere de las consiguientes precisiones.

La construcción del indicio, como se sabe, necesita de un hecho que se encuentre demostrado, a partir del cual, y luego de un juicio de inferencia lógico, se establezcan un nuevo hecho. Por tanto, si de él se predica un error de hecho, ha de examinarse en toda su extensión y probar que el fallador lo ignoró pese a encontrarse presente en el proceso o, por el contrario, lo tuvo por cierto aunque no se encontraba en la actuación.

Alegar un falso juicio de existencia únicamente respecto del hecho indicador, deja incompleta la censura pues bien puede pasar que este suceso haya sido examinado por el juzgador como prueba directa lo que daría lugar a otras posibilidades de alegación.

De lo anterior se deduce la dificultad máxima para intentar su estudio en casación, puesto que el indicio no sólo debe tener la fortaleza suficiente para desquiciar la sentencia impugada, sino que él mismo, debido a sus especiales características, debe poseer una solidez tal que el hecho indicador debe estar plenamente probado, al tiempo que solamente pueda extraerse de él un hecho indicado, entablando una correspondencia directa en la que éste no puede ser sino la exclusiva consecuencia de aquel.

La certeza, por consiguiente, es el único medio de garantizar con propiedad la presentación de esta prueba indirecta.

En los cuatro cargos en referencia, el casacionista no consigue arribar a esta preceptiva. Así, en el cargo segundo, se refiere al "... indicio de inocencia o contraindicio relacionado con la condición de 'financista del ilícito'...", señalando como demostración del reproche, "Las pruebas base del hecho indicador", tales como las relacionadas con el movimiento de su cuenta bancaria, la ampliación de su indagatoria y el testimonio de Hugo Mantilla Barreto.

A renglón seguido habla de la "Regla de experiencia instrumentalizada", según la cual, "...los extractos de cuentas bancarias o de ahorros con el reflejo fiel de la situación monetaria de una persona...", indicando a continuación como hecho indicado, la comprobación de que sus asistido "...era una persona apenas con un buen pasar económico, al frente de un presupuesto absolutamente doméstico...".

Como bien puede verse, el hecho indicado que trae a cuento el censor, dista de ser el único predicable del hecho indicador en comento. La capacidad económica de un individuo en la compleja sociedad de hoy, se comprueba apenas parcialmente con sus cuentas bancarias. Son muchas y variadas las maneras como un capital se muestra, empezando por la declaración de renta, inversiones en papeles bursátiles, sin olvidar la evasión fiscal, el mercado accionario, etc.

De otra parte, llama la atención de la Sala la condición de prestamista de dinero que poseía Roitman, lo que indica excedentes mayúsculos en su fortuna, que demuestran que no solo vivían cómodamente, como lo señala su apoderado, sino que tenía la capacidad de desprenderse de una parte de su caudal, ganando con ello intereses considerables, si se tiene en cuenta las elevadas tasas que rigen en nuestro país.

Por tanto, tener a la vista los extractos y la declaración de Mantilla, no necesariamente conducen a establecer la incapacidad económica de Roitman, y si a ello se une el señalamiento que algunos implicados hacen su condición de dirigente de la empresa criminal, la prueba de cargo demuestra su solidez.

Una apostilla a lo dicho.

Al hablar de las "normas penales violadas", y sin haber hecho mención del tema -menos, desarrollarlo- sorpresivamente señala que "Al no

hacer valoración integral de la prueba, se condujo al juez colegiado en forma expedita a la vulneración de un principio procesal que tal cosa impone, lo que llevó a su vez a la transgresión del Art. 216 *'In dubio pro reo'*, por el cual tenía que resolver cualquier duda que aflorara de su cotejo en pro del sindicado".

Con apenas esta palpación del tema, terminan sus palabras.

La escacez agumental obliga a mirar el exordio del reproche para estabelcer el sentido de sus palabras, pues, como se sabe, la duda misma tiene diversas manifestaciones en el proceso y, por ende, los yerros que la ultrajen en la sentencia, poseen igual número de connotaciones, por lo que su alegato en casación no es uniforme, pues cada cual ha de atenerse a una determinada vía de impugnación.

El retorno nos indica que se está en presencia de un error de hecho, por falso juicio de existencia puesto que "El fallador...desconoció elementos probatorios de trascendental importancia...". Sin embargo, como ya se vió, los extractos bancarios, la indagatoria y el testimonio de Mantilla, no tiene el ascendiente que permita el cambio de la decisión, puesto que los elementos de juicio que se les oponen, poseen la suficiente fortaleza para resistir en débil debate.

No había lugar , pues, para la vacilación juzgadora, excluída temprano ante el vigor de las principales probanzas. La sinrazón es evidente.

El tercer cargo muestra también su debilidad desde su misma formulación. Basándose en la declaración del secuestrado, pretende mostrarle a la Sala que otro y no Roitman era el regente de la cuadrilla puesto que los captores le dijeron al cautivo, cuando ya Roitman había sido aprehendido, que los "jefes" les habían informado sobre la operación policial. El haber ignorado esta aseveración, según el demandante, desquicia el cargo de "autor intelectual"que se le endilgó a su representado.

Como bien puede verse, no se necesitan mayores argumentos para mostrtar la debilidad de estas conjeturas. Los comentarios que sus vigilantes le hicieron a Letcher no pasan de ser eso: simples escolios de personas totalmente secundarias. Es sabido que los vigilantes de los secuestrados son individuos de condición inferior dentro del engranaje criminal que, en muchas ocasiones, no conocen a los "jefes", siendo contratados por subalternos de ellos, quienes son los que se mantienen en permanente contacto.

Por ello, la simple alusión a los "jefes" puede significar cualquier cosa, incluso lo que quiere mostrar el impugnador. Frente a estas múltiples vías, la pluralidad de los posibles hechos indicados deja a este "indicio" reducido a una mínima expresión, demeritando de paso el reproche sobre el cual se fundamenta.

La cuarta censura prosigue con el mismo corte de los anteriores, solo que esta vez se enseña como corolario de ellos ya que se centra en mostrar su ajenidad a la empresa delictual debido a que no estaba presente cuando se repartió el botín producto del delito, hecho inusual al decir del actor, pues no se concibe que el cerebro no se encuentre para recoger los beneficios que persiguió desde el mismo momento en que ideó la comisión del ilícito.

Esta que puede tomarse como una explicación válida sólo es una de las muchas que pueden intentarse, que van desde el establecer una simple coartada, pasando por simples medidas de seguridad, o la división de trabajo al interior de la organización, en la que, precisamente el patrón, en su calidad de tal, no necesita acudir al reparto porque él mismo ya estableció cuál era su parte y solo resta por dividir el saldo entre los demás.

La multiplicidad de los hechos indicados muestran a las claras la poquedad probatoria del indicio en mención, incapaz por sí de disminuir en favor del procesado la prueba de cargo o, por lo menos, de crear la consiguiente duda.

Pero al igual que sucede con los anteriores, el fracaso también acompaña al quinto cargo. En esta ocasión se pone de presente la facilidad con la que las autoridades aprehendieron a Roitman, en su casa de habitación, pese a haber recibido una llamada de la esposa de Fernando Soto, comunicándole la aprehensión de su cónyuge, provocando únicamente su promesa de ayudarle en la asistencia jurídica, luego de lo cual optó por acostarse y seguir durmiendo.

El hecho de que en las tres horas que pasaron entre la comunicación telefónica y la llegada de las autoridades, no hubiera huído, puede significar muchas cosas. Bien pueden intentarse numerosas hipótesis, sin que esta permanencia en el inmueble indique, sin el menor asomo de duda, que era ajeno al acontecimiento delictuoso.

Pudo no haberle alcanzado el tiempo, es un deducción razonable. Otra, con igual calidad, se puede basar en la confianza de que Soto guardara silencio en espera de la ayuda que le pudiera suministrar desde afuera. Y así, pueden continuar las lucubraciones, cada una de las cuales, le resta fortaleza al indicio, reduciéndolo a su mínima expresión.

En resumen, los cuatro cargos estudiados con anterioridad, no poseen la suficiente entidad para desvertebrar la prueba de cargo, por lo que, al haberlos ignorado en el sentido que propone el censor, no influye de manera alguna en la decisión condenatoria, materia de la impugnación.

Una acotación final: Como consecuencia del fallo condenatorio que afecta a Fernando Soto Cardona, se ha de librar orden de captura en su contra, ya que la expedida en su oportunidad le fue revocada el quince (15) de agosto de mil novecientos noventa (1990) por habérsele dictado en la primera instancia una sentencia absolutoria. Además, y como quiera que Jacobo Roitman se encuentra gozando de su libertad, se ha de reiterar la orden de aprehensión ante los organismos de seguridad.

Con fundamento en lo expuesto en precedencia, 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, y, en consecuencia, librar los oficios correspondientes a las autoridades a fin de lograr la aprehensión de Jacobo Roitman Sapocinic y Fernando Soto Cardona.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION - Técnica

Es antitécnica la demanda cuando el libelista habilidosamente se cuida de utilizar expresión alguna que indique cuestionamiento probatorio, pero de su lectura se evidencia que la inconformidad es de carácter.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 037

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de diciembre diez de mil novecientos noventa, confirma en todas sus partes la de primer grado dictada por el Juzgado Sexto Penal de Circuito, en la cual se impuso como pena principal a José Olmedo Sarria, cuarenta meses de prisión, en su condición de coautor penalmente responsable del delito de hurto calificado y agravado.

Hechos:

Inconforme con esta decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación.

Los que originan la presente investigación sucedieron en la ciudad de Medellín en las horas de la noche del pasado nueve de enero de mil novecientos noventa, cuando personas desconocidas luego de ejercer violencia sobre rejas y puertas del almacén "Electrofluorecente" ubicado en la calle 51 No. 54-11, lograron penetrar a su interior, mientras que otras

personas en el exterior se dedicaban a proteger a quienes logran apoderarse de mercancías en suma superior a los veintinueve millones de pesos. Un carro-patrulla de la Policía Nacional comandado por el hoy sentenciado, aparentando acción de vigilancia del sector, permite la acción delictiva; cargada la mercancía objeto del apoderamiento (en su gran mayoría artículos eléctricos) en el automotor de placas KB 1040, se aleja del sector de ubicación del almacén, siendo custodiado por el vehículo policial.

A los dos días de haberse perpetrado el ilícito contra el patrimonio económico del ciudadano Gustavo de Jesús Quinchia Restrepo, la policía del CAI de Veracruz retiene a Alex Antonio Osorio Gómez, quien en versión libre y espontánea recepcionada sin juramento, suministra los detalles de cómo se había consumado el hurto, implicando seriamente a la patrulla policial y describiendo a uno de sus integrantes, descripción que conduce a los investigadores hasta el Dragonante José Olmedo Sarria, a quien al pedírsele explicaciones en torno a la imputación que hacía Osorio Gómez, admitió la autoría, comprometiéndose a devolver lo hurtado y a delatar a quienes conjuntamente con él habían cometido el hecho punible.

Al no cumplirse la promesa efectuada, se adelanta el operativo policial tendiente a la recuperación de los objetos hurtados, siendo el mismo procesado quien conduce a los investigadores hasta el sitio donde guardaba parte de los elementos eléctricos hurtados.

Actuación Procesal:

1o. La investigación fue iniciada por el Juzgado Noventa y Uno de Instrucción Penal Militar, quien luego de escuchar en indagatoria al imputado José Olmedo Sarria, le define la situación jurídica mediante medida de aseguramiento de detención precautelativa, como coautor del delito de hurto calificado.

2o. Mediante providencia del diez de abril de mil novecientos noventa el Comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (Juez de primera instancia) envía el proceso a la justicia ordinaria, por considerar que el procesado carecía de fuero.

3o. Al ser calificado el mérito probatorio del proceso, en contra de Olmedo Sarria, se profirió resolución de acusación por el delito de hurto calificado y agravado, en "calidad de coautor".

4o. Rituado el juicio, tras celebrarse la audiencia pública, se dictó por el Juzgado Sexto Penal del Circuito sentencia de primer grado, condenándose a José Olmedo Sarria a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión al ser hallado responsable del delito de hurto calificado y agravado.

5o. De la sentencia de condena recurrió el defensor de Olmedo Sarria y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en providencia de diciembre diez de mil novecientos noventa, confirma en todas sus partes el fallo de instancia.

Inconforme con la decisión del *Ad-quem*, por el defensor del sentenciado se interpuso el recurso extraordinario de casación, que resuelve la Corte en esta providencia.

La Demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, violación directa, el actor formula un cargo único a la sentencia del Tribunal de Medellín, por considerar que "... no se aplicó el artículo 177 del Código Penal que consagra el delito de receptación, habiéndose aplicado indebidamente los artículos 349, 350, 351 del C. Penal que regulan el punible de hurto en ss (sic) distintas modalidades...".

Al realizar la fundamentación del cargo, sostiene el actor que el procesado José Olmedo Sarria se le juzgó y condenó en calidad de coautor del delito de hurto calificado y agravado, pues en las instancias atendiéndose a las manifestaciones que hacia Alex Antonio Osorio Gómez (quien dijo haber visto cuando un carro-patrulla perteneciente a la policía, supuestamente comandado por el procesado, escoltaba el automotor en el cual se transportaban los valores hurtados) se consideró que Sarria había participado en la comisión del hurto; cuando lo cierto, reconocido por el propio procesado, es que Sarria recibió cierta cantidad de mercancías que adquiría en virtud de compra efectuada a bajo precio con mirar a obtener alguna ganancia, las que termina entregando a las autoridades policiales. Así que debió habérsele imputado el delito de receptación y no el de hurto.

Solicita de la Corporación se case el fallo y se proceda a dictar el de sustitución, que no sería otro distinto al de condena por el delito de receptación.

El Ministerio Público:

En esta oportunidad el señor Procurador Segundo Delegado opina que la sentencia recurrida extraordinariamente no puede ser casada, pues la censura se adelanta con "...insalvables fallas técnicas imposibles de subsanar por las delimitaciones propias de este recurso extraordinario...".

En sentir del Colaborador Fiscal, si el accionante fundamenta el cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial por considerar que existió una indebida aplicación de los artículos 349, 350, 351 del Código Penal y correlativamente una falta de aplicación del artículo 177 del Estatuto en cita, necesario es que debe convenir que *acepta* totalmente la valoración probatoria efectuada por el sentenciador; sin embargo, se puede afirmar que "...en el planteamiento central éste cuestiona pruebas y hecho reconocidos por el fallador, entrando en inaceptable inconsistencia técnica, toda vez que el desarrollo argumental no corresponde a la enunciación del cargo...". Es un desatino técnico entremezclar en una misma censura los dos motivos de la violación.

Considera la Delegada que el casacionista, por lo demás habilidosamente tiene el cuidado de no utilizar expresión cuestionante del aspecto probatorio, lo que no es suficiente para evidenciar el yerro técnico "...pues de la simple lectura de la demanda se colige que la inconformidad del censor es probatorio y que, por tanto, para llegar a afirmar el delito de encubrimiento en lugar de la participación en el hurto, es necesario cambiar la valoración probatoria que le dieron los juzgadores a las contradictorias e insostenibles exculpaciones del proceso Olmedo Sarria y un tal procedimiento es propio de la violación indirecta de la ley sustancial y no de la escogida por el casacionista...".

En igual forma, hace ver el Colaborador Fiscal que el impugnante parte de una falsa premisa cuando sostiene que el juicio de responsabilidad se dedujo del testimonio de Osorio Gómez, cuando el Tribunal fue muy claro al expresar "...que esta información 'llega al proceso, pero por las versiones juramentadas de quienes escucharon la declaración', lo cual es apenas lo que jurídicamente correspondía, pues tal exposición carece de juramento, lo cierto es que en lugar de atacar esta prueba -si así lo considera- por error de derecho por ilegal aducción probatoria entra a desconocer el valor que dice se le dio en el fallo...".

Como no logra conocerse cual es la real inconformidad del demandante, pues la causal que invoca entiéndase que acepta la valoración hecha

en las instancias, pero como al desarrollar el cargo la cuestiona, imposibilitando el estudio a fondo del libelo, se impone el rechazo del cargo.

Consideraciones de la Corte:

Más que una simple inconformidad con el aspecto probatorio del proceso, como lo pone de presente la Delegada, en esencia del contexto mismo de la demanda emerge que el actor se halla inconforme es con la calificación que en las instancias se le dió a la conducta realizada por el procesado. De allí que sostenga en su libelo "...es cierto y el propio procesado lo reconoce, que recibió cierta cantidad de mercancía, pero tal obtención se logró mediante la compra que hizo por un precio bajo, hecho que posiblemente le permitiría obtener un margen de ganancia apreciable. En ampliación de indagatoria, Olmedo Sarria, manifestó libre y voluntariamente en el juzgado de conocimiento que efectivamente entregó a las autoridades una cantidad de productos eléctricos que previamente había adquirido a un precio relativamente cómodo...".

"...El delito a imputar a José Olmedo Sarria, debió ser el de receptación, regulado por el artículo 177 del C. Penal ('El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte o ayude a ocultar o a asegurar el objeto material o el producto del mismo o lo adquiera o enajene')". toda la argumentación del censor está dirigida entonces a hacer ver que no existe coautoría en el hurto, sino receptación.

Claro es ver cómo el impugnante estima que los falladores de instancia llegaron a la conclusión que la conducta ejecutada por el procesado José Olmedo Sarria era constitutiva de un activa participación en la consumación del ilícito contra el patrimonio económico. De esta forma, erróneamente se consideró que era 'coautor de hurto calificado y agravado', cuando en realidad ha debido subsumirse el comportamiento de José Olmedo en una de las normas que tipifican las conductas que atentan contra la administración de justicia.

Si se tiene en cuenta la sustentación que efectúa el actor, debe afirmarse que ni éste ni la Delegada repararon en que la causal con la cual ha debido censurarse el fallo no era la primera, sino la tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, esto es, la nulidad.

En efecto, el censor no argumenta que el procesado sea ajeno al delito, sino que su conducta es constitutiva del delito de receptación y no del de hurto calificado y agravado, en esta forma resulta obvio, en la hipóte-

sis de que el cargo prosperara, que no se podría acudir al fallo de sustitución, propio de la causal invocada, pues al procederse a condenar por el delito de receptación en vez del de hurto, se estaría incurriendo en grave error, resultando un fallo que no estaría en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, toda vez que, se terminaría condenando por un delito por el que no se le juzgó.

Si la calificación dada por los juzgadores de instancia fue errada, como trasciende de las argumentaciones expuestas en la demanda, cierto es que era la nulidad la vía apropiada para la censura y no la que se adujo, aun cuando ciertamente la Corte no encuentra que se haya efectuado errada calificación que amerite la posibilidad de la sanción oficiosa de nulidad, pues los falladores hallaron que la conducta efectuada por el procesado (brindar efectiva protección a quienes se había, luego de superar las debidas seguridades, introducido en el almacén 'electrofluorecente', escoltar el automotor en que transportaban las mercancías hurtadas y guardar parte de las mismas) era constitutiva de una clara participación a título de autoría (coautoría) en el hecho punible y que afectaba el patrimonio económico del ciudadano Quinchía Restrepo. El fallo atacado fue contundente al afirmar: "...la prueba evidencia un dominio común del hecho, frente al cual su asignación estuvo determinada y cumplida, en términos de una custodia durante la realización material y al concluir la misma (art. 23 del Código Penal)".

Ante la manifiesta equivocación de la vía para formular el ataque, el cargo propuesto no prospera.

De otra parte, si hipotéticamente, pudiera llegase a entender que el censor no formula un reparo por haberse producido una errónea calificación cabría argumentarse que la censura tampoco sería procedente pues, como anota la Delegada "...bien puede afirmarse que en el planteamiento central (el censor) cuestiona pruebas y hechos reconocidos por el fallador, entrando en incaptable inconsistencia técnica, toda vez que el desarrollo argumental no corresponde a la enunciación del cargo. El libelista habilidosamente se cuida de utilizar expresión alguna que exprese cuestionamiento probatorio, quizá para que no se dude que está respetando las exigencias propias de la casación entratándose del ataque por la vía del cuerpo primero de la causal primera. Sin embargo, esto no es suficiente para que se pueda evidenciar el técnico yerro, pues de la simple lectura de la demanda se colige que la inconformidad del censor es probatoria y que, por tanto, para llegar a afirmar el delito de encubri-

miento en lugar de la participación en el hurto, es necesario cambiar la valoración probatoria que le dieron los juzgadores a las contradictorias e insostenibles exculpaciones del proceso Olmedo Sarria y un tal procedimiento es propio de la violación indirecta de la ley sustancial y no de la escogida por el casacionista...".

Como existe desconocimiento total de la técnica por el lado que se mire la impugnación, el cargo obviamente está llamado a fracasar.

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

Resuelve:

No casar el fallo recurrido. En firme regrese al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrillo, Secretario.

ARBITRO - Competencia para su juzgamiento \ FUERO

Como en el caso de jueces, tampoco los árbitros podrán ser investigados ni juzgados por sus funcionarios que se les supediten jerárquicamente.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 41. Radicación No. 6400

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá se abstuvo en Sala de Decisión Penal de abrir investigación en contra de los doctores *Luis Fernando Zúñiga, Octavio Rodríguez Ayala* y *Luis Alfonso Velasco Parrado*, así como de la señora *Eufemia Ojeda de Villegas*, desatendiendo la queja formulada por el doctor Mario Cómez Ulloa quien sindica a los tres primeros como Arbitros del Tribunal Obligatorio conformado por el Ministerio del Trabajo, y a la última como su Secretaria, por la comisión de hechos presuntamente configurativos de los delitos de falsedad, prevaricato y abuso de autoridad. La decisión, fechada el 23 de abril de 1991, fue primero objeto del recurso de reposición por parte del denunciante, y una vez denegado motiva a la Corte la revisión que por vía de alzada le compete.

Hechos:

En el año de 1990, segundo de vigencia de la convención colectiva suscrita entre la Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo y su Sindicato de Trabajadores, surgió un diferendo relacionado con el incremento salarial que regiría esa nueva etapa, porque mientras la Funda-

ción ofrecía un porcentaje del 22% condicionado a la vigencia de un contrato con el Instituto de los Seguros Sociales, los trabajadores exigían el 24% y una nueva revisión en el mes de junio.

Convocado para la solución de ese conflicto un Tribunal de Arbitramento Obligatorio que integraron los ahora denunciados doctores*Zúñiga, Velasquez* y *Rodríguez* y proferido el respectivo laudo, en representación de los intereses de la Fundación formuló denuncia criminal el doctor Gómez Ulloa, sosteniendo que los árbitros excedieron con su decisión la materia de la convocatoria al decretar una inequitativa participación de los trabajadores en las utilidades de la Clínica, ignorando con ello que la Fundación es entidad sin ánimo de lucro, e incurriendo en un delito de falsedad ideológica al extender el Acta número 2 atinente a sus deliberaciones, pues en ella hicieron constar contra la verdad que la Fundación estaba ofreciendo además del aumento salarial un porcentaje deducible del monto de sus beneficios, cuando por tratarse de entidad sin ánimo de lucro, carece de superavit o percepción de utilidades.

Tampoco era cierto como en cambio se hizo allí aparecer, que los trabajadores hubieran solicitado un "salario variable", ni que se hubieran referido a una supuesta redistribución de utilidades, pues su aspiración laboral se concretaba en un aumento fijo del 30%, frente al cual la Clínica ofreció uno del 20%, diferencias que el Ministerio del Trabajo propuso entrar a promediar, pero si bien la Clínica extendió su fórmula a la posible participación sobre "aprovechamientos" que pudieran registrarse en el estado de pérdidas y ganancias de su presupuesto, con miras a conseguir los reajustes salariales dentro de una escala realista, equitativa y justa, variado el reclamo de los trabajadores a conseguir la participación en un 50% de los beneficios reflejados en el balance general, la Fundación previno al Tribunal que el laudo no podría revisar situaciones de su orden interno, exclusivas de la Junta Administradora, y ajenas a sus derechos constitucionales, legales y estatutarios, advertencia que irregularmente pasaron por alto los denunciados.

Al aumentar así el laudo en decisión de mayo 25 los sueldos en un 23% sobre el básico vigente a 31 de enero de 1990, y añadir que el 50% de los beneficios que resultaran luego de financiar el monto de gastos normales de la Clínica se destinarían para distribuirlos en mejoras salariales que corrigieran el desface existente, desconoció el Tribunal sus restricciones legales, pero además llevó inequitativamente a la Fundación a una desestabilización económica que fácilmente podría derivar en su liquidación.

Las irregularidades denunciadas no quedaron allí a juicio del inconforme: Cumplida la notificación del fallo al representante de la Fundación el 1o. de junio de 1990, en su texto preimpreso se advertían afirmaciones no hechas por el enterado que implicaban la renuncia de términos sin que hubiera conocido o analizado los alcances perjudiciales que esa determinación causaba para sus intereses, añadiendo que el mismo día de la 1o. hizo entrega de un escrito en que interponía el recurso de homologación, pero ese memorial no se pasó a hacer parte del expediente.

De tal modo y cuando el Tribunal se pronunció sobre una solicitud de aclaración del laudo, ninguna manifestación hizo sobre el recurso, obligando a la constitución de un apoderado a quien también se le hizo infructuoso todo esfuerzo por restablecer el derecho violado, porque el Tribunal no atendió favorablemente ninguna de sus alegaciones.

Actuación Procesal:

1.- Adelantadas diligencias preliminares orientadas al esclarecimiento de los hechos motivo de la denuncia, profirió el Tribunal la decisión ahora recurrida, desestimando cada uno de los cargos del reclamante con fundamento en el siguiente análisis:

En el Acta número 2 del Tribunal de Arbitramento no se da la falsedad ideológica denunciada, porque en su texto se limita a recoger cuanto se había propuesto y discutido, sin atribuirle a la Fundación manifestaciones que no hubiese realizado, ni deformar aquellas que llevó al debate, conclusión que se sustenta con la transcripción de los apartes en que el representante de la entidad ofrece la imputación de beneficios para mejoras salariales.

- Tampoco la ocurrencia de extralimitaciones o abusos descubrió el *a-quo* en la decisión del laudo, porque si el objeto de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento lo constituía la fijación del incremento salarial, bien podía llegarse a una fórmula que como la acogida incluyera en parte ajustes porcentuales fijos y en parte otros aleatorios, como resultaban a su juicio que los derivados de la percepción de beneficios, que por no cifrarse en situación de riesgo, podían tornar "quiméricos" los reajustes.

-Respecto de la notificación suscrita por el representante de la Fundación bajo la aceptación de su renuncia a términos, la imputación se desestima porque nada indica que al denunciante se le hubiese impedido su lectura. Si el notificado no entendió el alcance de esa expresión, estaba en

perfecta posibilidad de abstenerse de suscribirla hasta tanto consultara con su asesor, sin que por la propia omisión o negligencia pueda hacer aflorar una conducta ilícita atribuible a quien ejecutó el acto de enfeudamiento.

-Sin embargo de lo anterior y como la Sala evidenciara que luego de haber sido rechazado el poder otorgado por la Fundación, por falta de presentación personal, apareció un mandato que la exhibía, dispuso que mediante expedición de copias se indagara sobre ese comportamiento, cobijando a los antecitados árbitros con auto inhibitorio.

2. Inconforme con la decisión de la Sala, el denunciante interpuso como principal el recurso de reposición y en su defecto el de alzada, sustentándolos con la siguiente base argumentativa:

La falsedad en documentos se dio en el punto 1-b del Acta Número 2, porque si el motivo del diferendo radicaba con exclusividad en la definición de un incremento, inexistía motivo para que la Fundación entrara a ofrecer beneficios adicionales que le estaba prohibido pactar, sin que los árbitros tuvieran en consideración que con su decisión propiciaban una grave situación de co gestión del Sindicato, ni el rechazo que a esa fórmula hizo reiteradamente la Fundación, invadiendo órbitas privativas de la estructura administrativa de una de las partes en conflicto.

El laudo, por lo demás, acusa abierta injusticia, dejando a la Fundación Clínica de Maternidad en precarias condiciones financieras, pues a la postre realizó un doble incremento salarial, excediendo lo pedido, ya que la suma a fijar debía reajustar el sueldo devengado el 31 de diciembre de 1989 y no el vigente a 31 de enero de 1991 que ya había recibido el incremento de las tarifas fijadas por el Gobierno Nacional.

3.-Denegando el Tribunal el recurso de reposición interpuesto e insistiendo en sus incipientes razones de inhibición, contraargumentó al recurrente con nueva transcripción de los memoriales de la Fundación, afirmando que ninguna deformación de su contenido se había trasladado al acta tachada que la hiciera criticable de falsa, como tampoco era admisible una extralimitación del objeto del laudo por parte de los árbitros, pues bastaba consultar su contenido para entender cómo

> "...lo que se ordena en el fallo, es que dentro del término de treinta días, las partes convengan un escalafón en el que se establezcan una escala especial de salarios que corrija los

desfases existentes en la remuneración de algunos oficios. Vale decir, que si dentro de dicho término no se ponían de acuerdo, terminaba esa apéndice del laudo, por lo cual no puede afirmarse que exista esa famosa *cogestión*..." (sic)

Y si los árbitros no podían revisar salarios históricos sino con exclusividad los existentes según lo argumentaron en la aclaración del laudo, tampoco con ese fallo se rompió la equidad tomando como base del reajuste el salario del mes de enero de 1990, pues era ese el vigente al convocar el Tribunal, y no el del mes de diciembre del año anterior.

4.- Descorriendo traslado en la segunda instancia, el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal otorgó a la decisión recurrida apoyo apenas fragmentario, pues mientras a su juicio resulta inobjetable la atipicidad de la falsedad documental porque independientemente de las interpretaciones que los escritos de la Fundación permitieran, lo real y cierto era su existencia y el traslado de su contenido al texto del acta, no asomaba la misma claridad frente al contenido del laudo, ni frente al acto de su notificación al representante de la Fundación.

En el análisis sobre legalidad del fallo recuerda el Ministerio Público que tanto los artículos 457 y siguiente del Código Sustantivo del Trabajo como la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte advierten que la competencia de los Tribunales de Arbitramento tienen claros límites que los restringen a dirimir los puntos respecto de los cuales no se ha producido acuerdo en las etapas de arreglo directo y de conciliación, sin que en momento alguno puedan afectar derechos de las partes reconocidos por la Constitución, la ley o las convenciones vigentes, y cotejando ese límite frente a la convención que regía entre la Fundación y el Sindicato cuanto se discutía era el aumento de salarios, objeto restrictivo que aparecería extralimitado al regular el laudo los beneficios percibidos por la Fundación para imputarlos en un 50% a la distribución de mejoras salariales, pues era éste un tema exclusivo de las facultades administrativas de la inconforme.

Extrañando, entonces, la ausencia de todos los antecedentes que podrían dar luces para dilucidar si la órbita de las diferencias cobijaban ciertamente ese aspecto, el auto inhibitorio se estima prematuro, y necesario el conocer a cambio el acta que debió recoger los desacuerdos de la etapa de arreglo directo, el texto del pliego de los trabajadores y los demás elementos trascendentes en la definición del caso, pues a la manifes-

tación confusa de la Clínica sobre la destinación del 50% de sus beneficios a mejoras salariales, siempre se acompañó la reserva de la competencia que a la Junta Administradora se otorgaba por norma estatutaria.

Por ello, y sin una afirmación categórica de tipicidad, reclama la Delegada la revocación del auto apelado, para que la investigación se abra sobre los cargos de prevaricato, y el presunto abuso cometido en la notificación del laudo al representante de la Fundación, pues sin desconocer la capacidad del enterado para leer y comprender las repercusiones de la renuncia de términos, tampoco se podría descontar por ahora la posibilidad de que hubiese sido asaltado en su buena fe mediante actos dignos de una averiguación penal.

5.- También al descorrer traslado en esta instancia y para mayor apoyo de su solicitud de revocatoria del auto apelado, limitó el señor apoderado del denunciante sus objeciones a la insistente acusación de ilegalidad por extralimitación del laudo arbitral, resaltando la infidelidad del denunciado doctor *Rodríguez Aya* frente a la confianza que le había otorgado la Fundación al designarle su árbitro, e informando que hechos aún posteriores a los consignados en la indagación preliminar hacían ostensible la parcialidad que critica, pues encuentra grave que algunos de los denunciados se hubieran convertido en representantes del sindicato en reclamaciones laborales tendientes a la aplicación del laudo.

Consideraciones de la Corte:

1.- La competencia que asiste al Tribunal para decidir sobre apertura sumarial dentro del presente asunto, y que repercute en la de esta Sala para la revisión de la providencia inhibitoria por vía de instancia, es aspecto a determinar como cuestión previa al pronunciamiento de fondo, según lo determina el inciso final del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, respondiendo al interrogante de quién es el "funcionario de instrucción" competente para conocer de las conductas punibles atribuidas a los integrantes de los tribunales de arbitramento.

Si bien y en principio la cuestión podría ofrecer dificultad, en la medida en que el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal no incluye a los árbitros dentro de los funcionarios aforados ante los Tribunales Superiores de Distrito, la duda se disipa previa consulta, primero, del artículo 675 del Código de Procedimiento Civil, y luego de los artículos 45 del -Decreto 2279 de 1989 y 114 de la Ley 23 de 1991, pues uno y otros

han venido equiparando paulatinamente los árbitros a los jueces civiles, ubicándolos a la postre en parangón con los jueces civiles del circuito, al precisar que sus deberes, poderes y facultades son los mismos que aquellos y que de consuno tienen con ellos unas mismas responsabilidades en materias civil, penal y disciplinaria.

Siendo de advertir que en materia de competencias, el principio de la improrrogabilidad que trae el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil impide su determinación a través de la analogía o de interpretaciones extensivas, cuando en éste caso se ofrece no es cosa diversa de una asimilación funcional que lleva implícita la extensión del fuero, pues no es ya el intérprete quien debe entrar a ubicar ese equilibrio de deberes, facultades, prerrogativas y responsabilidades, sino que haciéndolo de modo expreso el legislador, lleva insito el reconocimiento de que, como en el caso de los jueces, tampoco los árbitros podrán entrar a ser investigados ni juzgados por funcionarios que se les supediten jerárquicamente dentro de una escala de subordinación.

2. Esclarecida en estos términos la competencia que asiste a la Sala para un pronunciamiento como aquel que suscita el recurrente, la controversia se abordará con el exámen separado de los distintos cargos que contiene la denuncia y en la forma como enseguida se motiva:

2.a.- Tilda la queja de falsa el Acta número 2 del Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral surgido entre la Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo y su Sindicato de Trabajadores, porque a su decir se deformó en ella el contenido de las comunicaciones libradas por el representante de la Fundación a los árbitros, planteando y aclarando la postura patronal.

Revisado el documento que se tacha -folio 39- y cotejados con él los mensajes de mayo 23 -folios 58 a 60- y su memorando aclaratorio -folio 118-, discrepa la Sala de la conclusión de atipicidad que la Delegada sienta, pues en aquel que dice ser resumen de las sesiones celebradas por los árbitros los días 15, 16, 17 y 18 de mayo de 1990 se exceden los términos de la propuesta de la Clínica, que así hubiese mencionado la posibilidad de afectar parte de sus beneficios para conseguir con ellos un equilibrio en la remuneración de sus servidores, invariablemente previno que los ingresos a imputar serían los ajenos al manejo de su presupuesto, porque sus facultades estatutarias no eran en modo alguno objeto de transacciones ni acuerdo con el Sindicato.

La parte pertinente del Acta criticada dice así:

"...1-b) Las partes terminada la etapa de mediación se reunieron por separado y se concretaron ofertas por parte de la fundación equivalentes al 22% en materia salarial, siempre y cuando se lograse recuperar en un futuro la realización del contrato con el ISS que por su magnitud, importancia y monto es significativa para la gestión de la empresa...

"... 1-c) La fundación propuso un 20% en materia salarial y una participación de los trabajadores equivalente al 50% deducible del monto de los beneficios, aprovechamiento, superávit, que tenga la clínica, e insistió en crear una escala salarial extensiva a rangos y categorías tales como médicos hospitalarios, enfermeras tituladas, instrumentadoras y personal administrativo y buscar mecanismos de control que permitan generar entre la fundación y el sindicato una responsabilidad en la gestión de la fundación para evitar de esta manera situaciones críticas que en un futuro la afecten ... Las representaciones de la Fundación y el Sindicato de conformidad con las informaciones recibidas estuvieron de acuerdo en que el desarrollo de la fórmula propuesta implicaba un salario mixto o variable, consistente precisamente en las utilidades sobre el aprovechamiento de la gestión económica de la Fundación y que esos beneficios se hicieran extensivos a todos, consultando la disponibilidad presupuestal y creando mecanismos que harán llegar a Tribunal en reuniones posteriores".

Que las comunicaciones libradas por el representante de la Fundación y su Asesor Jurídico no daban margen para sentar como síntesis de esas conversaciones la que contiene el Acta en la transcripción que precede, se infiere de los apartes que de esos mensajes siguen. Dijo primero la Dirección en su comunicación de mayo 23:

"3.- Respetando la actual distribución del Presupuesto de Gastos de la Clínica, ratificamos a usteces el ofrecimiento de que, en la medida que los Balances, Estados de Pérdidas y Ganancias y Ejecuciones Presupuestales demuestren aprovechamientos no contemplados dentro del Presupuesto elaborado para el cumplimiento normal de las actividades de la Institu-

> ción, los mismos porcentajes de distribución serán destinados al pago de reajustes salariales encaminados a la apertura de una escala salarial realista, equitativa y justa".

Sin variar esas limitantes, el Memorando dirigido personalmente al árbitro doctor *Rodríguez Ayu*, aclaró el numeral 3 reproducido, insistiendo en que

> "1.-Los aprovechamientos sobre los cuales se efectuará la distribución del 50% destinado a corregir los desfases salariales de la planta de personal, estarán constituidos por el superávit de ingresos o rentas y que se presente después de financiar el monto de los gastos normales y forzosos de la clínica en cuanto a funcionamiento e inversión se refiere. Tal superávit aparecerá, obviamente, en los estados de pérdidas y ganancias y en las ejecuciones presupuestales".

Dentro de ese pensamiento de la Fundación, la corrección que demandaban "los más importantes desfases salariales" existentes en el personal de la Clínica solamente podía conseguirse con la apertura de una escala salarial que fijaría un orden de prioridades, que apenas se alcanzaría para el segundo semestre de 1990, previas las modificaciones presupuestales de competencia de la Junta Administradora y bajo la aprobación de la Secretaría de Salud de Bogotá.

De lo anterior notoriamente se desprende que, si la comunicación oficial remitida al Tribunal de Arbitramento fue expresa al restringir la posibilidad de los reajustes opcionales sobre "*aprovechamientos no contemplados dentro del Presupuesto*", y el Memorando dirigido privadamente al Arbitro Doctor *Rodríguez* no modificó esa postura, insistiendo en que el superávit a afectar sería solamente aquel que resultara "*después de financiar el monto de los gastos normales y forzosos de la Clínica en cuanto a funcionamiento e inversión se refiere*", la fórmula transcrita en el acta resultó excedida y generosa, como carente de arraigo al menos dentro de los documentos que aquí se sabe le servían de fuente, porque de ellos no salía aquella fórmula protocolizada del "*salario mixto o variable, consistente precisamente en las utilidades sobre el aprovechamiento de la gestión económica de la Fundación*", que inconsultamente abolió el restrictor de la intangibilidad del presupuesto, y aún dentro de éste, fácilmente hasta la consideración previa de los gastos de inversión que con insistencia salvaba el patrono.

Llamada el acta a servir de soporte para el laudo arbitral, su entidad de medio probatorio resulta indiscutible, como notoria la incidencia en ella de la deformación del contenido de las condiciones patronales, dándose cuando menos objetivamente atendibles elementos para inferir que la acusación de falsedad tiene fundamento no desvirtuado en el curso del diligenciamiento preliminar, y suficiente para inclinar a la revocación del auto inhibitorio en cuanto a ese aspecto incumbe.

2.b.- Estrechamente ligado con éste precedente resulta el cargo de prevaricación que se formula en contra de los integrantes de la terna arbitral denunciada.

Como lo expresa con acierto La Procuraduría Delegada, saber si el laudo se acomodó al objeto para el cual había sido convocado el Tribunal implica conocer los motivos exactos del desacuerdo surgido entre la Fundación y el Sindicato, pues los artículos 457 y 458 del Código Sustantivo del Trabajo limitan con él la competencia de los árbitros en el pronunciamiento demandado.

A sabiendas de que el laudo indicaba como objeto de la definición arbitral la denuncia que el Sindicato hacía del artículo XLVI de la Convención Colectiva vigente, alusivo a la "discusión y aumento que de común acuerdo la partes deben hacer de los salarios por el término de un año", precisando que las diferencias radicaban sobre los porcentajes que las partes exigían y ofrecían respectivamente, extraña ya a la parte resolutiva de esa decisión el agregado impositivo de que además del reajuste porcentual, la Fundación destinaría

> *"...el 50% que resulte de los beneficios tras financiar el monto de los gastos normales establecidos en el presupuesto para redistribuirlo en mejoras salariales aplicables una vez las partes convengan en un término no superior a treinta (30) días un Escalafón en el que se establezca una escala especial de salarios que corrija los desfases existentes en la remuneración de algunos oficios"*

porque además de ingresar con ello a la intangible órbita de los derechos del patrono y de funciones privativas de su Junta Administradora, ni siquiera en el evento de ser interpretado el texto del agregado como una fórmula de salario mixto parece haberse atendido la opción que ofrecía la Fundación, dado que ésta dejaba siempre inalterable su autonomía para la disposición del Presupuesto, y solamente

hacia salvedad de la participación en beneficios adicionales, que dejaban por fuera del manejo los bienes, ingresos y gastos de funcionamiento e inversión.

En este sentido se muestra una vez más el acierto del Ministerio Público, al sostener que si llegaron a existir otras informaciones u ofertas dentro del debate que debía dirimirse, ellas tendrán que ser ahora objeto de valoración sumarial para el esclarecimiento completo de los hechos, pero en modo alguno impiden que en éste estado de la actuación se opte por la apertura sumarial que el recurrente impetra, porque la verdad es que objetivamente el laudo no se atiene a la oferta que con miras a conseguir un arreglo con sus asalariados hizo la Fundación en el caso conocido, y su desequilibrio impide la ratificación del auto inhibitorio.

2.c.- La tercera imputación discute por parte del denunciante la legalidad y lealtad con que se cumplieron los trámites atinentes a la notificación del laudo arbitral al representante de la Fundación.

Para el esclarecimiento de éste punto demanda nuevamente la Procuraduría Delegada que se revoque el auto recurrido y en su lugar se dé apertura a la investigación, pués así haya de reconocerse que el enterado era persona mayor y capaz, no se conocen pormenores que hubieran podido mediar en el manejo de esa notificación, y que permitan desvirtuar las afirmaciones que bajo juramento reprochan la obstrucción de los medios defensivos para el representante de la Fundación.

Sin que el episodio de la notificación se pueda en un todo desligar de las fallas que en la elaboración del Acta número 2 como en la producción del fallo vienen de reconocerse, la decisión apropiada al cargo de su fraudulenta realización, como del manejo reprochable de los actos posteriores a su producción, y la decisión sobre procedencia del recurso de homologación cobran importancia en su elucidación, motivo por el cual la revocación de la determinación subida en alzada resultará integral, según se impone de las motivaciones dadas en precedencia.

3.- Para el perfeccionamiento instructivo y además de la vinculación mediante injurada de los denunciados doctores *Octavio Rodríguez Ayo, Luis A.Velasco Parrado* y *Luis Fernando Zúñiga Girón*, lo mismo que de la secretaria señora *Eufemia Ojeda de Villegas*, dentro de la etapa sumarial que con esta decisión se abre, se allegarán todos los documentos e información atinente a los antecedentes del conflicto laboral dirimido por los

imputados (pliego de peticiones, actas relacionadas con la etapa de arreglo directo, etc.), se interrogará a la Presidenta del Sindicato Nohora Millán de Gutiérrez, a su Asesor Económico, su Secretario General y los miembros de la Comisión Negociadora, al Asesor Jurídico de la Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo y demás personas que por ésta entidad tomaron parte de las negociaciones; se esclarecerá- con ellos sobre la representación que, se afirma en la sustentación de éste recurso, han tenido los denunciados como apoderados del Sindicato de la Clínica para el cumplimiento del laudo en referencia, y se evacuarán las demás diligencias que se orienten al perfeccionamiento instructivo, emitiendo las comunicaciones que demanda la iniciación sumarial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, parcialmente acorde con el concepto rendido por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal,

Resuelve:

Primero: Revocar integramente el auto motivo de recurso, y en su lugar ordenar la apertura de investigación penal para el esclarecimiento de los hechos que denuncia el ciudadano Mario Gómez Ulloa en representación de la Fundación Clínica de Maternidad David Restrepo en contra de los doctores *Octavio Rodríguez Aya, Alfonso Velasco Parrado* y *Luis Fernando Zuñiga Girón* como integrantes del Tribunal de Arbitramento obligatorio que dirimió el conflicto suscitado entre la Fundación y su Sindicato de Trabajadores, y la señora *Eufemia Orjuela de Villegas* quien se desempeñó en él como su Secretaria.

Segundo: Para el perfeccionamiento de la investigación, se ordena la práctica de las diligencias a que se hace cita en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - No es decisión arbitraria

La condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del juez que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino del juicio razonable que se forme.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta No. 037 (25 mar./92). Casación No. 6038

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado *Fernando Maya White* la sentencia de 13 de noviembre de 1990 mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmando la dictada por el Juzgado 35 Penal del Circuito de ésta ciudad, lo condenó junto con Darío Correa Díaz, Juan Ignacio Sanín Aguirre y Carlos Alberto Restrepo Velásquez, como coautor del delito de estafa a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión y multa de cien mil pesos negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

La Fiscalía Séptima del Tribunal Superior los presenta de la siguiente manera:

"Los hechos materia de las presentes diligencias tuvieron ocurrencia entre los meses de Abril a Septiembre de 1982, época en la que el señor *Darío Correa Díaz* entró en conversaciones con algunos de los mayores

accionistas de la sociedad Los Tres Elefantes S.A., acordando con una parte de ellos, la familia *Olarte*, que compraría sus acciones para lo cual hizo un abono sin que tal transacción quedara registrada en los libros de la sociedad, debido a que no se había pagado el total del valor de las acciones negociadas. Pese a lo anterior el señor *Correa Díaz* logró influir dentro del grupo de accionistas hasta el punto que colocó en la Junta Directiva de Los Tres Elefantes S.A. a algunas personas de su confianza, en la asamblea celebrada el 30 de julio de 1982; teniéndose además que, previamente a este hecho consiguió que la Junta Directiva de la compañía nombrara como presidente de la misma a su amigo *Juan Antonio Sanín Aguirre*, cosa que ocurrió en el mes de Mayo de 1982, y a quien, con la Junta Directiva de su confianza, hizo nombrar como Gerente Encargado de Los Tres Elefantes, ante las vacaciones que por un lapso superior a un mes pidió el entonces gerente, *Hernán Londoño Jaramillo*, obteniendo además amplias facultades para aquél con el fin de que realizara unas transacciones para obtener recursos que permitieran salir a la sociedad de la situación de iliquidez en que se encontraba, pudiendo otorgar garantías de toda índole, incluyendo prenda e hipoteca, acordes con los créditos otorgados y enajenar bienes muebles e inmuebles sin limitación de cuantía. Previamente a lo antes reseñado y con alguna seguridad en la negociación, el señor *Correa Díaz* entró en conversaciones con altos directivos del Grupo Colpatria, manifestando que había una entidad interesada en adquirir títulos valores expedidos por entidades financieras intervenidas, lo mismo que adquirir algunos créditos con amplias garantías, obteniendo el visto bueno del citado Grupo para llevar a cabo la negociación.

"Con éstas premisas, el Grupo Colpatria realiza una serie de negociaciones con Los Tres Elefantes S.A. con base en las cuales los ingresos en dinero para esta sociedad alcanzan una cuantía de $335.000.000.oo de los cuales recibe efectivamente el gerente encargado $265.500.000.oo en una cuenta corriente que abrió en el Banco Colpatria; sin embargo tales dineros ni la referida cuenta corriente pasaron a la contabilidad de Los Tres Elefantes, sino que fueron girados a algunas entidades del Grupo Oro, como Inversiones Oro S.A., y Factoring Antioquia S.A., lideradas por *Carlos Alberto Restrepo Velásquez* y *Fernando Maya White* respectivamente, lo mismo que a cuentas personales de éstos, de donde fueron girados los dineros correspondientes a diversas personas, entre ellas el mismo *Correa Díaz*".

Luego agrega:

"En todo caso los dineros antes referidos tampoco ingresaron a las arcas de las compañías del Grupo Oro a las que en principio aparecían

destinados, sino que de las cuentas Corrientes donde se depositaron fueron sacados por quienes tenían autorización para girar contra ellas, señores *Restrepo Velásquez* y *Maya White*, con diversas finalidades, sin que se haya logrado establecer la destinación que en últimas tuvo la mayor parte de los dineros, pues sólo en algunos casos se verificó que se giraron cheques a favor de *Correa Díaz* (por $14.000.000.oo de la cuenta de Inversiones Oro S.A. y $20.000.000.oo de la cuenta de Factoring Antioquia) y otros para comprar C.D.T. de entidades intervenidas por el Gobierno Nacional".

Actuación Procesal:

Los anteriores hechos dieron lugar a dos investigaciones: la iniciada el 15 de diciembre de 1982 por el Juzgado 59 de Instrucción Criminal de Bogotá en virtud de denuncia formulada por el Delegado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas y la abierta el 19 de mayo de 1983 por el Juzgado 58 de Instrucción Criminal con fundamento en la denuncia presentada por el liquidador de "Inversiones Oro S.A".; las que posteriormente fueron reunidas en una sola bajo la dirección del Juzgado 60 de Instrucción Criminal Ambulante de ésta ciudad, despacho que por auto de 11 de junio de 1983 ordenó la captura de los incriminados Correa Díaz, Restrepo Velásquez, Maya White y Sanín Aguirre librando el mismo día la orden de aprehensión al F-2 de la Policía Nacional.

El 15 de junio se hizo presente en el Juzgado el señor Fernando Maya White siendo remitido a la Cárcel Modelo en calidad de detenido para ser oído en indagatoria el 18 del mismo mes y año, definiéndosele su situación jurídica con auto de detención en su contra por el delito de abuso de confianza; medida posteriormente revocada por el Tribunal Superior de este Distrito.

El 11 de octubre de 1986 el Juzgado 35 Penal del Circuito calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio de los cuatro procesados - tres de los cuales juzgados en contumacia- como coautores de estafa agravada por razón de la cuantía (Artículos 356 y 372-1o. del C.P.); pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública el Juzgado del conocimiento puso fin a la instancia condenando a los acusados a la pena principal de 32 meses de prisión y cien mil pesos de multa, cada uno, y a las sanciones accesorias correspondientes negándoles el derecho a la conde-

na de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado integramente por el Tribunal Superior de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación.

El Juzgado Penal del Circuito individualizó la pena impuesta a los acusados basado en el siguiente criterio, acogido por el Tribunal Superior:

"... no podrá partir para el *Quantum* de la sanción del mínimo consagrado por la norma infringida (Art. 356 del C.P. se aclara) en atención a la gravedad del hecho delictivo, a la particularidad de haber actuado todos los procesados como coautores, ya que mientras se presentan solo dos circunstancias genéricas de atenuación punitiva, contempladas en las causales 1o. -la buena conducta anterior- y 7o. -el resarcimiento voluntario de los daños- del artículo 64 del C.P.; concurren seis circunstancias genéricas de agravación que el artículo 66 del C.P. trae en sus numerales 3o. -pues el tiempo, el modo y los instrumentos utilizados en la ejecución del delito perjudicaron los bienes de la sociedad ofendida y su defensa-, 4o. -por la preparación ponderada del hecho punible-, 7o. -al haber obrado un número plural de personas en el mismo grado de participación-, 9o. -habiendo abusado de la credulidad pública y privada-, 11o. -por la posición distinguida que los sindicados ocupan en la sociedad por su poder económico derivado del cargo que desempeñaban- y finalmente el numeral 13o. -ya que los enjuiciados observaron con posterioridad al hecho conducta que indica mayor perversidad, pues obtenidos los beneficios reprochables, huyeron -con excepción de MAYA WHITE del país sin dejar huella despistando a las autoridades, quienes no pudieron dar razón si habían salido por tierra, aire o mar.

"Por lo anterior se partirá de veinticuatro (24) meses de prisión, tiempo éste que se incrementará, en una tercera parte en atención a lo dispuesto en el numeral 1o. del artículo 372 del C.P. que igualmente concurre con la Estafa, por haber recaído el punible sobre valores en dinero superiores a los cien mil pesos, y que corresponde a ocho (8) meses más" para un total de treinta y dos meses de prisión y cien mil pesos de multa, cada uno".

La negativa a concederles el subrogado de la condena de ejecución condicional se fundamenta en la consideración de que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible ameritaban tratamiento penitenciario porque "revelan que estamos en presencia de quienes te

nían una posición destacada dentro de la sociedad, como que se desempeñaban como líderes empresariales que tenían bajo su responsabilidad el manejo y mayor rendimiento de los fondos privados confiados a su orientación por muchos ciudadanos; como también los acusados atentaron abiertamente contra el patrimonio de éstos y de la empresa Los Tres Elefantes S.A.; objetivo que plancaron y llevaron a efecto manipulando varias sociedades que por los malos manejos que les dieron quedaron en estado de completa iliquidez, con lo que se demuestra su capacidad delictiva y su inclinación proclive a actividades que riñen palmariamente con el orden jurídico y social del país"..

Y el Tribunal Superior que compartió dicha negativa agregó lo siguiente:

"En el plano subjetivo hay que denotar cómo los aquí procesados conforman una especial categoría de desadaptados que si bien por su destacada posición social y condiciones personales no ameritarían tratamiento penitenciario para los fines de éste; como factor de prevención especial (sic) por la alarma social de hechos como el que se juzga, la pena debecumplir función ejemplarizante y por ello no se accederá al otorgamiento del beneficio solicitado".

Demanda de Casación:

Con expresa invocación de la causal primera de casación se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial y se formulan dos cargos así:

Primero:

Falta de aplicación del numeral 8o. del artículo 64 del Código Penal y aplicación indebida del numeral 13o. del artículo 66 *ibidem*, errores que llevaron a quebrantar de modo directo el artículo 61 del mismo Estatuto, por errónea interpretación.

Respecto a lo primero argumenta el censor que no obstante aparecer demostrado en autos que su patrocinado Fernando Maya White no huyó del país como los demás ni fue rebelde a comparecer al proceso, sino que lo hizo voluntariamente "aunque no se haya utilizado literalmente la expresión"; sin embargo, se ignoró o no se le dedujo como criterio dosificador de la sanción la atenuante punitiva prevista en el numeral 8o. del artículo

64 consistente en presentarse voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho.

En cuanto a lo segundo expresa que a pesar de haberse aceptado en la sentencia que Maya White no huyó del país, sin embargo, se le imputó como circunstancia de agravación punitiva la descrita en el numeral 13o. del artículo 66, por haber observado con posterioridad al hecho, conducta indicativa de mayor perversidad, deducida por los juzgadores de la huida del país de los demás copartícipes.

Y agrega que "Los yerros explicados condujeron a que se violara, en forma directa también, pero por interpretación errónea, el artículo 61 del Código Penal, que se refiere a los criterios para fijar la pena, ya que se cambió, en el caso concreto, su exacto sentido, pues no obstante que con relación el señor *Maya* ocurre una circunstancia de atenuación que no se da en los demás procesados y que no obra una de agravación, que sí se debe tener en cuenta para los otros, se aplicó la misma sanción".

Segundo:

Interpretación errónea de los artículos 68 y 12 del Código Penal, relacionados con los requisitos exigidos para conceder la condena de ejecución condicional y las funciones de la pena; reproche que el demandante hace consistir en la desatención, por parte de los falladores, de circunstancias aceptadas en la sentencia que de haber sido tenidas en cuenta los hubieran llevado a conceder el beneficio denegado.

Afirma que la condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del juez que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino de las pruebas que arroja el proceso y especialmente de los datos relacionados con la personalidad y antecedentes del procesado, enfatizando que en el presente caso "se desatendieron circunstancias aceptadas en la sentencia, como la buena conducta anterior del acusado, el resarcimiento del daño, la comparecencia al proceso y el cumplimiento de la obligación de presentarse que se le impuso al concedérsele la excarcelación, todo lo cual es demostrativo de que *Maya White* no es proclive al delito y que tiene sentimientos nobles que lo impulsan a responder por las consecuencias de su conducta, por lo que no parece necesario someterlo a tratamiento penitenciario".

Pide infirmar la sentencia concediéndole a su patrocinado la gracia denegada.

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público en cabeza del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina separadamente los cargos formulados para concluir que prospera el primero de ellos, pidiendo casar parcialmente la sentencia acusada y se hagan los ajustes punitivos correspondientes debiendo rechazarse el segundo por no darse los requisitos para la concesión del subrogado penal.

Identificándose con las argumentaciones del libelista conceptúa que si Maya White, a diferencia de los demás procesados, no huyó del país, compareció voluntariamente a explicar su conducta y cumplió con las obligaciones procesales que le fueron impuestas, no se le podía desconocer la circunstancia de atenuación punitiva del numeral 8o. del artículo 64, y por la misma razón no le era atribuible la circunstancia agravante del numeral 13o. del artículo 66 del Código Penal.

Pasó por alto el sentenciador la mencionada circunstancia de atenuación punitiva, predicable solamente del recurrente, y lo cobijó con una circunstancia de agravación pese a reconocer expresamente que fue el único acusado que no huyó del país después de obtenidos los beneficios patrimoniales reprochables.

Refiriéndose al segundo reparo hecho a la sentencia por errónea interpretación del artículo 68 del Código Penal afirma que los fundamentos de ella, lejos de reflejar la errónea interpretación endilgada demuestran correcto razonamiento de los juzgadores que no hallaron satisfechos los requisitos para la aplicación del mencionado precepto.

La negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional emerge no de una valoración apriorística del fallador, distante de lo probado, sino de un razonado y dialéctico análisis en el que la desadaptada personalidad de los procesados aflora de la misma naturaleza y modalidades de la estafa cometida.

Agrega que el recurrente limita la sustentación del reproche al examen de la personalidad de su defendido lo que lo aleja "de las otras dos exigencias del inciso 2o. del Art. 68 del C.P., es decir, de la naturaleza y modalidades del hecho punible, sentando por tanto, un criterio incompleto de la supuesta errónea interpretación normativa de que acusa a los falladores de instancia y tácitamente, dándoles plena razón a éstos en el alcance que le suministraron".

Consideraciones de la Corte:

Primer Cargo:

El doble reproche formulado a la sentencia bajo el ámbito de la violación directa de la ley porque los juzgadores no dedujeron en favor del procesado recurrente la circunstancia genérica de atenuación punitiva del numeral 8o. del artículo 64 del Código Penal, consistente en haberse presentado voluntariamente a la autoridad después de cometido el hecho punible y en cambio sí le endilgaron la circunstancia de agravación punitiva del numeral 13o. del artículo 66 *ibídem*, relativa a observar con posterioridad al mismo, conducta indicativa de mayor perversidad; yerros que en opinión del censor y la Procuraduría Delegada incidieron desfavorablemente en la cuantificación de la pena impuesta a Fernando Maya White, está llamado a prosperar por las siguientes razones:

Siendo palmar que en la sentencia impugnada se dió por establecido que el procesado recurrente se presentó voluntariamente a la autoridad después de haber cometido el hecho y fue el único de los acusados que no huyó del país; sin embargo, los falladores de instancia no le dieron a tales episodios la connotación jurídica que revisten pues, el primero de ellos configura la circustancia genérica de atenuación punitiva contemplada en el numeral 8o. del artículo 64 del Código Penal, la que debió ser reconocida en su favor al momento de graduarle la pena y el Segundo, descarta por completo la circunstancia de agravación punitiva del numeral 13o. del artículo 66 *ibídem*, predicable únicamente de los procesados fugitivos respecto de quienes, por dicho motivo se dijo que observaron con posterioridad al hecho conducta indicativa de mayor perversidad: criterios determinantes de la pena que de haber sido considerados le hubieran significado una menor punición.

De modo que el Tribunal Superior -al confirmar sin modificaciones el fallo amitido por el Juzgado del conocimiento-, dejó de aplicar al caso concreto el numeral 8o. del artículo 64 y aplicó en forma indebica el numeral 13o. del artículo 66 puesto que no tuvo en cuenta que en el comportamiento de Fernando Maya White concurría la mencionada circunstancia de atenuación punitiva y en cambio, lo cobijó con una circunstancia agravante de la que había sido expresamente marginado; yerros que lo llevaron a quebrantar en forma directa los citados preceptos en concordancia con el artículo 61 de la misma codificación penal sustantiva, incidiendo en la individualización de la sanción impuesta.

Y como ésta fue cuantificada por igual para todos los procesados pese a que respecto al recurrente se daba una circunstancia de atenuación punitiva diferente a las deducidas en la sentencia y no le era atribuible una de agravación punitiva; se incurrió en error manifiesto el que será reparado casando parcialmente la sentencia para atemperar la pena en la proporción que corresponde.

Así pues, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, la personalidad del agente, el grado de culpabilidad y las circunstancias de atenuación y agravación punitiva concurrentes en la conducta de Fernando Maya White se le deducirá la pena en un (1) mes de prisión y diez mil pesos ($10.000.oo) de multa para condenarlo en definitiva a *treinta y un (31) meses de prisión y una multa de noventa mil pesos ($90.000.oo)* como coautor del delito de Estafa.

Prospera la impugnación.

Segundo Cargo:

Ha sido doctrina invariable de la Corte, que ahora reitera, la de que la condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del juez que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino del juicio razonable que se forme después de valorar conjuntamente la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho punible.

En casación de 22 de julio de 1987 dijo sobre el particular lo siguiente:

"Conviene enfatizar al respecto, que el artículo 68 del Código Penal preserva un juicio de probabilidad o cierta facultad discrecional del juzgador en la concesión o negativa de la ejecución condicional de la condena, arbitrio del que no puede usarse en forma ilimitada, sino supeditado a la existencia de circunstancias y valoraciones atendibles, demostrativas de una recta y acertada adopción. Por eso, le ordena, la ley consular la personalidad del sindicado, la naturaleza y modalidades del hecho, a fin de formarse un juicio razonable, si requiere o no de tratamiento penitenciario.

"Cuando el juzgador, atendidas estas recomendaciones concluye adversamente al otorgamiento de este beneficio, no es procedente entender que un razonamiento contrario sirva para demostrar eficazmente la "interpretación errónea" de la norma sustancial aplicada".

En el caso analizado, el Juzgado como el Tribunal Superior, dentro del arbitrio racional que les otorga el artículo 68 del C.P., y consultando la personalidad de los sindicados, la naturaleza y modalidades del hecho llegaron a la conclusión lógica y razonable que requerían de tratamiento penitenciario debiendo purgar de modo efectivo la pena impuesta en la sentencia dada la posición destacada que ocupaban dentro de la sociedad, su condición de líderes empresariales, su capacidad delictiva e inclinación al delito que hacía de todos ellos una especial categoría de desadaptados sociales y además, por razones de prevención general -y no especial-, que aconsejaban la efectividad de la sanción.

A las anteriores consideraciones antepone el casacionista sus personales puntos de vista limitados, como advierte la Procuraduría Delegada, al análisis de la personalidad del procesado recurrente, dejando de lado los aspectos que como la naturaleza y modalidades del hecho punible fueron tenidos en cuenta negarles el derecho a la condena condicional, con lo que el cargo resulta planteado a medias porque no toca para nada otros factores de innegable incidencia en la decisión cuestionada.

Las normas sustanciales aplicadas al caso, esto es, los artículos 68 y 12 del Código Penal eran las pertinentes y en su interpretación por los juzgadores de instancia no se les dio un entendimiento o alcance equivocados, sino el que dimana de su contenido literal y de la doctrina dominante sobre el particular.

No prospera el cargo formulado.

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:

1o.) *Casar parcialmente:* la sentencia recurrida.

2o.) *Condenar* al procesado Fernando Maya White, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 8'245.915 de Medellín y demás condiciones civiles y personales conocidas en autos, a la pena principal de Treinta y un (31) meses de prisión y multa de noventa mil pesos ($90.000.oo) a favor del Tesoro Nacional como coautor del delito de Estafa.

3o.) *Confirmarla* en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el Tribunal de origen.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros \ FUERO

El fuero para que los miembros del Congreso sean juzgados ante la Corte Suprema de Justicia, es garantía coetánea con el ejercicio del cargo y por delitos cometidos durante el período para el cual fueron elegidos.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 41. Radicación No. 7197

Vistos:

Remite el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Valledupar las presentes diligencias, para que asuma la Corte su conocimiento en razón del fuero que a su juicio asiste al denunciado doctor *Felipe de Jesús Nassen Rapalino*, quien actualmente se desempeña como integrante de la Honorable Cámara de Representantes.

Hechos y Actuación Preliminar:

1.- Rodolfo Campo Soto querelló en contra del doctor *Felipe de Jesús Nassen Rapalino* por entonces candidato a la Cámara de Representantes, atribuyéndole la comisión de los delitos de injuria y calumnia que a su juicio habría cometido en el curso de una reunión pública celebrada en el mes de octubre de 1991, al afirmar que como representante de Corelca realizo "las más profundas e incontenibles inmoralidades en medio del serrucho, del picante de los contratos indebidos que lo enriquecieron...", expresiones estas y otras más que de índole semejante estaban encaminadas a mancillar su "nombradía de hombre de bien y ciudadano ejem-

plar", y afectar la candidatura de su hermano el doctor Alfonso Campo Soto quien por entonces aspiraba a la Gobernación del Cesar.

2.- Una vez ratificada la queja, dispuso el Juzgado remitente la práctica de diligencias preliminares, y dentro de ellas determinar si el denunciado doctor *Namen* había resultado electo como Representante del Cesar en las elecciones cumplidas el 27 de octubre de 1991, información positiva suministrada primero por el querellante y luego confirmada por los señores Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil de esa Circunscripción Electoral.

Con fundamento en ese conocimiento, cesó el Juzgado su actividad y remitió las diligencias a esta sede, afirmando que por su calidad, el doctor *Namen Rapalino* "goza de fuero especial y por lo tanto del hecho punible imputado conoce la h. Corte Suprema de Justicia".

Consideraciones de la Sala:

1.- El fuero que consagra la Constitución Nacional para que los miembros del Congreso sean investigados y juzgados ante la Corte Suprema de Justicia presupone de acuerdo con el texto del artículo 186 superior, que al cometer el hecho punible motivo de averiguación se halle revestido su autor de la investidura de senador o de representante, de manera que se trata de una garantía de juzgamiento coetánea con el ejercicio del cargo y no de posible surgimiento posterior a la comisión del hecho y bajo la condición de que su autor resulte o no elegido.

Esta conclusión que emana de la advertencia primera contenida en la norma constitucional, lejos de hacerse dudosa viene a ratificarse en la segunda parte de la disposición que menciona el procedimiento a seguir frente a los casos de flagrancia que, por serlo, implican la coincidencia de la investidura y de la comisión de la infracción, pero aún se reitera al cotejar el contenido de esta norma con el del artículo 235-3 *ibidem* que al referir al juzgamiento de los "miembros del congreso", en su parágrafo advierte que el fuero lo será tanto funcional como personal, pero tratándose de éste último su cobertura no irá más allá de la cesación en el ejercicio del cargo, lo que una vez más indica que esa garantía de juzgamiento sólo emerge para aquellos delitos cometidos durante el respectivo período para el cual fueron elegidos, lo que guarda inescindible vinculación con su investidura.

2.- Si bien la actuación cumplida no lo indica, cabe aclarar aún que ni siquiera para el caso en que el querellado doctor *Namen Rapalino* hubiese sido miembro del Congreso en el período inmediatamente anterior a las elecciones del 27 de octubre de 1991 el aducido fuero le ampararía, pues los entonces congresistas habían cesado por disposición constitucional en el ejercicio de toda atribución ("Mientras se instala, el 1o. de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del presidente de la república", previó el artículo 3o. transitorio), evento que de modo notorio repercute en la incompetencia de la Corte para juzgar sus actos delictivos, pues como en fecha reciente lo ha sostenido esta Sala,

> "Es pertinente advertir que el receso del Congreso que se dispuso por la Asamblea Nacional Constituyente mediante la norma en comento, es un fenómeno completamente distinto del receso en que entra la rama legislativa cuando ha culminado el período de las sesiones ordinarias, pues en este interregno los congresistas sí conservan todas sus facultades públicas, tal como se deduce con toda claridad, tanto a la luz de la Constitución de 1886 como de la actual, del hecho de que el Gobierno pueda convocarlos a sesiones extraordinarias para que durante el tiempo por él determinado se ocupen de manera exclusiva de los asuntos que el mismo ejecutivo les señale, como también de los cánones constitucionales que los facultan, en determinadas circunstancias, para reunirse por derecho propio si el Gobierno no cumple con la obligación de convocarlos. Ninguna de estas actividades oficiales podían cumplir los miembros del Congreso elegidos para el período 1990-1994, después de que entró en vigencia el artículo 3o. transitorio aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente.
>
> Esta carencia de funciones públicas, absoluta y definitiva, es la que permite a la Corte llegar a la conclusión de que inmediatamente entró a regir el artículo transitorio 3o., quienes para ese momento tenían la calidad de congresistas fueron despojados de ella y perdieron por tanto el fuero para su juzgamiento por los delitos no relacionados con las funciones oficiales que hubieran podido cometer cuando sí estaban investidos de ella.
>
> Al desaparecer la competencia de la Corte para juzgarlo, porque el elegido perdió su investidura y se trata de un delito

común que no guarda relación alguna con las funciones oficiales, su posterior elección no le devuelve la competencia a esta Sala". (Auto de marzo 18 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz.)

Sin hesitación alguna se infiere, entonces, que ante la inexistencia del fuero aducido, el juzgamiento del doctor *Nemen Rapalino* no es competencia de la Corte, motivo suficiente para que la Sala se abstenga de avocar el conocimiento del presente asunto, y en su defecto regrese la actuación al Juzgado de origen.

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

Resuelve:

Abstenerse por incompetencia de avocar el conocimiento del presente asunto, disponiendo su remisión con destino al Juzgado Cuarto Penal Municipal de Valledupar, del cual procede.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros \ FUERO
(SALVAMENTO DEVOTO)

Del delito que se atribuye al Congresista mientras tenga la investidura foral, conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar brevemente las razones de nuestro disentimiento con el pronunciamiento de la referencia:

1.) El punto central de discrepancia con la decisión de la Corte radica en la interpretación que se le dio al artículo 3o. transitorio de la Constitución, pues para la mayoría el Congreso elegido en 1990 cesó en el ejercicio de las funciones y por tanto, la competencia privativa de la Corte para investigar y fallar cualquier delito cometido por uno de esos congresistas, queda circunscrita respecto de hechos punibles cometidos en relación con las funciones desempeñadas. Como lo aquí investigado nada tiene que ver con la función de representante a la Cámara que tenía el procesado, carece de competencia la Corte para su juzgamiento.

Para nosotros, en cambio, como lo dice la norma pertinente, los únicos congresistas que 'cesaron en el cargo' fueron quienes habiéndose presentado a la ratificación popular no resultaron elegidos el 1o. de diciembre de 1991; o lo que es lo mismo respecto de quienes sí lo fueron, no ha habido solución de continuidad en el cargo de congresista, independientemente de la Cámara donde hoy se encuentra. En efecto, el Congreso fue elegido para un período de 4 años (1990-1994), período respetado por la propia Constitución (art.1o. transitorio), por lo que con lógica el artículo 3o. transitorio habló de 'receso', es decir, término durante el cual no se cumplen funciones pero se conserva el cargo; y como lo que ha establecido la nueva Constitución para los altos funcionarios y los congresistas es un fuero personal no funcional, se explica el porqué ese juzgamiento deba

hacerse en consideración a la investidura, no a la función. Lo que protegía la función, en el caso de los congresistas, era la inmunidad que es bien distinto como se sabe al fuero personal, pero el constituyente la suprimió.

2.) En la ponencia para primer debate de la plenaria en la Constituyente se consignó ese pensamiento expresamente y así fue aprobado. Se dijo allí: Inmundad e Inviolabilidad: Estas dos instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería necesario mantenerlas o suprimirlas. Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial, igual a de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo Tribunal" (Cursivas fuera de texto G.C. # 79 mayo 22/91 pág. 16)

La comisión revisora únicamente introdujo cambios a la redacción original aprobada en plenaria, para quedar como aparece en el artículo 186 C.N., de donde emerge nítidamente el fuero personal referido, esto es, que mientras sea congresista solamente lo puede juzgar la Corte cualquiera que haya sido el delito cometido teniendo la investidura.

Cabe entonces recordar que lo ocurrido el 1o. de diciembre de 1991, según el Acuerdo político correspondiente, fue una revocatoria del mandato por voluntad popular, es decir, solamente para aquellos que no obtuvieran el respaldo del pueblo; para los que presentados a esa prueba popular sí lo obtuvieron no puede decirse que se está ante un nuevo mandato, sino frente a la ratificación del mismo que ese pueblo les había otorgado en 1990 para llevar su representación ante el Congreso.

Pero aún, en el supuesto de haber sido la revocación del mandato un acto exclusivo de la Constituyente, en nada se modificaría la competencia dada a la Corte para juzgar a los Congresistas en consideración a la investidura.

3.) Con la interpretación de la mayoría se deja sin efecto el mandato Constitucional o quedaría simplemente inoperante un posible fallo de condena proferido por un Juez diferente a la Corte a quien desempeñe el cargo de Congresista, pues no podría ordenar ese Juez su detención, ya que ésta y el juzgamiento solamente corresponden a la Corte.

La consecuencia entonces del fuero personal es muy obvia, para el alto funcionario y el Congresista: del delito que cometan, mientras tengan la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema.

Significa lo anterior, que la expresión 'cesar en el ejercicio del cargo' del parágrafo del artículo 235 C.N., solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas; lo que explica por lo demás, el fuero funcional que conserva el parágrafo.

Como el cargo investigado aquí es atribuido al Doctor Felipe de Jesús Namen Rapalino siendo Congresista y continúa con esa investidura, la Corte es su Juez natural, independientemente de que el hecho tenga o no relación con la función desempeñada.

Diálino Páez Velandia, Jorge Carreño Luengas.

Fecha, *ut supra*.
(abril 1/92)

REFORMATIO IN PEJUS \ VIOLACION DIRECTA - Cuando no se aplica el principio de Reformatio In Pejus

Cuando se desconozca el principio de la reformatio in pejus, se atacará en casación como violación directa de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta No. 37 (25 mar./92). Casación Rad. No. 6477

Vistos

La razón de ser del recurso de casación que ahora define la Sala, lleva a destacar la índole de los fallos pronunciados en primera y segunda instancia.

En efecto, el del Juzgado Segundo Superior de Neiva (noviembre 2/90), impuso las siguientes penas:

Para *Alberto Morera Lizcano*, como sanción privativa de la libertad treinta y cuatro (34) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por un término de tres años y tres mil pesos ($3.000.oo) de multa; para *Leopoldo Cedeño Zuleta*, dieciocho (18) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por un período de dos años y multa de un mil quinientos pesos ($1.500.oo); y para *Humberto Quimbaya Manrique*, dos (2) años de prisión, y multa de un mil pesos ($1.000.oo). A este último, por el cargo de peculado culposo, se le benefició con una declaratoria de prescripción de la acción penal.

A todos tres se les concedió la ejecución condicional de la sentencia.-

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva (junio 14/91), señaló como condena la siguiente:

Para *Alberto Morera Lizcano,* cinco (5) años de prisión y, por igual término, la interdicción de derechos y funciones públicas, como también multa en cuantía de veinte mil pesos ($20.000.oo); para *Leopoldo Cedeño Zuleta,* prisión de dos (2) años, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso, y, multa por valor de diez mil pesos ($10.000.oo); para *Humberto Quintiaya Mosquera,* catorce (14) meses de prisión e igual término para la interdicción de derechos y funciones públicas, y, sanción pecuniaria de un mil pesos ($1.000.oo) .

Como perjuicios materiales se señalaron doscientos (200) gramos oro.

La impugnación extraordinaria de casación, sólo se interpuso en favor de *Alberto Morera Lizcano,* aceptada en proveído de julio 19/91 y admitida la demanda correspondiente en auto de octubre 3/91.

La Demanda:

"Con apoyo en lo previsto en la causal cuarta de casación penal, que contempla el decreto 409 de 1971 (art. 580-4) causal actualmente consagrada como tercera en el estatuto vigente (art. 226-3), esto es cuando la sentencia recurrida se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, comedidamente solicito a la H. Corte Suprema de Justicia que por digna Sala de Casación Penal, case íntegramente la sentencia recurrida, vale decir, el fallo de segunda instancia dictado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 14 de junio de 1991, y en reconocimiento de la nulidad que milita en el proceso, declare en qué estado queda el mismo y disponga su envío al Tribunal de origen para que proceda con arreglo en lo resuelto por la H. Corte".

Se citan al respecto los artículos 4, 29, 31 y 85 de la actual Constitución Nacional. También se comenta, a espacio, el principio de favorabilidad, en lo que él es, en su evolución legislativa y su incidencia en el campo penal, como también, lo referente a la prohibición de la *reformatio in pejus.*

Consideraciones de la Sala y del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

La tesis de la nulidad, ahora planteada por el casacionista, no la ha admitido la Sala por la sencilla razón de no ser dable advertir, en el trámite del proceso, vicio alguno, pues la actuación en el mismo se muestra ajustada en un todo a las normaciones legales que imperaban para ese entonces. De otro lado, aceptar esa causal comportaría retrotraer el proceso y volver al agotamiento de las instancias, emitiendo las sentencias pertinentes, con los consiguientes perjuicios para el procesado y el transitorio mantenimiento de la inaplicación de un precepto constitucional que debe ser, acatado de manera inmediata. Y, en cuanto, a la alegación relacionada con la ley permisiva, esta también ofrece reparos semejantes, amén de tratarse, en el fondo, de una limitación establecida por el legislador en cuanto a los poderes del juez *a-quo*, en la revisión del fallo proferido, cuando sólo ha recurrido el procesado o grupo de procesados.

De ahí que, por este aspecto, el cargo se desestime.

En situaciones tales, aun por actuación de oficio de la Corte lo pertinente es invocar la inmediata y directa aplicación del canón Constitucional que impide agravar, en las referidas condiciones, la pena impuesta o la situación del absuelto. Y como el expediente se encuentra en trámite de casación, la Sala reclama para sí la atribución de asumir una determinación de esta índole, con la cual se da curso a una pronta y efectiva enmienda. Se trata, entonces de procurar la vigencia del ordenamiento constitucional, removiendo la resolución que lo contradice, vulnera o desacata.

Es obvio que a partir de la promulgación de la nueva Carta, el trámite que desconozca el alcance de su artículo deberá atacarse, en casación, mediante la causal primera cuerpo primero del artículo 226 del C. de P.P., o sea, la violación directa de la ley sustancial.

La Procuraduría Delegada, en plena armonía con la tesis que sobre este particular viene sustentando la Sala, tiene ocasión de comentar el punto a espacio y de ahí que convenga transcribir su pensamiento:

"Y aquí como lo resalta el demandante y lo evidencia el procesado, sin parte civil legítimamente constituida como para que hubiera recurrido el fallo de primer grado y sin que tampoco lo haya intentado el representante del Ministerio Público, los procesados Cedeño Zuleta Quimbaya

Manrique adquirieron la calidad de 'apelante único', en tanto que Morera Lizcano la de no recurrente. Por tanto al superior por mandato constitucional se le imposibilitaba agravar la pena proferida en el fallo de primera instancia, máxima si las decisiones por los punibles investigados no admitían grado jurisdiccional de consulta.

"Ahora, en estricto sentido no es dable afirmar la nulidad de la sentencia del Tribunal porque cuando esta se produjo, aún la nueva Constitución Política no estaba en vigor. De ahí que, amplias facultades asistían al Juez colegiado para revisar sin limitación alguna el fallo llegado en apelación y, por ende, difícil resulta admitir que la decisión *ad-quem* se emitió con franco desconocimiento de las leyes vigentes por aquél momento.

"Es el principio de intemporalidad y además, el artículo 85 de la Carta lo que permite evidenciar la contrariedad existente entre el fallo censurado y el mandato del artículo 31, pues éste taxativamente se incluye como uno de los preceptos de 'aplicación inmediata'.

"Por esto, contrariamente a la petición final del casacionista no es la nulidad la que se debe imponer en el presente caso. De acuerdo con la naturaleza del recurso y del impositivo del precitado artículo 85 de la Constitución Nacional, en el sentido de que el derecho consagrado en el artículo 31 debe tener inmediato reconocimiento, estima la Delegada que, la Corte bien puede entrar a efectivizarlo ajustando la situación jurídica y la penalidad de quienes resultaron afectados en la revisión de segunda instancia.

"La medida no es otra que la plena vigencia de la sentencia proferida el 2 de noviembre de 1990 por el Juzgado Segundo Superior de Neiva por lo que respecta a los procesados Morera Lizcano y Cedeño Zuleta, quienes fueron los que directamente sufrieron la agravación, el primero en forma más notoria al revocársele el subrogado de la condena de ejecución por causa del aumento en la penalidad.

"En el caso de Quimbaya Manrique, como la decisión del Tribunal le es favorable al reducírsele el *quantum punitivo* de dos (2) años catorce (14) meses de prisión esta debe mantenerse, de ahí, otra circunstancia más para que no se comparta el criterio del impugnante cuando deprecа se case 'integralmente' la sentencia acusada en el entendido de que ésta es nula completamente.

"En estas condiciones, sugiere la Delegada de la H. Corte Suprema de Justicia, casar parcialmente la sentencia de segunda instancia en los términos antes dichos".

Tiene razón la Delegada, en cuanto a la situación del procesado *Quimbaya*, al solicitar para éste el que se mantenga la decisión impugnada, y ésto se afirma por motivo bastante simple, vale decir, que la censura a la sentencia emitida por el Tribunal sólo tiene fundamento en cuanto éste carecía, por las características de la apelación introducida contra la misma, de atributos para agravar la sanción dispuesta por el juzgador de primera instancia, resultando indemne sus facultades respecto del mantenimiento o disminución de la represión dispuesta por el *a-quo*. Retenía, entonces, cierto poder judicial, en la doble vía indicada, y como dentro de una de estas puede subsumirse la cuestión de *Quimbaya*, por ello la decisión del Tribunal, en este punto, que no ha sido motivo de impugnacion, debe mantenerse. Distinta hubiera sido la conclusión de aseverarse, en el Tribunal, carencia absoluta para toda clase de pronunciamiento.

También debe anotarse que, por la índole del motivo de casación interpuesto, así como por las características de las conductas juzgadas y la naturaleza de las decisiones tomadas en cuanto a la responsabilidad de los sentenciados, es incuestionable la aplicación del artículo 242 del C. de P.P., o sea, extender a *Cedeño Zuleta* los efectos de la casación que se declara procedente.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1.- *Casar*, parcialmente, el fallo emitido por el Tribunal Superior de Neiva, ya mencionado en su fecha, en cuanto en éste se agravó la pena impuesta por el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad, a los procesados *Alberto Morera Lizcano* y *Leopoldo Cedeño Zuleta*. En cuanto a estos procesados revive, en todos sus términos y por lo que a los mismo respecta, la sentencia de primera instancia, que lleva fecha de dos de noviembre de mil novecientos noventa.-

2.- El fallo acusado se mantiene en relación con *Humberto Quimbaya Manrique*.

3.- Lo referente a la captura de *Morero Lizcano*, dispuesta por el Tribunal, se cancela. En consecuencia, se librará la comunicación pertinente, de inmediato, al juez, quien si ya la hizo efectiva, restaurará la libertad de éste dentro de las circunstancias que determinó en su fallo; y, en caso de no haberla impartido o de no haberse producido su aprehensión, dicho juez oficiará de inmediato a las autoridades a las cuales requirió tal aprehensión, para que se abstenga de hacerla y revoquen las anotaciones pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

NULIDAD - Omisión de pruebas \ PRUEBA - Omisión en su práctica

La omisión en la práctica de algunas pruebas no es suficiente, por sí sola, para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o quebrantamiento del debido proceso.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dos de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta No. 041 (1o. abr./92). Casación Rdo. No. 6375

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia del 4 de abril de 1991, confirmó en todas sus partes la del Juzgado Superior de Honda, que condenó a José Abraham Toro Alvarez a la pena principal de veinte (20) años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio calificado en la persona de Eduardo Cardona Castrillón y hurto agravado.

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso el recurso de casación que ahora procede a resolver la Sala.

Episodio Procesal:

Pregona el proceso, que en la noche del 8 de abril de 1989, Luis Eduardo Cardona estuvo consumiendo bebidas embriagantes en diversos lugares de zona rural del municipio de Fresno. Quienes lo vieron vivo por última vez, afirman que salió del establecimiento comercial de Pedro

María Robles, en compañía del procesado José Abraham Toro, persona condenada con anterioridad por delitos de homicidio.

El cuerpo de Cardona Castrillón fue encontrado al día siguiente, presentando un total de treinta y nueve heridas, ocasionadas con arma corto-punzante. Se acreditó que la víctima fue despojada del dinero que portaba, así como de una linterna y un reloj de pulso.-

Por estos hechos, fue juzgado y condenado José Abraham Toro Alvarez.

La Demanda:

La sentencia ha sido impugnada al amparo de la causal tercera de casación del art. 226 del C. de P.P., por haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad.

Alega el casacionista, que el proceso es nulo por falta de defensa material y técnica del acusado. Al respecto, formula los siguientes cargos:

I.- Que José Abraham Toro fue escuchado en diligencia de indagatoria sin la presencia de un abogado titulado y que el ciudadano que sirvió de apoderado, debía ser hermano de la víctima porque "coincidían" sus apellidos.

II.- Que en una diligencia de reconocimiento en fila de personas a que fue sometido el acusado, éste estuvo asistido por un defensor empírico, contrariándose por esta circunstancia la voluntad de la ley.

III.- Que el abogado defensor que le fuera designado de oficio al acusado, no cumplió con su cometido, pues no pidió pruebas, no alegó en el momento de la calificación del mérito sumarial y tan sólo intervino en la audiencia pública; por lo cual hubo "...carencia absoluta de defensa técnica..."

IV.- Que se quebrantó el debido proceso y el derecho de defensa, porque el Juez nunca practicó una diligencia de Inspección judicial que había decretado desde el comienzo de la investigación y que "aparece como determinante para sostener lo dicho por Abraham Toro en su indagatoria..."

Concepto de la Procuraduría y Consideraciones de la Corte:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, inicia su concepto haciendo un estudio de lo que debe entenderse por defensa material y técnica, para afirmar luego, que "...contrario a lo expresado en el libelo, al procesado sí se le garantizó en forma plena el derecho de defensa, "por cuanto los defensores de oficio que le fueron asignados tuvieron toda la oportunidad de intervenir en el debate para defender los intereses del acusado; éste ejercitó a plenitud su defensa material y el Fiscal del Juzgado desplegó una actividad en el sumario que en buena parte vino a suplir las deficiencias del defensor de oficio.

Y en realidad, el procesado contó con una adecuada defensa y no estuvo desamparado en el ejercicio de sus derechos.

En efecto:

Ante la renuencia del sindicado a nombrar apoderado que lo asistiera en la diligencia de indagatoria, el Juez dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 139 del C. de P.P. y a falta de abogado titulado, le designó para el efecto al señor Humberto Castrillón quien asumió el cargo sin manifestar impedimento alguno y quien no obstante llevar los mismos apellidos de la víctima no puede ser su hermano, como trata de insinuarlo el demandante. No se observa irregularidad alguna en esta actuación judicial.

Días después, el 27 de abril de 1989, el Juzgado designó defensor de oficio al doctor Jorge Enrique Guáqueta Martínez, quien tomó posesión del cargo y asumió sus funciones hasta el 8 de mayo de 1990 cuando renunció por haber asumido un empleo público.Se nombró en su reemplazo al Dr. Alfredo Correa quien intervino en la audiencia pública.

Se queja el casacionista de que el procesado estuvo desamparado en la etapa sumarial, pues el defensor de oficio, no presentó alegato previo a la calificación ni actuó con la diligencia y cuidado necesarios para una adecuada defensa.

Responde a esta censura el Ministerio Público, expresando que el acusado contó siempre con un defensor y que éste tuvo la posibilidad plena de intervener en el debate en defensa de su representado y que si no actuo en determinado momento procesal, ello puede obedecer a la forma como cada abogado lleva a cabo su función de conformidad con su pre-

paración, experiencia, con su manera de ser y actuar de acuerdo a las circunstancias del hecho punible.

Insiste la Procuraduría, en que mientras no se limite la posibilidad de intervención del defensor y por el contrario se la garantice, no puede afirmarse que se haya desconocido el derecho de defensa.-

Y en realidad, cada defensor dispone de su propia estrategia de defensa, acomodándola a los hechos del proceso y adelantándola como lo estime conveniente, sin que puedan señalarse pautas rígidas ni por el Juez ni por otros abogados.

Por eso ha dicho la Corte que "...dentro de la estrategia del defensor, está el uso discrecional del derecho de defensa, o sea, de los medios de gravamen o de impugnación que le brinda la ley procesal y de todas las garantías que ésta pone en sus manos con esa noble finalidad, de modo que bajo su entendimiento le está permitido desde un silencio razonable, hasta la insistencia impertinente y obcecada" (Cas. Dbre. 3/81).

Y ha enseñado además esta Corporación, que "el hecho de que no se hubiese presentado alegación alguna dentro del término que la ley otorga a las partes para esos efectos antes de la calificación del mérito del sumario, no engendra por sí solo nulidad de carácter constitucional como lo pretende el memorialista. Se trata de una facultad discrecional de los apoderados, quienes pueden hacer o no uso de esa oportunidad procesal, para presentar sus respectivos puntos de vista... también pueden guardar razones y dejar que los funcionarios de primera y segunda instancia expongan, para cargar sobre ellas dialécticamente al momento de la audiencia o al recibir traslado para la alegación definitiva (Cas. marzo 12/85).

Obsérvese además, que como lo anota la Delegada, el procesado hizo uso de su derecho de presentar alegato precalificatorio que no fue un escrito más, sino "un serio memorial con conocimiento de las pruebas allegadas a la investigación, acompañado de lógicos y jurídicos argumentos, todos tendientes a demostrar su inocencia. Que no haya prosperado, es cosa distinta...", aspecto que demuestra que en este campo tuvo adecuada asesoría técnica.

Además, el defensor de oficio cumplió a cabalidad con su deber en la audiencia pública donde se esforzó por demeritar la prueba de cargo existente y concluyó demandando la absolución de su asistido. Se interpusieron recursos, incluido el extraordinario de casación.-

Debe recordarse por otra parte, que para afirmar la ausencia de defensa técnica, no es suficiente alegar la pasividad del defensor, sino que es necesario demostrar qué perjuicio evidente se ocasionó por su poca acuciosidad, qué actividad ha debido desarrollar, cuáles pruebas dejó de solicitar y su incidencia en el proceso y en fin, en qué grado se impidió o cercenó el derecho de defensa.

Y es importante además, tener en cuenta que esta inercia del defensor en la etapa del sumario, fue suplida por la actividad oficial de los funcionarios, pues tanto el Juez como el Fiscal en especial se preocuparon por buscar la verdad histórica de los hechos, practicando y solicitando pruebas para acreditar no sólo lo perjudicial, sino todo aquello que favoreciera al acusado, sin otro interés que el de aplicar recta justicia.

No puede afirmarse en consecuencia, que en el caso de estudio, se hubiese lesionado o desconocido el derecho de defensa del acusado.

Se critica igualmente por el casacionista el hecho de que en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, el procesado no estuvo asistido por su abogado defensor, sino por un defensor oficioso no titulado designado para la diligencia.

Si bien del tenor literal del art. 165 del C. de P.P. se deduce que sólo en peligro de muerte se puede designar a cualquier persona como defensor de oficio para que asista al acusado en las diligencias que deban adelantarse en su presencia, la irregularidad que aquí se presenta sólo acarreará la inexistencia de la diligencia, que no es causal de nulidad del proceso y que en sede de casación sólo puede demandarse por la vía de violación indirecta por falso juicio de legalidad.

Pero como lo anota con acierto la Procuraduría, aún aceptando la inexistencia de la aludida diligencia, tal circunstancia no altera las conclusiones sustanciales adoptadas en la sentencia "por pervivir intacto el haber probatorio restante que permitió definir la certeza de la responsabilidad...".

Un último cargo formula el recurrente a la sentencia también al amparo de la causal tercera de nulidad y que hace consistir, en que el Juzgado no practicó una diligencia de inspección judicial, prueba decretada oportunamente y que en su concepto era determinante para corroborar las alegaciones del acusado. Con esta omisión -afirma el recurrente- se lesionó el derecho de defensa y el debido proceso.-

Responde el Ministerio Público, "que no basta con la afirmación abstracta de una omisión probatoria, para correlacionar indefectiblemente un menoscabo al derecho de defensa integral... Se debe demostrar el factor condicionante de dicha prueba omitida, con la conclusión sustancial obtenida en el fallo, su incidencia material en el cuerpo probatorio que le sirvió de apoyo y en fin, su capacidad y eficacia inequívoca para modificar la situación procesal del acusado..." y a ninguna de estas exigencias responde el cargo, pues el demandante con una apreciación muy personal, pero sin fundamentación alguna se limita a expresar que esa prueba omitida era determinante para corroborar las alegaciones del acusado, lo cual no pasa de ser una simple suposición.

Además, como lo recuerda la Delegada con apoyo en la jurisprudencia "... si la sentencia puede conservar su carácter y subsistir sin la prueba y aún contra ella, la inocuidad del cargo resulta evidente...."

Y en realidad, la omisión en la práctica de alguna prueba, irregularidad tan frecuente en muchos procesos por diversos factores, no es suficiente por sí sola para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o quebrantamiento del debido proceso, sino que es preciso examinar en cada caso el conjunto de los elementos de juicio que fueron apreciados y valorados por el Juez para fundamentar la sentencia, con el fin de determinar cual hubiese sido la incidencia en ella de la prueba omitida y si esta podía tener la virtualidad de modificar su sentido.

En el caso *sub judice*, la prueba no fue pedida por el acusado por considerarla necesaria para los fines de su defensa, sino que fue decretada por el Juez quien en el curso del proceso desistió de su realización, sin que ninguno de los sujetos procesales insistiese en su práctica o prestase su colaboración para llevarla a efecto.

Por otra parte, el caudal probatorio valorado por el Juez, testimonial e indiciario y que sirvió de fundamento a la sentencia de condena no podía verse afectado por la prueba omitida (inspección judicial al lugar de los hechos para acreditar las distancias de algunos recorridos) y por ello el Juez en el curso del proceso, de acuerdo a lo acreditado y probado, desistió de su práctica.

Se trata entonces, de una simple irregularidad que no lesionó el derecho de defensa ni vulneró las bases fundamentales del proceso penal.

No prospera la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida a nombre del procesado José Abraham Toro Alvarez, de fecha, origen y naturaleza ya conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase.

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.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DISCIPLINARIA - Revocación de la indagación preliminar \ JURISPRUDENCIA - Elemento auxiliar y no obligatorio \ PREVARICATO - No es en sí misma la orden de revocar una indagación preliminar

Revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario, ni contrario a la Ley. La jurisprudencia no es *fuente* de derecho en igualdad con la Ley.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 41 (1o. abr./92). Unica Instancia No. 5576

Vistos:

Precluida la indagación preliminar adelantada al Procurador Departamental del Cesar, Doctor *Germán Navarro Palau,* por el posible delito de Prevaricato, decide la Corte sobre apertura de investigación sumarial.

Los Hechos Denunciados:

La Procuraduría Departamental del Cesar, a cargo del Doctor *Germán Navarro Palau,* por auto de 28 de febrero de 1991 revocó el auto de indagación preliminar que su antecesor había dispuesto en relación con las copias que el Tribunal Superior de Valledupar ordenó compulsar para que se investigara disciplinariamente la conducta del Juez 1o. de Instrucción Criminal Ambulante, Doctor Winston de Jesús Araújo Ramírez, y en su lugar dispuso la correspondiente apertura de investigación disciplinaria.

En la diligencia de descargos el funcionario se abstiene de contestarlos alegando incompetencia del Procurador; posteriormente, pero dentro del término, los contesta planteando nulidad por la misma razón aducida con anterioridad, ya que cuando lanzó las expresiones injuriosas lo hizo en calidad de procesado por un delito de Prevaricato y no en ejercicio de las funciones de Juez de la República. Apoya su tesis en una providencia mayoritaria de la Corte de fecha 1o. de noviembre de 1990 con ponencia del Doctor Torres Fresneda.

El Procurador mediante Resolución 026 de mayo 7 de 1991, no accede a declarar la nulidad impetrada, no acepta los descargos y formula acusación ante el Tribunal por violación a los literales c) e i) del artículo 8o. del Decreto-ley 1888 de 1989.

El argumento toral de la Resolución acusatoria es el siguiente:

"Es importante dejar sentado, como acertadamente lo expresó el Tribunal Superior de esta ciudad en la providencia que sirvió de acusación, que el doctor *Wiston de Jesús Araújo Ramírez*, "no actuó en dicha diligencia como un particular, sino como funcionario público, desde luego que el delito de prevaricato precisa de un sujeto activo calificado. Lo propio podría decirse del alegato petitorio de cesación de procedimiento". Siendo así las cosas, no existe incompetencia alguna de esta Procuraduría Departamental para investigar la conducta del mencionado Juez, toda vez que en su calidad de tal se le está cuestionando disciplinariamente; por esta potísima razón no se atenderá su solicitud de nulidad, lo que se consignará en la parte resolutiva de este proveído.

"Por otro lado, los descargos presentados por el encartado no desvirtúan los hechos investigados, por el contrario son reafirmados por el mismo disciplinado cuando manifiesta en sus descargos que las frases pronunciadas en la diligencia de indagatoria y escritas en la petición de cesación de procedimiento..."no fueron lanzadas como funcionario judicial ..." y más adelante expresa que "si bien es cierto que fui vinculado a un proceso penal por actuaciones propias del cargo que actualmente desempeño..."

"No comparte el despacho la apreciación del investigado, cuando dice que no actuó como funcionario, ya que está claro que su actuación dentro del proceso penal, fue como Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante y en su calidad de tal se le vinculó legalmente a la investigación

penal; y es que aquí, desde luego, debe aceptarse que "la investidura oficial acarrea no sólo deberes funcionales, sino también éticos y morales propios de la actividad particular o privada. La administración pública está interesada en su propia dignidad, en su buen crédito", por tal razón consideramos que "no sólo puede ser causal de sanción disciplinaria la conducta oficial del empleado o funcionario, con la cual afecta la disciplina jerárquica, sino también su conducta no oficial o particular, cuando tenga igual incidencia", como en el caso que nos ocupa y que es motivo de este pronunciamiento".

El Tribunal mediante sentencia de 18 de julio de 1991 lo absolvió por no haber cometido el hecho en ejercicio, de las funciones de Juez de la República.

El inconforme funcionario, al considerar que las determinaciones del Procurador son prevaricadoras, pues no solamente contradicen preceptos legales, sino además, reflejan la animadversión que dicho funcionario le ha tenido desde cuando asumió el cargo, pues revive una actuación que llevaba buen tiempo inactiva para causarle perjuicio con la apertura de investigación sin haberse previamente pronunciado sobre la aducción de la prueba documental que valoró en la apertura y, contrariando la jurisprudencia de la Corte, le formula acusación por un hecho ajeno al ejercicio de funciones, por lo que presenta la denuncia correspondiente.

Pruebas Preliminares:

Acreditada la calidad foral del funcionario denunciado se ordenaron varias pruebas preliminares entre las cuales han de destacarse las fotocopias auténticadas del proceso disciplinario, donde se produjeron los actos tildados de prevaricadores, para tener una visión más completa de los hechos denunciados.

Consideraciones de la Corte:

No obstante la multiplicidad de cuestionamientos que hace el denunciante, son concretamente dos las imputaciones formuladas contra el Procurador Departamental del Cesar, a saber: el haber proferido el auto de febrero 28 de 1991, ordenando sin prueba legalmente reconocida la apertura de investigación disciplinaria, y el haberle dictado resolución acusatoria por una falta disciplinaria que no ejecutó en ejercicio del cargo de Juez.

Con relación al primer pronunciamiento del Procurador la Corte no encuentra que sea 'manifiestamente contrario a la ley', pues se halla debidamente fundamentado y lo dictó en desarrollo de su función.

En efecto, en abril de 1990 la secretaría de la Procuraduría informó que del Tribunal Superior de Valledupar llegaba un oficio con anexos ordenados en providencia 'para que se investigue la conducta del Doctor *Winston de Jesús Araújo Ramírez* Juez Primero de Instrucción Ambulante de esta ciudad'; el entonces Procurador, Ismael Alfonso Martínez, dispuso 'diligencias preliminares': visita al proceso referido en la providencia del Tribunal y fotocopia de la denuncia; en febrero de 1991, informa Secretaría que dichas diligencias fueron halladas en los anaqueles del despacho de la abogada coordinadora quien había renunciado al cargo y no se ha proveído su reemplazo; el nuevo Procurador, el denunciado, profiere el auto referido con la siguiente sustentación de fondo:

El Despacho considera que este auto y la orden de visita allí contenida, son inocuos, improcedente el uno y notoriamente impertinente el otro, teniendo en cuenta que lo preliminar de la averiguación se predica de los fenómenos de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación y tiene como finalidad determinar no sólo la existencia del hecho sino la imputabilidad que cabe al inculpado y con las piezas traídas se evidencian tanto la existencia de los hechos como su imputabilidad, por lo cual es imperativo revocar dicho auto y dejar por consiguiente sin efecto la orden de visita allí indicada, y ello se hará en la parte resolutiva y en su lugar se ordenará la Apertura de Investigación Disciplinaria correspondiente, previas las siguientes consideraciones:

"1o. En la indagatoria y en la petición de cesación de procedimiento del Juez procesado Doctor *Winston de Jesús Araújo Ramírez*, se hacen ostensibles las expresiones injuriosas y las manifestaciones irrespetuosas de aquél para con la Fiscal Segunda del Circuito, Doctora *Romualda Saameth Suárez*, conductas constitutivas de faltas contra el régimen disciplinario en cuanto se adecuan a los tipos que describen los literales c) e i) del artículo 8o. del Decreto Ley 1888 de 1989 según los cuales son faltas de los funcionarios y empleados contra la dignidad de la Administración de justicia, proferir expresiones injuriosas contra cualquier funcionario o empleado y ejecutar actos de irrespeto o de violencia contra compañeros de trabajo y otras personas.

"3o. Teniendo en cuenta la autenticidad de los documentos por su origen y naturaleza y por su aporte legal al expediente, el Despacho las

tendrá como pruebas y así lo resolverá más adelante por su conducencia al establecimiento de la verdad de los hechos y de su imputación.

"4o. De todo lo anterior se infiere con claridad que es imperioso formular cargos del doctor *Winston de Jesús Araújo Ramírez*, Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante de Valledupar, por los hechos a que nos hemos referido".

La objeción que se hace es en relación con las pruebas que tuvo como base para la decisión, pues en su sentir tenía que haberlas admitido por auto separado y no en el mismo proveído. Olvida el denunciante que la prueba documental allegada lo fue por orden del Tribunal que dispuso expedir copia autenticada de los documentos obrantes legalmente en el proceso, significando con ello que se trata de " pruebas trasladadas", respecto de las cuales el artículo 256 del C. de P.P. solamente le exige al Juez apreciarlas "de acuerdo con las reglas previstas en este Código para la naturaleza de cada medio", y eso fue lo que hizo en la consideración tercera transcrita el funcionario denunciado.

De otra parte, las razones que expresa para la revocación del auto que ordena la indagación preliminar y desde la óptica del Juez penal que examina decisiones judiciales, son aceptables ya que lo pretendido con la visita estaba consignado en la prueba documental legalmente trasladada; y en cuanto a la denuncia, carecía de objeto porque el origen de la acción no fue la queja del Juez, sino la orden judicial que el Tribunal oficiosamente impartió.

Pero aún, el revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario y menos contrario a la ley, pues la jurisprudencia ha sostenido que en vigencia del Decreto-ley 1888 de 1989 ya no existe esa modalidad de investigación.

Dijo la Corte en sentencia de julio 11/90:

> "...el Decreto-ley 1888 de 1989, aplicable al caso por no estar éste dentro de la excepción de su artículo 54, señala en el Título VI 'Del procedimiento' que: "El proceso disciplinario se realiza en dos fases: a) La instructiva o de investigación, a cargo del Ministerio Público o del respectivo superior, y b) La de juzgamiento de competencia del superior del funcionario o empleado judicial acusado".

"No hay por consiguiente, en este particular aspecto, lugar a la integración normativa con procedimiento penal por existir disposición expresa que lo regula (arts. 34 y 53 del estatuto disciplinario); y, obviamente, no puede existir 'indagación preliminar' de orden disciplinario sino tan sólo 'investigación', que se inicia al disponer la Procuraduría practicar la visita correspondiente."

"El error, en el caso examinado, consistió en haber innecesariamente dicho la Procuraduría el 26 de octubre de 1989 "Con el fin de establecer si es del caso abrir investigación disciplinaria, se ordena *adelantar Averiguación Preliminar* (art. 53 del Decreto 1888 del 1989, en concordancia con los artículos 341 y ss. del C. de P.P.)" (fl. 3), pues no hay lugar a ello ni ese es el alcance de la norma disciplinaria invocada. Sin embargo, el haberlo establecido no genera nulidad porque los actos ilegales, conforme a reiterada jurisprudencia, no obligan y, porque además, lo dispuesto seguidamente es lo correcto frente a la ley, luego debe entenderse que con dicho auto se abrió la investigación requerida por el ordenamiento".

En cuanto al segundo acto cuestionado, aun cuando las manifestaciones injuriosas que profirió el aquí denunciante lo fueron realmente por fuera del servicio, es decir, como procesado y no como Juez de la República, ha de concluirse igualmente que tal decisión no es manifiestamente contraria a la ley. Lo manifiesto, se ha dicho, es lo que está de bulto, lo que no admite interpretación o duda, y el punto de discusión central aquí ha ofrecido diversas interpretaciones incluso en la misma Corte Suprema, donde hay salvamento de voto a la decisión que considera ese tipo de actos ajenos a la función judicial cobijada por el fuero funcional señalado en la ley para esa categoría de servidores públicos.

Debe recordarse, por lo demás, que fue el Tribunal Superior de Valledupar el que dispuso compulsar las copias para que se investigara disciplinariamente al Juez procesado por hechos realizados en el proceso, como fueron las expresiones injuriosas consignadas en la indagatoria y en el memorial petitorio de la cesación de procedimiento, y el Procurador lo que hizo fue cumplir la voluntad del Tribunal porque en su sentir tenía razón, por ello afirmó:

"No comparte el despacho la apreciación del investigado, cuando dice que no actuó como funcionario, ya que está claro que su actuación dentro

del proceso penal, fue como Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante y en su calidad de tal se le vinculó legalmente a la investigación penal; -y es que aquí, desde luego, debe aceptarse que la "investidura oficial acarrea no sólo deberes funcionales, sino también éticos y morales propios de la actividad particular o privada. La administración pública está interesada en su propia dignidad, en su buen crédito", por tal razón consideramos que "no sólo puede ser causal de sanción disciplinaria la conducta oficial del empleado o funcionario, con la cual afecta la disciplina jerárquica, sino también su conducta no oficial o particular, cuando tenga igual incidencia", como en el caso que nos ocupa y que es motivo de este pronunciamiento".

Ahora, decir que prevaricó el Procurador porque desconoció la jurisprudencia de la Corte que conocía él, pues se la había transcrito en la diligencia de descargos, es apreciación muy personal del denunciante pero sin respaldo legal alguno. En efecto, la jurisprudencia es apenas, como lo dice la Constitución, 'un criterio auxiliar de la actividad judicial' pero jamás fuente de derecho, en el sentido de ley.

Si los Jueces son independientes en sus decisiones y solamente deben someterse a la ley al proferir las providencias (arts. 228 y 230 C.N.), no puede ser constitutiva de prevaricato una decisión que se aparte de un criterio jurisprudencial por respetable que sea éste y menos aún, cuando ese pronunciamiento doctrinario no ha tenido la unanimidad del máximo organismo judicial del país, como es el caso presente.

Se ha dicho igualmente, y con razón, que siendo la jurisprudencia la interpretación autorizada por quien se presume, presunción legal, ser el más sabio conocedor del derecho, el ideal sería que tal doctrina recibiera el prohijamiento de los intérpretes naturales de la ley, los jueces; pero de ahí, a imputar prevaricación a quien se aparte de ella en forma respetuosa y motivada, sí hay un abismo infranqueable. Hacerlo sería el mayor absurdo jurídico y el más grande escollo para la evolución natural y lógica de una ciencia social tan polifacética y compleja como es el Derecho.

El Procurador, al proferir su resolución acusatoria de carácter disciplinario, acogió la tesis del Tribunal al ordenar las copias que es la misma de la minoría que salvó el voto a la providencia de 1o. de noviembre de 1990 con ponencia del Magistrado Doctor Torres Fresneda y ello no es reprochable a título de 'manifiestamente contraria con la ley', que es lo que

tipifica el prevaricato. Se impone, por consiguiente, la aplicación del artículo 352 del C. de P.P. por atipicidad de su conducta.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación sumarial contra el Doctor *Germán Navarro Palau*, Procurador Departamental del Cesar, por los hechos a que se contrajo la presente indagación preliminar.

En firme archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FUERO \ CONGRESO - Condición del Congresista en época de receso

El receso del Congreso dispuesto por el artículo 3o. Transitorio de la Constitución Nacional, no es igual al que comienza después del período ordinario de sesiones.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 0041 (1o. abr./92). Unica Instancia No. 5576

Vistos:

Decide la Corte sobre la posibilidad de avocar el conocimiento de la denuncia que se elevara en contra del Dr. *José Ramón Navarro Mojica*, miembro del H. Senado de la República, por el delito de Falsedad en documento público.

Antecedentes:

Advera el denunciante que el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES), en el mes de octubre de mil novecientos noventa y uno, practicó una visita a la Universidad Libre, "...en razón a denuncias hechas ante esa Institución, por el exceso de estudiantes en la Facultad de Derecho ...en los cursos primeros de dicho año". Sin embargo, según los datos suministrados por las directivas, el número de educandos no sobrepasaba los seiscientos cincuenta (650), cuando en realidad la cifra podía llegar a los un mil quinientos (1.500), aproximadamente. Como quiera que el Dr. *José Ramón Navarro Mojica* fungía para la época como Presidente del ente educativo y "...frente a la investigación

solicitó que encargara temporalmente al *Dr. Jaime Chavez*, decano de la facultad de Ingeniería, de la Oficina de Registro y Control de notas, para que atendiera dicha visita del ICFES...", impetra la indagación respectiva a fin de establecer una presunta conducta punible.

La Corte:

1. Según lo prescribe el artículo 186 de la Carta, la Corte conocerá en forma privativa de los delitos que cometan los parlamentarios, sin realizar ninguna distinción entre los realizados con ocasión de sus funciones o como simples particulares, con lo cual se crea un fuero integral que cobija las acciones delictuosas de una y otra especie.

2. Ahora bien, en el evento de que el congresista pierda su investidura, la misma Constitución prevé que el dicho fuero sólo se mantendrá "...para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", según los dispone el parágrafo del artículo 235, lo cual indica que, por fuera de estos eventos, la Corte pierde su competencia, debiéndose acudir a los factores que señala la sistemática procedimental.

3. Según lo establece la denuncia, el comportamiento irregular que podría trascender al campo penal, atribuido al *Dr. Navarro Mojica*, lo realizó en su calidad de presidente de una universidad privada, hechos que comporta un delito común, pues no guarda ninguna relación con las funciones de congresista. En este orden de ideas, la Corte no tiene competencia para investigarlo y juzgarlo, teniendo en cuenta que los parlamentarios que fueron elegidos para el período 1990-1994, entre ellos el *Dr. Navarro*, perdieron su investidura por mandato de la Asamblea Nacional Constituyente, quien determinó que mientras el nuevo congreso se instalara, el actual entraba en receso, sin que pudieran "... ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República".

4. En providencia reciente la Sala aclaró que esta disposición plasmada en la Constitución vigente (art. 32 transitorio), "...no permite dudar que a partir de su vigencia, quienes tenían la calidad de congresistas la perdieron, independientemente de que hubieran continuado devengando su asignación mensual, porque no es posible concebir que alguien conserve una investidura oficial, cuando de manera expresa se le han suprimido definitivamente todas las funciones públicas inherentes a la misma. Es importante destacar, al efecto, que la Constitución de 1991 (art. 122) reitera la prohibición que también estaba consagrada en la Carta

Política de 1886 (art. 63), de que existan empleos públicos sin señalamiento de funciones... Recuérdese, por último, que el fuero para los congresistas no se les ha otorgado propiamente en razón de su persona, sino por las trascendentales funciones públicas que la misma Constitución les atribuye.

Es pertinente advertir que el receso del Congreso que se dispuso por la Asamblea Nacional Constituyente mediante la norma en comento, es un fenómeno completamente distinto del receso en que entra la rama legislativa cuando ha culminado el período de las sesiones ordinarias, pues en este interregno los congresistas sí conservan todas sus facultades públicas, tal como se deduce con toda claridad, tanto a la luz de la Constitución de 1886 como de la actual, del hecho de que el Gobierno pueda convocarlos a sesiones extraordinarias para que durante el tiempo por él determinado se ocupen de manera exclusiva de los asuntos que el mismo ejecutivo les señale, como también de los cánones constitucionales que los faculta, en determinadas circunstancias, para reunirse por derecho propio si el Gobierno no cumple con la obligación de convocarlos. Ninguna de estas actividades oficiales podían cumplir los miembros del Congreso elegidos para el período 1990-1994, después de que entró en vigencia el artículo 3o. transitorio aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente.

Esta carencia de funciones públicas, absoluta y definitiva, es la que permite a la Corte llegar a la conclusión de que inmediatamente entró a regir el artículo transitorio 3o., quienes para ese momento tenían la calidad de congresistas fueron despojados de ella y perdieron por tanto el fuero para su juzgamiento por los delitos no relacionados con las funciones oficiales que hubieran podido cometer cuando sí estaban investidos de ella". (Auto de marzo 18 de 1992, *M.P. Dr. Duque Ruiz*).

5. En razón de lo anterior, se enviarán las presentes diligencias al Señor Director Seccional de Instrucción Criminal a fin de que designe el juez que se habrá de encargar de la indagación correspondiente.

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

Resuelve:

Abstenerse de aprehender el conocimiento de las presentes diligencias por carecer de competencia para ello. En consecuencia, remítanse al

señor Director Seccional de Instrucción Criminal de esta ciudad, a fin de que designe al juez que ha de encargarse de la respectiva investigación penal.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

FUERO \ CONGRESO - Cesación en el ejercicio del cargo
(SALVAMENTO DE VOTO)

La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes en el momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar brevemente las razones de nuestro disentimiento con el pronunciamiento de la referencia:

1.) El punto central de discrepancia con la decisión de la Corte radica en la interpretación que se le dio al artículo 3o. transitorio de la Constitución, pues para la mayoría el Congreso elegido en 1990 cesó en el ejercicio de las funciones y por tanto, la competencia privativa de la Corte para investigar y fallar cualquier delito cometido por uno de esos congresistas, queda circunscrita respecto de hechos punibles cometidos en relación con las funciones desempeñadas. Como lo aquí investigado nada tiene que ver con la función de representante a la Cámara que tenía el procesado, carece de competencia la Corte para su juzgamiento.

Para nosotros, en cambio, como lo dice la norma pertinente, los únicos congresistas que 'cesaron en el cargo' fueron quienes habiéndose presentado a la ratificación popular no resultaron elegidos el 1o. de diciembre de 1991 o lo que es lo mismo, respecto de quienes sí lo fueron, no ha habido solución de continuidad en el cargo de congresista, independientemente de la Cámara donde hoy se encuentra. En efecto, el Congreso fue elegido para un período de 4 años (1990-1994), período respetado por la propia Constitución (art. 1o. transitorio), por lo que con lógica el artículo 3o. transitorio habló de 'receso', es decir, término durante el cual no se cumplen funciones pero se conserva el cargo; y como lo que ha establecido la nueva Constitución para los altos funcionarios y los congresistas es un fuero personal no funcional, se explica el por qué ese juzgamiento

deba hacerse en consideración a la investidura, no a la función. Lo que protegía la función, en el caso de los congresistas, era la inmunidad que es bien distinto como se sabe al fuero personal, pero el constituyente la suprimió.

2.) En la ponencia para primer debate de la plenaria en la Constituyente se consignó ese pensamiento expresamente y así fue aprobado. Se dijo allí: *Inmunidad e Inviolabilidad*: Estas dos Instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería necesario mantenerlas o suprimirlas. Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial, igual a de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo Tribunal" (Cursivas fuera de texto G.C. # 79 mayo 22/91 pág. 16).

La comisión revisora únicamente introdujo cambios a la redacción original aprobada en plenaria, para quedar como aparece en el artículo 186 C.N., de donde emerge nítidamente el fuero personal referido, esto es, que mientras sea congresista solamente lo puede juzgar la Corte cualquiera que haya sido el delito cometido teniendo la investidura.

Cabe entonces recordar que lo ocurrido el 1o. de diciembre de 1991, según el Acuerdo político correspondiente, fue una revocatoria del mandato por voluntad popular, es decir, solamente para aquellos que no obtuvieran el respaldo del pueblo; para los que presentados a esa prueba popular sí lo obtuvieron no puede decirse que se está ante un nuevo mandato, sino frente a la ratificación del mismo que ese pueblo les había otorgado en 1990 para llevar su representación ante el Congreso.

Pero aún, en el supuesto de haber sido la revocación del mandato un acto exclusivo de la Constituyente, en nada se modificaría la competencia dada a la Corte para juzgar a los Congresistas en consideración a la investidura.

3.) Con la interpretación de la mayoría se deja sin efecto el mandato constitucional o quedaría simplemente inoperante un posible fallo de condena proferido por un Juez diferente a la Corte a quien desempeñe el cargo de Congresista, pues no podría ordenar ese Juez su detención, ya que ésta y el juzgamiento solamente corresponden a la Corte.

La consecuencia entonces del fuero personal es muy obvia, para el alto funcionario y el Congresista: del delito que cometan, mientras tengan la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema.

Significa lo anterior, que la expresión 'cesar en el ejercicio del cargo' del parágrafo del artículo 235 C.N., solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas; lo que explica por lo demás, el fuero funcional que conserva el parágrafo.

Como el cargo investigado aquí es atribuido al *Doctor José Ramón Navarro Mojica* siendo Congresista y continúa con esa investidura, la Corte es su Juez natural, independientemente de que el hecho tenga o no relación con la función desempeñada.

DídimoPáez Velandia, Jorge Carreño Luengas.

Fecha, *ut supra*.
(abril 3/92)

IMPEDIMENTO - No manifestación en Sala de Tribunal

El impedimento no se conforma cuando se decidió sobre cuestiones accesorias. Si se guarda silencio sobre el mismo, no se afecta la eficacia de la actuación cumplida.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 041 (1o. abr./92). Impedimento No. 7374

Vistos:

Conoce la *Sala* de la solicitud de impedimento manifestada por el *Dr. Marco Elías Arévalo Rozo,* magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

Antecedentes:

1. De un recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado *Antonio José Caduoid* contra una providencia del Juzgado treinta y uno Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, le correspondió conocer el Magistrado *Marco Elías Arévalo Rozo.* Sin embargo, por considerar que se encontraba "...dentro del impedimento especial recogido por el inciso segundo del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, por haber conocido en segunda instancia de la apelación interpuesta contra la providencia calificatoria, dispuso la devolución de las diligencias a la Secretaría del Tribunal para que se realizara una nueva adjudicación.

2. Hecha la repartición de rigor, le correspondió conocer del recurso al *Dr. Yesid Alberto Rodríguez Sánchez,* quien lo resolvió desfavorablemen-

te, negando la apelación consiguiente. Más tarde, proferida la sentencia condenatoria, se interpone contra ella recurso de apelación, correspondiéndole conocer del asunto al *Dr. Rodríguez*. En esta ocasión, el Magistrado recuerda un pronunciamiento de la *Sala*, en el que se reitera, según las palabras del Magistrado, "...que el impedimento consagrado en el artículo 535 solamente es posible cuando la *Sala* que conoció en el sumario hizo pronunciamientos acerca de la responsabilidad penal de los acusados o de los aspectos concretos de perjuicios derivados del delito"., por lo que "Factores diversos (de carácter objetivo) como el que trató la Sala presidida por el Doctor *Marco Elías Arévalo Rozo* (si se sustituía o no la caución prendaria por juratoria) no están comprendidos dentro de la causal", ordenando enviar las diligencias a dicho funcionario.

3. Sin embargo, el Magistrado *Arévalo* rechaza las razones de su colega, censurando el que, después de haber aceptado las de orden legal que él esgrimió en su momento para seguir conociendo del negocio, luego las desecha para adverar su incompetencia "...porque desapareció la causal que originó aquella inhabilidad ...o porque con nuevas apreciaciones se consideró que no existía", razón que lo lleva a solicitar la intervención de la Presidencia de la Sala Penal de la Corporación para que dirima el conflicto. Como quiera que no se está en presencia de una controversia sobre el simple reparto, la Presidencia devuelve el proceso al Dr. *Arévalo*, quien repite los argumentos que, según su parecer, le impiden conocer de las diligencias. La devolución a su colega *Rodríguez* es el siguiente paso.

4. El peregrinaje de la actuación continúa ahora en manos del *Dr. Rodríguez* quien le advierte a su contradictor que el problema no se suscita entre dos magistrados. Las Salas deben pronunciarse sobre el particular, advierte, el tiempo que lo regresa por tercera vez al *Dr. Arévalo*. Reunida la Sala por él presidida, acepta que son atendibles las explicaciones del *Dr. Rodríguez* y serían aplicables al caso presente "...si no fuera porque la Sala de Decisión presidida por el Honorable Magistrado en mención, ya avocó el conocimiento de la causa en segunda instancia", ordenando su devolución al *Dr. Rodríguez* quien, a su vez, bisa su razonamiento, enviando el negocio a esta Colegiatura, para que desate el conflicto.

La Corte:

1. La suprema misión de los jueces es la administración de justicia. A ella deben consagrar sus mayores esfuerzos pues de sus fallos depende la sociedad misma que, de esta manera ve fortalecidos sus valores al co-

rregirse los entuertos que entraban su normal desarrollo. Sin embargo, si sus pronunciamientos se dilatan en el tiempo, sin que un motivo esencial lo provoque, causa la natural desazón, pues, su indecisión se convierte al final de cuentas en una condenación, por lo menos temporal, de quienes atropellan la ley.

2. La sistemática procedimental ha establecido una serie de reglas que buscan garantizar la imparcialidad del Administrador de Justicia, buscando en la pluralidad de los jueces, la ponderación de sus fallos. No obstante, ello no quiere decir que estas indicaciones se conviertan en un fin en sí mismas, sirviendo de pretexto para una demora de la decisión. En caso de duda presto ha de acudirse a la instancia superior para que resuelva la controversia o, simplemente, tener en cuenta la jurisprudencia sobre el particular.

En el suceso que hoy se le presenta a la *Sala*, tres meses y medio fueron empleados por los magistrados *Arévalo* y *Rodríguez* para desechar, cada cual, el conocimiento del asunto, pese a que esta Colegiatura ya había tenido la oportunidad de señalar claras preceptivas que despejaran cualquier duda que pudiera presentarse.

Dijose en su oportunidad que el impedimento contenido en el artículo 535 en cita respondía a la separación que el nuevo estatuto procedimental hizo, en determinados casos, entre las etapas de investigación y juzgamiento, las cuales son regentadas por distintos funcionarios, resguardándose su imparcialidad a virtud de la autonomía e independencia de cada segmento procesal.

De igual manera se advirtió que el artículo 535 en comento no podía interpretarse con la estrechez de su tenor literal, que, por tanto, en guarda de su esencia, el impedimento se estructuraba cuando la decisión tomada por el juez se refería al fondo del asunto tratado en la investigación, por lo que, cualquier cuestión accesoria, como las decisiones sobre incidentes, no comprometían el criterio del fallador y, finalmente, que esta competencia subjetiva no tenía una trascendencia esencial que pudiera causar la invalidez del proceso, por lo que guardar silencio sobre el impedimento, no afectaba la eficacia de la actuación cumplida.

3. Obsérvese ahora el caso de la especie. Una intervención cortical de la Sala presidida por el *Dr. Arévalo* es el antecedente del disenso. A sus

manos llegó una apelación sobre el monto de la caución impuesta por el *a-quo* en la resolución acusatoria, superior a la capacidad económica del procesado. Los triunviros confirmaron la decisión. Nada más. No hubo, porque ese no era el tema de discusión, ningún pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, meses más tarde, cuando el proceso ha recorrido un trecho del juzgamiento, una negativa sobre la práctica de algunas pruebas, motiva la inconformidad de la defensa y una segunda apelación hace posible que la Sala antedicha tenga una nueva oportunidad de influir sobre el proceso. Una negativa es la respuesta. Según sus palabras, "...ya conoció de él por vía de apelación durante la etapa investigativa y por consiguiente se encuentra dentro de la causal impeditiva especial del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, respecto a providencias que se dicten dentro de la etapa de Juzgamiento".

4. Esta breve explicación hace posible que el Magistrado *Rodríguez* acepte el impedimento y aprehenda el conocimiento del juicio en la segunda instancia. Pero la retractación no se hace esperar. Llegado el negocio en apelación de la sentencia condenatoria, se insiste en la competencia que le asiste al Magistrado *Arévalo*. El haber dado por cierto el impedimento en la primera oportunidad, tiene su explicación: no se tuvo a la vista el expediente. Por ello al examinarlo con ocasión de la sentencia "... se descubre que la anterior Sala de decisión no conoció de la calificación del sumario. Sino sencillamente de la rebaja de caución".

5. De lo anterior surge diáfano el error cometido por el Magistrado *Arévalo*, no sólo porque la decisión que tomó respecto de la caución la realizó dentro de la etapa del juicio, ya que la resolución de acusación se encontraba en firme, sino porque el tema al que se refirió era independiente del que sirvió de sustento al proceso.

6. Así las cosas, el conocimiento le corresponde a la Sala presidida por el Magistrado *Arévalo* puesto que la causal de impedimento alegada no tiene razón de ser, como ya se estudió en precedencia. Por tanto, la Colegiatura ha de declarar sin fundamento su alegación en tal sentido, reiterando su competencia para conocer del presente asunto.

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

Resuelve:

No aceptar el impedimento propuesto por el Magistrado *Marco Elías Arévalo Roza* y, en consecuencia, disponer que siga conociendo del presente asunto.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ACCION DISCIPLINARIA - Competencia por recusación

La Constitución Nacional señala la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, en el caso de recusación en proceso disciplinario.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Duque Ruíz*

Aprobado Acta No. Radicación No. 132

Resuelve la Sala lo pertinente en cuanto a la recusación hecha al Doctor Adalberto Márquez Fuentes, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, en el proceso disciplinario que se sigue respecto del Doctor *Winston de Jesús Araújo Ramírez,* Juez Primero de Instrucción Criminal Ambulante de dicho Distrito.

Antecedentes:

El 17 de septiembre de 1991 el doctor Germán Navarro Palau, Procurador Departamental del Cesar, acusó al Juez Araújo Ramírez, por considerarse víctima "de un nuevo atentado moral" perpetrado por éste (fls.1).

El asunto le correspondió al Magistrado Márquez Fuentes, que abrió la correspondiente investigación disciplinaria con base en el artículo 37 del Decreto 1888 de 1989, y posteriormente (fls. 64 y ss.) formuló pliego de cargos contra el acusado por infracción a los literales c) e i), del artículo 8o. del mencionado decreto.

En escrito de 2 de marzo (fls. 167 y ss.), el Juez Araújo Ramírez recusó al Magistrado de conformidad con los numerales 1o. y 5o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

El recusado, por medio de proveído de 11 de marzo (fls. 171 y ss), no aceptó la recusación y dispuso el envío del expediente a la Corte. Recibido el mismo en la Secretaría General de esta Corporación, se repartió y correspondió a este Despacho.

Se Considera:

1.- El artículo 50 del Decreto 1888 de 23 de agosto de 1989 (por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional), dice:

> "Los impedimentos y recusaciones de los funcionarios y empleados del Ministerio Público que intervengan en las investigaciones disciplinarias, así como de los Magistrados, Jueces y Secretarios, se regirán por las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal".

Por su parte, el artículo 112 del Código de Procedimiento Penal dispone que si el Juez o Magistrado recusado no aceptare la recusación, "enviará el proceso al superior, quien resolverá de plano la cuestión en vista de lo alegado".

2.- La Constitución Nacional de 1991 creó específicamente la justicia disciplinaria y su máximo Tribunal, el Consejo Superior de la Judicatura (Capítulo 7o., Título VIII), que ya se encuentra funcionando.

A dicho Consejo le corresponde, según el numeral 3o. del artículo 256 de la Carta, "examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en ejercicio de su profesión en la instancia que le señale la ley".

Y de conformidad con el numeral 4o. del artículo 9o. del Decreto 2652 de 25 de noviembre último (por el cual se adoptan medidas administrativas para el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura), le corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior, "conocer de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia los Consejos Seccionales, el Fiscal General y el Director de Administración Judicial".

Esa competencia, que entra a operar de inmediato (mientras rigen los Consejos Seccionales, los Tribunales seguirán conociendo de los asun-

los disciplinarios a su cargo), impide que la Corte hará cualquier pronunciamiento sobre el fondo del caso, ya que como se dijo, ello le corresponde al referido Consejo, concretamente, a su Sala Disciplinaria ("el superior", referido en el artículo 112 cit.), a donde se remitirá el expediente.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala Disciplinaria,

Resuelve:

1.- Por carecer de competencia, *abstenerse* de resolver la recusación hecha en este proceso disciplinario al Magistrado Adalberto Márquez Fuentes.

2.- Remítase el expediente a la Presidencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase.

Guillermo Duque Ruiz, Eduardo García Sarmiento, Gustavo Gómez Velásquez.

Blanca Trujillo Sanjuán, Secretaria.

CONCUSION - Elementos \ EXTORSION - Elementos

Hay una mayor riqueza descriptiva con respecto a la conclusión, en la medida en que incluye elementos que particularizan el comportamiento en relación con la Extorsión, cuyo contenido es más genérico.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 44. Radicación No. 7418

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resuelve el conflicto negativo de competencias que a propósito del conocimiento del proceso que por el delito de extorsión adelantado contra Mario Alba Trujillo y Lino García Cobaría, se suscitó entre los Juzgados 1o. Superior y 2o. Penal del Circuito de Pamplona, de una parte, y de otra, los Juzgados 1o. Superior y 6o. Penal del Circuito de Cúcuta.

Antecedentes:

Por auto del 30 de agosto de 1991, el Juzgado 5o. de Instrucción criminal de Pamplona profirió Resolución de Acusación contra Mario Alba Trujillo y Lino García Cobaría, como autores del delito de extorsión cometido contra Eulises Peña Ramírez, según los siguientes hechos, acaecidos el 27 de septiembre de 1990:

> "El día atrás citado, se hizo presente en el municipio de Pamplonita, el señor *José Eulises Peña Ramírez*, con el propósito

de visitar a un amigo que se encontraba detenido y al llegar al parque fue abordado por dos agentes de la Policía quienes después de dialogar le exigieron la suma de *dos millones de pesos*, advirtiéndole que sino se llevaban el vehículo; como *Peña Ramírez* no tenía dinero en ese momento los invitó a la ciudad de Cúcuta donde les haría entrega de la suma solicitada; es así que viajaron en el mismo vehículo, habiendo recibido, ese mismo día, la suma de *seiscientos mil pesos*, pactando que al día siguiente les entregaría el saldo pendiente, para lo cual les entregó el *Nissan Patrol* en garantía del saldo; mientras esto sucedía, las autoridades de la *Sijin* montaron un operativo en la residencia de la víctima lo que permitió a las autoridades capturar a los implicados agentes con el botín recibido".

El 1o. de octubre de 1991, el Juzgado 1o. Superior de Pamplona recibió el expediente y avocó el conocimiento del asunto, por lo que días más tarde abrió el juicio a pruebas; sin embargo, llegado el momento de decretarlas, mediante auto del 15 de noviembre del citado año, declaró que no tenía competencia para conocer el proceso, por cuanto el delito de extorsión se había consumado en jurisdicción de la ciudad de Cúcuta, conforme lo impetró el defensor de Mario Alba Trujillo.

Al efecto, el Juez, apoyándose en jurisprudencia de la Corte conforme a la cual el delito de extorsión sí exige un resultado concluyó que "... en la población de Pamplonita se llevó a cabo el constreñimiento; es así como ante la amenaza moral, Peña Ramírez se vio obligado a actuar no como hubiera querido sino como se lo exigieron los ex-policías, es decir aceptando la exigencia del dinero, finalidad que, repetimos, aquellos obtuvieron, sin pensarlo, ante testigos de excepción en la ciudad de Cúcuta".

Y prosiguió el proponente del conflicto diciendo: "Siendo el delito de extorsión no de los denominados de mera conducta, sino de resultado, en donde están en juego dos bienes jurídicos, la autonomía personal y el patrimonio económico, al producirse el menoscabo de éste, como en efecto ocurrió en el caso que nos ocupa, el delito se consumó siendo a su vez esta última acción ejecutada en la ciudad de Cúcuta y no en la población de Pamplonita, por lo que, en lo medular le asiste razón al señor defensor, ya que ninguna trascendencia tendría el lugar donde se formuló la denuncia, se produjo la captura, o permanecen detenidos los extorsionadores". En consecuencia, planteó la colisión negativa de competencia.

Al recibir el proceso, el Juzgado 1o. Superior de San José de Cúcuta, por auto del 13 de diciembre de 1991 avocó su conocimiento; pero ante una petición de nulidad formulada por la defensa, resuelta en proveído fechado el 14 de enero de 1992, dicho despacho concluyó que la conducta imputada a los agentes de la policía estructuraba el delito de concusión y no el de extorsión, por haberlo cometido abusando del cargo, y estimando que no le era posible subsanar el vicio por la vía de la variación de la calificación, decidió enviar el proceso al reparto de los juzgados penales del circuito de la misma ciudad, pero proponiendo colisión negativa de competencia para el caso de que sus argumentos resultaran rechazados.

Repartido el proceso al Juzgado 6o. Penal del Circuito de Cúcuta, su titular admitió la tesis del Juzgado Superior, en cuanto a que el hecho punible investigado se adecuaba al tipo penal de la concusión; no obstante, en su opinión, tal ilícito se consumó el 27 de septiembre de 1990 en el parque del municipio de Pamplonita, lugar en donde los agentes ejecutaron el constreñimiento, por lo que en esa fecha se vulneró el interés jurídicamente tutelado, a la vez que descartó la entrega del dinero en la ciudad de Cúcuta como elemento integrador de la infracción; argumentos que sustenta con providencia proferida por esta Sala el 29 de marzo de 1990.

Por las anteriores consideraciones el Juzgado 6o. Penal del Circuito de Cúcuta no admitió ser el funcionario competente para conocer de esta actuación, e invocando el factor territorial, a su turno, propuso también colisión negativa de competencia al Juzgado Penal del Circuito (reparto) de la ciudad de Pamplona.

En su oportunidad, el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Pamplona, mediante pronunciamiento efectuado el 10 de febrero de 1992, sin proseguir el trámite de la colisión que se le había planteado simplemente hace un recuento de las incidencias anteriores de la actuación, critica que el Juez Superior de Cúcuta no hubiera respondido los argumentos expuestos por el Juez Superior de Pamplona, para terminar absteniéndose de avocar el conocimiento de las diligencias, por cuanto la investigación ya está calificada por el delito de Extorsión, la cual es aceptada por el Juez Superior de Pamplona; de donde deduce que es a éste funcionario a quien corresponde exigirle a su colega de Cúcuta un pronunciamiento sobre la colisión negativa de competencia, o variar la calificación provisional.

Al recibir el expediente, el Juzgado 1o. Superior de Pamplona, dispuso que éste se remitiera al Juzgado Superior de Cúcuta a fin de que se pronunciara sobre la colisión que ya se le había planteado y se prosiguiera el trámite que a ese incidente corresponde.

Finalmente, en pronunciamientos del 18 de febrero y del 2 de marzo del año en curso, el Juzgado 1o. Superior de Cúcuta determinó que le asistía razón al Juez 6o. Penal del Circuito de esa ciudad en cuanto consideró que el delito cometido era el de concusión y que por el factor territorial, la competencia para conocer de él le correspondía al Juzgado Penal del Circuito de Pamplona, por lo que termina manifestando que "... no acepta los planteamientos expuestos por su homólogo de Pamplona y en consecuencia provoca colisión de competencia negativa, por lo cual deberá remitirse el proceso ante el Tribunal Disciplinario, para que sea esta Corporación la que decida el conflicto planteado". Sin embargo, a instancia de los defensores, la última parte de la decisión se reformó para disponer el envío de la actuación a la Corte Suprema de Justicia.

Considera la Sala:

No obstante la confusa tramitación que los funcionarios judiciales citados le han imprimido al conflicto de competencias, queda en claro que se están discutiendo los factores funcional y territorial, y estando involucrados en el incidente jueces de distintos distritos judiciales, procederá la Sala a resolverlo.

El punto de partida de la decisión ha de ser, indudablemente, el esclarecimiento de la naturaleza del asunto, pues dilucidado este aspecto, ninguna dificultad ofrecerá la determinación de la competencia territorial.

Básicamente la conducta observada por los agentes de Policía procesados consistió en exigir al ocasional visitante del municipio de Pamplonita, José Eclises Peña Ramírez la entrega de una suma de dinero a cambio de no "cargar" o "empapelar" el vehículo automotor en el cual se transportaba; propósito que logró eficacia parcial en la ciudad de Cúcuta, lugar en donde los funcionarios recaudaron parte de la cantidad exigida.

Tal como lo plantearon los funcionarios colisionados, el proceder de los implicados estructura un constreñimiento; de ahí que haya surgido la posibilidad de adecuar su comportamiento a los tipos de la extorsión y de la concusión, en vista de que en uno y otro aparece como verbo rector del hecho punible el de "constreñir". Sin embargo, la simple lectura de ambas disposiciones revela que hay una mayor riqueza descriptiva con respecto a la concusión, en la medida en que incluye elementos que particularizan el comportamiento en relación con la extorsión, cuyo contenido es más genérico.

Es así como en la extorsión, el sujeto activo del constreñimiento es indeterminado; la imposición que se ejerce sobre la víctima puede ser de cualquier índole, como que las formas verbales "hacer", "tolerar" u "omitir" abarcan todas las posibilidades del comportamiento humano; y la intencionalidad se dirige a la obtención de un provecho ilícito, esto es, contraviniendo la normatividad.

En la concusión el autor de la conducta se ha restringido a los empleados oficiales, quienes pueden realizarla en tres modalidades distintas: constriñiendo, induciendo o solicitando; no obstante no baste asumir una de estas formas de actividad y la calidad de empleado oficial, sino que es indispensable que aquellas estén vinculadas a esta de tal manera que impliquen el abuso del cargo o de las funciones. Ahora bien, la actuación forzada que se impone a la víctima está circunscrita al hecho de "dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos", por lo que es evidente que el sujeto pasivo es compelido a realizar actos positivos, ya no a permitir o dejar de hacer; asimismo, se advierte que el objeto sobre el cual recaen aquellos procederes es una utilidad indebida, -incluyendo el dinero-, por lo que la característica que la califica es más amplia que la extorsión, habida cuenta de que lo indebido se refiere no solamente a lo ilícito sino a eventualidades en las cuales, sin ser ilícita la utilidad, no es equitativo o justo obtenerla. Y finalmente, ha de convenirse que "el propósito de obtener un provecho ilícito" es el elemento subjetivo de la extorsión, en tanto que el dinero o la utilidad indebidos de la concusión, son los objetos sobre los cuales recae la conducta forzada impuesta a la víctima.

Al concretarnos a la situación que se debate en este proceso, la exigencia que se hizo a Peña Ramírez, provino de dos agentes de la Policía asignados a la subestación de Pamplonita, que aprovechándose de su investidura solicitaron se les entregara una suma que ni su víctima adeudaba, ni ellos tenían la facultad de recaudar.

Así las cosas, en el asunto *sub examine*, las circunstancias y condiciones en que se realizó la conducta atribuida a los agentes de la policía Mario Alba Trujillo y Lino García Cobaría se adecúa al tipo penal de la concusión, lo que implica, para los efectos de esta decisión, que el conocimiento del asunto le corresponda a un Juez Penal del Circuito por razón de la competencia residual asignada a esta categoría de despachos (art. 71.1 C. de P.P.).

Ahora bien, la competencia territorial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 74 del estatuto de procedimiento penal, se determina según haya sido el lugar en donde "se realizó el hecho punible", vale decir, aquél en donde se consumó. El señor Peña Ramírez fue víctima del constreñimiento en el municipio de Pamplonita, pues fue allí donde se doblegó su voluntad para que accediera a dar lo no debido; lo que no se modifica por el hecho de que la dación se hubiera cumplido posteriormente en lugar distinto, siendo muy claro que el recibo del indebido producto del proceder sancionable no es la circunstancia que determina la consumación del delito; menos aún en el caso de la concusión en el cual bien puede hablarse de la consumación del hecho punible desde que exista la formulación de la solicitud unida al sometimiento de la voluntad de la víctima.

En las anteriores condiciones concluye la Sala que el conocimiento de este proceso le corresponde al Juez 2o. Penal del Circuito de Pamplona, por razón de la naturaleza del asunto y del factor territorial, y, en consecuencia, a ese despacho se asignará la competencia para el juzgamiento de los hechos a que se contrae esta investigación, quien, por tanto, habrá de adoptar las determinaciones que sean necesarias para ajustar la actuación a los parámetros que fundamentan esta decisión.

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

Resuelve:

Asignar al Juzgado 2o. Penal del Circuito de Pamplona la competencia para conocer de este proceso.

Comunicar esta determinación a los demás juzgados trabados en el conflicto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO - Naturaleza de sus funciones \ FUERO

Cuando los hechos imputados tengan relación con las funciones desempeñadas, el fuero de Congresista se mantiene una vez dejado el cargo.- En el mismo sentido providencia, con salvamento de voto en proceso 7379, abril 8 de 1992.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 44. Radicación No. 6796

Vistos:

Manuel Guillermo Sueseún Basto se dirige a la Sala solicitando que por competencia avoque la investigación seguida en contra del senador *Ricaurte Lozada Valderrama* ante el Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Bogotá, acusando de inactividad a la funcionaria titular de ese Despacho, pues a pesar de haber formulado denuncia contra el congresista desde el mes de agosto de 1990 por los delitos de violación del sitio de trabajo, asociación para delinquir, hurto, tortura, tentativa de homicidio y "violación de los derechos humanos en todos los órdenes", no se ha impulsado actuación alguna en su contra, decisión que correspondería ahora a la Corte atendido el fuero constitucional que ampara al denunciado.

Con fundamento en su queja, previó la Sala una serie de averiguaciones de las cuales emerge que a pesar de existir proceso para investigación de los episodios que alude el inconforme, hasta la presente no ha quedado comprendido en ellos el mencionado senador, circunstancia que da lugar a un pronunciamiento valorativo atinente a la operancia del fuero discutido y la posible apertura de investigación penal.

Antecedentes:

En extensa y pormenorizada respuesta remitida por la señora Juez 32 de Instrucción Criminal de Bogotá se entera que la denuncia formulada por el reclamante señor Suescún Basto dio base a la apertura de investigación penal en contra de los señores Luis Eduardo Sierra Vargas, Carlos Enrique Silva Gil y Juan Gabriel Guzmán Lizcano, sin que se haya hallado mérito para vincular a ese proceso al también denunciado *Rionurte Lozada Valderrama.*

Los hechos que allí se imputan, refieren a la penetración que los denunciados hicieron "de manera arbitraria", según el denunciante, a su oficina de trabajo, cambiándole las guardas e impidiéndole su posterior reingreso, circunstancia bajo la cual le fueron sustraídas joyas y dineros que guardaba en su escritorio por cuantía millonaria. El inmueble donde estos hechos sucedieron, se ha ido estableciendo, había sido la sede de la campaña política del Movimiento de Transformación Liberal que dirige el senador *Lozada*, y a ella había llegado el señor Suescún como simpatizante y colaborador, pretendiendo posteriormente sobre ellas derechos que no le asistían, pues la dueña del inmueble no tuvo con él relación alguna sino con el ya dicho movimiento político, y más concretamente, con líderes distintos del denunciado congresista.

Tanto de la información directa del Juzgado 32 de Instrucción Criminal como de las copias que a esa comunicación se acompañan, consta que el señor Suescún Basto, jamás se ha constituido en parte civil dentro del mencionado proceso, pero en su condición de denunciante ha intentado la recusación de la Juez a quien luego formuló denuncia, y el cambio de radicación del proceso, pretensiones todas en su momento fracasadas y que en el fondo apuntan al mismo propósito que ahora exhibe ante la Corte, bajo la posibilidad de que la Sala reclame al Juzgado la actuación y la prosiga mediante la vinculación del varias veces dicho senador.

Consideraciones de la Sala:

La competencia que a la Corte asiste para investigar y juzgar a los miembros del congreso y que emana de los artículos 186 y 235 de la Constitución Nacional, presupone de una parte que los delitos se cometan cuando el imputado se halle cobijado con su investidura, así sean hechos re-

lacionados o no con la órbita de los deberes propios de su cargo, pero ese fuero tan solo subsistirá, luego de la dejación del cargo, a condición de que los hechos imputados "tengan relación con las funciones desempeñadas.

Recapacitando sobre los hechos que el denunciante señor Manuel Guillermo Suescún imputa a los directivos del "Movimiento de Transformación Liberal" y entre ellos al Senador *Ricaurte Lozada*, tiénese sin dificultad que en modo alguno vinculan los actos del mes de agosto de 1990 con funciones propias del congresista, pues con exclusividad refieren a los delitos comunes de hurto, asociación para delinquir, violación de sitio de trabajo, tortura y hasta tentativa de homicidio, ocurridos sin nexo alguno de lugar y naturaleza con los deberes y facultades propios del senador, de donde haya de inferirse que de desempeñar por entonces el doctor *Lozada Valderrama* el susodicho cargo, nada en absoluto vinculaba los actos que se le atribuyen con su investidura.

Y si entre aquella fecha y la solicitud que el denunciante formula a la Corte, medió la pérdida de la investidura de los congresistas elegidos, para el período 1990-1994 prevista por el artículo 3o. Transitorio de la Constitución Política, no otra conclusión resulta que la ausencia del fuero invocado para que la Corte asuma el conocimiento de las diligencias que adelanta el Juzgado de Instrucción, pues, como tuvo ya ocasión de precisarlo ésta Sala en decisión de marzo 18 próximo pasado con ponencia del Magistrado Doctor Guillermo Duque Ruíz, la imposición del artículo 3o. transitorio en cuanto los para entonces congresistas no podrían ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República,

"...no permite dudar de que a partir de su vigencia, quienes tenían la calidad de congresistas la perdieron, independientemente de que hubieran continuado devengando su asignación mensual, porque no es posible concebir que alguien conserve una investidura oficial, cuando de manera expresa se le han suprimido definitivamente todas las funciones inherentes a la misma..."

Así, entonces, tiénese la ausencia total de fundamento para que la Corte avoque el conocimiento del proceso que adelanta el Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Bogotá con base en la denuncia formulada por el ciudadano Manuel Guillermo Suescún Basto, como para que, en su defecto, entre a pronunciarse sobre apertura de investigación penal respecto del senador *Ricaurte Lozada Valderrama*. Por el contrario y como se hace

obvio de lo anotado, lo procedente será que el tema de la vinculación procesal que se persigue sea definitivo dentro del proceso que adelanta el antedicho Juzgado, y que frente al deacuerdo con sus decisiones, las controversias se diriman a través de las instancias y por quienes tienen procesalmente la habilitación para intervenir en el asunto, y no mediante el extraño trámite que el aquí peticionario intenta, pues a todas luces está la incompetencia de la Corte para hacer los pronunciamientos que se le demandan.

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

Resuelve:

Denegar por incompetencia la solicitud formulada por el ciudadano Manuel Guillermo Suescún Basto y orientada a que la Corte avoque el conocimiento del proceso que adelanta el Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Bogotá en contra de Luis Eduardo Sierra y otros, o en su defecto se pronuncie sobre apertura sumarial respecto del co-denunciado senador *Ricaurte Lozada Valderrama.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

Rafael Cortés Carmca, Secretario.

CONGRESO - Cesación en el ejercicio del cargo \ FUERO
(SALVAMENTO DE VOTO)

La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresista.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos consignar brevemente las razones de nuestro disentimiento con el pronunciamiento de la referencia :

1.) El punto central de discrepancia con la decisión de la Corte radica en la interpretación que se le dio al artículo 3o. transitorio de la Constitución, pues para la mayoría el Congreso elegido en 1990 cesó en el ejercicio de las funciones y por tanto, la competencia privativa de la Corte para investigar y fallar cualquier delito cometido por uno de esos congresistas, queda circunscrita respecto de hechos punibles cometidos en relación con las funciones desempeñadas. Como lo aquí investigado nada tiene que ver con la función de representante a la Cámara que tenía el procesado, carece de competencia la Corte para su juzgamiento.

Para nosotros, en cambio, como lo dice la norma pertinente, los únicos congresistas que 'cesaron en el cargo' fueron quienes habiéndose presentado a la ratificación popular no resultaron elegidos el 1o. de diciembre de 1991 o lo que es lo mismo, respecto de quienes sí lo fueron, no ha habido solución de continuidad en el cargo de congresista, independientemente de la Cámara donde hoy se encuentra. En efecto, el Congreso fue elegido para un período de 4 años (1990-1994), período respetado por la propia Constitución (art. 1o. transitorio), por lo que con lógica el artículo 3o. transitorio habló de 'receso', es decir, término durante el cual no se cumplen funciones pero se conserva el cargo; y como lo que ha establecido la nueva Constitución para los altos funcionarios y los congresistas es un fuero personal no funcional, se explica el porqué ese juzgamiento debe

hacerse en consideración a la investidura, no a la función. Lo que protegía la función, en el caso de los congresistas, era la inmunidad que es bien distinto como se sabe al fuero personal, pero el constituyente la suprimió.

2.) En la ponencia para primer debate de la plenaria en la Constituyente se consignó ese pensamiento expresamente y así fue aprobado. Se dijo allí: "*Inmunidad e inviolabilidad*: Estas dos instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería necesario mantenerlas o suprimirlas. *Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial*, igual a la de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso *solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo Tribunal*" (Cursivas fuera de texto G.C. # 79 mayo 22/91 pág. 16).

La comisión revisora únicamente introdujo cambios a la redacción original aprobada en plenaria, para quedar como aparece en el artículo 186 C.N., de donde emerge nítidamente el fuero personal referido, esto es, que mientras sea congresista solamente lo puede juzgar la Corte cualquiera que haya sido el delito cometido teniendo la investidura.

Cabe entonces recordar que lo ocurrido el 1o. de diciembre de 1991, según el Acuerdo político correspondiente, fue una revocatoria del mandato por voluntad popular, es decir, *solamente* para aquellos que no obtuvieran el respaldo del pueblo; para los que presentados a esa prueba popular sí lo obtuvieron no puede decirse que se está ante un nuevo mandato, sino frente a la ratificación del mismo que ese pueblo les había otorgado en 1990 para llevar su representación ante el Congreso.

Pero aún, en el supuesto de haber sido la revocación del mandato un acto exclusivo de la Constituyente, en nada se modificaría la competencia dada a la Corte para juzgar a los Congresistas en consideración a la investidura.

3.) Con la interpretación de la mayoría se deja sin efecto el mandato constitucional o quedaría simplemente inoperante un posible fallo de condena proferido por un Juez diferente a la Corte a quien desempeñe el cargo de Congresista, pues no podría ordenar ese Juez su detención, ya que ésta y el juzgamiento solamente corresponden a la Corte.

La consecuencia entonces del fuero personal es muy obvia, para el alto funcionario y el Congresista: del delito que cometan, mientras tengan la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema.

Significa lo anterior, que la expresión 'cesar en el ejercicio del cargo' del parágrafo del artículo 235 C.N., solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas;- lo que explica por lo demás, el fuero funcional que conserva el parágrafo.

Como el cargo investigado aquí es atribuido al Doctor *Ricaurte Losada Valderrama* siendo Congresista y continúa con esa investidura, la Corte es su Juez natural, independientemente de que el hecho tenga o no relación con la función desempeñada.

Dídimo Páez Velandia, Jorge Carreño Luengas.

Fecha, *ut supra*.
(abril 9/92)

REFORMATIO IN PEJUS - Alcance \ PROCESADO - Consecuencia cuando es único recurrente en la sentencia \ MINISTERIO PUBLICO - Recurre con pretensiones de defensa

La Corte fija el alcance interpretativo de las expresiones "agravar la pena impuesta", para significar no sólo el incremento punitivo, sino también la condena de ejecución condicional, la procedencia en casos de fallos condenatorios y absolutorios y la indicación de que el procesado como único recurrente está constituido también por el Ministerio Público, cuando actúa con pretensiones de defensa.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 45. Casación Rdo. No. 5576

Vistos:

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de julio 13 de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a los procesados *José Vicente Cruz Cruz* y *Jorge Elías Ardila Alfonso*: al primero a 13 años de prisión por los delitos de Homicidio y Hurto, y al segundo a 56 meses de prisión por el delito de Hurto, según juzgamiento que se hizo en dos causas acumuladas.

Los hechos y la Actuación Procesal:

Aproximadamente a la una de la madrugada del 17 de febrero de 1987, *José Vicente Cruz Cruz* arribó a la casa de inquilinato donde vivía, ubicada en la carrera 13-A No. 89, barrio San Bernardo de esta capital.

Empezó a golpear, pero como nadie abriera, hizo lo propio en la ventana de unas de las habitaciones que da a la calle, habitada por Silvio de Jesús Mena Marulanda (apodado "El Paisa") su mujer Marlén Peña de Mena, y un hermano de ésta, Oscar Peña González. Al tampoco recibir respuesta, se dio a la tarea de insultar a dicho inquilino y a propinar golpes a la puerta, dando evidentes muestras de embriaguez.

Salió entonces Mena Marulanda, y de inmediato comenzaron a pelear, cuando al poco tiempo apareció un Renault 4, del cual se bajó un individuo (apodado "Caliche") y disparó un revólver contra "El Paisa" Mena Marulanda, a quien su esposa y su cuñado ayudaron a entrar a la casa, siendo entonces cuando se hicieron otros varios disparos.

José Vicente y sus acompañantes emprendieron la huida en el automotor, estableciéndose momentos después que Mena Marulanda recibió un disparo en el abdomen, que le produjo la muerte; y que otro de los proyectiles hizo blanco en el brazo derecho de Peña González, causándole herida cuyas consecuencias no se determinaron.

Por esos hechos el Juzgado 49 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió investigación, escuchó en indagatoria a José Vicente Cruz Cruz (quien para entonces se encontraba a disposición de otro Juzgado sindicado del delito de hurto), practicó otras pruebas, y mediante auto de marzo 9 de 1989 (fls.102 y ss.-2) profirió en su contra resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales, disponiendo, además, la compulsación de copias del caso con respecto a "Caliche".

Por otra parte, el 27 de febrero de 1988 la señora Dione Sánchez Correa conducía su vehículo Renault-18 por la carrera 22 con calle 52 de esta ciudad, acompañada de su amigo Pedro Fernando Rico; al formarse "un trancón", aparecieron tres hombres armados, obligándolos a permitirles la entrada al automóvil, cuyo timón tomó uno de los asaltantes. Hasta las 4 de la madrugada transitaron todos por la ciudad, dejándolos finalmente a los dos en un lote del barrio Santa Matilde, luego de que los despojaran, además del vehículo, de joyas, dinero y documentos.

Formulada la denuncia, la policía recibió "información confidencial", en el sentido de que en un garaje de la carrera 8a. No. 34-A-65 de la ciudad, al parecer se encontraba un vehículo hurtado. Hasta allí se trasladó la patrulla, constatando, efectivamente, que correspondía al Renault-18 de la señora Dione Sánchez Correa, y que ese garaje había sido tomado

en arriendo por Jorge Elías Ardila Alfonso, cuya "compañera temporal", Leonor Avila, manifestó a la policía que en verdad el automotor había sido llevado una madrugada por aquél, en compañía de otro sujeto, que resultó ser José Vicente Cruz Cruz, a quien se le capturó horas después cuando pasaba por frente a ese garaje. En cuanto a Ardila Alfonso, Leonor -colaborándole a la policía- le puso una cita, que fue aprovechada para aprehenderlo. A José Vicente Cruz le fueron encontrados varios recibos de empeño de las joyas de la señora Dione.

El Juzgado 87 de Instrucción Criminal abrió investigación, indagó a los imputados Cruz y Ardila, practicó otras diligencias y calificó el sumario con resolución acusatoria por el delito de Hurto agravado y calificado (fls. 28 y ss.-5), auto que apelado, fue confirmado por el Tribunal mediante el suyo de agosto 8 de 1988 (fls. 58 y ss. 6).

El Juzgado 12 Superior de Santafé de Bogotá acumuló las dos causas (fls.194 y ss.-2), celebró audiencia, y con fecha marzo 6 de 1990 dictó sentencia, por medio de la cual absolvió a Cruz Cruz de los delitos de Homicidio y Lesiones, por estimar, sustancialmente, que "No sabemos con certeza si fue Vicente Cruz quien realmente disparó o si lo hicieron sus compañeros..." (fl.112-3). En torno al hurto, los condenó a ambos a la pena principal de 9 años de prisión a José Vicente y 56 meses de prisión a Ardila Alfonso. A los dos a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y a José Vicente, además, a la suspensión de la patria potestad. Ambos les negó la condena de ejecución condicional (fls. 86 y ss.-3).

Ese fallo fue apelado por José Vicente Cruz, su defensor, y el defensor de Ardila Alfonso; y el Tribunal por medio del suyo que recurrieron los mismos en casación, revocó la absolución y condenó por el homicidio, por estimar que el proceso arroja plena prueba de que José Vicente "determino" o "instigó" a quien o a quienes realmente dispararon. El fallo por las lesiones fue confirmado, pero con el argumento de que las mismas, en su aspecto 'material', 'no están demostradas con certeza', al no establecerse si ocasionaron a la víctima incapacidad y/o secuelas (fl. 117-6).

Confirmó la condena por el delito de hurto; y así, para graduar la pena a José Vicente Cruz partió del mínimo de 10 años (art. 323 C.P.), el que incrementó en 3, para un total de 13 años de prisión, por motivo del concurso con el delito de hurto.

En lo demás, confirmó el fallo (fls. 112 y ss.-6)

Las Demandas:

Demanda a nombre de Jorge Elías Ardila Alfonso:

Cargo Primero:

Violación indirecta "de la ley sustancial, tipificando el delito de hurto calificado y agravado a mi defendido condenándolo como autor responsable del delito ya referido", pues su calidad era la de cómplice.

Dice que se tuvo en cuenta la diligencia de "reconocimiento en fila de presos cuando ya los denunciantes y su testigo, habían visto a mi defendido en las dependencias del F.2 y en el periódico" (fl. 15).

Cargo Segundo:

Le reprocha al Tribunal "haber dado valor de prueba a un acta inexistente, como es la diligencia de reconocimiento en fila de personas", agregando más adelante que "a esta diligencia jamás pudo darle valor probatorio, pues era ineficiente e irreglamentaria".

Cargo Tercero:

Apreciación errónea del testimonio de Lecnor Avila, "amante de mi defendido" por estimar el casacionista que esa testigo "había sido presionada psicológicamente, había sido amenazada por parte de los miembros de la Dijin, a la cual le manifestaron que si no declaraba en contra de su cónyuge, se le vinculaba a la investigación y se le sindicaba como cómplice, un testimonio de esta clase no puede ser tenido en cuenta como prueba". "Puede ser Ardila Alfonso -dice- responsable en calidad de cómplice por no tomar las medidas necesarias para guardar un vehículo y este error lo ha vinculado al proceso y ha sido condenado erróneamente por apreciación por parte del despacho", y añade en seguida:

Es decir, existe en esta demanda que la sentencia ha sido violatoria de la ley sustancial, por infracción directa e indirecta y por indebida interpretación errónea (sic) por parte del funcionario que instruyó el negocio, que lo calificó, y, lo que aún es más grave, por parte del Tribunal ..." (fl. 17).

Luego, bajo el título de "El delito de Hurto calificado" (fls. 17 y ss.), copia los artículos 350 y 351 del Codigo Penal, diciendo que "el presente libelo no trata de demostrar inocencia, pues conscientes debemos ser de

que Jorge Elías Ardila Alfonso, estuvo vinculado por una u otra razón a los hechos" (fl. 19), discute la "dosimetria penal".

Pasa luego a la "Demostración del primer cargo", anotando que el Tribunal "no podía aceptar la pena de 56 meses impuesta a su representado", y, después de relacionar resumidamente los diferentes elementos de juicios que obran en el proceso, dice: "El Tribunal no analiza las pruebas a favor de mi defendido, pues las pocas enumeradas dan como resultado que mi patrocinado sí se vinculó al proceso, pero no en calidad de autor penalmente responsable sino como cómplice por ser el tenedor del vehículo que le fue robado a su victima Dione Sánchez Correa" (fl. 22); insistiendo en que las joyas no le fueron encontradas a aquél sino a José Vicente Cruz, y que el sentenciador "le ha debido dar credibilidad" al dicho de Ardila Alfonso, en cuanto a que "simplemente guardó el carro".

En "La demostración del segundo cargo", manifiesta que el Tribunal se equivocó al no partir del mínimo para sancionar al procesado, "analizando e interpretando erróneamente el articulo 64 del C. P", y precisa que "existe aplicación indebida o interpretación errónea por parte del Tribunal, cuando manifiesta que no puede partir del mínimo, puesto que las circunstancias que rodearon el hecho están previstas en los artículos 66 y 67 del Código Penal" (fl. 27).

Copia enteramente esas disposiciones, y dice que el sentenciador "Aumentó 20 meses por las causales de agravación sin exponer ninguna razón jurídica, que ilustre por qué llegó a esa cantidad, ni cuánto corresponde a cada una de las tres causales imputadas" advirtiendo más adelante (fl. 29) que "aceptando en gracia de discusión que mi defendido es autor material del hecho por el cual se le condenó injustamente", se le ha debido de todos modos imponer "la pena mínima".

Despues, en "La demostración del tercer cargo" (fl. 31), vuelve a discutir "los criterios de los límites señalados por la ley al aplicar la pena", afirmando, sin más, que "no se analizaron las pruebas dentro del proceso, no existió, no se aplicó esa norma de que nos habla el C. de P.P. el bien y mal llamado indubio pro reo..." (fl. 32 *supra*).

En "Las conclusiones", dice que la Corte "debe modificar" la sentencia "diciendo que Jorge Elías Ardila Alfonso es cómplice"; y, en su defecto, "debe rebajársele la pena impuesta y, en tercer lugar, "debe aplicársele la pena mínima, o sea la de 36 meses..." (fl. 34).

Demanda a nombre de José Vicente Cruz Cruz:

Con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, se acusa el fallo de violar de forma indirecta el artículo 323 del Código Penal, por aplicación indebida, derivada de "errores de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso" (fl. 43).

También tilda de violados los artículos 247 del Código de Procedimiento Penal, 23 y 21 del Código Penal.

Primer Cargo:

Apreciación errónea del testimonio de la señora Marlén Peña de Mena; error que comprende dos aspectos:

a) "Se tergiversó el contenido fáctico de la expresión que la testigo le atribuye al procesado Cruz Cruz- sobre una presunta 'instigación' a los autores materiales del hecho. Desfiguración del contenido fáctico constitutivo de un 'falso juicio de identidad'".

Argumenta que a folio 8 de la sentencia del Tribunal se dice que, cuando el procesado peleaba con la víctima, *gritaba* a sus acompañantes "que mataran a ese 'paisa' pues para eso les pagaba", cuando lo que realmente aparece diciendo la testigo Marlén Peña es que "El señor Vicente le dijo que mataran a esos paisas h.p.s. que para eso él pagaba para que le abrieran", queriendo significar con esto que el procesado pagaba el arriendo "para que le abrieran", y no como entendió y dedujo el Tribunal, "como si la paga a que se refería Cruz Cruz fuese respecto de sus acompañantes para que mataran al paisa" (fl. 50).

"Fue con fundamento en este evidente error que se concluyó la responsabilidad de José Vicente Cruz como 'instigador' en el delito de homicidio", dice la casacionista, quien agrega: "Se presenta de manera palmaria el contraste entre la versión transcrita de la testigo y el alcance que el Tribunal le confiere al fallo".

b) Se le dió credibilidad a la mencionada testigo "sobre los cargos de reponsabilidad que hizo contra José Vicente Cruz, cuando dicho testimonio no era creíble por ser contradictorio, inverosímil, incoherente y mentiroso y proveniente de quien tenía un interés moral en el proceso (esposa del occiso)" (fl. 51).

Estima que no se le puede creer a la testigo cuando afirmó que el procesado decía a sus acompañantes que "maten a ese paisa", ya que no sólo la testigo se contradice en las dos versiones que dio en el proceso (aunque el sentenciador no haya tomado sino la primera), sino que es la única prueba en ese sentido. Punto por punto la actora pretende contrastar esas contradicciones, para luego concluir que " No puede entenderse este extremo de la impugnación como una forma diferente de apreciación entre el sentenciador y la recurrente, puesto que es evidente que si la sentencia acogió este testimonio como base de la condena, está afirmando unos presupuestos de credibilidad de la testigo, que riñen con la apreciación fáctica del contenido del testimonio globalmente considerado" (fl. 58).

Segundo Cargo:

Error de hecho por apreciación errónea del testimonio de Miguel Angel Cuzmán Barahona", aduciendo la demandante que de este testimonio se deduce "lógicamente" que víctima y procesado se enfrentaron; que fue otro hombre el que disparó primero "no directamente", mas sí otro que llegó posteriormente ("el de chaqueta roja"); que el testigo no hace cargo alguno contra el acusado, "que pudiera adecuarse a una condición de 'instigador'; que tampoco se atribuye a José Vicente " ninguna expresión que pudiera calificarse de 'instigadora', como tampoco ninguna actitud que pudiera calificarse como aporte causal al delito de homicidio" (fl. 61).

Por el contrario -estima la actora , el Tribunal dedujo erróneamente que ese testimonio lo colocaba como 'instigador' además de no ser cierto que el testigo "haya escuchado cuatro disparos efectuados por los ocupantes del Rénault-4 rojo" -como dijo el fallador-, pues lo que él aparece declarando es que "vio la secuencia de los disparos y quienes realizaron los mismos, sin que señale al sentenciado Cruz Cruz como autor de ellos", precisa la casacionista.

La "tergiversación del contenido y el sentido del anterior testimonio es palmaria, por cuanto que de la versión transcrita no podía deducirse responsabilidad del procesado, a ningún título por el delito de homicidio".

Tercer Cargo:

Error de hecho por la apreciación errónea de la circunstancia de que el sentenciado fue quien inició el problema por su comportamiento gro-

sero al requerir en forma altanera al interfecto y a su esposa le abrieran la puerta. De tal circunstancia infiere el Tribunal erróneamente que fue Vicente Cruz quien provocó al interfecto y finalmente quien determinó a sus amigos a disparar a Mena y así lo consiguió..." (fl. 63).

Dice que "ubicamos impugnación en la forma errónea en que se dieron por probados hechos considerados como *indicantes* y que sirvieron de soporte a la inferencia indicaria" (fl. 64), y agrega que en momento alguno el acusado ha negado el incidente en cuestión ni lo ha tratado de ocultar, como para inferir una circunstancia en su contra, menos la de determinador del hecho. "El error de hecho -dice- radica en que se distorsionó esta circunstancia para darle la connotación de indicante, lo que conllevaría a la peligrosa conclusión de que cualquier incidente previo con la víctima señalaría a su oponente como responsable de un ilícito, así aparezca interrumpido el nexo causal entre ese incidente previo y el resultado ilícito imputado" (fl. 66).

Cargo Cuarto:

"Error de hecho por errónea apreciación de la circunstancia de que José Vicente Cruz se alejara del lugar de los acontecimientos en el mismo carro Renault-4 rojo en que llegaron los autores materiales del homicidio, circunstancia a partir de la cual se infiere un indicante de amistad entre el acusado y los ocupantes del Renault rojo en que se desplazaban los agresores. Y de esta amistad infiere el fallador un indicio de 'determinación' de Cruz Cruz respecto del delito de homicidio" (fol. 68), para seguidamente considerar que las reglas de la experiencia no permiten afirmar que existe "amistad" por el simple hecho de haberse subido el acusado al carro en referencia.

La sola amistad no puede ser "indicante" de la determinación: "La instigación -replica la actora- está conformada por un componente psíquico doble: de una parte el instigador debe tener un dolo de consumación del hecho punible al cual incita, y de otra parte quiere que esa consumación se produzca por obra de otra persona a la que pretende y puede arrastrar al delito, sin suprimirle su libertad de actuar y su conocimiento. Participa la instigación también de un componente objetivo consistente en el medio utilizado por el 'instigador' para persuadir al instigado que bien puede ser el halago, las promesas, las dádivas, las alabanzas, las adulaciones, los argumentos seductores, las propuestas tentadoras, las mentiras ejemplificativas, la orden, la superstición, etc. . Ninguno de esos

medios eficaces para 'instigar' se encuentra insito en una relación de amistad, cuya forma, origen, intensidad, no obran en el expediente" (fl. 70).

Pide, así, que se case parcialmente el fallo, profiriéndose por el homicidio "la respectiva decisión sustitutiva que deberá ser absolutoria" (fl. 72).

Concepto de la Delegada y Consideraciones de la Corte:

Demanda a nombre de Jorge Elías Ardila Alfonso:

1o. Dice en primer lugar el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que en la demanda, si bien se invoca la violación indirecta de la ley, no se menciona si se trata de yerros de hecho o de derecho, sin que se sepa qué pretende el actor al convertir la diligencia de reconocimiento en fila de personas y el testimonio de Leonor Avila, mujer del procesado.

Anota que el demandante se contradice, cuando, por un lado, critica el valor dado a la dicha diligencia y, por el otro, afirma que la misma es inexistente.

"Es de anotar -dice la Delegada- que aún sin tener en cuenta esos yerros, la censura no prospera, por cuanto que para imponerse una sanción mínima por un delito, es necesario que exclusivamente obren circunstancias de atenuación punitiva en favor del procesado (art. 67 C.P.), lo que no ocurre en el presente caso".

Respecto del reproche a la declaración de Leonor Avila señala que "entremezcla varios aspectos que resultan excluyentes entre sí, como son la ilegal aducción de la prueba con la errónea valoración de la misma, para terminar por invocar la aplicación del principio del indubio pro reo".

Finalmente hace ver la contradicción en aducir al mismo tiempo las violaciones directa e indirecta de la ley.

" En consecuencia -concluye-, deben ser rechazados los cargos formulados en esta demanda".

2o. En verdad, el libelo que se examina, desde ningún punto de vista puede ser estimado como contentivo de una demanda de casación: ni siquiera en el ámbito de la instancia se entiende un escrito de esas características.

Véase cómo desde el encabezamiento de "los cargos" se dice acudir a la causal primera cuerpo *primero*, es decir a la violación *directa* de la ley; más en seguida, al "concretar los reproches" habla en primer término de la violación *indirecta*, sin que por parte alguna enuncie al menos la clase de error en que incurrió el sentenciador, limitándose a lanzar meros 'asertos' en contravía de las consideraciones y conclusiones que en el fallo reposan en relación con la responsabilidad del procesado por el delito de hurto.

Pero es más: de la lectura del libelo a veces se colige que se pretende afirmar la responsabilidad del procesado pero como cómplice del delito (no como autor, según lo estimó el Tribunal); y a veces se tiene la impresión de que lo que se alega es la *inocencia*, pues explícitamente alude el actor al principio del indubio pro reo.

Esa *ambigüedad* que recorre la demanda, es de suyo suficiente para que un estudio a fondo de la misma devenga imposible, máxime que de la manera más desordenada e incoherente propone varios "cargos", los entremezcla y los "repite", incluso algunos parcialmente. De ahí que de "la complicidad" pase sin solución de continuidad a una "controversia" (muy personal, sin base objetiva en la realidad procesal) sobre "la pena en sí", pero admitiendo (parece, pues ya se dijo que por trecho alguno de ese escrito es posible transitar con firmeza) que el proceso sí ostenta la calidad de autor del hurto.

Otra muestra palpable del total desconocimiento que revela el casacionista en el manejo de esta impugnación extraordinaria, es que en algunos párrafos del libelo se queja de que el Tribunal "no haya analizado las pruebas en favor de mi defendido"; lo que (debe saberlo quien se aventure en la casación) entrañaría un error de hecho por falso juicio de existencia referente a determinadas pruebas que obran en el expediente.

Y no oculta el actor esa deficiencia ya que, sin recato alguno, sostiene que "la sentencia ha sido violatoria de la ley sustancial, por infracción directa e indirecta y por indebida interpretación errónea" (fl. 17); desoyendo que esas dos clases de violaciones se excluyen entre sí cuando se pretenden hacer recaer sobre el mismo objeto.

Sigue faltando al debido manejo del recurso, al afirmar (sin sustentación alguna, por lo demás) que "se le ha debido dar credibilidad" a determinadas pruebas, olvidando que un ataque de esa índole (encajable dentro del yerro de derecho por falso juicio de convicción, que, repítese

por ninguna parte menciona el actor) no procede debido a que en la evaluación de las pruebas ya dejó de existir el sistema de prueba tasada o con tarifa legal.

Salta a la vista, así, que esa impugnación no prospera.

Demanda a nombre de José Vicente Cruz Cruz:

1o. Refiriéndose al primer cargo, la Delagada señala que "tiene absoluta razón". "En efecto -anota-, se plantea que el Tribunal Superior dio por probada una 'instigación' o una 'determinación' del homicio, cuando en verdad el testimonio que sirvió de base para tal conclusión no dice lo que se concluyó por el Tribunal" (fl. 86).

Seguidamente la Delegada toma los apartes pertinentes de la prueba y de la consideración del Tribunal, para concluir que "es ostensible el recorte de la frase expresada por el testigo, y la frase que toma el Juez *ad-quem* en la sentencia, quitándole la parte final que dice *'Que para eso eso el pagaba para que le abrieran'*, variándola por la usada en la sentencia *'Que mataran a ese paisa que para eso les pagaban'*. La expresión 'para eso el pagaba' (que aparece en la declaración) fue variada por 'pues para eso les pagaba', y al quitarle la oración final 'para que le abrieran', que indicaba a las claras que se refiere al pago del arrendamiento que le daba derecho a que le fuera abierta la puerta, y no al pago de las personas que dispararon y para ese específico propósito con lo cual se distorsiona completamente el sentido de la expresión del testigo. Mírese que en el primer caso -el testimonio *real sí* hay la expresión de que maten a esos paisas, se alega derecho a que le habran la puerta del inquilinato- porque paga el arrendamiento, mientras que en la segunda quedó entendida como que maten a esos paisas pues para eso les pago, es decir que pagaba para que mataran o al menos para que cumplieran sus órdenes"; y agrega: "Esa distorsión fue determinante, como que es la única prueba que permite afirmar, una inducción o instigación del homicidio por parte de Cruz, pues ninguno de los otros testigos refiere una expresión semejante ni de modo directo o indirecto, visto que se limita a relatar los hechos de modo objetivo sin dar dato como el comentado. Es evidente que de ella, fundamentalmente, infirió el sentenciador la instigación (o determinación en nuestra legislación positiva)... Examinado el fallo en referencia, es claro que la deducción de instigación no pudo haber sido tomada sino de la frase truncada que transcribió del testimonio de la esposa de la víctima, señora Marlén Peña de Mena (fls. 87-88).

Hace ver luego cómo ni del "incidente de la riña" que promovió el procesado en estado de ebriedad, ni el hecho de que pasados los hechos se fuera en el mismo vehículo de donde se bajó -seguramente- "Caliche" para disparar, puede deducirse la determinación; además de que "sería torpe" deducir esa 'determinación' de la presunta "amistad" entre el procesado y la o las personas del automotor, a quienes según el fallo 'instigó'.

Observa que, aún si fuese cierta la frase 'maten a esos paisas", que aparece en el referido testimonio, "ella por sí misma puede permitir la imputación de determinación o instigación del homicidio (inductor dicen otros) pues para ésta se requiere que la *'influencia psicológica'*, tenga la suficiente fuerza en el ánimus del autor material que le lleve a formarse la intención criminal y a realizarla. De modo que no es cualquier clase de excitación o deseo exteriorizados lo que permite afirmar la inducción del delito (determinación para nuestra ley), sino sólo aquella actividad que persuada al persuadido para realizar el hecho, es decir la voluntad del determinador debe prevalecer sobre la del determinado de modo tal que lo obligue a decidir el delito y realizarlo. Por ello debe de haber algún tipo de relación personal entre los dos, que establezca una jerarquía de voluntad obligante y vinculante respecto de la persona del determinado..." (fol. 89).

Recalca que "es tan protuberante el yerro al recortar la frase del (sic) testigo, que se comenta y que refiere la demanda, que la misma sentencia hace razonamientos sobre la determinaeción", como que por 'subirse' al vehículo, salta a la vista que "era conocido" de los otros individuos y "determinador" de éstos.

"Es por esto -concluye- que la Delegada, respetuosamente solicitará a la Sala que se case parcialmente la sentencia, y en su lugar se absuelva al procesado José Vicente Cruz por el delito de homicidio por el que fuera condenado, pues se distorsionó la prueba que permitió fundar la imputación de determinación al condenado".

2o. Observa la Corte que la pretensión única de la casacionista es la absolución de su poderdante por el delito de homicidio, tal como lo había determinado el Juzgado de primera instancia. Para ello impugna el fallo del Tribunal solamente respecto de este delito con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, por violar indirectamente el artículo 323 del C.P. por aplicación indebida, derivada de errores de hecho en la apreciación de las pruebas obrantes en el proceso.

No obstante haber sido adecuadamente seleccionados tanto la causal como el motivo de la impugnación, la Corte en desarrollo del principio de prioridad derivado de la necesidad de dar cumplimiento a un mandato constitucional de aplicación inmediata, no entra a estudiar los cargos propuestos en consideración a que lo que con ellos se pretende coincide plenamente con el precepto superior contenido en el artículo 31 de la Carta que prohibe al Juez de segunda instancia agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único, como ocurrió en el presente caso; donde solamente impugnó el fallo de primera instancia la parte procesada.

La doctrina reiterada de la Corte sostiene que aun de oficio, con ocasión del recurso de casacion, es deber de la Corporación ajustar el fallo al mandato imperativo de la Ley fundamental respecto de las sentencias emitidas con quebrantamiento del principio de no agravación punitiva cuando aún no había entrado en vigencia la Constitución que lo consagra imperativamente y con eficacia inmediata.

Dentro de este orden de ideas, cabe destacar si cómo la Corte ha fijado el alcance interpretativo de las expresiones 'agravar la pena impuesta' que trae el artículo 31 C.N. para significar con ello no sólo el incremento punitivo objetivamente realizado por el superior cuando la parte procesada sea la única recurrente, entendiendo por ésta no solamente el vinculado sino además su defensor y aún el Ministerio Público cuando actúa con pretensiones de defensa en el proceso, sino que procede igualmente respecto del subrogado de la condena de ejecución condicional, pues revocarlo en esas condiciones es una de las varias formas de hacer más gravosa la pena, así no tenga incremento alguno.

Indudablemente que lo prohibido en forma expresa por el precepto en referencia es 'agravar la pena impuesta' y no solamente incrementarlo. Dicho con otras palabras, el incremento punitivo es tan sólo una de las posibles formas de agravación de la pena, como lo es igualmente la revocación del subrogado, ya que ello implica la reclusión en un establecimiento carcelario lo que necesariamente es más grave para los intereses del procesado.

Es que la filosofía que inspira el precepto constitucional en referencia radica esencialmente en que quien apela a una instancia superior es con la finalidad exclusiva de mejorar su situación dentro del marco estricto de sus particulares intereses, garantizándose por el superior el principio de la sujeción a la ley con la confirmación del fallo si no existe causal

alguna que lo invalide. He ahí la importancia de la intervención real y oportuna de los demás sujetos procesales y muy particularmente de quien representa los intereses de la sociedad, pues sólo en esas condiciones el superior adquiere plena competencia para examinar el fallo con todas sus consecuencias y en su, integridad.

Con la óptica anterior, forzoso resulta reconocer que el principio de no agravación punitiva cobija también la hipótesis del fallo que contiene decisiones condenatorias y absolutorias respecto de un mismo procesado, pues elemental resulta que en ese evento la impugnación del fallo por el condenado o su defensor es solamente en relación con la decisión de condena, pues ese es el marco estricto de su particular interés. Absurdo sería, desde luego, plantear la impugnación integral del fallo ya que ningún procesado o defensor apelaría una sentencia absolutoria por carencia total de interés.

Evidentemente que el artículo 538 del C. de P.P. que disponía la competencia del superior sin limitación alguna a través del recurso de apelación, ha sufrido modificación sustancial con el artículo 31 de la Constitución que como norma superior tiene poder modificatorio de la ley. La norma procesal referida tiene vigencia plena respecto de la apelación de cualquiera decisión judicial diferente de la sentencia y aún con relación a ésta, cuando la impugna la representación de la parte civil o la de la sociedad.

Por manera que revocar una decisión absolutoria con ocasión de la apelación única del procesado de la sentencia condenatoria, en un fallo único, es gravar mayormente la pena impuesta sin competencia para ello, debiéndose casar para dar vigencia al mandato fundamental del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Como en el caso presente eso fue lo ocurrido respecto del procesado José Vicente Cruz, habrá de ajustarse el fallo al precepto superior referido, dejando vigente la sentencia de primera instancia en su integridad, esto es, condenado a la pena de nueve (9) años de prisión por el delito de Hurto (que no fue objeto de impugnación en casación ni de agravación alguna en la segunda instancia), y absuelto por el delito de Homicidio.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia impugnada, para *absolver* al procesado *José Vicente Cruz Cruz* del delito de Homicidio por el cual se le acusó. En consecuencia, dicho procesado queda condenado a los nueve (9) años de prisión que le impuso el Juzgado por el delito de Hurto.

En lo restante, la sentencia impugnada no sufre ninguna modificación, pues no se casa respecto del procesado *Jorge Elías Ardila Alfonso.*

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, (No firmó); *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrillo, Secretario.

PREVARICATO - Su naturaleza

Para establecer si existió el delito de Prevaricato, no es necesario fijar si la determinación o el procedimiento están o no conforme a derecho.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diez de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta No. 44 (8 abr./'92). Radicación No. 6764

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 9 de julio de 1991, resolvió la situación jurídica de la procesada *Gladys Evelin Mendieta Monroy*, a quien se le atribuye la comisión de un delito de *'Prevaricato'*, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra. Inconforme con la determinación, el apoderado de la parte civil la recurrió en reposición y, subsidiariamente, en apelación. Negado el primero de los recursos, se concedió el segundo por auto de agosto 14 de 1991. Y, en sede de la Corte, obtenido el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y fijado en lista el asunto por el término de ley, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

Antecedentes:

1.- El 23 de mayo de 1986, Pedro Antonio Ramírez Espinoza instauró querella de policía por amparo posesorio (la No. 045), contra María Cristina González ante la Inspección 17 A de Policía Obras y Ornato, alegando que desde el año 1968, conjuntamente con la querellada, venía ejerciendo posesión material sobre el inmueble ubicado en la carrera 2a. # 17-67/65 de este Distrito Capital, y que la misma se le perturbaba arbitra-

riamente. Fue así como por Resolución No. 016 del 20 de octubre del mismo año, se le brindó el amparo solicitado, ordenándose a la señora González que le permitiera la entrada a Ramírez, "para que ocupe la habitación y le haga entrega de copias -SIC- de las llaves de la entrada principal del inmueble, a fin de que cesen los actos perturbatorios, para lo cual se concede un plazo de 5 días, contados a partir de la notificación de la presente providencia". Se dispuso también que, el incumplimiento de lo ordenado, comportaría la sanción a que alude el Dcto. 522/71. Esta determinación, obviamente, quedó ejecutoriada al no interponerse contra ella recurso alguno.

Pero, para diciembre 5/86, la misma Inspección verificó que no se había dado cumplimiento a lo por ella ordenado en la citada resolución y como insistiera sobre el punto en forma verbal sólo encontró una respuesta altanera a su petición y de ahí que dispusiera la remisión de las diligencias al Juzgado Penal -reparto-, para que se diera cumplimiento al art. 18 del Dcto. 522/71. Cuando se desarrolló esta diligencia, el querellante dejó constancia de que la querellada y su hijo Gabriel García González habían sacado sus pertenencias de la única pieza que él habitaba y las habían trasladado a otra, como así lo podía comprobar la inspectora.

Sólo hasta febrero 22/89 vino a recuperar la posesión Pedro Antonio Ramírez Espinoza; pero, para el 26 del mismo mes y año María Cristina González, a su turno, instauró y ante la misma Inspección, también querella de amparo posesorio contra Ramírez Espinoza, afirmando que ella era la poseedora del inmueble de la carrera 2a. #17-65/67 al que no pudo acceder 15 días atrás ya que su querellado le había cambiado las guardas a la cerradura de la puerta de entrada. Y que también se le perturbaba su posesión con el hecho de que otras personas como Roberto Cardona, su esposa e hijas habitaban sin su autorización el inmueble. Entonces, la Inspección 17 A en determinación de agosto 11/90, tras señalar que las decisiones de policía no hacen tránsito a cosa juzgada, resolvió amparar a querellante y querellado, 'por iguales partes', y de tal forma que ambos tengan libre acceso a la vivienda construida en el predio en cuestión. La providencia fue notificada a María Cristina González y, en representación de su señor padre por encontrarse éste privado de su libertad, a Martha Rocío Ramírez González. Después, al considerarse que su hija no podía ser su representante legal, la notificación se hizo al apoderado de Pedro Antonio Ramírez, doctor Alberto Ramírez Cabrera, quien interpuso recurso de apelación, el que fue concedido ante 'el superior inmediato' (resolución No. 027 de febrero 20/91).

2.- Gabriel García González, obrando en condición de arrendador y Eduardo Avila Rodríguez como arrendatario, suscribieron contrato de arrendamiento -marzo 15/89- sobre el inmueble ubicado en la carrera 2a. No. 17-67 de esta ciudad, con un canon de $20.000.oo mensuales, pagaderos los 5 primeros días de cada mes y con una duración de 12 meses. El arrendatario pagó anticipadamente los cánones comprendidos de marzo 15 a mayo 15/90 a efectos de que se realizaran algunas relacciones en el bien objeto del contrato. Pero el arrendador ni entregó el bien, ni realizó las reparaciones convenidas. Y, cuando en clara demostración de querer seguir adelante con la transacción, el arrendatario quiso cancelarle el canon siguiente -de mayo 15 a junio 15-, el arrendador rehusó recibirlo. Se consignó entonces el correspondiente valor en el Banco Popular, notificándosele el hecho por correo certificado. Y, el 22 de mayo de 1989, Eduardo Avila Rodríguez, presenta la respectiva demanda de menor cuantía y de trámite abreviado contra su arrendador Gabriel García González, para que se declare que está obligado a cumplir con el contrato de arrendamiento, dada su mentada condición y, como consecuencia, se ordene la entrega material del inmueble, condenándosele en costas.

Admitida la demanda y corrido el respectivo traslado al demandado, éste no la contestó, ni solicitó, en su momento, práctica de pruebas y el Juzgado hubo de limitarse entonces a tener como tales las aportadas por el demandante con el libelo. Y, vencido el término para la práctica de pruebas, se concedió a las partes el término común de 5 días para alegar de conclusión -art.419 C.P.C.- siendo el actor el único que hizo uso de tal derecho. El 7 de septiembre de 1989, se citó para sentencia, la que fue proferida en febrero 12/90, accediéndose a las pretensiones de la demanda.

La entrega cabal del inmueble no pudo realizarse sino previo desalojo por la fuerza pública de sus moradores, ya que voluntariamente no se allanaron a desocuparlo.

3.- Para el abogado Alberto Ramírez Cabrera, quien, en otra ocasión, había apoderado a Pedro Antonio Ramírez Espinoza, la señalada actuación de la Juez *Gludys E. Mendieta Monroy* es constitutiva de delito de '*Prevaricato*', porque tanto la orden de entrega del inmueble como la comisión para la práctica de la respectiva diligencia, lo fueron dentro de un proceso que jurídicamente no existe, pues se había tenido 'como prueba un contrato de arrendamiento y una consignación'. Señala también el denunciante que "ejerzo la administración de la porción del inmueble correspondiente al mismo (Pedro Antonio Ramírez Espinoza, quien se encuentra preso), por cuanto la otra mitad según contrato me pertenece".

Que, "en base a -SIC- un contrato de arrendamiento no era posible entablar proceso ordinario de entrega" y, por tanto, el actor debió instaurar una acción ejecutiva por obligación de dar o hacer, y de ahí que para el juzgador lo indicado era 'inhibirse de dictar sentencia', pues se trataba de una 'acción que no le correspondía'. "...Noté últimamente -se está cumpliendo la diligencia de ampliación de denuncia- que los linderos del famoso contrato... no son los linderos reales del inmueble...". Que el actor, en presencia de testigos (cita varios nombres) "nos manifestó que él había pagado mucha plata a los funcionarios para lograr el propósito y que esa casa ya era de él, que para eso me habían ganado el pleito".

Que la entrega del bien no podía hacerse por medio de juez comisionado, sino directamente (art. 337 C. de P.C.); el arrendador no era poseedor material del inmueble y ni siquiera tenedor del mismo, y de ahí, se insiste, en lo falso del título base de la acción civil adelantada ante el Juzgado 33 Civil Municipal.

Actuación Procesal:

El 22 de abril de 1991 se dictó el auto cabeza de proceso, comisionándose para el perfeccionamiento de la investigación al Juzgado 14 Penal del Circuito. Se recepcionaron entonces varios testimonios y, el 27 de mayo, se practicó la indagatoria de la doctora *Mendieta Monroy*, quien es enfática en señalar que no hizo cosa distinta a aplicar la ley, según su leal saber y entender; que ni siquiera conocía a las partes enfrentadas. Que se limitó a dar cumplimiento a los artículos 84, 396 y 397 del C.P.C.. Que el proceso era de menor cuantía y que ésta se determina de conformidad con el art. 20-7 del C.P.C., o sea, en los procesos de tenencia por arrendamiento, por el valor de la renta durante el término inicialmente pactado. Siempre se respetó el derecho de defensa y los reparos formulados por el denunciante sólo tuvieron ocurrencia un año después de dictada la sentencia. Que la vía procesal escogida por el demandante fue la correcta y no así la insinuada por el denunciante (ejecutivo por obligación de dar o hacer). Que sí podía comisionar a términos del artículo 31 del C. P. C.

Por auto de junio 9/91, se resolvió, como quedó visto, la situación jurídica de la doctora *Gladys E. Mendieta Monroy*, absteniéndose el Tribunal de proferir en su contra medida de aseguramiento, determinación esta que, negado como fue el recurso de reposición, revisa ahora la Corte por la vía de la apelación. Conviene señalar que el fondo de la determinación impugnada está en que, al no estar acreditado el factor culpabilidad en orden a una medida de tal guisa, mal podía la misma proceder.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

1.- Conviene transcribir, en orden a los apuntamientos que vendrán a continuación, los siguientes artículos del Código de Procedimiento Civil, así:

"*Art. 84. Presentación de la demanda.* Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se consideraría presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino.

"A la demanda deberá acompañarse su copia en papel competente para el archivo del juzgado, y tantas copias de ella y sus anexos, en papel común, cuantas sean las personas a quienes deba correrse traslado. El secretario verificará la exactitud de las copias y si no estuvieren conformes con el original, las devolverá para que se corrijan".

"*Art. 396.- Asuntos sometidos a su trámite.* Se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial".

"*Art. 397.- Distintos trámites.* Cuando el asunto sea de mayor cuantía o no verse sobre derechos patrimoniales, se sujetará al procedimiento señalado en el presente título.

"*Los asuntos de menor cuantía se decidirán por el trámite consagrado en el título XXII, y los de mínima por el señalado en el título XXIII*".

"*Art. 20-7.- Determinación de la cuantía.* La cuantía se determinará así: ...7.- En los procesos de tenencia por arrendamiento, por el valor de la renta (C.C. 1973) *durante el término inicialmente señalado en el contrato...*".

2.- Para la *Delegada* se satisfizo el art. 84 del C.P.C. y el asunto es indudablemente contencioso, pues lo que Avila Rodríguez pretende con su demanda es que se declare judicialmente que García González, en su condición de arrendador, está obligado a cumplirle el contrato de arrendamiento de marras y que, en consecuencia, habrá de declararse la entrega del inmueble. Y, si se revisa la legislación pertinente, se hace preciso reconocer que la pretensión del actor no se encuentra taxativamente pre-

vista como susceptible del trámite del *Proceso Abreviado*, del *verbal* o de los llamados *especiales* y, entonces, ha de concluirse que el asunto corresponde al proceso abreviado. Y la casuística que plantea el accionante está referida indudablemente a un *Proceso de Tenencia*, pues se trata de un contrato de arrendamiento, en el cual, como es sabido, la entrega de la cosa no implica tradición o dominio, sino meramente su uso y goce, y lo que el actor aquí pretende es "hacerse entregar por la jurisdicción, en sustitución del arrendador, el inmueble que tomó en arriendo y cuya entrega a aquel título fue incumplida por el demandado". Así, pues, si la duración del contrato se estipuló en 12 meses y la renta en $20.000.oo mensuales no cabe duda de que se trata de una pretensión de *menor cuantía*. Hasta aquí es claro, concluye el Ministerio Público, que la actuación procesal "está conforme a derecho".

Que la entrega del bien arrendado arrendatario es una obligación principal a cargo del arrendador, es claro. Ahora, "El carácter bilateral del contrato de arrendamiento coloca a la parte cumplida frente a la que está en mora de atender su obligación, en la posibilidad jurídica de demandar la resolución o *el incumplimiento del contrato*, en ambos casos con *indemnización de perjuicios* (Art. 1546 C.C.). En este caso el arrendatario puede escoger una u otra acción. Es de su talante decidirse por alguna de ellas. Así lo tiene dicho la Sala de Casación Civil: '...en un contrato bilateral la parte que se halla en mora de cumplir lo de su cargo tiene sobre sí la opción de la otra parte para *insistir* en el contrato o *desistir*, esto es, para exigir su cumplimiento o demandar su resolución" (Cas., 27 septiembre 1945, LIX, 438).

"En la casuística, el arrendatario cumplido *prefirió insistir en el contrato* y como consecuencia de ella *pidió que le fuera entregado forzosamente el bien arrendado*. A esto accedió la Juez 33 Civil Municipal, doctora *Gladys E. Mendieta Monroy*, luego de haber observado a plenitud las formas propias del juicio, es decir, después del traslado de la demanda al accionado, sin que éste la contestara, bien enervando la acción, ora la pretensión. En una palabra, no ejerció el derecho de contradicción ni el de defensa, pues ni propuso excepciones previas ni de mérito. Tampoco solicitó la práctica de pruebas en el período correspondiente. Y ante esta situación la Juez denunciada ordenó tener como elementos de juicio los documentos anexos a la demanda, esto es el documento contentivo del contrato de arrendamiento que, como es apenas obvio, no fue tachado de falsedad, y los Títulos de consignación del valor del arrendamiento mensual en el Banco Popular, con los cuales acreditaba el pago y evidenciaba la relación con-

tractual de la parte demandante con la demandada. Asimismo el Juzgado a cargo de la acusada concedió el término legal para alegar de conclusión oportunidad en la que únicamente el actor insistió en sus pretensiones. Y a pesar de que no existe en el proceso abreviado el auto de citación para sentencia, este acto procesal se dio, abundándose en garantías procesales para el accionado.

"En el demandado residía la posibilidad de oponerse a las pretensiones del actor, pues fue notificado previamente de la demanda y de ella se le corrió traslado, junto con los respectivos anexos. Sin embargo, permaneció impertérrito. Esta actitud o falta de contestación a la demanda o pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella trae su consecuencia: El Juez la apreciará 'como indicio en contra del demandado' (Art. 95 C.P.C).

"Agotado el proceso ordinario de menor cuantía así propuesto, con trámite del proceso abreviado, lo único que cabía esperarse frente a lo pedido por el demandante, en relación con la actitud pasiva e indiferente del accionado, era una sentencia favorable a sus pretensiones, pues éstas habían sido canalizadas por el procedimiento legalmente previsto y se hallaban contempladas por el derecho sustancial.

"Por consiguiente, la actividad jurisdiccional cumplida por la funcionaria denunciada en todas las etapas del proceso y la aceptación de este mismo, como vía para hacer efectivo el derecho sustantivo reclamado por el actor, fue respetuosa tanto del derecho procesal como del derecho objetivo y, además, conforme a la lógica, a la razón y al sentido común".

2.- Como es bien sabido, para que la Corte cumpla a cabalidad aquello a que está obligada en eventos como el presente no requiere de señalar si la determinación o el procedimiento que se dice delictivo era el que consultaba el mejor derecho o la más pura doctrina, o si está o no definitivamente conforme a derecho, sino -ni más ni menos- el verificar si se presenta o no vulneración manifiesta de la ley. Y, en gracia de brevedad, basta lo apuntado por la Delegada, para que refluya que éste no es un caso en el que sea dable predicar contrariedad ostensible con lo mandado por el legislador. El juzgador no inventó probanza alguna en orden a sacar adelante la tesis que finalmente salió triunfante en la sentencia, y, es claro, que se atuvo exclusivamente a lo que apareció demostrado en el proceso y, de otra parte, no fue menester que se valiera de acrobacias jurídicas o cosa que se le parezca para encontrar que, en las circunstan-

cias como se presentó el proceso, bien podía disponer la entrega del bien arrendado al arrendatario. Otra cuestión es, desde luego, que si por comprobaciones que no obraron en el expediente del que conoció la juez acusada, se establece que quien obró como arrendador no tenía ningún título para asumir tal condición, estén abiertas las vías legales para proceder en su contra. Pero es patente que en tales hechos nada tiene que ver la doctora *Gladys E. Mendieta Monroy*

No se debe olvidar que todos los reparos que se formulan a la juez por el trámite del mentado proceso civil, tuvieron oportunidad de ser presentados allí mismo y, si ello no se hizo, no es esta circunstancia que pueda imputarse a la funcionaria y menos que de allí pueda derivarse responsabilidad penal en su contra pues ella obró, sobre lo conocido, en derecho, según su leal saber y entender y a fe que de lo decidido y actuado –se recalca- resulta imposible pregonar contrariedad evidente con la ley.

3.- Se ha sostenido también que la juez delinquió al haber comisionado a un funcionario de policía para la práctica de la diligencia de entrega del bien arrendado al arrendatario. Es un cargo intrascendente, pues el funcionario obró con estribo en los artículos 31 y 32 del C.P.C. que, en lo pertinente, mandan: "Art. 31.- *Reglas generales*. La comisión sólo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que se autorizan en el artículo 181 y para la de otras diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y *entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester*".

"Art. 32. *Competencia*. La Corte podrá comisionar a las demás autoridades judiciales; los tribunales superiores y los jueces a las autoridades judiciales de igual o de inferior categoría. Cuando no se trate de recepción o práctica de pruebas, podrá comisionar a los *Alcaldes y demás funcionarios de policía ...*".

4.- Y no es propiamente que no haya existido en el trámite del proceso de marras, período probatorio, sino que de igual manera a como ni se contestó la demanda, ni se interpusieron excepciones, tampoco el demandado solicitó pruebas. Otra cosa: no es que se haya ilegalmente condenado al pago de perjuicios, y, por contrario modo, la funcionaria obró con fundamento en el artículo 1546 del C.C., que a la letra dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. ...Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato *con indemnización de perjuicios*".

Es más, no se trató de que sin estar específicamente demostrados los perjuicios, se hubiera condenado en concreto, esto es, al pago de suma determinada, sino que, legalmente, la condena se hizo "conforme a lo dispuesto en el artículo 308 del C. de P.C", o sea, *in genere*, para que fueran liquidados con posterioridad a la sentencia y a instancias de la parte favorecida.

Y aquello de que los linderos del inmueble no son los mismos del contrato, o que la acusada en la sentencia hubiera adicionado un lindero, encontró cabal respuesta del Ministerio Público y del Tribunal, en su orden.

3.- Como bien lo dice la Delegada, así al día siguiente de proferida la sentencia, el ahora denunciante le hubiera hecho conocer su criterio a la juez sobre lo delictivo de aquella y del trámite del correspondiente proceso, la verdad es que ilicitud no existía y, de otra parte, el quejoso no estaba acreditado como apoderado del demandado.

6.- Finalmente, se sostiene por el denunciante que, en compañía de otros, escuchó al actor cuando, en la diligencia de entrega, les decía que "le había pagado mucha plata a los funcionarios" para lograr su propósito de quedarse con la casa. Esto es absurdo definitivamente, pues nadie, a no ser que sea un orate -y el demandante ha demostrado que no lo es- va a colocarse en ese marco circunstancial, haciendo tales manifestaciones. Y, sabido es que, con el disparate, no se edifica ni comprueba nada.

Todo lo dicho demuestra, con creces, que no había fundamento alguno para cobijar a la doctora *Gladys L. Mendieta Monroy*, con medida de aseguramiento por razón de la denuncia que le formulara el doctor Alberto Ramírez Cabrera.

7.- Para la Delegada, el Tribunal "debió dictar auto de cesación de procedimiento por hallarse acreditada una de las causales objetivas de improcedibilidad previstas en el artículo 34 del C. de P. Penal, la *atipicidad de la conducta*, medida esta que procede 'en cualquier momento'". Solicita, en consecuencia, se revoque el auto recurrido para que en su lugar se disponga la determinación que se consagra en la señalada disposición.

Pues bien, esta Corporación, en determinación de julio 12/88, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz, tuvo oportunidad de ocuparse de este particular que ahora vuelve a plantear el Ministerio Público, así:

"El Procurador Delegado pide a la Corte que *ante la atipicidad de la conducta investigada*, por razones de 'economía procesal' se ordene la cesación de este procedimiento, ya que de acuerdo con el Artículo 34 del Código esta determinación puede tomarse 'en cualquier momento del proceso'.

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

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

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

b.1) Si se trata de una *causal objetiva* (como la muerte del procesado, la prescripción de la acción penal, la amnistía, el desistimiento, la oblación, la descriminilización de la conducta) es claro que el Juez *ad-quem*, al igual que esta Sala aunque actúe como Tribunal de casación, no solamente pueden sino que deben ordenar la cesación de procedimiento. Obsérvese que cuando se presenta una cualquiera de estas causales objetivas, el Estado de inmediato pierde la competencia para continuar desarrollando la acción penal; lo único que puede hacer el *ad-quem* es reconocer la ocurrencia de la causal y ordenar la cesación del proceso por haberse extinguido la acción penal y carecer, por tanto, de competencia para desatar el recurso interpuesto.

"b.2) Si la causal que se pretende invocar por el *ad-quem* o que ante él se aduzca, *no es de carácter eminentemente objetivo*, sino de aquellas que requieren de una *valoración subjetiva o de responsabilidad*, considera la Sala

que disponer la cesación de procedimiento no es posible, por carecer el *ad-quem* de competencia para ello, toda vez que ésta, ante los claros y enfaticos términos del Artículo 538, está circunscrita a 'decidir sin limitación alguna, *sobre la providencia impugnada*', únicamente. Al contrario de lo que sucede cuando se trata de una causal eminentemente objetiva, en este caso el Estado conserva su plena competencia para seguir impulsando y desarrollando la acción penal, y entonces el *ad-quem* debe cumplir con la obligación de desatar el recurso.

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

"En síntesis, pues, sólo ante la presencia de causales eminentemente objetivas puede el Juez *ad-quem* ordenar la cesación de procedimiento, porque en el momento mismo de éstas presentarse la acción penal se extingue y con ella muere también su competencia.

"En armonía con lo expuesto, no se accederá a la petición del Procurador delegado, *por no ser la atipicidad de la conducta una causal de cesación de procedimiento de carácter eminentemente objetivo*".

Nada nuevo se ha presentado que comporte que la Corte haya de cambiar su criterio sobre el punto y, así, no puede menos de reiterarlo.

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

Resuelve:

Confirmar la decisión impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

HURTO - Momento consumativo \ COLISION DE COMPETENCIA

La modificación del mundo exterior es la guía para ampliar el factor territorial, como en el delito de Hurto en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de su custodia.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 044 (8 abril/92). Col. de Competencias No. 557/6

Vistos:

Decide la Corte sobre la colisión de competencias suscitada entre los Juzgados Segundo (2o.) de Instrucción Criminal radicado en Cali y el Noveno (9o.), de la misma categoría, con sede en Tuluá (Valle).

Antecedentes:

La historia procesal comienza en la capital del Valle del Cauca. Allí es contratado *William Hurtado* para que, en el taxi que maneja, lleve a tres individuos a la ciudad de Tuluá para traer un televisor. Una vez allí, y en un lugar solitario es despojado del vehículo y se intenta quitarle la vida con disparos de arma de fuego. Sin embargo, *Hurtado* sobrevive de sus heridas y logra contar los pormenores del suceso. Este proceso responde a sus palabras.

Las diligencias le tocan por reparto al Juzgado Segundo (2o.) de Instrucción Criminal de Cali, pero no aprehende el conocimiento argumentando que los hechos "...tuvieron ocurrencia en jurisdicción del municipio de Tuluá...", por lo que dispone su envío a la Dirección Seccional de

Instrucción Criminal, que lo reparte el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Tuluá, despacho que de inmediato lo devuelve a la oficina remitente, por considerar que el suceso tuvo su inicio en esa misma ciudad, proponiéndole colisión de competencia negativa.

Sin embargo, el Juzgado caleño no acepta los argumentos de su colega, basado en la denuncia y el informe policial, en los que se dice que "... los hechos punibles se cometieron en jurisdicción de Tuluá pues fue allí en donde al señor William Hurtado Castillo lo despojaron del vehículo y en donde trataron de acabar con su existencia". Más adelante advierte que "Tratándose de delitos instantáneos ...su consumación se logra a partir del momento en que el sujeto activo exterioriza su conducta, ejecutando las acciones con las cuales pretende obtener un resultado..." y aclara que en Cali únicamente se contrataron los servicios del taxista, "...lo cual puede considerarse como un acto preparatorio de la empresa criminal...". La aceptación de la colisión propuesta hace posible la llegada del sumario a esta Colegiatura.

La Corte:

1. Según el art. 74 del C. de P.P., "Es competente, el juez del territorio donde se realizó el hecho punible", lo que de por sí descarta los actos preparatorios del punible, adscribiéndole el conocimiento al juez del lugar en el que, realmente, se exteriorizaron los actos reprochables. Bien se trate de un delito consumado, bien de uno que ha sufrido interrupción en su cadena causal, el intento cierto o la definitiva modificación del mundo exterior es la guía para aplicar el factor territorial.

2. En este caso en particular, dos son los delitos investigados: el primero, un hurto calificado; el segundo, un homicidio en grado de tentativa. Respecto al ilícito contra el patrimonio económico, la Corte ha sostenido en el pasado y hoy lo reitera, siguiendo la teoría predominante de la *ablatio*, que el delito de hurto se consuma en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de custodia de quien antes la tenía.

Recuérdase un reciente pronunciamiento:

"...la determinación del lugar de su ocurrencia debe tomar en cuenta el momento de culminación del decurso de la conducta. Así se desprende de los términos del art. 74 del C.P.P". Más adelante aclaró que "El momento mismo de la consumación del hecho, no es aspecto a establecer de manera libre o intuitiva. Impónese examinar la configuración del tipo,

pues, como se sabe, entre sus funciones está la de delimitar el campo de lo punible, de suerte tal que relevante no sea, a los fines penales, sino aquello circunscrito por él. De acuerdo con esto, si el comportamiento investigado es el de hurto, tiénese que el lugar de su realización no puede ser sino aquél donde se produjo el apoderamiento del bien, hipótesis conductal recogida en el respectivo tipo" (Auto 4 de mayo de 1990. M.P. *Dr. Páez Velandia*).

3. De lo anterior se desprende que los delincuentes, si bien tenían el propósito de apoderarse del taxi desde el momento en que contrataron el servicio de transporte en la ciudad de Cali, también lo es que, únicamente, sus ilícitos deseos se concretaron en jurisdicción del municipio de Tuluá, sitio en el que, además de arrebatarle a su legítimo tenedor el automóvil, atentaron contra su vida, ilícito sobre el cual tampoco existe dudas en cuanto el lugar de su comisión puesto que se realizó *in integrum* también en jurisdicción de dicha localidad.

4. Así las cosas, fuerza concluir que el funcionario competente para conocer del presente asunto es el Juez noveno (9o.) de Instrucción Criminal, radicado en Tuluá, a quien se enviarán las presentes diligencias, el tiempo que copia de este pronunciamiento se remitirá a su similar en Cali.

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

Resuelve:

Dirimir la colisión de competencia atribuyéndole el conocimiento de la investigación adelantada contra *Diego Fernando Duque Gómez* y otros, por los delitos de hurto calificado y homicidio, en grado de tentativo, el Juzgado Noveno (9o.) de Instrucción Criminal radicado en Tuluá, al cual se remitirá el expediente. Copia de esta decisión envíese al Juzgado Segundo (2o.) de Instrucción Criminal de Cali, para su información.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD - Reconocimiento médico e inimputabilidad
\ IMPUTABILIDAD - Reconocimiento médico

La nulidad que se pueda derivar de la falta de reconocimiento médico, cuando se refleja la inimputabilidad, no puede quedar supeditada al criterio del acusado, en cuanto decida permanecer ausente o concurrir al proceso.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 044. Casación No. 5365

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Isaías Eduardo Forero Romero* contra la sentencia condenatoria proferida el 11 de junio de 1990 por el Tribunal Superior de Bogotá, que al confirmar la del Juzgado 26 Superior de la misma capital lo declaró penalmente responsable, junto con el co-acusado *Jesús Ovidio Flórez Pardo* de los delitos de homicidio y hurto por los cuales respondían en causa.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- Los sucesos que motivaron el enjuiciamiento se encuentran resumidos en el fallo recurrido en la forma que sigue:

> "En la noche del 16 de noviembre de 1986 los sujetos Jesús Ovidio Flórez Pardo, Isaías Eduardo Forero Romero y Edgar José Pardo Cepeda se presentaron a la finca "Las Brisas", vereda el Resguardo del Municipio de Choachí, procedieron a lla-

mar a Eberto Alfonso Riaño Cifuentes y cuando éste se asomó a la puerta Isaías Forero le dijo que se trataba de un asalto, Riaño intentó cerrar, pero en este momento el mismo que le habló le disparó y entraron en forcejeo cayendo al piso, momento que aprovechó Jesús Ovidio para dispararle con una pistola. Al verlo muerto, Forero penetró a la habitación buscó un revolver que tenía Riaño pero no lo halló, tomó las llaves del campero Nissan Patrol de placas CK 0270 el que pusieron en marcha y huyeron en él hasta el Municipio de Melgar en donde por alguna falla lo dejaron abandonado".

2.- Iniciada la investigación por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Choachí a los dos días de ocurrida la agresión, a ella fueron vinculados mediante injurada *José Armando Barbosa, Edgar José Pardo* y *Jesús Ovidio Flórez*, y mediante emplazamiento y declaración de ausencia *Isaías Eduardo Forero Romero* a quienes se cobijó con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Iniciada la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, el asunto pasó para su calificación al conocimiento del Juzgado 118 de Instrucción Criminal con sede en Cáqueza donde se profirió resolución acusatoria en contra de los cuatro sumariados por los delitos de concierto para delinquir, homicidio y hurto, decisión parcialmente revocada por el Tribunal que estimó atípico el concierto para delinquir, ratificando la imputación por las otras dos infracciones para los acusados *Flórez, Pardo* y *Forero*, cesando todo procedimiento en favor de *José Armando Barbosa*.

Asumido el conocimiento de la causa por el Juzgado 26 Superior, mediante auto de abril 10 de 1989 declaró la legalidad de la actuación, y el 26 de febrero del año siguiente inició la diligencia de audiencia pública sin intervención del jurado de conciencia, atendiendo el 6 de marzo siguiente la solicitud de la defensa para que fuese el Juez Promiscuo de Menores de Cáqueza quien prosiguiera la actuación respecto del encausado *Edgar José Pardo Cepeda*, quien según las evidencias procesales no había cumplido los 18 años de edad para la fecha de los hechos.

Concluida la vista pública, la sentencia se contrajo a definir la situación de los procesados *Flórez Pardo* y *Forero Romero*, imponiéndoles respectivamente las penas de prisión de 14 y 21 años como responsables de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado por los cuales se había redactado el enjuiciamiento, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, la suspensión de la patria potestad y la obliga-

ción de satisfacer la suma de $1.920.000.oo y el equivalente a 1.500 gramos de oro por concepto de perjuicios morales y materiales, según tasación pericial. Por igual se marginó a los acusados del subrogado de la condena de ejecución condicional, y mientras a *Ocilio Flórez* se le reconoció como parte cumplida de la pena el tiempo descontado en detención preventiva, en el caso de *Forero Romero* se insistió para que su captura se hiciese efectiva, dada su absoluta ausencia del proceso.

Apelada la anterior decisión por el señor defensor del procesado ausente, de ella conoció el Tribunal confirmándola en su integridad mediante fallo de 11 de junio de 1990, providencia sobre la cual recae el recurso extraordinario de casación que en ésta sede se define.

La Demanda:

Invoca el señor defensor del procesado *Isaías Eduardo Forero* como causal de casación la tercera del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, pues a su juicio la sentencia del Tribunal se profirió dentro de un proceso viciado de nulidad por la preterunisión del exámen psiquiátrico del sindicado, encaminado a establecer si al momento de cometer el hecho, *Isaías Eduardo* se hallaba bajo los efectos de un trastorno mental, omisión generadora de grave quebranto del debido proceso.

Recuerda que la jurisprudencia de la Corte de manera repetida ha sostenido que en presencia de antecedentes verosímiles sobre presunta inimputabilidad del acusado y dadas las graves consecuencias que en el ámbito punitivo implica su determinación, la nulidad invocada debe declararse si el juzgador prescinde de la prueba técnica y científica que conduzca a la certidumbre sobre su imputabilidad o inimputabilidad, pues con ello se inobservan la plenitud de las formas propias del Juicio.

Reconociendo que en el presente proceso la incomparecencia del acusado señor *Forero* había hecho imposible constatar ese aspecto basilar, su defensor lo alegó en la audiencia allegando una serie de escritos valederos donde constaba la existencia de un trastorno mental en el contumaz, siendo particularmente relevantes los allegados a los folios 224, 225 y 232 del tercer cuaderno, pues en ellos se sostiene que el procesado impugnante presentaba ya hacia el año de 1985 signos y síntomas presuntivos de esquizofrenia, recomendando análisis y tratamiento psiquiátrico para "despejar sus trastornos de conducta, el deterioro de su comportamiento y su agresividad psicótica", mostrando pocos días después de los hechos

aquí imputados "tensiones crecientes" que llevaron a un diagnóstico de "personalidad limítrofe, asociada a un probable disturbio neurológico", llevando a la necesidad de su hospitalización al poco tiempo y como consecuencia de un franco trastorno mental.

Reconociendo a renglón seguido que

> "...tales certificaciones no permiten inferir prueba plena sobre la inimputabilidad del joven Forero Romero, de allí se extrae la presencia de circunstancias compatibles con un trastorno mental y más concreto, con una esquizofrenia.
>
> Tales elementos de juicio creaban y crean una incertidumbre absoluta sobre el estado de sanidad mental del encartado, la que debió absolverse en la instancia sucesiva cuando el sindicado fue capturado y puesto a disposición del H. Tribunal".

el libelista concluye sosteniendo que su pedimento lejos está de pretender dilaciones que aproximen a una remota prescripción, viendo posible la reposición del trámite a partir del auto que decretó pruebas en el juicio, pues lo esencial es que se brinde la oportunidad de tan importante recaudo probatorio, pues la perspectiva que afronta el acusado de descontar 21 años de prisión, cuando bien puede tratarse de un inimputable, es cuando menos aberrante, haciendo sobre los términos utilizados en las valoraciones médicas allegadas, análisis que con sustento en citas doctrinales complementarían la seriedad de la censura.

Culmina la acusación señalando que a través de la violación del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal (artículo 411 del Código anterior), la sentencia impugnada llegó precipitadamente a la aplicación indebida de los artículos 323, 324 numerales 2, 4 y 7, 67, 26, 103 a 107, 44, 50 y 58 del Código Penal alusivos todos a la imposición de penas, y el artículo 26 de la Constitución. La nulidad, entonces, se debe declarar "por lo menos a partir del término para pedir pruebas en el juicio, a fin de que, se ordene la pericia siquiátrica base para poder continuar con el proceso".

Concepto de la Procuraduría:

El Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal comparte tanto las razones como la solicitud formuladas por el censor en la demanda, de modo que con él ratifica la aspiración de que la Corte case la sentencia

del *ad-quem*, y como consecuencia decrete la nulidad del proceso, sólo que a su juicio la reposición de la actuación debe cubrir "a partir de la fecha de entrada para sentencia de primera instancia".

Comienza el concepto por apuntar la existencia de fallas técnicas en la presentación de la demanda, pues con la invocación de normas sustanciales bajo la acusación de su aplicación indebida se daría a entender que "el ataque se realiza por la vía indirecta y por un error de derecho, en donde tal proceder es de recibo, pero que resulta extraño cuando se procede por la causal tercera".

Otro error lo constituiría la cita del artículo 26 constitucional como norma indebidamente aplicada, pues si en el cuerpo de la demanda se venía aludiendo a una nulidad legal con asidero en el artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal, no resulta de recibo que a la vez se mencione frente a un mismo aspecto probatorio "(omisión del exámen psiquiátrico) invalidez de orden legal y constitucional, porque según lo ha sostenido la Corte, estas nulidades "no se pueden entremezclar, "unas y otras", para ensayar una acusación contra la sentencia de segundo grado en busca de su invalidación..." (C.S.J 11 de septiembre de 1990)".

Las anteriores fallas no obstan para que la Delegada se ocupe de la necesidad del dictamen psiquiátrico y la incidencia de su omisión en el caso presente, apuntando al respecto que ese yerro, relevante frente al artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal, es causa cierta de vulneración del debido proceso como lo ha sostenido la Corte en fallo de 16 de febrero de 1990 que parcialmente transcribe, y en que se reiteran las sentencias de 7 de febrero de ese año, 11 de agosto de 1969 y 30 de julio de 1981.

Evocando las razones tanto del juez de primera instancia como del Tribunal en el fallo impugnado, para denegar la práctica del dictamen médico-psiquiátrico de *Torero Romero*, pues para el primero los criterios médicos allegados eran inatendibles por no provenir de perito oficial, e imposible por su contumacia el examen del acusado, en tanto que el Tribunal desestimaba la pericia por la extemporaneidad de su solicitud, la falta de previa ordenación, pero ante todo por la ausencia de antecedentes procesales que la aconsejaran, estimó la Delegada que el vicio *in procedendo* surgía de la desatención de los indicios de duda que surgían sobre la normalidad del procesado, y que en los varios certificados allegados por la defensa durante la audiencia asomaban, según lo resaltó de cada uno de esos aportes.

Reconociendo, sin embargo, que el dictamen notado de menos no podía realizarse en ausencia del procesado, circunscribió el obstáculo al juez de primera instancia, viéndolo inexcusable para el Tribunal a cuyas órdenes quedó al aprehendido antes de que se profiriera la sentencia de segundo grado, momento en el cual habría surgido el punto problemático sobre el cual se razona de la forma que sigue:

"La ausencia del examen psiquiátrico del procesado, ha sido considerado por la Corte como se ha dejado consignado, como motivo de nulidad, cuando existen válidos y atendibles elementos de convicción que permitan suponer fundadamente que éste se encontraba, al momento de la comisión del hecho, en situación de inimputabilidad que le impedía comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a cualquiera de los estados contemplados en el artículo 31 del C. Penal.

En el caso *subjúdice*, no solamente se dejó en el vacío una conclusión necesaria para determinar la salud mental del sindicado por deficiencia en la averiguación, sino que a pesar de la duda creada al respecto, se adelantó el juicio en la forma prevista para delincuentes normales, prescindiéndose de una prueba técnica y científica llamada a despejar la incertidumbre acudiendo a argumentos que no son de recibo para este Despacho como se ha dejado expuesto, pues la "presunta normalidad psíquica" que pregona de Forero Romero el Tribunal Superior considerando el desarrollo de los hechos según lo afirmado por los otros procesados, no ofrece plena certeza sobre el estado sicosomático de Forero Romero, para el momento de la comisión de los hechos, máxime si este no pudo ser oído en indagatoria, desconociéndose así la condición personal del mismo.

Pero ahora es necesario escudriñar si aprehendido el procesado de modo extemporáneo para efectos de la práctica de pruebas (pues para la captura ello no será válido), de modo tal que el Tribunal *ad-quem* no tiene procesalmente un camino seguro para ordenar pruebas como la de psiquiatría, como que la competencia y la tramitación de la alzada no prevé situación semejante. Máxime cuando la omisión judicial se debe fundamentalmente a una actitud propia del reo que no ha comparecido a estar en juicio, pues se lo juzgaba como reo ausente. Cree la Delegada que vale la pena mirar el fondo de la cuestión, pues en vigencia de las normas sobre juzgamiento con jurado de con-

ciencia para las personas normales del cual se excluían precisamente a los inimputables, lo que llevaba a la imposición de las medidas de seguridad propias de tales personas, era claro que podía afirmarse la violación de las formas propias del juicio (indebido proceso) con lo cual la nulidad no era rehusable. En este momento, suprimido el jurado, es de advertir que formalmente no cabe decir que el procedimiento que debe seguirse contra una persona normal o contra un anormal sean diversos, visto que el juicio sigue las mismas directrices formales: apertura a pruebas, audiencia pública de juzgamiento y sentencia. La única diferencia en el momento será la de saber si se impone una medida de seguridad propia de inimputables, o una condena a pena propia de las personas normales. Y lo inherente a este tema: si existe la responsabilidad penal del inimputable, o la condena tiene otro carácter para ellos vista la naturaleza de las medidas de seguridad que se les imponen. En verdad, vista la consecuencia que se deriva de la condición de normalidad o anormalidad (penas o medidas de seguridad) del procesado, la duración de la reclusión y la intemporalidad de la medida de seguridad, el sistema intramural diverso para cada una de ellas, resulta trascendente que se defina como presupuesto previo de la sentencia que ha de imponer la pena o la medida de seguridad, la condición mental del sujeto pasible de una u otra medida. Si ello es presupuesto, y existen datos atendibles y serios sobre la condición de inimputabilidad, se dirá entonces que es necesario considerar como defecto procesal esencial el que no se haya determinado el estado de normalidad (o anormalidad) del sujeto que es objeto de la medida final que se ordena en la sentencia. Tal defecto no puede ser subsanado, en este momento sino mediante declaratoria de nulidad del proceso para que se enmiende ese preciso aspecto, que introduciría variantes fundamentales en el contenido de la decisión final del proceso, y del proceso en sí mismo, como se vio atrás. Tampoco podía acudir a otro medio el Tribunal Superior, en el momento en que fuera capturado el procesado, sino acudiendo a la anulación del proceso a partir de un momento en que pueda practicarse la prueba referida válidamente para colocar el presupuesto necesario en orden a la medida imponible.

Con lo anterior se afirma que el Tribunal ha debido anular el proceso para esos efectos, lo que lleva a la consideración correlativa de que se incurrió en un vicio *in procedendo* al no de-

clarar la nulidad del proceso para ver de afirmar científicamente el presupuesto sustancial para la imposición de la medida correspondiente a la sentencia final. Como no se trata de rehacer el procedimiento en su totalidad, pues ello carecería de sentido, considera la Delegada que debe anularse la actuación para sólo ese efecto, y antes de la decisión de la sentencia, de manera que ésta cuente con el presupuesto que se ha omitido en las instancias. En nuestra opinión, ello puede hacerse, en forma extraordinaria, colocando el proceso en estado de juicio, y en una fase previa al fallo final, ya que toda la actuación procesal cumplida es correcta y válida por lo que no se ve modo de anularla ni razón para ello. Siguiendo entonces el principio de afectación mínima del proceso válidamente cumplido, para remediar lo anotado, cree la Delegada que la nulidad puede ser dispuesta a partir del momento en que entra el proceso para sentencia de primera instancia, a fin de que el Juez correspondiente ordene la prueba comentada única y exclusivamente".

Consideraciones de la Corte:

El tema que plantea la demanda carece de novedad para la Sala en cuanto propone como causal de nulidad la omisión del dictamen médico psiquiátrico del procesado, pese a que han mediado elementos de juicio suficientes que advertían al juzgador como sería la posibilidad de que en la comisión del hecho, el agente hubiese estado bajo circunstancias que le impedían conocer la ilicitud de su conducta y determinarse libremente de acuerdo con esa comprensión.

Al margen de las varias citas doctrinales que al respecto evocan tanto el actor como la Delegada y a las cuales se aludirá en su momento, una afortunada síntesis de la evolución de ese pensamiento y que al efecto sirve como punto de partida en la definición de los varios aspectos traídos a debate se ubica en el pronunciamiento de la Sala que con ponencia del Magistrado doctor Darío Velásquez Gaviria se hiciera en decisión de 26 de junio de 1985, a la cual corresponden los siguientes apartes:

"Para que se pueda ubicar el comportamiento de un procesado dentro del mercado de la inimputabilidad se precisa acreditar que *al momento de realizar el hecho no tuvo la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a inmadurez sicológica o a trastorno mental* (artículos 29 del anterior Código Penal y 31 de la nueva codificación).

Una tal situación, que acarrea consecuencias de carácter punitivo y procesales de significación, como que el procesado no sería sujeto de penas sino de medida asegurativa y su juzgamiento no podría hacerse con intervención del Jurado de Conciencia, cuando el caso requiere esa ritualidad, debe ser cabalmente comprobada, sin que basten para su reconocimiento simples afirmaciones o meras alusiones en relación con su existencia.

Desde luego que la forma idónea para esa verificación es la del examen psiquiátrico y de allí la previsión, en ese sentido, del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. Pero, a su vez, *para que sea imperioso el ordenamiento de la pericia médica, tampoco es suficiente la simple afirmación de la existencia del trastorno, sino que su posibilidad debe emanar de pruebas atendibles de donde surjan datos o antecedentes verosímiles relativos a la personalidad del presunto inimputable y de la manera como normalmente se exterioriza a través de su usual comportamiento*. Así lo ha venido reiterando la Corte.

Por ejemplo, al analizar la omisión del dictamen con motivo de posible nulidad dijo en sentencia de 25 de octubre de 1983, en la que transcribió apartes de otra de julio de 1975, lo siguiente, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo:

"La ausencia del examen psiquiátrico del procesado sólo es causal de nulidad cuando existen válidos elementos de convicción que permiten suponer fundadamente que este se encontraba, *al momento de la comisión del hecho*, en situación de inimputabilidad. *No basta pues, la simple afirmación de que se padece una anomalía psíquica para proceder a decretar el examen, sino que es indispensable que el proceso arroje motivos valederos para disponerlo*. Al respecto dijo la Corte:

"En distintas oportunidades ha dicho la Sala y lo reitera en la presente, que el examen de un imputado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, es potestativo del Juez quien sólo puede proceder a ordenarlo cuando observe indicios de que existen

esas situaciones. *Ahora bien, no puede en tales casos tratarse de cualesquiera indicios sino de aquellos que, en forma vehemente hagan sospechar la presentación de tales estados de anormalidad síquica*" (Casación de 31 de julio de 1975. Magistrado Sustanciador Dr. Luis Enrique Romero Soto)".

Y al ocuparse de los alcances del artículo 441 del C.P.P., dijo la Sala en sentencia de 13 de octubre de 1982 con ponencia del Magistrado Dr. Alfonso Reyes Echandía, lo siguiente:

"*Lo que importa en estos casos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biopsíquica sino su coetaneidad con el hecho analizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo causal que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada.* Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritaciones psiquiátricas *siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental;* esa es la razón de ser del artículo 441 del C. de P.P. La importancia de su cumplimiento radica -como ya lo ha advertido la Sala- en que conocida la inimputabilidad del procesado a quien se le imputa conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se le llama a responder de ella, despréndense dos consecuencias notables: 'una de orden procesal, en cuanto a la audiencia del plenario se hará siempre sin la intervención del Jurado aún respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad'" (resaltó ahora la Sala).

Asomando de la cotejación de ésta doctrina con los planteamientos del censor y de la delegada varios aspectos de connotación para el caso que se trae como materia de estudio, a ellos referirá de modo separado la Sala de la forma que sigue:

1.- Si bien el censor plantea la acusación con fundamento en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, bajo el entendimiento de ser esa la disposición que en la codificación actual sustituye al derogado artículo 411 que sirve de fundamento a la doctrina jurisprudencial que se ha transcrito, procede ante todo recordar que su inquietud ha sido ya motivo de elucidación por parte de la Sala, precisando que no se acierta

al extrañar como un simple olvido en el Decreto 050 de 1987 la ausencia de una norma que hubiese reproducido la antaña, pues de diferentes disposiciones del actual ordenamiento se infiere la misma e ineludible obligación, conclusion a que se llegó bajo el siguiente planteamiento:

> "En vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior al actual, la Corte, con apoyo en el artículo 411 del referido estatuto, siempre mantuvo su jurisprudencia de que cuando existían indicios de una posible inimputabilidad del procesado el no reconocimiento de éste a un examen médico generaba una violación del debido proceso y por ende se configuraba una nulidad de carácter supralegal.
>
> El nuevo Código de Procedimiento Penal, a pesar de que no se hubiera consagrado de manera expresa en ninguna de sus normas la obligación de la pericia médica, cuando existieren indicios suficientes que permitieren inferir que el procesado al momento de ejecutar el hecho típico se encontraba en situación de inimputabilidad, esta sigue siendo una ineludible obligación del juez, que aunque no tiene anclaje en una norma que de manera específica la consagre, surge con claridad de la estructura misma del hecho punible, de sus consecuencias y de la naturaleza y fines del proceso. Por estas razones no era necesario que el nuevo Código de Procedimiento Penal reiterara el contenido del artículo 411, por dentro de esta perspectiva resultaba absolutamente superfluo y por ello tambien la omisión de la experticia médica en las condiciones ya indicadas sigue implicando una violación del debido proceso y por tanto da lugar a la nulidad de la actuación". (11 de agosto de 1989, Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz).

2.- Asomando a su vez el Ministerio Público la inquietud de si la apuntada irregularidad podría constituir todavía nulidad por violación de las formas propias del juicio, pese a la desaparición del jurado de conciencia como elemento diferenciador del trámite respecto del juzgamiento de algunas infracciones, tampoco esa dubitación se explica, pues como puede notarse de la copiosa jurisprudencia alusiva al tema, en ella claramente se diferenciaron las consecuencias de orden *procesal* sobrevenidas para los asuntos en que mediaba la eventual intervención de los jueces populares, como las consecuencias de orden *sustancial* relacionadas con la imposición de penas o de medidas de seguridad, siendo éstas últimas lo

suficientemente trascendentes como para generar la anulación de la actuación, con el fin de hacer operante el principio de legalidad frente a las consecuencias derivadas de una conducta típica, y dar vigencia a los derechos del procesado a recibir el tratamiento que para cada eventualidad le corresponde, conocidas las marcadas diferencias que distancia los fines de la pena (retribución, prevención, protección y resocialización), de los propios de las medidas de seguridad (curación, tutela, rehabilitación), y que son el reconocimiento de las disímiles causas que llevan en uno y otro caso a la comisión del hecho típico, como de las desemejantes soluciones que en cada evento se proyectan para la recuperación del individuo y la defensa de la comunidad.

Tampoco en ese sentido se carece de una orientación jurisprudencial que para el caso se ofrece en decisión del 16 de febrero de 1990 bajo ponencia del Magistrado doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, ocasión en la cual se avisa que

> "La consecuencia de omitirse una prueba tal -cuando existe sostén suficiente para disponerla y realizarla- no es otra que la nulidad dirigida a preservar los derechos del inculpado y a que se aplique consecuentemente el tratamiento legal que corresponde a su estado una vez se demuestre que efectivamente se hallaba en situación de anormalidad mental y, por ende, de inimputabilidad.
>
> Por el contrario, no puede existir irregularidad ni generarse invalidez, cuando del proceso no resulta indicio o fundamento alguno para disponer tal prueba que de realizarse constituiría una forma de actuación innecesaria, dado que no se ha puesto en entredicho la total normalidad del procesado".

3.- A salvo las anteriores aclaraciones, y sin restar en modo alguno importancia a las consecuencias que hacia el proceso refleja el estado de salud del procesado, cuya morbidez puede repercutir, entre otras, en la aplicación de medidas como las previstas en los artículos 432, numerales 2 y 5 y 613 del Código de Procedimiento Penal, parece necesario insistir con la doctrina que se evoca, que no es necesariamente cualquier alteración psíquica del procesado la que impone al juzgador el deber de disponer la pericia médico-psiquiátrica que dé luces sobre su situación mental, sino de modo exclusivo aquella que apunta a determinar si en la comisión del hecho punible pudo intervenir en estado de inimputabilidad, valga decir con el artículo 31 del Código Penal, sin la "capacidad de com-

prender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental"., pues dentro de los fines del proceso está el de establecer si el incriminado actuó o no culpablemente y no necesariamente si se trata de una persona sana o afectada de alguna enfermedad, razón de peso para sostener que "el juez no necesita tener un diagnóstico médico sino saber si un individuo, enfermo o no, tiene cognición, discernimiento y decisión acerca de lo ilícito".

Siendo éste el punto medular de la alegación contenida en la demanda, ha de recordarse cómo la jurisprudencia sobre este aspecto resulta invariable tanto en los términos que se han puesto de resalto en los apartes transcritos incipientemente por la Sala, como en aquellos que, dentro de la doctrina invocada por la acusación, amerita destacar. Así, por caso, en decisión de junio 28 de 1983 con ponencia del Magistrado doctor Darío Velásquez Caviria resaltó la Sala que

> "Las dos fuentes generadoras de la inimputabilidad que son la inmadurez psicológica y el trastorno mental no se predican *per se*, de determinadas personas o grupos de personas, ni tampoco de ciertas circunstancias síquicas en que puede encontrarse un individuo en un preciso momento, sino que es *necesario probar en cada caso su existencia y, además de eso, acreditar que en razón de una u otra el autor del hecho no estuvo en condiciones, al momento de cometerlo, de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (artículo 31 C.P.).*
>
> No puede por tanto -se dijo en ese caso concreto- deducirse la inimputabilidad de la simple calidad en el sindicado de indígena o de campesino, sino que se impone establecer que su grado de madurez mental era tan incipiente o precario que no le permitía valorar los patrones de conducta vigentes dentro de la sociedad cuyas leyes quebrantó y que, por lo mismo, al cometer el hecho que se le atribuye no estuvo en capacidad de comprender que realizaba algo que era ilícito, ni pudo determinar su comportamiento de acuerdo con esa comprensión:".

De modo no menos explícito se dijo también y con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Aldana Rozo que si

> "De acuerdo con la noción consagrada en el artículo 31 del C. Penal, es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de compren-

der su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión por inmadurez psicológica o trastorno mental; por el contrario será imputable quien al realizar la conducta típicamente antijurídica posea la necesaria capacidad de comprensión y determinación.

Según la anterior concepción legal, para que un sujeto pueda ser considerado inimputable, es necesario la presencia simultánea de las exigencias consagradas normativamente, *pues no toda persona que padezca trastorno mental o tenga una inmadurez psicológica, tiene por esa sola razón aquel carácter. Tampoco será inimputable toda persona que teniendo características de trastornado o inmaduro realice un comportamiento previsto en la ley como delito, ya, que además, es requisito indispensable para que el sujeto tenga esa condición, que el trastorno mental o la inmadurez psicológica sean concomitantes con la conducta y que esta haya obedecido a la realización de la situación personal del agente, de modo que por su entidad se hayan impedido conocer el sentido antijurídico de su conducta o menoscabado en en forma severa la capacidad de determinación"*. (20 de septiembre de 1984) (Lo resaltado a cargo de la Sala).

Lejos de sostenerse criterios diferentes en las decisiones de julio 30 de 1981, 23 de noviembre de 1988, 11 de agosto de 1989 y 7 y 16 de febrero de 1990 que se invocan en las alegaciones de éste recurso extraordinario, la doctrina citada resulta invariable, pues como de la sola transcripción que trae el Ministerio Público se extracta, una y otra vez se insiste en que el estado de perturbación o anomalía relevante no es otro que aquel que se padezca "al momento de realizarse el injusto", y no podía ser ello de otra manera, pues si se actuó en estado de imputabilidad, y el trastorno resulta sobreviniente, las consecuencias no podrán derivar sobre la indefectible imposición de penas sino sobre el tratamiento de privación preventiva o final de la libertad, según emerge, entre otros, de los artículos 227, 263 y 264 del Decreto 1817 de 1964 (Código de Régimen Carcelario).

Por las anteriores razones resulta entonces pertinente descollar los razonamientos contenidos en los fallos de instancia al resolver el punto atinente con la relevancia del reconocimiento que del procesado se estaba solicitando por parte del defensor del acusado *Forero Romero*, pues no solamente se adujeron motivos de informalidad de los documentos, falta de auto ordenatorio previo y ausencia del procesado para desestimar la práctica de la pericia, sino que de modo espacioso y principal se opuso el

hecho de que por encima de las alusiones de la situación enfermiza del contumaz, mediaban suficientes fundamentos de orden probatorio dentro del expediente, que indicaban a las claras cómo para la comisión de la infracción, ningún indicio de insanidad mental se predicaba sobre el enjuiciado recurrente.

Esos razonamientos en el fallo de primera instancia, hicieron énfasis en que los documentos allegados por la defensa no podían modificar los planteamientos del Juzgado, cuando en estos se había dejado consignado

> "...en repetidas oportunidades, que *Forero Romero* y *Flórez Pardo* demostraron fehacientemente que para la época de los hechos gozaban de plena salud mental y que comprendían la ilicitud de los reprochables acontecimientos que cometieron y que se determinaban conforme a esa comprensión.
>
> Una empresa criminal como la que habían acordado previamente los acá implicados, no se puede realizar si no se cuenta con la suficiente lucidez mental, con la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento, ya que entonces resultaría fácil a las autoridades establecer la identidad de quienes actuaron, en el evento de no contarse con esa capacidad de pensar cómo podían huir y cómo podían despistar a los investigadores. Decimos que los procesados estaban empeñados no sólo en la comisión de los punibles que nos ocupan, sino en otros, por cuanto en el curso de la investigación se pudo establecer que pretendían utilizar el revolver que supuestamente le hurtarían al hoy occiso, en el posible secuestro del señor *Parmenio Villalobos* o en un atentado contra su patrimonio económico. Así mismo, es sabido que, como lo dijeran los testigos de cargo, los procesados venían cometiendo delitos, y sólo ahora se pudo lograr descubrirlos, gracias al esfuerzo investigativo realizado".

Y no cabe duda que con esas referencias el juzgador acogía la información procesal que le mostraba a *Isaías Forero* como el director de la empresa delictiva, quien tenía el interés de conseguir dinero por medios ilegítimos, para ese fin le había propuesto a los co-procesados despojar primero al acuí occiso señor Eberto Alfonso Riaño de un arma de fuego y posteriormente proceder a realizar el secuestro de Parmenio Villalobos, empresa para la cual preparó cuidadosamente el plan, condujo a sus compinches hasta la casa de la víctima, cubrió su rostro para impedir ser iden-

tificado, disparó en contra del ofendido, buscó el arma, tomó las llaves del vehículo, y en él huyó con sus compañeros de infracción, no sin reconocer en el camino con inequívoca capacidad de pensamiento que ya la "habían embarrado" como lo expusieran sus compañeros de causa durante el debate de la audiencia, cambiando sus ropas impregnadas de sangre en casa de unos parientes en Bogotá y prosiguiendo el itinerario acordado con el infructuoso intento de venta del vehículo que resignó apenas con la negociación de algunos accesorios, cuidándose por último de eludir por varios años la acción de la justicia.

Otro tanto reflexiona el Tribunal en la decisión que aquí se impugna:

> "Bien lo dijo el señor Juez de instancia que comportamiento como el que utilizaron los aquí sentenciados sólo puede ser predicable en personas que se encuentren mentalmente capaces y puedan, por ello, autodeterminarse conforme a la capacidad mental, para así lograr el objetivo propuesto.
>
> Se ha pretendido por el señor defensor recurrente con unas fotocopias de experticios de médicos particulares plantear la inimputabilidad de. acusado Isaías Eduardo Forero Romero, procedimiento un tanto inusual porque no es lo lógico que un abogado se presente en la audiencia pública con esa clase de documentos a decirle al Juez que su patrocinado es inimputable, cuando de haber tenido alguna certeza o indicio grave sobre ello, lo acertado es que si alguna inquietud tenía al respecto hubiese pedido que se hiciera estudio por la pericia médico legal, solicitud que debió formular dentro de los límites que la ley procesal penal le otorga para impetrar la práctica de pruebas en audiencia. Además, el artículo 252 del Código en cita ordena que "Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia." Pero nada de esto ocurrió en las oportunidades que para ello contempla la normación legal. Y por último, ya se ha dicho que ningún elemento de juicio hace siquiera sospechar que hubiese sido necesario examinar psiquiátricamente al acusado Forero Romero que mucho menos a Flórez Pardo, pues el desenvolvimiento de los hechos tal como los narró pormenorizadamente éste último, no deja ninguna duda sobre la lucidez mental de los dos rematados, su conciencia y volun-

tad de cometer los delitos por los que se les juzgó, todo lo cual permite que son imputables y como tal deben ser sometidos a pena y no a medidas de seguridad".

Intentando controvertir esta realidad, los documentos aportados a la audiencia por el señor defensor y que reposaban en manos de quienes se los suministraron, en su casi totalidad, tiempo antes (años aún) de que la causa se abriera a pruebas, no parecían entonces, ciertamente, orientados a conseguir la verificación del reconocimiento psiquiátrico para el cual tampoco estaba el acusado dispuesto a prestarse como que eludió su comparecencia aún después de proferida la sentencia de primera instancia, y además de la precariedad de su presentación formal (se trata de escritos que no siempre identifican a quien los extiende o autoriza, quien firma ilegible, y que carecen de reconocimiento por su autor ante juez o notario, que mucho menos consignan datos que den certeza sobre la identidad de la persona supuestamente reconocida, que en ocasiones tampoco señalan el lugar en donde fueron expedidos ni resultan concomitantes con la época del reconocimiento médico, pese a lo cual no se apoyan en extractos o resúmenes de historia clínica), no llegan, en lo que resulta más importante, a sentar una conclusión fundada y definitiva que enerve aquellas a que había llegado el juzgado, pues a lo sumo llevan a pensar que el acusado (dentro del supuesto de ser ciertamente la persona a quien refieren) había presentado en distintas épocas, algunos desórdenes de comportamiento, que no llegaron a comprometer su capacidad cognoscitiva ni volitiva.

Así, por caso, el documento del folio 224 que relata una consulta atendida cuatro años antes de su expedición, refiere que atendió a Isaías Eduardo Forero en 1985 por intoxicación alcohólica y posible adicción a drogas. Sin embargo de sostenerse que quien certifica era el "médico de cabecera" del reconocido, sólo entonces recomienda a la familia una interconsulta psiquiátrica que al parecer no se ameritó, pues desde entonces los documentos pasan a diciembre de 1986, un mes más tarde de ocurridos los hechos. Para entonces, y sin que el documento identifique siquiera a quien lo extendió y de él se hace responsable, pues sólo contiene una firma ilegible, aparece una valoración psicológica dirigida al "Dr. Eduardo Lourido", pero en ella tan sólo se reportan valoraciones que explicitan tendencias del paciente a la introspección y las soluciones especulativas, con una serie de datos que apenas aproximan como impresión diagnóstica una "personalidad limítrofe asociada a un probable disturbio sicológico" -folios 225 y 226-. Este en suma, sería el único dato que

pese al cuestionamiento de su origen, vendría a contar con fundamento, pues luego se agrega una certificación presuntamente expedida por el psiquiatra Eduardo Lourido de la cual llama la atención la omisión de cualquier afirmación alusiva a enfermedad mental del señor *Forero*, pues recurriendo a términos jurídicos que no médicos, se sostiene en ella, sin el menor apoyo explicativo ni copia del historial clínico, que el paciente había sido internado para tratamiento por "trastorno mental".

Si la precariedad formal de los documentos que sirvieron de base a la solicitud de la defensa, podía en verdad superarse dento del principio de oficiosidad y las amplias facultades que otorga la ley al juez en la dirección de la audiencia pública, y a sabiendas de que la interpretación de la ley procesal debe guiarse indefectiblemente por el criterio de la prevalencia del derecho material y de las garantías reconocidas a los intervinientes procesales (Artículo 11 del Código de Procedimiento Penal), ha de reconocerse que por su contenido, esos elementos allegados no modificaban la realidad probatoria ya obrante en el plenario, ni implicaban la necesidad de la valoración médico-psiquiátrica del acusado, pues, repítese una vez más, no es de la esencia del proceso la discusión sobre el estado de salud del procesado, sino su capacidad para comprender la ilicitud de la conducta típica, y para determinarse de acuerdo con esa comprensión, lo que indudablemente apunta como objetivo a la inimputabilidad, mas no a las medidas que sobre detención y modificación del tratamiento penitenciario resulten a posteriori incidentes respecto del mejor estar y recuperación del condenado como imputable, por lo general más propias del régimen carcelario que de la competencia del juzgador.

El cargo no prospera.

Resta tan sólo aclarar ante la inquietud que con el defensor comparte el Ministerio Público, alusiva al momento en que eventualmente se hubiese dado la invalidación del trámite en el caso en que la acusación hubiese prosperado, que bajo el entendimiento mayoritario de la Sala, una nulidad de la naturaleza de la alegada no puede quedar supeditada al arbitrio del acusado, para pretender que si éste concurre al proceso se invalidará lo actuado, pero si permanece ausente e imposibilitando el reconocimiento médico la actuación cobra validez, pues si lo que genera el vicio es la desatención del juez sobre las evidencias que le indican la posibilidad de que el acusado hubiese actuado bajo un estado de inimputabilidad, la averiguación correspondiente se impone, sea que el

implicado esté presente en el juzgamiento, ora que permanezca en contumacia, pues en éste último caso tampoco podrían imponerse penas si por otros medios de recibo dentro del principio de la libertad de prueba y distintos del reconocimiento médico logra determinarse que actuó dentro de las circunstancias previstas en el artículo 31 del Código Penal, será forzoso someterle a medidas de seguridad y no al descuento de penas. Cierto será que en éste último evento la pericia no resultará del mismo modo fácil de lograrse, más de esa dificultad jamás podría inferirse que el funcionario ha quedado relevado de cumplir con el deber impuesto, ni el acusado ausente impuesto a que se le condene a unas medidas diferentes de aquellas que correspondan con el principio de legalidad.

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 de impugnación.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD - Reconocimiento médico e inimputabilidad
\ IMPUTABILIDAD - Reconocimiento médico
(SALVAMENTO DE VOTO)

La falta de reconocimiento médico, aún en el caso del procesado ausente, no es propiamente la ocurrencia de un vicio que cometido por las partes, pueda dejar de ser alegado en su favor.

Derrotada la ponencia que el suscrito Magistrado presentó a la Sala en este asunto, me permito manifestar mi disentimiento a lo resuelto por ella en forma mayoritaria, exponiendo los argumentos contenidos en el proyecto inicial así:

Se debe resaltar que la mayor parte del proceso se adelantó en ausencia del procesado Forero Romero por su voluntaria contumancia, pues sólo vino a ser capturado el 21 de mayo de 1990 y puesto a disposición del Juzgado 26 Superior el veintidós del mismo mes y año; pero en ese momento y desde el 16 de abril anterior, el proceso se encontraba en el Tribunal Superior surtiéndose la apelación contra la sentencia condenatoria.

La precedente aclaración, porque es preciso destacar que en tales circunstancias el juez nunca pudo decretar la experticia psiquiátrica, puesto que si el procesado estaba ausente, no tenía sentido ordenarla, sabiendo la imposibilidad física de llevarla a cabo. En tales condiciones no se puede hablar, como acertadamente lo destaca el Fiscal de la Corporación, de un vicio de actividad de los funcionarios jurisdiccionales, pero cabe preguntarse si en estas circunstancias se podría pensar en la existencia de una nulidad, tal como lo demanda el recurrente, avalado por el criterio de nuestro Colaborador Fiscal. Pues bien, desde una perspectiva puramente formalista, en principio debería rechazarse la invalidación del proceso, en vista de que no es posible predicar vicios de actividad en la intervención de los funcionarios jurisdiccionales, puesto que fue precisa-

mente el procesado quien con su contumancia hizo imposible la práctica de la prueba; ausencia y omisión que ahora se destacan para alegar la nulidad del proceso.

Lo anterior es completamente cierto, pero ello no quiere decir que la nulidad pregonada deba descartarse sobre tal argumentación, porque la verdad es que la finalidad del derecho procesal es la efectividad del derecho material, principio rector de trascendental importancia consagrado en el artículo 1. del Código de Procedimiento Penal, el cual establece:

> "En la interpretación de la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que en él intervienen".

Y es tal su preponderancia, que adquirió jerarquía constitucional en la nueva Carta, cuyo artículo 228 preceptúa:

> "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...*" (Cursiva fuera de texto)

Lo anterior es apenas lógico, porque a pesar de haberse superado en la doctrina la vieja división de un derecho sustancial y uno adjetivo, la concepción jurídica ha de parangonar la gramática; ello significa que al igual que en el lenguaje, el sustantivo es la parte principal de la oración, mientras que el adjetivo siempre irá como suplemento y accesorio del anterior.

Con todas las variaciones doctrinarias, hoy se admite que se trata de dos disciplinas autónomas que se complementan entre sí; y lo cierto es que el derecho procesal sigue siendo fundamentalmente instrumental, esto es, el medio por el cual se concreta la aplicación del derecho sustantivo; es la herramienta que permite realizar, en el mundo de los fenómenos, las previsiones de las normas materiales. Y si ello es así, resulta incontrovertible que en la aplicación del derecho a un caso concreto, bajo ninguna circunstancia lo material puede ser inaplicado o malinterpretado so pretexto de que el procedimiento lo impide, o que las formalidades de éste -por ser sistemáticamente ritual- imposibilitan la aplicación o reconocimiento de las previsiones de las normas materiales.

Son estos los fundamentos de la razón de ser el principio rector comentado, y ahora de la disposición constitucional cuya existencia tiene sobrada justificación, porque sería verdaderamente inconcebible, que lo instrumental dominara lo esencial, que es exactamente el contenido del derecho penal material.

Dentro de tales preceptivas, y habiéndose reconocido que no existe un vicio de actividad, puesto que si la experiencia psiquiátrica no fue practicada, lo fue única y exclusivamente por responsabilidad del interesado; pero no se trata propiamente de aquellos vicios que, cometidos por las partes, no pueden luego éstas, alegarlo en su favor, como en el clásico proverbio que impide la alegación de la nulidad por quien ha contribuido a crear el vicio y que se expresa diciendo que nadie puede alegar en su favor la propia torpeza. En este caso no sería aplicable ese tipo de sanción, porque por encima de las formalidades propiamente procesales, está la filosofía política que orienta la ley penal material que debe predominar sobre lo instrumental constituído por el proceso penal, como claramente se expresa en los principios rectores y en la propia Constitución.

Las anteriores reflexiones, porque ha sido voluntad del legislador, que al deducir juicio de responsabilidad contra las personas imputables, es decir aquellas que ejecutan la acción delictiva con clara comprensión de la antijuridicidad de la conducta y libre determinación de realizarla, debe aplicárseles una pena, una de cuyas funciones es la de la retribución; por el contrario aquellas personas que por cualquier circunstancia transitoria o permanente realizaren la conducta delictiva sin la comprensión de la antijuridicidad de la misma o sin su libre determinación, como consecuencia de intoxicaciones o de trastornos mentales, al deducírseles la autoría, debe imponérseles una medida de seguridad cuya finalidad es fundamentalmente curativa.

Es decir que la determinación de la calidad de imputable o inimputable es trascendente dentro del proceso penal, porque de ello depende que el procesado de acuerdo a la circunstancias personales sea castigado con una pena, o se le imponga una medida de seguridad, que implique someterlo a tratamiento psiquiátrico con el objetivo de obtener su curación; es decir, que mientras al uno se le retribuye con un mal, por el que él a su vez causó, al otro se lo considera como un enfermo que debe recibir los tratamientos que como tal corresponden.

Es precisamente por la trascedencia de las consecuencias previstas en la ley material para la calidad de imputable o inimputable, que

concordantemente se disponen con objetivos de la investigación entre otros, establecer "los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal", y "las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía, sus condiciones de vida".

Lamentablemente el Código Procesal actual no repitió la norma específica que a este respecto existía en el anterior; se hace referencia al artículo 411 que disponía:

> "Desde el momento mismo de la captura, y tan pronto como el funcionario de Policía Judicial o el instructor observen en el procesado indicio de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del C.P., o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenarán su examen por los peritos médicos".

Pese a la ausencia del precepto transcrito y cuya omisión ha de entenderse como un caso de verdadero olvido, la situación procesal no cambia respecto a la realización del derecho material, porque con las existentes previsiones legales sobre los objetivos de la investigación, es claro concluir que dentro de la obligación que tiene el juez de efectuar una investigación integral, está incluído el deber de practicar la prueba psiquiátrica.

En el caso *subjudice*, independientemente de que el peritaje no se hubiera practicado por culpa y responsabilidad del propio interesado, la sola posibilidad de que un enfermo mental sea castigado con una pena en vez de ser remitido a un anexo psiquiátrico para recibir el tratamiento adecuado, lleva a concluir que la nulidad debería ser declarada, tal como lo demanda el censor y lo corrobora el Colaborador Fiscal, porque como se ha dicho con insistencia, en la situación actual implicaría un claro desconocimiento de las finalidades políticas del derecho penal material y el incumplimiento manifiesto de los principios rectores y del mandato constitucional al que antes se aludió.

Lo anterior porque existen indicios, representados en experticias médicas realizadas por médicos particulares que abren la posibilidad de que nos encontremos ante un inimputable.

Esta decisión es la reiteración de la jurisprudencia de esta Corporación que en situaciones similares ha decretado la nulidad del proceso por

ausencia de la mencionada prueba, en aquellos casos en que existían indicios de una posible inimputabilidad. Recordemos algunas de estas decisiones:

El once de agosto de mil novecientos ochenta y uno, con ponencia del Doctor Reyes Echandía se dijo:

> "De conformidad con el artículo 411 del Código de procedimiento Penal el funcionario dispondrá reconocimiento psiquiátrico al procesado respecto del cual existan elementos de juicio que permitan fundadamente suponer que cuando realizó el hecho se hallaba en situación de trastorno psicosomático. La razón de esta norma es la de que la alteración biosíquica de quien, afectado por ella, realiza comportamiento punible, puede configurar inimputabilidad cuando haya sido de tal naturaleza que le hubiese impedido comprender la antijuridicidad de su conducta o autorregularse conforme a dicha comprensión; y reconocida la existencia de tal fenómeno en el procesado a quien se le imputa hecho típico y antijurídico y a quien, por lo mismo, se le llama a responder, de él desprendese dos consecuencias importantes: una de orden procesal, en cuanto a la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención de jurado aun respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, referida a la consecuencia punitiva del delito, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad.
>
> Cuando a sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen psiquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario -con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquier otro delito que lo requiera- incúrrese en nulidad constitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con preterm isión de las formas procesales legalmente preestablecidas, independientemente de que el juicio culmine con sentencia absolutoria o condenatoria. Pero cuando la omisión de examen psiquiátrico ocurre respecto de sujeto en relación con el cual en el decurso de la actuación procesal no se evidenció ninguna alteración psicosomática que hubiese influído en la realización del hecho punible que se le imputó, y sometido a juicio ordinario con intervención del jurado de conciencia se lo absuelve por falta de pruebas o porque se demostró que actuó en situación de atipicidad, de justifica-

ción o de inculpabilidad, no hay lugar a reconocimiento de nulidad, porque la supuesta irregularidad resultó a la postre jurídicamente irrelevante.

No quiere esto significar que las nulidades de rango constitucional hayan sido creadas en beneficio particular, ni que el cumplimiento de las formalidades propias del juicio sea exigencia de interés individual; lo que ocurre es que el interés público en el dispensamiento de una justicia ceñida a formas procesales preestablecidas para garantizar la equidad entre las partes y para proteger el derecho del sindicado a un juicio justo, no sufren menoscabo por alteraciones u omisiones del rito procesal que dejan incólumes aquella garantía y este derecho".

Igualmente el trece de octubre de mil novecientos ochenta y dos, también con ponencia del Doctor Reyes Echandía se afirmó:

"Entiéndese por imputabilidad la capacidad de conocimiento y comprensión que en el momento de la realización del hecho típico tiene el agente sobre la antijuridicidad de su acción u omisión y la de autoregularse de conformidad con esa comprensión; al primer aspecto del fenómeno dice relación al necesario conocimiento que el sujeto ha de tener de que está vulnerando con su propio comportamiento y sin justificación legítima el interés jurídico penalmente tutelado por el tipo dentro del cual aquel se subsume; el segundo se refiere a la humana libertad para actuar en sentido antijurídico pudiendo y debiendo comportarse diversamente.

Inimputable es, al contrario, la persona que al realizar la conducta típica no estaba en condiciones de conocer y comprender su antijuridicidad o de autoregularse de acuerdo con dicha comprensión por inmadurez sicológica, trastorno mental o fenómenos socio-culturales; la presencia comprobada de una cualquiera de estas fuentes le impide al sujeto darse cuenta de que está destruyendo, disminuyendo o poniendo en peligro determinado interés jurídico típicamente protegido por fuera de las situaciones en que pudiera haberlo lícitamente, o lo inhabilita para comportarse de manera jurídica o jurídicamente indiferente a pesar de percatarse de la ilicitud de su conducta. Esta condición personal del agente le impide actuar con culpabili-

dad dolosa, culposa o preterintencional ya sea por falta de conciencia real o potencial de la antijuridicidad de su acción u omisión, ora por ausencia de libertad para poder comportarse lícita o ilícitamente, presupuestos sin los cuales no es posible imputar a alguien conducta típica y antijurídica a título de una cualquiera de estas formas de culpabilidad, ni deducirle responsabilidad penal concretable en la imposición de una pena. A este fenómeno así entiendo se refiere el artículo 31 del actual Código Penal, con expresa mención de la inmadurez sicológica y del trastorno mental como fuentes de inimputabilidad.

El trastorno mental allí indicado es aquella alteración sicosomática que el sujeto sufre en el momento del hecho, de tan profunda intensidad, por tal modo convulsionador de sus esferas intelectiva, volitiva o afectiva que le impide -como ya se advirtió- darse cuenta de la ilicitud de su conducta o determinarse conforme a dicha comprensión. Puede tratarse de una anomalía biosíquica ubicable dentro de la sintomatología clínica propia de una verdadera sicosis, de una grave forma de sicopatía o de una compleja modalidad siconeurótica; pero también es posible que una excepcional y honda aunque pasajera conmoción emotiva que obnubila la conciencia o una también transitoria, pero igualmente profunda alteración del intelecto y de la volición, generada por ingestión de bebidas embriagantes o de sustancias narcóticas o estupefacientes. Cuando el consumo de tales bebidas o sustancias se trata, el trastorno mental puede ser permanente si su asidua y prolongada ingestión ocasiona intoxicación crónica, o pasajera cuando en breve término se han ingerido dosis excesivas, o cuando un consumo aún normal de licor ha convulsionado el sistema nervioso central de una personalidad ya predispuesta, como ocurre en la llamada ebriedad patológica.

Lo que importa en esos no es, entonces, el origen mismo de la alteración biosíquica, sino su coetaneidad con el hecho realizado, la magnitud del desequilibrio que ocasionó en la conciencia del actor y el nexo casual que permite vincular inequívocamente el trastorno sufrido a la conducta ejecutada. Para realizar tales comprobaciones es necesario disponer la práctica de peritaciones siquiátricas siempre que en el curso de la investigación aparezcan datos que permitan fundadamente suponer

que el sindicado actuó en situación de inimputabilidad por trastorno mental; esa es la razón de ser del artículo 411 del Código de Procedimiento Penal. La importancia de su cumplimiento radica -como ya lo ha advertido esta Sala- en que reconocida la inimputabilidad del procesado a quien se le imputa conducta típica y antijurídica y a quien, por lo mismo, se le llama a responder de ella, despréndese dos consecuencias notables, a saber: 'una de orden procesal, en cuanto la audiencia del plenario se hará siempre sin intervención del jurado aún respecto de delitos que ordinariamente lo requieren, y otra de naturaleza sustancial, pues que sólo podrán imponérsele medidas de seguridad'. Por eso 'cuando a sujeto inimputable por trastorno mental no se le practica examen siquiátrico y se adelanta en su respecto proceso ordinario -con intervención de jurado en caso de homicidio o de cualquiera otro delito que lo requierra- incúrrese en nulidad consitucional porque se sustrae al procesado de sus jueces naturales y se le juzga con pretermisión de las formas procesales legalmente preestablecidas' (casación de 11 de agosto de 1981)".

En providencia de noviembre 15 de mil novecientos ochenta y tres, el Doctor Pedro E. Serrano Abadía, manifestó:

"El art. 411 del C. de P.P. sobre 'examen del sindicado por parte de peritos médicos', dispone que 'Desde el momento mismo de la captura, y tan pronto como el funcionario de policía judicial o el instructor observen en el procesado indicios de que se halla en cualquiera de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o que se encuentre en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconciencia, ordenarán su examen por los péritos médicos'.

Agrega dicha disposición que 'igual diligencia deberá ordenarse, con el sindicado respecto de quien no sea procedente la captura, aun antes de tomársele indagatoria' y que 'si el sindicado se negare a ser examinado, deberá dejarse constancia de ello en el proceso' y, finalmente, que 'sin perjuicio de este reconocimiento, el funcionario recibirá información del estado síquico del procesado a las personas que pudieren dar detalles más precisos por razón de sus circunstancias especiales o de las relaciones que hayan tenido con aquel procesado, antes y después de haberse ejecutado el hecho'.

Guardan relación con la norma en cita los artículos 309, 335 num. 5o y 412 del C. de P.P. que se refieren a la definición de sumario, al objeto de la investigación y a la indagación de antecedentes y personalidad del procesado. La referencia al art. 29 del C.P. de 1936 debe considerarse ahora por los artículos 31 y 32 del C.P. de 1980 aunque este último no regía para la época de consumación de los hechos aquí juzgados.

La interpretación jurisprudencial para el art. 411 que se deja transcrita ha sido constante y dice así: "El art. 411 del C. de P.P. contiene una obligación facultativa para el funcionario de instrucción, condicionada al hecho de que si en la persona del procesado se descubrieren u observaren indicios de que padece de una grave anomalía síquica o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa, puede ordenar la práctica de la prueba tendiente a determinar ese hecho. Establecida en principio la grave anomalía síquica, es indudable que surge la obligación para ordenar la práctica de la prueba; pero la circunstancia de que el procesado, al rendir la indagatoria, manifieste que no recuerda los hechos por los cuales se le interroga, no constituye indicio alguno para que, perentoriamente, se averigüe un dato que en la mayoría de los casos está ausente de la realidad procesal' ".

Posteriormente, el nueve de julio de mil novecientos ochenta y seis, con ponencia del Doctor Guillermo Dávila Muñoz, se dijo:

"El artículo 411 del Código Procesal penal en el cual se fundamenta el cargo, impone al juez o al instructor, desde el momento de la captura, la obligación de someter al procesado al examen psiquiátrico para establecer su normalidad mental, cuando conforme al conocimiento que tengan a través del proceso o de las pruebas allegadas consideren que existe base para inferir que pudo hallarse en el momento del hecho en estado de trastorno mental o que permitan reconocerlo como inimputable.

Si existiendo indicios de anormalidad o perturbación en el procesado, se omite el dictamen médico, se pretermite una forma del juicio, que por ser sustancial, genera la correspondiente invalidez con fundamento en la norma constitucional, dado que según su resultado puede determinar un distinto trámite procesal y la aplicación de medidas especiales, como son las de seguridad.

Lo anterior supone que el fallador debe hacer análisis suficiente del proceso y que si se concluye que no se presenta la situación cuestionada, no hay razón para ordenar la prueba referida. Ni de su negativa puede derivarse consecuencia alguna, toda vez que no existe lesión alguna de las garantías procesales que la ley reconoce al acusado".

Con ponencia del Doctor *Guillermo Duque Ruiz* de fecha once de agosto de mil novecientos ochenta y nueve se afirmó:

"En vigencia del Código de Procedimiento anterior al actual, la Corte, con apoyo en el artículo 411 del referido estatuto, siempre mantuvo su jurisprudencia de que cuando existían indicios de una posible inimputabilidad del procesado, el no sometimiento de éste a un examen médico generaba una violación del debido proceso y por ende se configuraba una nulidad de carácter supralegal.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, a pesar de que no se hubiera consagrado de manera expresa en ninguna de sus normas la obligación de la pericia médica, cuando existieren indicios suficientes que permitieren inferir que el procesado al momento de jecutar (sic) el hecho típico se encontraba en situación de inimputabilidad, esta sigue siendo una ineludible obligación del juez, que aunque no tiene anclaje en una norma que de manera específica (sic) la consagre, surge con claridad de la estructura misma del hecho punible, de sus consecuencias y de la naturaleza y fines del proceso. Por estas razones no era necesario el nuevo Código de Procedimiento Penal reiterara el contenido del 411, que dentro de esta perpectiva resultaba absolutamente superfluo y por ello también la omisión de la experticia médica en las condiciones ya indicadas sigue implicando una violación del debido proceso y por tanto da lugar a la nulidad de la actuación.

Pero, es preciso destacar, que la omisión de la pericia médica únicamente constituye causal de nulidad, como reiterada y pacíficamente lo ha sostendido esta Sala, cuando existen indicios serios sobre la inimputabilidad del procesado al momento de jecutar (sic) el hecho típico. En ausencia de estos indicios, debe considerarse que el acusado cuando realizó la conducta

criminosa estaba en pleno goce de sus capacidades para comprender la ilicitud de su comportamiento y para determinarse de acuerdo con esa comprensión; por ello resulta in cesario (sic) ordenar el reconocimiento médico de todo procesado, y por la misma razón el omitirlo, en estas circunstancias, jamás puede considerarse como una violación al debido proceso".

Con ponencia del Doctor Jorge Enrique Valencia del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa, la Sala afirmo:

"I. El cargo radica basilarmente en que al no haberse dispuesto examen médico psiquiátrico a la procesada se vulneraron las formas propias del juicio -nulidad contemplada expresamente por normas positivas- incurriéndose en causal de invalidez cuya declaración por consiguiente se solicita.

Aunque no existe disposición manifiesta en el actual ordenamiento procesal como la contenida en el anterior (art. 411 C.P.P. derogado), es de toda verdad que la evaluación médica indicada resulta inexcusable cuando en el expediente subsisten indicios que patentizan que el acriminado pudo encontrarse o se hallaba al momento de realizar el injusto en estado de perturbación o anomalía psíquica, dado el diferente tratamiento legal que debe aplicarse en uno y otro supuesto lo que traduce -en caso de establecerse la inimputabilidad- la aplicación de medidas de seguridad de muy diferente naturaleza y fines al régimen ordinario de sanciones (art. 12 y conc., C.P.).

La consecuencia de omitirse una prueba tal -cuando existe sostén suficiente para disponerla y realizarla- no es otra que la de nulidad dirigida a preservar los derechos del inculpado y a que se aplique consecuentemente el tratamiento legal que corresponde a su estado una vez se demuestra que efectivamente se hallaba en situación de anormalidad mental y, por ende, de inimputabilidad.

"Por el contrario, no puede existir irregularidad ni generarse invalidez, cuando del proceso no resulta indicio o fundamento alguno para disponer tal prueba que de realizarse constituiría una forma de actuación innecesaria, dado que no se ha puesto en entredicho la total normalidad del procesado.

II. En este comentado sentido es clara y reiterada la jurisprudencia de la *Corte* -concretamente en innumerables fallos de casación- entre lo que se destacan los citados tanto por el recurrente como por el Ministerio Público. A fin de cuenta para que se abra paso el reconocimiento de un estado de inimputabilidad debe el juzgado colombrar en el proceso bases significativas de probable verdad que lo corroboren. Con lo cual se atirba una postura más que correcta".

A juicio del suscrito Magistrado no podría decretarse la nulidad demandada con base en las previsiones del artículo 305.2 cuando dispone como causal de la misma "la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso", porque como ya se ha insistido de manera reiterada, en el caso *subjudice* no puede hablarse de un vicio de actividad de la judicatura, como que no se observan anomalías en su desarrollo, puesto que cuando el procesado fue capturado, los períodos probatorios del proceso se habían superado y era imposible la realización de la experticia psiquiátrica; por ello, mal puede hablarse de la comprobada existencia de irregularidades que afecten el debido proceso.

Ante esta realidad, la nulidad del proceso ha debido decretarse desde la perspectiva constitucional y concretamente partiendo de la previsión del artículo 228 la nueva Carta, en cuanto dispone la prevalencia del derecho "sustancial" sobre las formalidades procesales, porque en realidad nos encontramos en presencia de una clara violación de la norma constitucional, al disponerse, contra lo previsto, la prevalencia de las ritualidades sobre los aspectos materiales del derecho penal.

Estas las razones de mi disentimiento.

Edgar Saavedra Rojas, Magistrado.

REVISION - No procede en contravenciones

La vía extraordinaria de Revisión ha sido establecida para las sentencias que se profieren por la comisión de delitos, que son los hechos punibles que conocen los Jueces. No es pertinente en Contravenciones.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 46

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide sobre la admisibilidad de la demanda de Revisión instaurada en nombre de José Libardo Quiroga Espitia, condenado por una Defraudación contra el Patrimonio económico.

La Demanda de Revisión:

Debidamente facultado mediante el respectivo poder, el doctor Jhon Dairo Quiroga Espitia, presentó demanda de revisión del proceso penal en el cual el Juzgado 19 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de abril de 1990, condenó a José Libardo Quiroga Espitia a la pena de tres (3) meses de arresto como autor del delito de Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, cometido contra el patrimonio de Rodolfo Baulista Olivares, copia autenticada de la cual se anexó al libelo, con la constancia de su ejecutoria.

El actor invoca la causal de revisión establecida en el artículo 231.2 del Código de Procedimiento Penal, esto es, discutiendo la calidad de querellante legítimo en el denunciante Rodolfo Bautista Olivares.

Consideraciones:

En punto a resolver la admisibilidad del recurso extraordinario de revisión que se demanda ante la Sala el primer aspecto que se debe considerar es el de la naturaleza del hecho punible por el cual fue condenado José Libardo Quiroga Espitia, por cuanto por la época en que se produjo la sentencia, abril de 1990, el "aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito" era un delito tipificado en el artículo 361 del Código Penal; sin embargo, a partir del 21 de marzo de 1991, con la expedición de la Ley 23, denominada de "Descongestión de los despachos judiciales", y por disposición de su artículo 1o., numeral 17, esa conducta se convirtió en contravención y la competencia de su investigación y juzgamiento se transfirió a las autoridades de policía.

La reglamentación del Recurso Extraordinario de Revisión que hoy rige en el Código de Procedimiento Penal no contiene una norma que expresamente descarte este medio de impugnación con respecto a las contravenciones de Policía, como sí la había en la legislación anterior, en la cual se imponía al demandante la obligación de determinar "el delito o delitos" que hubieren dado lugar al fallo impugnado (art. 585).

Por el contrario, el actual artículo 233 del estatuto de procedimiento penal exige que el libelo contenga "el hecho o los hechos punibles que motivaron el fallo y el proceso", abriendo la posibilidad teórica de que conforme al art. 18 del Código Penal pudiera instaurarse este recurso extraordinario frente a fallos contravencionales. Aún más teniendo en cuenta que a excepción de la causal primera, que se refiere específicamente a un "delito", las demás omiten cualquier referencia al tipo de hecho punible objeto del fallo que se quiere impugnar.

Sin embargo, no es verdad que tal posibilidad exista, pues las restantes disposiciones reglamentarias del trámite del recurso extraordinario restringen el marco de su aplicación a los procesos penales que se han tramitado ante los "jueces"; es así como el artículo 233.1 impone al actor la obligación de identificar "los juzgados" que hubieren fallado el proceso, y el artículo 239 establece que si la Sala de Casación Penal de la Corte encuentra fundada la demanda, ha de devolver el proceso al "juzgado" de la misma categoría al que produjo el fallo impugnado.

De esta manera queda dilucidado que la vía extraordinaria de Revisión ha sido establecida para las sentencias que se profieren por la comisión de delitos, que son los hechos punibles de los cuales conocen los jueces.

Ahora bien, en este caso, como ya se advirtió, el fallo lo profirió un Juez Penal Municipal cuando la conducta era considerada por la ley como delito, pero por disposición de la misma, actualmente es una contravención policiva. No obstante ello no significa que en este caso específico sea procedente el recurso de revisión, pues las normas que disciplinaron el tránsito de legislación y el cambio de naturaleza de las infracciones no modificaron la competencia de la Corte en esta materia.

A este respecto ya la Sala, con ponencia del Magistrado Torres Fresneda, se había pronunciado en decisión proferida el 20 de febrero de 1992, al expresar que:

> "Refiriéndose a la competencia, el Decreto 800 de 1991 reglamentario de la aludida Ley (23 de 1991) la atribuyó para el conocimiento de 'las actuaciones y procesos' a los Inspectores de Policía, y a falta de éstos a los Alcaldes en la primera instancia, y a los últimos, según el caso, o a los Gobernadores, para el conocimiento de la alzada, fijando nuevos ritos que derogando expresamente las disposiciones pertinentes de la Ley 2a. de 1984 y el Capítulo XII del Decreto 522 de 1971, preveen la remisión de las actuaciones en curso a los nuevos despachos competentes, con la sola salvedad de que los trámites hasta allí cumplidos quedarán a salvo, sin llegar a variar para nada la competencia de la Corte con relación a la acción de revisión, ni prever las consecuencias del tránsito de normas en lo atinente a esta impugnación extraordinaria.
>
> "Como de lo visto se infiere que no se limitó el legislador a señalar un simple cambio de procedimiento, en cuyo caso operarían las previsiones del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 obligando a concluir los ya iniciados bajo el rito dentro del cual se impulsaron, ni al señalamiento de nuevas competencias que impusieran su traslado a los despachos que reciben ahora el conocimiento, la variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja para el caso en estudio consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito del recurso extraordinario a decidir, para cuya definición pierde la Corte facultades ..."

"...

"La variante que para el caso presente se ofrece, implica justamente esa pérdida de competencia, sin que proceda siquiera la remisión del asunto a definición por parte del Tribunal Superior de Bogotá, porque el derogar el artículo 17 de la Ley 23 de 1991 el capítulo XII del Decreto 522 de 1971, dejó también sin operancia el artículo 103 que consagraba la acción de revisión para contravenciones, acción que las nuevas disposiciones no consagran".

En las anteriores condiciones se concluye que el recurso extraordinario de revisión instaurado en representación de José Libardo Quiroga Espitia es improcedente y por lo tanto se rechazará *in limine* la respectiva demanda.

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

Resuelve:

Rechazar in limine la demanda mediante la cual se propone el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 19 Penal Municipal de Santafé de Bogotá contra José Libardo Quiroga Espitia como autor de una defraudación contra el patrimonio económico.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (No): Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ARMA - Tatuaje, factores que inciden en su formación
\ DICTAMEN PERICIAL

El tatuaje dejado por un arma de fuego es consecuencia de numerosos factores, incluidos la conservación y la clase de pólvora, por esa razón sólo al juez corresponde analizarlos y aceptar o rechazar el dictamen pericial.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidos de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado Acta No. 47

Vistos:

Por sentencia del 8 de noviembre de 1990 del Juzgado Catorce Superior de Bogotá se condenó el procesado *Misael Orjuela Villalobos* a la pena principal de 10 años de prisión como responsable de la muerte violenta de Ubaldo Bernal Moreno.

La anterior decisión fue confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá el 1 de marzo de 1991

Interpuesto el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda se declaró ajustada y se escuchó el concepto del Ministerio Público quien solicitó no se casara la sentencia impugnada.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Sucedieron el 12 de Febrero de 1988 en la vereda las Margaritas del Municipio de Usme, en la tienda del señor Manuel Vargas Romero, cuando en grupo ingerían licor unos amigos entre los cuales se suscitó una discusión, por considerar uno de los presentes -el procesado- que la música que escuchaban de un casette era de mejor calidad qua la que en ese momento tocaba el grupo dirigido por Raúl Vela. Orjuela Villalobos asumió una actitud agresiva que manifestó haciendo un disparo al suelo, razón por la cual Vela abandonó el sitio de los acontecimientos, pero prosiguió su acometida contra el hoy occiso Ubaldo Bernal, a quien ocasionó la muerte, sin que de parte de este se hubiera presentado la más mínima reacción o actitud ofensiva.

Actuación Procesal:

Por auto del 13 de Febrero de 1988 el Juzgado 100 de Instrucción Criminal Permanente dió apertura al proceso.

Indagado Misael Orjuela Villalobos el 25 de abril de 1988, se decretó su detención el 26 del mismo mes y año.

Por auto del 9 de junio de 1988 se decretó el cierre de la investigación.

El proveído del 7 de Julio de 1988 contiene la resolución de acusación dictada contra el indagado por el delito de homicidio.

Por dictamen balístico del 1o. de Noviembre de 1988 se concluyó que el disparo mortal había sido por rebote inicial contra el piso del establecimiento donde sucedieron los hechos.

El 6 de junio de 1989 se amplió la indagatoria al procesado en la diligencia de audiencia pública, que dio como resultado un veredicto absolutorio del jurado de conciencia.

Solicitada la contravidencia del veredicto por la Fiscalía, fue decretada por auto del 12 de junio de 1989, en el que se rechazó el dictamen balístico con argumentaciones de este talante:

> "De donde se desprende de acuerdo con las leyes más elementales de la física, que si en verdad el proyectil hubiera re-

botado desde el piso contra el cual supuestamente se hizo, la trayectoria del mismo el penetrar el cuerpo de la víctimsá habría sido en ese caso inferosuperior (de abajo hacia arriba), y no descendente como lo demuestra el protocolo de necropsia, si que también habría aparecido el correspondiente impacto en el piso, evento en el cual con el auxilio de tales elementos de juicio podría llegarse a la conclusión del rebote de la bala. Empero, al no ser hallado en el lugar de los hechos, otro impacto distinto del primer disparo efectuado por el procesado, respecto al cual todos los presentes concuerdan en que lo hizo contra el piso y, además, establecido como se encuentra que el proyectil causante de la muerte siguió un recorrida (sic) de arriba hacia abajo, trayectoria ciertamente extraña para una bala que rebota sobre el piso, pues partiendo desde aquí no se compadece que al penetrar en la víctima invierta su recorrido y descienda, todo lo cual significa que el supuesto "rebote" de la bala en realidad no existió y, en consecuencia, que le asiste razón a la Fiscalía cuando al solicitar la contraevidencia del veredicto, formula serias críticas al dictamen pericial efectuado en el término probatorio de la causa a solicitud de la defensa, el cual fundado principalmente en que el plomo examinado tenía algunas partículas de sangre, concluyó que fue el que produjo la muerte de la víctima y en especial, que había penetrado siguiendo una trayectoria caprichosa, porque

"...Las trayectorias por lo general son anormales y pueden seguir cualquier dirección, debido a la fuerza del impacto, máxime cuando se trata de incidencia de un elemento como el cemento. Por tal razón puede estar correlacionada (la trayectoria) con el orificio de entrada y salida..." Agregando que el proyectil analizado, probablemente hizo blanco inicial en cuerpo de mayor consistencia (cemento), como lo muestra su aplastamiento, para luego por rebote del mismo, proyectarse en forma ascendente y penetrar en la humanidad de una persona, dada la impregnación de sangre en el mismo.

Como lo anota con razón la Fiscalía, el único plomo hallado en el teatro de los hechos, tenía que ser el primeramente disparado por el procesado contra el piso, y éste, como fue el único encontrado, fue el examinado por la pericia, naturalmente en estado de total aplastamiento, precisamente a causa del

impacto contra el cuerpo de mayor consistencia (cemento del piso), y si bien apareció con algunas partículas de sangre, muy escasa por cierto, no significa que hubiera sido el que penetró el cuerpo de la víctima, pues aparte de que se encontró a los pies de la misma, y de ahí su ligera impregnación de sangre, es lo cierto que hubo otro impacto en la ventana del establecimiento, cuyo plomo desapareció. Luego entonces, si el primer disparo se hizo contra el piso, y allí se encontró, no hay duda que el plomo examinado fue el correspondiente a dicho proyectil, y no el que se pretende como objeto del rebote contra el cuerpo del hoy interfecto, si se considera, como ya se dijo, que sobre el piso no apareció más que un impacto, vale decir, el correspondiente al plomo que allí mismo se encontró".

La anterior decisión fue confirmada por auto del 14 de diciembre de 1989 en el que se dijo:

"Vista así la situación procesal, no cabe duda que desde la misma etapa instructiva se había definido que el proyectil recuperado al momento del levantamiento era el primeramente disparado por el revólver que portaba el encartado y que no había causado daño a ninguna persona de las presentes aquella noche en que se desarrollaron los hechos. Pero, en forma equivocada, sobre el mismo se llevó a cabo dictamen pericial como si en verdad hubiera sido el generador de la muerte de *Ubaldo Bernal Moreno.*

Por consiguiente, cuando el apoderado representante de los perjudicados hace su solicitud de objeción de error grave, simplemente estaba formalizando una situación que hasta la misma Juez de primera instancia había apreciado y analizado, sirviéndole de pieza fundamental para declarar la contraevidencia de la primera veredicción. Y como todos los medios de prueba que apuntaban a demostrar que se había hecho incurrir en grave error el perito, pues se le hizo creer que estaba analizando el proyectil que había segado una vida, ya se encontraban dentro del plenario, es incuestionable que el peticionario no debía aportar mayores medios de prueba; se recalca, la Juez contaba ya con ellos al punto que los había estudiado en previa oportunidad.

Se concluye así por la Corporación, que en verdad adolece de ostensible error el dictamen pericial de folios 351 a 354 del primer cuaderno principal, de manera que con base en el art. 277 del Código de Procedimiento Penal así habrá de declararse, revocando por tanto la providencia impugnada.

Finalmente, aunque como se ha venido reseñando todos los medios de prueba apuntan a señalar que el proyectil hallado y sometido a pericia no fue el que interesó el cuerpo de la víctima, la Sala para no limitar en lo más mínimo el derecho de defensa, dispondrá se practique por perito diverso nuevo dictamen de balística, a quien se le dejará a disposición todo el recaudo probatorio para que cuente con los suficientes elementos de juicio..."

Realizado el segundo dictamen balístico ordenado, se dice que dado el diámetro del proyectil examinado, el orificio de entrada en la región craneana ha debido ser más amplio que el que se registra en la diligencia de necropsia; que por haber ingresado a la bóveda craneana el proyectil ha debido presentar adherencias de tejidos orgánicos; que cuando el disparo se hace a menos de un metro se presenta tatuaje.

Patología determinó que el proyectil examinado no presentaba adherencias de tejidos humanos, sólo Sangre.

Realizada la segunda audiencia pública el 16 de octubre de 1990, se dictó Sentencia de primera instancia el 8 de noviembre de 1990 y de segunda el 1 de marzo de 1991.

Los Planteamientos de la Demanda:

Formula un cargo único contra la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por considerar que se ignoró por el sentenciador la existencia de dos pruebas, se deformó el contenido de otras dos y supuso la existencia de otras; errores que lo llevaron a aplicar indebidamente el artículo 323 del C.P.

En la fundamentación del mismo, dice que el juzgador para afirmar que el disparo fue hecho directamente sobre la víctima, rechaza la posibilidad de que hubiera sido de rebote, ignorando pruebas, imaginando otras y deformando el contenido de varias, porque, si los hechos

hubiesen sucedido como lo afirma el funcionario, el disparo habría dejado tatuaje por haber sido efectuado a menos de un metro de distancia, desconociendo de ésta manera la afirmación que en tal sentido se hace en el peritazgo.

Que además ha debido tenerse en cuenta que la bala recogida en el sitio de los acontecimientos tenía sangre impregnada, de donde se concluye que es la misma que el procesado disparó contra el piso por tener tambien rastros de cemento, haciendo luego impacto en la cabeza de la víctima.

Que tal prueba también fue desconocida por los juzgadores.

Que cuando el Juez afirma que la bala que rebotó contra el piso fue la primeramente disparada mientras que la segunda hizo impacto en la víctima y posteriormente perforó el vidrio de la ventana del establecimiento donde se sucedieron los hechos porque si hubiera sido consecuencia de un tiro de rebote, la dirección hubiera sido infero-superior y no superior inferior como aparece en el acta de necropsia; está suponiendo varios hechos y deformando otros porque en el segundo peritazgo se dice que el impacto fue consecuencia "de un rebote o de un disparo directo".

Que conforme al peritazgo, el orificio de la ventana fue producido al parecer por proyectil de arma de fuego y el experto se declaró imposibilitado para diagramar la trayectoria del disparo, sin que se hubiera determinado la altura del disparo en relación con el suelo; pero, a pesar de tales hechos probados, el juez supuso la altura de la ventana y deformó la prueba en cuanto atribuye la perforación de la ventana a un disparo de arma de fuego, cuando el perito afirma que al parecer aquella se produjo por esa causa.

Considera la censora que igualmente el fallador supuso otra prueba al determinar la trayectoria del disparo, en tanto que el perito manifestó imposibilidad de poderlo hacer; lo que a la vez implica el desconocimiento de que la bala recuperada tenía sangre.

Para terminar la recurrente expresa que como consecuencia de tales yerros se desconoció la duda en favor del procesado, que necesariamente surgía de tales hechos probatorios y se aplicó indebidamente el artículo 323 del C.P.

El Concepto del Procurador Delegado:

Solicita no se case la sentencia con base en la siguiente argumentación:

"Abriga la esperanza la demandante de que en la Corte triunfe la debatida y no aceptada tesis en la instancia en cuanto a que *Orjuela Villalobos* debe responder por homicidio culposo y no el simplemente intencional por el que se le condenó.

Empero, infortunamante (sic) para sus aspiraciones, visto el libelo y analizada la realidad de fallo, la conclusión es que éste debe mantenerse, pues lo denominado por la actora como manifiestos errores en la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal, no deja de ser más que una simple oposición de criterios entre el suyo particular y el de aquél en donde a toda consta (sic) pretende se desconozcan las serias y razonadas consideraciones de los juzgadores que, aún, sin la presencia de los dictamenes balísticos dieron por demostrado que el segundo disparo directamente hizo blanco en la cabeza del obitado.

Ciertamente, para el sentenciador, *Orjuela Villalobos* debe responder por *homicidio simple* porque en el proceso con fundamento en las versiones de los presenciales Morales Gutiérrez, Vargas Romero y Gutiérrez Díaz, con el plano y álbum fotográfico tomado durante la diligencia de levantamiento de cadáver, pero por sobre todo lo conceptuado por la patóloga forense en punto de la trayectoria del proyectil en la cabeza de la víctima, la versión exculpativa no tiene asidero como para fundamentar el homicidio culposo pregonado.

Para la demandante, en cambio, la ausencia de tatuaje, la presencia de sangre en la bala recogida en el escenario de los hechos, la imposibilidad que tuvo el perito en determinar la trayectoria del proyectil porque la altura de la venta (sic) por donde se dice salió la bala no se determinó, son circunstancias que permiten colegir cómo si es "posible" de que en verdad el segundo disparo producido por el procesado fue el causante "por rebote" de la muerte aquí investigada.

Como puede verse, básicamente el ataque se sustenta con apoyo en el segundo y último dictamen balístico en donde nuevamente el perito dejó traducir en su concepto que la dirección

trafda por el proyectil bien pudo tener como causa "un rebote" o un disparo directo, circunstancia que aprovecha la demandante para insistir la tesis de la culpa cuando lo cierto es que el Tribunal al conocer la apelación el auto que denengó la objeción intentada por el apoderado de la parte civil contra aquél primigenio* dictamen, descartó la posibilidad del rebote advirtiendo el yerro en que se hizo incurrir al perito al remitírsele para estudio el deformado proyectil recogido en el lugar de los hechos, afirmándosele que éste fue el causante de la muerte (fls. 37 y 38 primer cuaderno del Tribunal). *(sic).

Se comienza, entonces, a desboronar* la apreciación subjetiva de la impugnante frente a la objetiva del fallador que, con fundamento en las precitadas pruebas terminó por descartar la existencia del tan insistido rebote del segundo disparo producido por *Orjuela Villalobos.** (Sic).

Y así tenía que ser porque uno de los testigos, Regelio (sic) Gutiérrez Díaz, como lo pusiera de presente el *a-quo*, sostuvo bajo juramento la acción del procesado cuando dirigió el revólver "a la cabeza" de Bernal Moreno acestando el mortal disparo (f. 262), circunstancia acreditada en el protocolo de necropsia al establecer la patóloga forense una trayectoria "supero-inferior" indicando con ello que el disparo se produjo de arriba a abajo.

Es que si en verdad, como acertadamente lo entendió el Juzgado de primera instancia, el mortal disparo fue producto de un rebote, obvio era de esperarse el resultado de Medicina legal detallando una trayectoria infero-superior que en efecto no lo fue. Además, como también lo fija la sentencia, si dos disparos hubo contra el suelo, cuál la razón para que en éste no haya aparecido reflejado sino un solo impacto?. Algo más, si el deformado plomo recogido en la escena del crimen y posteriormente estudiado en los laboratorios atravesó (sic) el cráneo del (sic) víctima, por qué el resultado negativo para la presencia de tejidos orgánicos humanos?. Y lo más importante: el orificio de entrada descrito por la médico forense no se corresponde con el diámetro del deformado proyectil, pues la herida es de *0.5x1 cms.*, inferior a la medida del plomo que es de *17.2 mm.*, por eso con razón se puso de presente la siguiente aclaración por los expertos:

"...por tratarse de la región parietal izquierda y hallarse la piel cubriendo una superficie ósea (cráneo), generalmente la perforación debería ser más amplia con respecto a la parte más ancha que presenta el proyectil, fenómeno que no ocurre cuando se trata de orificios producidos en regiones blandas, que es cuando se observa que el orificio de entrada es inferior al diámetro que presenta la base del proyectil que la causó". (fl. 143 segundo cuaderno del juzgado).

Frente a esta evidencia probatoria y a las conclusiones de ella derivada con recto y lógico juicio jurídico, se oponen las apreciaciones particulares de la demandante, quien reviviendo una equivocada afirmación pericial y analizando parcialmente el caudal probatorio, enuncia la existencia de unos yerros a la postre insuficientes como para dejar sin valor el fundamento de la sentencia de la que se tiene dicho por la jurisprudencia llega a la Corte acompañada de la doble presunción de legalidad y acierto, correspondiendo a los impugnantes, atendiendo la técnica que exige el ejercicio de este recurso extraordinario, desvirtuarlo, atacando en su totalidad todos los medios de convicción sustentadores de la decisión acusada, pues de persistir por lo menos uno, inexorablemente el fallo debe mantenerse.

Aquí, la circunstancia de presencia de sangre en el plomo recuperado no fue ignorada por el juzgador. A ella se hizo referencia cuando se desacartó (sic) que el proyectil recogido en el establecimiento "al pie del cadáver", haya sido el causante de la mortal lesión. Además, tampoco es cierto que se haya dado por establecido sin estarlo que el orificio detallado en uno de los vidrios de la ventana le causó la salida del proyectil. Al respecto otro de los presenciales, Rogelio Gutiérrez Díaz, para infortunio de la recurrente, enfático también en sostener que el disparo se dirigió contra la cabeza, a región seguido sostuvo que en uno de los vidrios de la ventana el procesado arrinconó a la víctima, quedó un hueco situado "...más o menos a la altura de la cabeza de Ubaldo..." (fl. 119).

En estas condiciones, intrascendente es la circunstancia en cuanto a que se haya dictaminado ausencia de tatuaje en la herida mortal. El cargo no prospera.

Como corolario de lo anterior, se impone para esta Delegada, *sugerir* a la H. Sala de Casación Penal *no casar* la sentencia de segunda instancia censurada".

Consideraciones de la Sala:

Comparte la Sala las apreciaciones de la Fiscalía y no así las pretensiones de la impugnante quien en explicable posición defensiva hace una crítica al acervo probatorio desde la perspectiva unidimensional que más conviene a los intereses del procesado, porque inicia su censura afirmando que se ignoró la prueba pericial, en la que se establece que cuando no hay tatuaje es porque el disparo se hizo a más de un metro de distancia, para facilitar de esta manera la tesis defensiva de que no fue tiro directo sino de rebote.

El tatuaje dejado por los impactos de arma de fuego hechos a corta distancia, ha sido un positivo elemento para la determinación de la proximidad a la cual se disparó el proyectil. Y es cierto, como se afirma de manera general en el dictamen, sin referirse a este caso específico, que de manera regular cuando el disparo se produce a menos de un metro deja tatuaje; pero es verdaderamente lamentable la forma rotunda y absoluta de la afirmación del perito, cuando la realidad demuestra que el tatuaje que puede dejar un arma de fuego al hacer impacto sobre una determinada superficie depende de muchos factores, tales como el tipo de arma, si es corta o larga, su estado de conservación, su ajuste y correcto funcionamiento, la cantidad y clase de pólvora utilizada; en tales condiciones, no puede afirmarse como se hace en el peritazgo que: "La experiencia nos conlleva a (sic) a afirmar que al efectuar un disparo con arma de fuego respecto a determinada superficie a una distancia menor a un metro, *siempre* se observará en los bordes circundantes del orificio determinado como entrada, el denominado tatuaje..." (el resaltado es nuestro).

Una afirmación en tales términos solo podría hacerse después de experimentar en el laboratorio con un arma determinada y a diversas distancias, para saber exactamente a cuál de ellas deja tatuaje, porque armas de similares características técnicas, pero utilizando diversas clases de pólvora o en diferentes estados de conservación, pueden producir tatuaje a distancias distintas, porque es evidente que algunas clases de pólvora tienen una mayor capacidad de residuos y por tanto mayores posibilidades de tatuaje; un arma vieja y desajustada tiene mayores posibilidades de tatuar que una igual, nueva, en buen estado de conservación.

Pero es que ni siquiera los expertos se han puesto de acuerdo sobre la distancia exacta a la que de manera general un arma determinada deja tatuaje; y la afirmación que criticamos, de que a menos de un metro siempre deja tatuaje está cuestionada por muchos autores como a continuación lo demostramos.

Pedro Thelmo Echeverry en su "Balística Forense" dice: "cuando el disparo se ha hecho a una distancia mayor de 45 cms., sin pasar de 60, las huellas de ahumamiento e incrustación aparecen *excepcionalmente*... (el resaltado es nuestro) pág. 65 Lib. Temis, Bogotá 1980.

Por su parte Snyder en su "Investigación de Homicidios" hace una afirmación exactamente igual: "Cuando el disparo se ha hecho a una distancia mayor de 45 cms. o a lo sumo de 60 cms., las huellas de ahumamiento e incrustación aparecen *excepcionalmente*" pág. 141 Ed. Limusa Wiley México 1969.

César A. Giraldo, a su vez, afirma en tal sentido: "...se ha dicho que el tatuaje se observa en disparos a menos de 50 cms. en armas de cañón corto, y a una distancia un poco mayor en armas de cañón largo" pág. 52 "Medicina Forense. Señal Editora, Medellín 1984.

De otro lado Simonin con base en experiencias de laboratorio y con dos clases de pólvora diferentes (negra y piroxilada) asegura que, un revolver de 8 mm. deja tatuaje entre 3 y 60 cms.; y una pistola Browing 7,65, de 1 a 30 cms. Pág. 142 Medicina Forense Judicial. E. Jims Barcelona 1966.

Achaval dice, refiriéndose al revólver 38 largo: "Si alejamos el arma, obtendremos que tampoco a 50-75 cms. con un revólver se produce tatuaje es decir que entre esas distancias comienza a aparecer el tatuaje" (pág. 293 Manual de Medicina Legal. Kablodo Perrot. Buenos Aires 1963).

En sentido similar se pronuncia Caravito Baraya cuando sostiene: "Comúnmente se considera la presencia de tatuajes como rastro de disparo hecho a menos de un metro. *Esta distancia debe considerarse con cierta elasticidad*, (el resaltado es nuestro), teniendo en cuenta las diferencias entre las distintas armas en la cantidad de la carga de los cartuchos, su composión química, la longitud del cañón y la calidad del blanco" pág. 471 "Aplicaciones de la ciencia a investigación forense" Imprenta Nacional. Bogotá 1974.

En las condiciones anteriores, en este caso, no se puede afirmar que por no aparecer tatuaje el disparo fue realizado a más de un metro de distancia, ni es posible darle credibilidad a la versión según la cual el disparo fue hecho al suelo y solo de rebote ocasionó la herida mortal, porque la técnica demuestra que a pesar de hacerse a una distancia inferior aun metro es perfectamente posible que no aparezca tatuaje. Así las cosas la afirmación que hace la censura en el sentido de haberse desconocido una prueba, no corresponde a la realidad.

Pero si lo anterior no fuese suficiente, debe recordarse ese viejo aforismo jurídico según el cual el perito de los peritos es el juez, queriéndose indicar con ello que el perito es un simple colaborador del Juez, que emite una opinión técnica sobre materia ajena a los conocimientos de aquél, quien no está obligado a aceptarla, pues ostenta la facultad de admitirla total o parcialmente o de rechazarla. Y ello debe ser así, porque de lo contrario el perito estaría usurpando la función jurisdiccional, en razón de que su dictamen en materia técnica, vendría a configurar una especie de sentencia adelantada.

Tampoco acierta la impugnante cuando afirma que el Juez desconoció el hecho probado de haber sido recogida en el sitio de los acontecimientos una bala con adherencias de cemento y de sangre, de donde la censora concluye que la bala de rebote fue la que ocasionó la muerte investigada; pero para llegar a dicho razonamiento la impugnante elude otras pruebas existentes en el proceso, tales como la testimonial y la constancia dejada en el momento de levantamiento del cadáver; porque mediante la primera -varios testimonios- se indica la existencia de dos disparos, uno efectuado inicialmente con dirección al suelo, cuando aún Vela estaba en el interior del establecimiento; y el otro disparado directamente sobre la cabeza de la víctima. Esta prueba testimonial está debidamente ratificada por la constancia dejada en el sentido de que en el piso de la tienda solo apareció un impacto de arma de fuego, y por la necropsia según la cual el disparo tenía una trayectoria "antero-posterior, *supero-inferior*, izquierda derecha" (el resaltado es nuestro), pruebas que concordadas llevaron el juez de instancia y a la Decisión del Tribunal de Bogotá a declarar la contraevidencia del veredicto y a rechazar por error grave el primer fallo que aludía a un impacto de disparo de revólver de rebote. Lo anteriormente comentado igualmente demuestra que los juzgadores no ignoraron ninguna prueba y que, por el contrario, es la censora quien analiza parcialmente una prueba desconociendo el contexto probatorio en su totalidad, el cual, debidamente armonizado y concordado, lleva con absoluta claridad al rechazo de la tesis de la defensa.

El Juez no distorsionó el contenido de ninguna prueba cuando señaló el sentido de la trayectoria, como lo afirma la censura; y si el perito no tuvo interés en señalarla, su afirmación de no poderlo hacer obedece fundamentalmente a un trabajo mal hecho, porque más aceptable sería el error grave en que incurrió en la primera peritación, porque en aquella ocasión el perito solo contó con el proyectil deformado encontrado junto el cadáver y la diligencia de necropsia. Sin embargo, en relación con este dictamen, debe recordarse que la necropsia indicaba la existencia de un disparo realizado de arriba hacia abajo que descartaba el impacto de rebote y obliga al perito a forzar la situación y a suponer sin ningún elemento de prueba la posición en que se encontraban los protagonistas en el momento del disparo.

Pero precisamente el Tribunal cuando ordenó realizar el segundo dictamen dijo: "dispondrá se practique por perito diverso, nuevo dictamen de balística *a quien se le dejará a disposición todo el recaudo probatorio para que cuente con los suficientes elementos de...*" (el resaltado es nuestro); a pesar de ello y de haberse cumplido por el inferior la orden del superior, pues existen constancias dentro del proceso de haberse enviado la totalidad del expediente, el nuevo perito solo tuvo en cuenta para su dictamen la versión del sindicado, y es obvio que con tan precario medio de convicción era imposible poder determinar la trayectoria del disparo. Si el perito hubiera realizado su trabajo siguiendo las pautas señaladas por el Tribunal, tenemos la certidumbre que otras hubieran sido las conclusiones del dictamen balístico, pero como se limitó a la versión interesada y distorsionada del procesado, es obvio que no pudo tener una clara visión de cómo sucedieron los acontecimientos que son motivo de investigación.

De tal manera que cuando el juez indica la trayectoria del disparo, está complementando el dictamen balístico y subsanando sus yerros y vacíos, porque el juez, y en esto no acepta el dictamen, acoge y concuerda las otras pruebas para llegar a tal conclusión.

No puede menos la Sala que manifestar su extrañeza por la precariedad, superficilidad e inexplicables equivocaciones de los dos peritazgos de balística que sorprenden y porque hubieran podido tener una trascendencia determinante en el resultado de éste proceso; porque si bien para el primer peritazgo se carecía de una más abundante información del proceso no puede justificarse que a un perito en balística no le haya llamado la atención que si el impacto en el cráneo fue de

rebote, el orificio de entrada fuera menor que el diámetro del plomo encontrado; de haber analizado tal hecho posiblemente hubiera llegado a otras conclusiones, porque el solo hecho de estar impregnado de sangre y cemento no tenía por qué llevarlo equivocadamente a la conclusión a que llegó. Y en el segundo peritazgo es perfectamente injustificado que habiéndose enviado la totalidad del expediente precisamente con la orden e intención de que tuviera mayor información sobre los hechos, el experto se hubiera limitado a auxiliarse de la indagatoria, cuando toda persona vinculada a los estrados judiciales debe saber que en principio y casi que de manera general la versión del procesado es un relato interesado que regularmente tergiversa la realidad en su propio beneficio. En tales circunstancias cuál la razón para que hubiera desechado la existencia de testimonios plurales que de manera uniforme, conteste e imparcial brindaban una versión diametralmente distinta a la del sindicado; y cuál la razón para desconocer la diligencia del levantamiento del cadáver que indica que en el propio piso solo había un impacto de bala, situación que necesariamente tenía que llevar a descartar el impacto de rebote que el perito sigue considerando como una posibilidad; y cuál la razón para admitir esta hipótesis que los jueces ya habían calificado de error grave.

Si se acepta que por el diámetro del plomo encontrado, el orificio de entrada en el cráneo ha debido ser mayor que el reseñado en el protocolo de necropsia, cuál la razón para seguir admitiendo la posibilidad rechazada ya los juzgadores de que el impacto hubiera podido causarse con un tiro de rebote.

En las circunstancias anteriores es forzoso concluir con el Agente del Ministerio Público que los juzgadores no ignoraron ninguna prueba, tampoco tergiversaron medios de convicción y menos supusieron la existencia de pruebas y en tales condiciones es imperativo no casar la sentencia impugnada.

Son suficientes las consideraciones procedentes, para que la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, (No); *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, (No); *Dilson Páez Velandia*, (No); *Edgar Saavedra Rojas*, *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jorge Enrique Valencia Martínez*.

Rafael Cortés Garnica, **Secretario.**

DERECHO DE DEFENSA - Naturaleza \ DEFENSOR - Obligaciones

El abogado en el ejercicio de su profesión goza de toda amplitud en la formulación de estrategias. Por ministerio de la Ley y en materia criminal su ejercicio requiere de intervenciones obligatorias, otras son apenas facultativas. En sede de Casación no puede conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa no existió. La Corte reitera su doctrina.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidos de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 47

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Carlos Arturo Padilla Argüello* en contra de la sentencia de segunda instancia emanada del Tribunal Superior de Bogotá el 11 de octubre de 1990, confirmatoria de la proferida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad que impuso al procesado la pena principal de 22 meses de prisión y las accesorias de rigor, como penalmente responsable de los delitos de falsedad y estafa.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- El Juzgado del conocimiento hizo de los sucesos que dieron base a la presente actuación la síntesis que a continuación se transcribe:

> "Los que dieron lugar a esta investigación ocurrieron en diversas fechas, a partir del seis (6) de julio de mil novecientos

ochenta y siete (1987), cuando entre *Carlos Arturo Padilla Argüello* y *Gregorio Rojas Rosas* se suscribió un contrato de permuta, mediante el cual el primero de los nombrados transfería el dominio al segundo, de una finca denominada "La Esmeralda", situada en jurisdicción del Municipio de Acacías (Meta) con una extensión de 33 hectáreas y en contraprestación recibía del segundo de los nombrados un lote de terreno situado en la urbanización Ciudad Porfía de la ciudad de Villavicencio, la camioneta GMC de placas AD-5412 y la suma de *un millón de pesos* en efectivo, que mediante convenio posterior fue reemplazada por un campero LADA 2121 de placas EL-2993. Posteriormente, en varias oportunidades se fijaron fechas para la elaboración de las escrituras tanto del lote como de la finca, con resultado negativo, estableciendo el señor *Rojas Rosas* que la finca se hallaba afectada por una hipoteca de primer grado a favor de la *Caja Agraria*, hecho que según él se le había ocultado y en cuanto al campero Lada, pese a haber retenido el traspaso abierto que tenía, resultó traspasada a terceros para lo cual se utilizaron documentos falsos".

Resta a lo anterior por añadir que el precio acordado de la finca fue la suma de $4.700.000,oo, y que pese a la aparente voluntad de arreglo del procesado, la escritura pública que formalizara la transacción jamás se suscribió y sí a cambio las que protocolizaron el incumplimiento, pese a lo cual no logró recuperar el denunciante los bienes entregados.

2.- La investigación corrió a cargo del Juzgado 63 de Instrucción Criminal de Bogotá, etapa dentro de la cual se asistió el procesado de manera sucesiva por tres distintos abogados, recayendo primero en su contra medida de aseguramiento de caución prendaria, y a la calificación del mérito sumarial resolución de acusación fechada el 18 de septiembre de 1989.

Durante la etapa de la causa, adelantada a cargo del Juzgado 18 Penal del Circuito, solicitó la defensa la práctica de una pluralidad de diligencias que el Juzgado desestimó en parte por inconducentes, y otras más haber sido informalmente reclamadas, decisión que el peticionario no impugnó en tiempo oportuno. Dentro de esos medios de prueba se incluían con el allegamiento de varios documentos algunas declaraciones invocadas para acreditar la conducta del enjuiciado y las testimonios de los doctores Alberto Hernández Rey y Jesús Vásquez Verdugo quienes declararían sobre modificaciones introducidas al contrato original; otras pruebas apuntaban a demostrar la enfermedad padecida por la esposa de *Padilla Argüello*.

Concluído el debate de la causa, profirió el Juzgado sentencia el 25 de abril de 1990 condenando al enjuiciado a las penas principales de 22 meses de prisión y $10.000.oo de multa como autor y penalmente responsable de los delitos de estafa y falsedad en documento privado, la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de resarcir los daños y perjuicios generados con la infracción, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional por un término de prueba de dos años.

Expresada por el acusado su inconformidad con la sentencia mediante interposición del recurso de apelación, de él se ocupó el Tribunal en el fallo que resulta ahora motivo del recurso extraordinario, que en todas sus partes ratificó la decisión tomada por el *a-quo*.

La Demanda:

Acusa el impugnante la sentencia de segunda instancia con fundamento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, predicando de aquella decisión el haber sido emitida dentro de un proceso viciado de nulidad.

Centrada la inconformidad en dos cargos, en el primero se sostiene que el juzgador desconoció la garantía constitucional del derecho a la defensa, al cual alude el artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, pues exigiendo esa inalienable garantía su ejercicio permanente dentro del proceso, para el caso que se estudia su violación se dio por la "negligencia, ineptitud o descuido del defensor", pues de haberse actuado de manera cuidadosa, se habría "llevado a resultados distintos de los que da cuenta el expediente."

Entrando a precisar las fallas que habrían conducido al vicio de procedimiento, y diciendo atenerse a la jurisprudencia de la Sala, afirma que luego de ser asistido el procesado en su injurada por el doctor *Ramiro Ariza Díaz* quien omitió cualquier actividad en su favor, limitándose a presenciar el testimonio que rendía el testigo José Bernardo Alfonso, a acompañar la ampliación de indagatoria y solicitar un cambio de caución, la defensa se le confirió al abogado *Héctor Eduardo Tautiva* quien por toda gestión hizo apenas una solicitud de copias, viéndose precisado el sumariado a incorporar algunos documentos frente a una actividad constante y celosa de la parte civil que generó desequilibrio entre los intervinientes procesales.

Cerrada la investigación, el imputado se hizo representar por un tercer abogado, el doctor *Darío Ramírez*, a cuyo cargo estuvo el alegato precalificatorio, la solicitud de pruebas en la causa y la intervención en la diligencia de audiencia, actividades que descalifica el recurrente por deficientes, ya que a su juicio la no interposición de recursos para derrumbar la denegación de pruebas indica negligencia, y las razones expuestas en el debate público se asemejaron por su insustancialidad al alegato precalificatorio, permitiendo cuestionar que la defensa técnica ni en si el derecho de defensa fueron debidamente ejercidos, quedando limitada esa actividad a lo meramente formal, pues

> "ninguna prueba fue practicada, ningún testimonio se llegó a contradecir, ningún documento se incorporó a pedido de los defensores de *Carlos Arturo Padilla Argüello*" pese a que éste en su injurada "mencionó con lujo de detalles todas las circunstancias que antecedieron y concurrieron en el curso del negocio realizado..." así que "necesariamente se debe aceptar que en frente a la actividad probatoria por desarrollar, la defensa no existió y que el hecho de interpretar las pruebas allegadas al expediente por iniciativa única de la parte civil, jamás constituye una adecuada defensa".

Para hacer relevante la inactividad de la defensa, coteja el actor las excusas del procesado frente a las pruebas que exigidas en la causa, pronto se abandonaron ante la denegación del juzgado, situación que obligaría la invalidación del trámite a partir del auto de junio 3 de 1989 y para que la efectiva defensa vea realidad.

El segundo cargo acusa la ocurrencia de irregularidades sustanciales que dentro de la actuación se ubicarían bajo el numeral 2o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, consistentes en la desatención de los artículos 11 de ese estatuto rituario (finalidad del procedimiento), del artículo 358 (investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable), del artículo 360 (objeto de la investigación penal) y del artículo 384 sobre constancias y verificaciones de las citas del indagado.

En este sentido la acusación se centra en reprochar que hallándose obligado el investigador a actuar con imparcialidad, siendo acucioso en establecer no solamente aquello que acreditara la responsabilidad del procesado sino además cuanto pudiera de ella relevarle, garantizando un sano equilibrio entre las intervinientes procesales, por entero desaten-

dió el dicho de *Carlos Arturo Padilla* y desestimó los testimonios de los abogados Hernández y Vásquez como autores de las fórmulas transaccionales intentadas frente al denunciante, lo mismo que la excusa de la grave enfermedad que de su esposa aludió -*Padilla*, para cuya comprobación no se adelantó esfuerzo alguno. Como lejos de suplir la inercia del instructor, siguió la defensa idéntico comportamiento al abandonar inexplicablemente la única petición de pruebas que hizo en el juicio, prevaleció tan solo la gestión de la parte acusadora con entera desventaja para los intereses del acusado que terminaron por ser sacrificados.

En la omisión de los testimonios de los abogados y del aporte del historial del vehículo EL 2993 radicaría finalmente el vicio de procedimiento que se acusa, pues con los elementos desechados se habría comprobado que el denunciante sí conoció la existencia del gravamen hipotecario, y si el traspaso del automotor se hizo en realidad antes o después de la devolución del respectivo documento a Rubén Quiroga.

También en este caso, la invalidación de lo actuado debería operar a partir del auto de junio 3 de 1989, inclusive.

Concepto de la Delegada:

Discrepando del casacionista, el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra que la acusación carece de solidez y fundamento dentro de la actuación que se reprocha, y como consecuencia solicita se deseche cada uno de los cargos que la integran, razonando sobre ellos de la forma que sigue.

La primera censura, fundada en la violación del derecho de defensa, debe desestimarse ante todo porque

> "Si bien es cierto se nombraron tres defensores, todos durante la etapa investigativa, esto no es óbice para considerar que no existió defensa técnica. En la propia etapa investigativa, existen varias actuaciones por parte de los distintos defensores que demuestran que defensa sí ejerció";

Para acreditar esta afirmación, precisa la Fiscalía las varias actuaciones en las cuales intervinieron los representantes del procesado y abogaron en su pro, desestimando las críticas del demandante frente a la omisión de recursos contra el auto mediante el cual se negaron los pruebas

solicitadas en la etapa del juicio, pues para entonces unas ya hacían parte del informativo, en otras no se dió una específica razón que justificase su decreto, y en las restantes se omitió señalar su conducencia. Recuerda sobre el particular la Delegada que en fallos de Julio 24 y Septiembre 19 de 1990 con ponencia de los Magistrados Doctores *Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Enrique Valencia* se fijó el concepto de defensa y cuándo ésta podía considerarse ausente, afirmando que ese vicio no se dio en el caso controvertido, pues en él

> "Se aseguró la defensa técnica, el señor defensor actuó durante la etapa del juicio, alegó en la audiencia pública controvirtiendo la prueba y presentando argumentos en favor de su defendido. Si el juzgado no aceptó los planteamientos hechos, no por ésto podemos alegar la falta de defensa técnica, y el que no se hubiese interpuesto recurso contra el auto que negó unas pruebas no se puede tener como falta de defensa".

Sobre el cargo segundo replica con nuevo apoyo en la doctrina de la Sala que en materia de omisión de pruebas su prosperidad como motivo en sede de casación no deriva de su sola proposición, siendo carga del actor el demostrar que

> "Las pruebas que se alegan no fueron practicadas tenían que ser de tal naturaleza, que definitivamente hubieran cambiado sustancialmente el curso del proceso. En este punto es necesario recordar que el doctor Jesús Vásquez Verdugo, en el negocio realizado entre los señores *Padilla* y *Rojas*, actuó como asesor del señor Gregorio Rojas, es decir, del denunciante, por lo cual difícilmente creemos que hubiese hecho alguna manifestación a favor del señor *Padilla*. Por otra parte nadie nos puede garantizar que efectivamente el señor Alberto Hernández Rey daría fe que el señor Rojas Rosas conocía la existencia del gravamen sobre la finca *"La Esmeralda"*....
>
> "...Si el medio probatorio definitivamente no cambia la situación del procesado en forma sustancial, y si además las manifestaciones que hace el procesado no tienen importancia suficiente para cambiar su situación, no se puede manifestar que exista violación del debido proceso y si se quiere más, violación al derecho a la defensa.

En cuanto al delito de Falsedad en Documento Privado, la situación es todavía mucho más clara. Se manifiesta por el casacionista que su defendido indicó que él le devolvió al señor Rojas Rosas, el documento de traspaso de la camioneta G.M.C. y que de esto es testigo el señor Carlos Humberto Padilla, hijo del procesado.

Este hecho que se alega, en nada afecta el curso del proceso, en relación con el delito de Falsedad en Documento Privado, ya que la conducta consistió en falsificar la firma del señor Said Motta, dentro del traspaso del Jeep Lada, y no dentro del traspaso de la camioneta G.M.C., y lo que se alega es precisamente que a pesar que el señor *Padilla*, devolvió las cartas de traspaso de los dos vehículos al señor Rojas, con posterioridad y a pesar que el señor Rojas ya tenía los traspasos en su poder, se logró traspasar el Jeep Lada, falsificando la firma del señor Said Motta, que aparecía como propietario del vehículo.

Que se hubiese llamado a declarar al señor Carlos Humberto Padilla, no desvirtúa los cargos que por el delito de falsedad existen en contra de su padre. Por lo mismo esta afirmación que de pronto no se comprobó no afecta la responsabilidad del procesado. Pero además dentro del proceso el Juzgado consideró que existe prueba suficiente que el procesado le entregó las dos cartas de traspaso al señor Rojas, cuando este se las pidió y por lo mismo tal afirmación carece de peso frente a la responsabilidad del procesado".

Consideraciones de la Sala:

No obstante contener cada uno de los cargos de la demanda una referencia común a la omisión en la práctica de pruebas, trátase en verdad en el primero de una consideración meramente accidental y explicativa que no afecta en su autonomía las dos alegaciones, pues de modo notorio se observa que en cada censura se construye una argumentación distinta y de causa independiente, (falta de defensa técnica y omisión en la práctica de pruebas) lo que obliga su respuesta separada, así se coincida en uno y otro caso en el mismo pedimento anulatorio.

En cuanto dice relación con el *cargo primero*, bueno es recordar de entrada que la profesión de abogado se caracteriza dentro de un Estado de

Derecho por su ejercicio independiente y libre, implicando ante todo el principio de libertad que el profesional ejerza su oficio con responsabilidad y rectitud, pero dentro de una órbita amplia y propicia para que su creatividad no tenga otros límites distintos a los marcos éticos y legales de su deontología, gozando de toda la amplitud que requiera en la formulación y ejecución de las estrategias que le lleven en procura de los nobles y altos fines que le han sido encomendados dentro de la función social de auxiliar a la justicia, y de amparar los derechos que le confían sus conciudadanos.

No obstante que por ministerio de la ley y en materia criminal ese ejercicio implica intervenciones de carácter forzoso como la asistencia del procesado en su injurada y demás intervenciones procesales (artículos 139 y 380 del C. de P.P.), y la presencia y formulación de alegaciones en audiencia (artículo 497), la mayoría de ellas resulta apenas facultativa y condicionada a la necesidad de garantizar "una adecuada defensa" (artículo 137) como es el caso de la aducción y proposición de pruebas y diligencias, el examen de la actuación, la comunicación verbal y escrita con el imputado y su consejo, la intervención en la práctica de pruebas, la interposición de recursos, la formulación de solicitudes orientadas a la libertad del implicado, el reclamo de restitución de objetos retenidos, la proposición de nulidades y en general de incidentes en que tenga interés, sin que siquiera en ésta enunciación se agoten en su integridad las perspectivas que le asisten.

Exigirle por ello a la defensa, que en cada proceso realice la totalidad de las gestiones que tiene apenas como perspectiva, o que responda frente a resultados adversos, cuestionándolos desde una óptica subjetiva e hipotética, sería poco menos que llegar a la anulación del principio de libertad que se enuncia, para trocarlo por la alternativa de un rígido encuadramiento formalista de muy difícil recibo frente a la variabilidad de los casos a juzgar y más dudosa efectividad, y aún por la peligrosa y absurda perspectiva de permitir que aquellos abogados que asumen la representación del procesado en la etapa final de la actuación, se conviertan en jueces de las actividades infructuosas de sus colegas, como ahora se pretende.

Aportando luces sobre la verdadera naturaleza y proyecciones del derecho de defensa, la doctrina de la Corte en este aspecto evolucionó del inicial requerimiento que hacia para que

"...los abogados y defensores desplegaran una constante vigilancia sobre el desarrollo del proceso y de que ejercieran una permanente actividad a lo largo de éste, alegando extensamente, interponiendo todos los recursos posibles y solicitando el mayor número de pruebas" para optar dentro de una perspectiva más completa y objetiva hacia el enfoque de "su estudio hacia la correspondencia y relación que debe existir entre la actividad desplegada por los juzgadores, el acervo probatorio recogido y la acuciosidad o pasividad de los apoderados y defensores, de modo que solo en consideración a estos presupuestos es posible deducir si frente a una situación procesal concreta la falta de apoyo defensivo del abogado, su inercia o pasividad, menoscabaron los derechos del procesado, su defensa y su juzgamiento (Sala de Casación Penal, febrero 12 de 1985 M.P. Dr. Dante Fiorillo Porras).

de donde se afirme que tan solo

"...se viola el derecho de defensa cuando este no se ejercita, o cuando se ejercita de manera aparente. Lo primero acontece cuando el apoderado o defensor rehuye sus deberes más elementales o cuando priva de su apoyo al procesado en todos los casos en que la ley demanda su asistencia. Y, lo segundo sucede cuando el apoderado o defensor se limita a hacer acto de presencia solo para facilitar el impulso del proceso y no para buscar un desenlace justo". (Casación Penal de mayo 25 de 1985, Magistrado Ponente Dr. Fabio Calderón Botero).

Lo anterior indica, entonces, que en sede de casación no pueda conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa inexistió, o que se hizo meramente formal o aparente para el procesado, sino que ha de ser su obligación la de "determinar cual fue la actuación procesal que se encontró lesiva, especificando la norma que se viola y determinando con precisión la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado", exigencias que señaladas dentro de la técnica del recurso por la jurisprudencia (cfr. auto de enero 31 de 1990, Magistrado Ponente Dr. Jaime Giraldo Angel), omitió cumplir en el primer cargo el impugnante conforme pasa a verse:

En efecto y volviendo al caso de controversia, tiénese que limitado el actor a la afirmación de que los defensores no ejercieron la oportuna y

eficaz defensa que el procesado señor *Carlos Arturo Padilla* requería, no acertó a indicar cuál o cuáles fueron las normas que bajo esa inactividad resultaron desconocidas, pero mucho menos se aplicó a dar explicaciones sobre la incidencia de esa desatención en la decisión adversa. Muy por el contrario y retomando sus propias palabras, de ellas se desprende que durante todo el proceso contó el acusado con la asistencia de abogados de su confianza, que de uno u otro modo le brindaron su asesoría en las varias etapas procesales, pues con ellos se acompañó al rendir la indagatoria, oportunidad en la cual se hizo aporte de las pruebas que en su beneficio se hallaron adecuadas, con ellos procuró que se rebajase la cuantía de la caución que como medida le resultó impuesta, y para ellos se autorizó copia de la actuación que notoriamente enderezó el ejercicio defensivo, cuando en su momento se alegó procurando una calificación favorable.

Proferida por el Juzgado la resolución de acusación, en la etapa de la causa se formuló solicitud para la práctica de nuevas pruebas que no por el hecho de haber dejado de insistir podría considerarse el acusado en abandono, pues frente a la negativa del juzgado no tenía porqué resultar ineludible la insistencia ni la interposición de recursos, si para la defensa resultaba preferible proponer que esa deficiencia probatoria daba entonces lugar a la prosperidad de la duda, alternativa también favorable al acusado que no quedaba expuesto a la posibilidad de que las evidencias pedidas, en caso de haber sido decretadas, no dieran los resultados de apoyo esperados, enfoque que se observa ejecutado dentro de las alegaciones de la audiencia. Finalmente, aún de los recursos se hizo empleo adecuado y oportuno frente a la desfavorable sentencia de primera instancia, alzada que permitió la revisión tanto de la legalidad el proceso como de la sentencia de condena.

Esa secuencia de actividades profesionales en favor del acusado que ni siquiera el censor ignora, se convierte en el primero y principal contraargumento a las razones de la demanda, cuya desestimación se torna definitiva ante la omisión del libelista en demostrar, como le correspondía, la relación causal existente entre la supuesta inactividad de la defensa y el sentido adverso del fallo recurrido.

Ante tal desatención, nada puede la Corte suplir o interpretar a la demanda, supeditada como se halla a los principios de neutralidad y limitación que rigen la impugnación extraordinaria, como tampoco recurriendo a la oficiosidad podría frente al caso propuesto invalidar lo actuado, si, de cuanto se analiza no asoman razones de hecho o de derecho que asistan la pretensión del impugnante.

El cargo no prospera.

Suerte pareja al anterior ha de correr el *cargo segundo* de la demanda, pues si era requisito para su prosperidad, como acertadamente lo abona el Ministerio Público, que el actor acreditara cómo las pruebas que acusa de omitidas resultaban de tal naturaleza, que hubieran cambiado sustancialmente el curso del proceso, el obligado cotejo de su referencia frente a la realidad procesal no acredita ni la pretermisión del debido proceso ni del derecho de defensa.

Como primera referencia se advierte que si la actividad investigativa y de tutela de los derechos del acusado no abarcaron la situación familiar del procesado para haber acreditado la realidad de la situación calamitosa que en su casa se vivía por la enfermedad de su consorte, ello sin dificultad se explica porque el acusado lejos de alegar como causa de su comportamiento un estado de necesidad o siquiera la motivación angustiosa de su economía, invariablemente dijo que el negocio lo había ejecutado con toda normalidad, equilibrio y honradez, aspectos a los cuales se aplicó el debate.

Tampoco controvierte el censor la legalidad del auto que en el juicio denegó las pruebas, y mal podía hacerlo cuando su fundamentación correspondía cabalmente a la realidad contenida en el proceso, pues parte de las pruebas pedidas ya obraban en el expediente, y con relación a las restantes fue el solicitante quien no cumplió la carga procesal que para su recaudo en la etapa de juzgamiento le imponía el artículo 491 del Código de Procedimiento Penal.

Estas incontestables razones explican el que a pesar de haber simplemente aludido el censor a los aspectos dichos, se hubiese concretado en la omisión de los testimonios de los abogados doctores Hernández y Vásquez, y en la no adjunción del historial del vehículo EL-2993, más, como fácilmente se observa de la comparación de estos elementos con la realidad que abrigaba el proceso, ninguna de esas pruebas estaba llamada a modificar el peso de las evidencias con que contaba la actuación.

Con relación a los testimonios de los dos abogados, había sido la propia versión del procesado al aludir a su intervención la encargada de aclarar que ni el doctor Hernández ni el doctor Vásquez Verdugo habían tenido ingerencia alguna en la contratación inicial realizada frente a Rojas, pues su intervención tan sólo se produjo cuando el conflicto suscita-

do por los incumplimientos provocó la posibilidad de hallar alguna fórmula que facilitara la conformidad de las partes.

A sabiendas, entonces, que en la promesa de contrato fue donde acusó el denunciante la ocurrencia de las maniabras engañosas por parte de *Padilla Argüello*, porque éste le ocultó la hipoteca que pesaba sobre el predio al afirmar en ese escrito que la finca estaba libre de cualquier gravamen, no se ve de qué manera podrían llegar los abogados a hacer cambiar esa realidad, mucho menos si para ello tendrían que desmentir al acusado, pues éste había reconocido ya en el proceso que la promesa de contrato se firmó como aparece, y que en verdad en ella no consignó la existencia de la hipoteca.

Para el caso del historial del vehículo Lada, documentación que en criterio del actor era esencial para acreditar la ausencia de responsabilidad del acusado, dado que en él supuestamente aparecería la participación de Rojas Rosas como autor del falso y no la que los falladores atribuyen a *Padilla*, su contingencia en el proceso se muestra evidente, pues siendo el documento de traspaso el que con idoneidad acreditaba quién, cuándo, en dónde y a favor de qué persona transfería el dominio del automotor, éste se conocía ya en el expediente, y aún había sido objeto de reconocimiento pericial, dictamen que precisamente estableció su condición de apócrifo porque ni la firma del anterior propietario señor *Said Motta*, ni su supuesta impresión dactilar eran auténticas, información ratificada testimonialmente por el supuesto otorgante.

La fecha del presunto reconocimiento notarial del documento por parte de Motta, aparece por lo demás sobre el texto que de ese documento se agregó a los autos (folio 190), y la demostración de no ser ese el traspaso que había entregado y luego recuperado Rojas Rosas como apoyo de la negociación realizada con el procesado resulta al compararlo con aquel que aparece al folio 142 con las firmas de Motta y de Rojas reconocidas ante Notario.

Ninguno de los elementos extrañados resultaba entonces de incidencia para modificar el peso de la realidad que incriminaba al acusado, y sin que la omisión de pruebas contingentes pueda abrir camino a la nulidad que en este segundo cargo se intenta, la demanda derivará en su fracaso, pues no es objeto del proceso el allegamiento exhaustivo de cuanto elemento pueda aludir a los hechos o a quienes en ellos se involucran, siendo apenas de recibo en el sumario aquellas evidencias que conduz-

can a saber si hay mérito para acusar o César procedimiento, y en la causa las que tiendan a establecer con certidumbre si procede un fallo de absolución o de condena.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, (No); *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruíz, Gustavo Gómez Velásquez*, (No); *Dúlimo Páez Velandia*, (No); *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO - Materia Civil

Es complejo el punto jurídico, porque han surgido diversas opiniones sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que admite o rechaza la demanda civil.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintidos de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta No. 0047. Unica Instancia No. 6592

Vistos:

Decide ésta Sala de la Corte sobre la posibilidad de abrir o no investigación penal contra el *Dr. Ariel Salazar Ramírez,* Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de ésta ciudad, frente a la denuncia formulada por *Alcira Parra Pérez.*

Hechos:

En febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991), el Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito de esta ciudad, revocó la admisión de la demanda formulada a nombre del menor *Jhon Alexander Lame Parra* contra el Instituto Cristiano San Pablo, rechazándola por falta de competencia y jurisdicción. El veintidos (22) de julio siguiente, el Magistrado *Dr. Ariel Salazar Ramírez,* inadmite la apelación interpuesta contra el auto por no ser susceptible de alzada, por falta de competencia, conforme al artículo 148 del C. de P.C.

Actuación Procesal:

En su denuncia, *Alcira Parra Pérez* considera que la decisión del Dr. *Salazar Ramírez* es constitutiva de violación a la ley penal. Ratificada en la

queja, al ampliarla, aduce haber buscado asesoría en consultorios jurídicos, en uno de los cuales, que no precisa, se le dijo que el fallo del Dr. *Salazar*, estaba mal y contenía varias arbitrariedades; que le citaron algunas normas por ella desconocidas, aún ahora, y le alaboraran el escrito de denuncia, y del cual no consultó ni dijo nada al abogado que representaba los intereses de su hijo. Agrega que con la determinación que cuestiona se han perjudicado sus niños, al parecer beneficiarios de las obras del Instituto San Pablo, contra cuyas directivas ha formulado diversas quejas en lo penal.

EL *Dr. Manuel Ignacio Cuervo Galindo*, procurador judicial del menor *Jaime Parra* en el mencionado asunto civil, declara haber informado a la denunciante del error consumado por el Magistrado, *Dr. Salazar Ramírez*, al inadmitir la citada apelación, auto del cual le suministró una copia la que al parecer acompañó *Alcira Parra* a su denuncia, en cuya elaboración no intervino, bien que a la postre aquella le informó de la misma. Menciona, igualmente, la existencia de varias investigaciones penales contra dirigentes del aludido Instituto San Pablo por supuestos malos manejos administrativos.

Se practicó inspección judicial sobre el susomentado proceso civil, arrimándose copia de sus piezas más relevantes. Se advierte que con posterioridad a la denuncia y frente al recurso de súplica incoado por el *Dr. Cuervo Galindo* contra la reprochada providencia, la Sala Dual de Decisión Civil del Tribunal Superior, por auto de septiembre dieciocho (18) postrero, estimando inaplicable la tesis esbozada por el *Dr. Salazar Ramírez*, por tratarse no sólo de un problema de competencia sino de una cuestión tocante con la jurisdicción, revoca el proveído impugnado, decisión cuya copia se allega a los autos.

En versión libre, el *Dr. Ariel Salazar Ramírez* sostiene que denegó la apelación al considerar que la discusión giraba sobre un conflicto de competencia entre dos jurisdicciones, la que correspondería dirimir al Tribunal Disciplinario y no al de Bogotá. Expresa, asimismo, cuales, a su juicio, podrían ser la consecuencias cuando al decidir el recurso, se resolviera bien por la revocatoria ora por la confirmación del auto de primera instancia, con razones que detalla. Además, anota, que si bien el actual Código de Procedimiento Civil consagró la inapelabilidad del auto que desestima una demanda por falta de competencias no hizo lo mismo ante un rechazo por falta de jurisdicción, vacío que debe "ser llenado analógicamente aplicando las normas que consagran que en caso de falta de competencias el Juez que rechaza la demanda ordenará remitirla al Juez que

considere competente. Esto porque el conflicto de jurisdicción o competencia debe prevalecer sobre el recurso de apelación. Lo lógico, de acuerdo a mi leal saber y entender es permitir en su oportunidad procesal que se dirima el conflicto de competencia entre funcionarios de distinta jurisdicción para así evitar dilatar un proceso con consecuencias adversas para la parte demandante". Finalmente, advera, que su decisión atendió el deber de evitar nulidades procesales, supuesto que se incurriría ante la falta de jurisdicción pregonada.

Se incorporaron al trámite constancias sobre la designación y el ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por parte del *Dr. Salazar Ramírez.*

La Corte:

1. El delito de prevaricato que se imputa el doctor *Salazar Ramírez* supone pronunciamiento de providencia manifiestamente contraria a la ley, esto es, violatoria de una exégesis razonable de la normatividad que no logra abonarse ni justificarse por la inteligencia que al asunto debatido le hayan dado, a la par, la doctrina científica y la jurisprudencia patria. De ser veraz, la queja, el funcionario del orden judicial prevaricó porque con una decisión dolosa del tema sometido a su estudio y vigilancia y con el deliberado propósito de ofender el bien interés preservado en la norma, la administración de justicia, falló no *ex jure et ex lege sino contra jure y contra lege.*

2. La materia que el Magistrado acusado debió resolver ha sido objeto -o al menos lo fue en su momento- de pronunciamientos nada uniformes ni pacíficos. Para algunos cuando una cuestión se involucra con fenómenos propios de la jurisdicción, no es el rechazo del libelo la solución que en derecho debe darse sino la remisión de la actuación a otro juez de la rama civil que se considera competente. Para otros, por tratarse de un conflicto de jurisdicción, es menester previamente dirimir este asunto y dar aplicación al artículo 85, numeral 7, inciso 4 del C. de P.C., entendiendo como corolario de tal asbozo, que el auto que rechaza la competencia es inapelable al tenor de lo prevenido por el artículo 148 *ibídem,* disposición que debe prevalecer frente al supuesto en contrario, señalado en el numeral 1 del artículo 351 de la misma obra. A este concepto se acogió el doctor *Salazar,* evocando como apoyo de tal punto de vista alguna jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (auto del 24 de julio de 1984), otra más del Tribunal Superior de Medellín (auto de mayo 8 de 1988) y finalmente, un concepto del profesor Hernando Morales.

3. Resulta, por tanto innegable la existencia de una relativa complejidad en la interpretación del punto jurídico atrás señalado, distinguiéndose opiniones patentamente discordantes y opuestas. A veces en derecho las cosas son así.

4. No está de más señalar que en la legislación anterior, el auto que rechazaba la demanda por falta de competencias, era apelable ante el superior jerárquico pero, ahora, el nuevo código modificó la norma (art. 148) para consagrar la inapelabilidad de dicho auto. Entendió y consideró el doctor *Salazar Martínez*, dentro de su lógica legal, que igual modificación merece el auto por el cual se rechaza la demanda por falta de jusridicción y que la entidad que le correspondería dirimir el conflicto suscitado entre funcionarios de distinta jurisdicción lo era el Tribunal Disciplinario (hoy, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria), acorde con la preceptiva del artículo 1o. del Decreto 2276 de 1989.

5. Con la verificación atrás señalada y aún admitiendo que el doctor *Salazar Ramírez* se equivocó en el estudio del asunto *sub examen*, no por esto puede concluirse, *stricto sensu*, que en la operación mental de desentrañar el verdadero sentido de las normas en comento, aquel hubiese deliberadamente violado la ley penal. Puede que su decisión no haya sido correcta y tampoco es de descartar que las razones que le sirvieron de sustento para adoptar la determinación que ahora se califica de ilegal, no sean compartidas doctrinalmente por el grueso de la opinión jurista. Pero esto no implica que por haberse separado de un convencimiento seguramente mayoritario y buscado respaldo en otro de oposición, ciertamente minoritario pero igualmente respetable, se eche sobre sus espaldas un reproche penal y además, el cargo de haberse apartado intencionalmente de la ley. Y es de ver frente a la realidad histórica de estas diligencias preliminares que ni de cerca ni de lejos, se advierte un ánimo de perturbar, con la decisión, la plenitud del orden legal ni tampoco se repara en una marcada actitud por concretar un resultado penalmente desaprobado. En condiciones tales, afirma la Corte que no existió el delito endilgado al incriminado pero ningún otro. Concluyese, en consecuencia, la inhibición de apertura de averiguatorio criminal.

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

Resuelve:

Declarar que no hay lugar a apertura de sumario contra el Magistrado de la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá, doctor *Ariel Salazar Ramírez* según los razonamientos expuestos en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, (No firmó); *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez*, (No firmó); *Dídimo Páez Velandia*, (No firmó); *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

JUEZ PENAL MUNICIPAL - Debe pronunciarse sobre iniciación de investigación \ COMPETENCIA - Delegada

Los Jueces Penales Municipales deben pronunciarse sobre apertura de investigación en delitos de conocimiento de los Jueces del Circuito o Superiores. La Ley señala las indicaciones en materia de competencia originaria y delegada.

DEMANDA DE CASACION - Técnica \ VIOLACION DIRECTA - Debe proponerse por conducta atípica \ NULIDAD - Procede cuando se alega errónea adecuación

La atipicidad de la conducta exige su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial, conduciendo a fallo absolutorio, mientras que la errónea adecuación halla camino en la nulidad.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitres de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 48

Vistos:

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada *Bertilde Estrada Benavides* en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante la cual confirmó el fallo de condena dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad por los

delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, reduciéndole la pena principal impuesta para fijarla en 48 meses de prisión.

Hechos y Actuación Procesal:

1.- *Bertilde Estrada Benavides* se desempeñaba como Auxiliar de Administración y Recaudos 1 de la Empresa Obras Sanitarias del Tolima "Empolima S.A." con sede en Cajamarca desde el 6 de abril de 1979, correspondiéndole dentro de la órbita de sus funciones el recaudo de los dineros que ingresaban por prestación de servicios públicos.

Al practicársele visita por parte de la auditoria interna de la entidad, llegó a a descubrirse que durante el desempeño de su cargo, la acusada no se había ceñido con escrúpulo al cumplimiento de los deberes asignados, concretándose que en varias ocasiones los dineros recibidos por concepto de matrículas no se incluyeron oportunamente como parte de los ingresos de la Oficina, y que para facilitar ese reprochable manejo, la funcionaria había adulterado los recibos que expedia de manera que las sumas anotadas en los originales no correspondían con las que se registraban en los respectivos duplicados, hechos que en conocimiento del representante legal de la empresa, dieron lugar al despido de la empleada el 16 de septiembre de 1987, y al enteramiento de la justicia para el adelantamiento de la respectiva averiguación penal.

2.- Correspondiendo la denuncia por reparto al Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Ibagué, comisionó su titular al Juzgado Promiscuo Municipal de Cajamarca a fin de que iniciara y perfeccionara el sumario, teniendo en cuenta que había sido esa localidad el lugar de ocurrencia de los hechos. Acogiendo la delegación, el Juzgado Municipal dictó el auto cabeza de proceso y se ocupó de la práctica de varias pruebas, pasando posteriormente el asunto al Juzgado 14 de Instrucción Criminal ambulante del Tolima en nueva comisión, despacho al cual correspondió definir la situación jurídica provisional de la sindicada, decretando su detención preventiva.

Regresada la actuación al Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Ibagué, produjo ese despacho resolución acusatoria en contra de la vinculada, providencia que sometida al recurso de alzada revocó el Tribunal Superior sustituyéndola por la reapertura de la investigación.

Cumplidas las diligencias previstas, cerró de nuevo el Juzgado la investigación, y mediante auto calificatorio de junio 14 de 1989 profirió una vez más en contra de la procesada resolución de acusación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso,decisión que en esta ocasión obtuvo confirmación integral por parte del Tribunal mediante auto de 16 de noviembre de 1989.

Radicada la causa en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Ibagué, a su culminación falló ese despacho el asunto imponiéndo a la enjuiciada la pena principal de 54 meses de prisión y las accesorias de rigor. Interpuesto una vez más el recurso de apelación por parte de la defensa, dictó el Tribunal su fallo de 1o. de Noviembre de 1990 que a pesar de introducir la modificación favorable de que se ha dado cuenta, basada en la supresión de la agravante del inciso 2o. del artículo 222 del Código Penal, resulta objeto ahora del presente recurso extraordinario.

La Demanda:

Dos cargos formula el recurrente en contra de la sentencia proferida por el Tribunal.

En el primero, la razón de su inconformidad radica en que a la actuación procesal la vicia de nulidad la causal del numeral 1o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, pues el Juzgado Promiscuo Municipal de Cajamarca carecía de competencia para abrir la investigación como comisionado del Juzgado de Instrucción de Ibagué que tampoco podía delegarle esa facultad, vicio que en su sentir hace que tales diligencias sean inexistentes, y la actuación violatoria del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, ya que la ley faculta sólo la práctica de diligencias fuera de la sede del comitente.

Para reforzar su argumentación, y pese a admitir que en verdad el Juzgado Municipal podía abrir el sumario en el evento de haber sido quien primero recibiera la noticia de los hechos, aduce con cita de los artículos 68 y siguientes y 72-2 del Código de Procedimiento Penal, que para operancia de la competencia del Municipal, era menester que el Juez de Instrucción no pudiera asumir directa e inmediatamente la investigación, hecho que en el caso discutido no se halla demostrado. Siendo ello así, concluye, la Corte debe casar el fallo impugnado, y en su defecto decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso.

En el segundo cargo el actor sostiene que se incurrió en violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal "por errónea interpretación del acervo probatorio con el cual se dictó sentencia, con base en los artículos 133, 219, 26, 61 y 67 del C.P.".

Como sustentación de esta censura agrega que el Tribunal interpretó erróneamente lo relacionado con algunos de los usuarios de "Empotolima", así como respecto de varios de los recibos que expidiera la procesada, asegurando que esta no actuó con dolo, como tampoco se demostró la apropiación de los dineros, ya que el testimonio de María Ligia García en el cual se señaló reiteradamente haberle hecho entrega de las sumas a la procesada no debió ser atendido, ya cambio debió dársele credibilidad al dicho de su defendida.

Añade que en la etapa de reapertura se produjeron nuevas pruebas encaminadas a demostrar la no responsabilidad de la procesada, sin que fueran tenidas en cuenta al momento de proferir el fallo, y remata afirmando que en el proceso no existe la plena prueba o completa que demuestre la responsabilidad de la *Estrada*, por lo cual ha debido aplicarse en su favor el indubio pro reo, pero al mismo tiempo cuestiona la calificación que hicieran los falladores sobre el punible de falsedad ideológica, porque lo correcto hubiese sido el análisis de una falsedad material. De igual manera alude ausencia de cuerpo del delito por inexistencia de la prueba técnica, y a atipicidad de la conducta llevada a cabo por la procesada, a su falta de antijuridicidad y de culpabilidad, proponiendo que la sola retención de dineros apenas podría llegar a considerarse como incumplimiento de los reglamentos de Trabajo de la Empresa, consideraciones que le llevan a demandar la absolución de la acusada.

Concepto de la Procuraduría:

El Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal le solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, señalando respecto del cargo primero, que así el hecho que le sirve de base al censor para su formulación pudiera constituir una irregularidad dentro del trámite, jamás generaría la violación acusada, pues de la lectura del Artículo 72 parágrafo del Código de Procedimiento Penal se infiere la competencia asignada a los Jueces Municipales para avocar las investigaciones y dictar auto cabeza de proceso mientras asume el Juez de Instrucción Criminal, y por otro lado es inobjetable la legalidad que revisten las diligencias practicadas por el Juez Promiscuo de Cajamarca, que en momento alguno causaron perjuicio a los intervinientes procesales, ni rompieron la estructura básica del proceso.

Si lo que se cuestiona es tan solo un auto de sustanciación que le da impulso al proceso, mientras que los autos interlocutorios fueron proferidos por Jueces de Instrucción Criminal, y la investigación cumplió con los requisitos del debido proceso preservándose el derecho de defensa, no habrá lugar a la invalidación pedida, porque de hacerlo se sacrificaría precisamente el derecho sustancial, frente a normas de simple rito cuya menor trascendencia fija el mandato consagrado en el Artículo 228 de la Constitución vigente.

Refiriéndose al segundo cargo de la demanda, su desestimación se hace con la tabejación de sus diversos e infundados motivos, frente a las claras exigencias de técnica que pretermitió el censor, y que al hacerlo, inhibe una contestación de fondo a la censura.

Consideraciones de la Corte:

1.- Atendiendo tanto el orden de su presentación como el principio de prioridad que rige en casación, el análisis del cargo primero de la demanda se despachará recordando ante todo que la competencia de los jueces penales y promiscuos municipales no les hace ajeno el pronunciamiento sobre apertura de investigación frente a los delitos de competencia de los jueces del circuito o superiores, pues por expreso mandato de la ley (parágrafo del artículo 72 del Código de Procedimiento Penal), tales funcionarios deben avocar de inmediato la investigación, "mientras la asume" el Juez de Instrucción Criminal.

Esta primera advertencia hace notorio que la decisión motivo de la controversia no le era en un todo extraña al Juez Promiscuo de Cajamarca, de donde no resulte con carácter de evidente la contrariedad de su pronunciamiento frente a la delegación funcional que le ha otorgado la ley.

Sin desconocer íntegramente esa facultad, formula el actor la objeción porque el juez no procedió mediante su competencia originaria sino por delegación que le hiciera el Juez 23 de Instrucción Criminal con sede en Ibagué, ya que fue éste a quien se dio la primera noticia de los hechos. Tal inquietud se traduce en saber si el comitente tenía facultad para delegar esa gestión en el Juzgado de la cabecera municipal donde territorialmente sucedió el delito, y si por parte del comisionado se excedió o no esa delegación.

Dentro de una interpretación meramente exegética, la respuesta podría otorgar razón al demandante, a sabiendas de que el auto de apertu-

ra sumarial se profirió después de que el Juzgado de Instrucción conoció de la denuncia, y en vista de que el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal que se invoca, coloca límite a la actuación del Juez Municipal cuando el de Instrucción avoca el asunto, y a su lado el artículo 76 *ibidem* no cita expresamente a los jueces municipales como destinatarios de las comisiones de los jueces de Instrucción.

Pero si ese entendimiento se extiende al artículo 314 del Código de Procedimiento Penal que da por "sede" a los jueces de Instrucción la "cabecera del respectivo Distrito Judicial" o "la cabecera del circuito", y para éste proceso se sabe que los hechos no ocurrieron en Ibagué, sede del comitente, sino en el municipio de Cajamarca, el argumento del impugnante se reduce en sus pretensiones invalidatorias, para llegar finalmente a anularse tras recordar que en materia de competencias originaria y delegada, no es en verdad el comitente quien la defiere a su delegado, sino en uno y otro caso la ley la que les fija sus parámetros, disposiciones normativas que en este caso, ya se ha dicho, otorgan a los jueces municipales la facultad de iniciar y adelantar la actuación sumarial, a condición de que con ello no contravenga la voluntad del Juez de Instrucción cuando asume directamente el conocimiento de un determinado asunto.

Es esa la situación que asoma en el caso presente, cuando tras el conocimiento de los hechos y en lugar de reservarse para sí la investigación, el Juzgado 23 de Instrucción de Ibagué optó por darle prevalencia a la facilidad que asistía al juez municipal para adelantar las primeras diligencias instructivas en su propia sede, posibilidad que apoyada en la disposición varias veces citada del parágrafo del artículo 72 del Código de Procedimiento Peral, de ningún modo vulnera los principios que sobre competencia regían para el caso de estudio.

Pero es más. Visto el contenido del auto comisorio, ni siquiera podría sostenerse válidamente que el señor Juez de Ibagué defirió la decisión sobre apertura de investigación al Juzgado de Cajamarca, sino que de manera ostensible dispuso ese impulso sumarial, señalando inclusive algunas de las pruebas a realizar y previendo la actuación subsiguiente a la vinculación de la imputada, según se desprende del texto de esa determinación:

> "con amplias facultades de funcionario instructor y con 30 días libres de distancia -dice el auto de 30 de septiembre de 1987- se comisiona al Señor Juez Promiscuo Municipal de

> Cajamarca, *para que inicie y perfeccione* el sumario correspondiente a los hechos denunciados por el ingeniero Darío Humuberto Pérez B, siendo ofendida la Empresa de Obras Sanitarias del Tolima "Empotolima" debiéndose allegar copia o fotocopia auténtica del contrato de trabajo de la imputada, acreditar legalmente la personería jurídica de dicha empresa y resolver la situación jurídica de quien sea vinculado..."

Inusual quizás, pero la determinación en sí estaba definida y la delegación así se restringía a la adopción de la forma y la práctica de las diligencias orientadas al perfeccionamiento instructivo, medidas que en nada ofenden los factores funcional, territorial, material y foral sobre los cuales descansa la competencia en el presente asunto.

De allí en adelante, ya se ha visto, las decisiones de fondo se adoptaron por el juzgado ambulante primero y finalmente por el 23 de Instrucción de Ibagué a cuyo cargo estuvo la calificación del mérito sumarial, motivos que a suficiencia imponen la desestimación de la censura de nulidad contenida en el cargo primero, como en tal sentido coincide en demandarlo el concepto fiscal.

2.- La segunda censura, según se hace notorio de la sola relación que de ella viene de hacerse en la enunciación de los cargos de la demanda, impide por su absoluta incoherencia y falta de técnica avocar su análisis de fondo, criterio en el cual coincide la Procuraduría al sostener que ni siquiera invoca el actor alguna causal de casación, y que si de su contenido pudiera inferirse que se acude a la primera, jamás deja saber la exposición si se trata de violación directa o indirecta, porque alegándose razones propias de una y otra vía, a la postre no se desarrolla una sola de las hipótesis que de modo contradictorio se sugieren.

Para comenzar, ha de resaltarse que a pesar de que el cargo se anuncia por violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el juzgador incurrió en "errónea interpretación del acervo probatorio", *el petitum* reclama que a la acusada se le debe absolver dado que se demostró "la errada interpretación de la ley sustancial", de modo que si en principio parecía orientarse la acusación sobre la base de una violación indirecta, en cuyo apoyo se hace pormenorizada evocación de la prueba, al final se concluye en la ocurrencia de una violación directa hacia la cual no apunta razonadamente el desarrollo argumental.

Distante de resultar esta contradicción fruto de un circunstancial o involuntario error en la demanda, la revisión pormenorizada de los argumentos sobre los cuales se apoya tan incoherente *petitum* sólo lleva a confirmar que sin ningún acierto y al mismo tiempo se afirma que la conducta sancionada es atípica, que ni siquiera el hecho existió, que el comportamiento de la acusada no le es atribuible a título de dolo, que el fallo omitió toda consideración de las pruebas recaudadas en la etapa de reapertura, valoró erradamente unos testimonios, desconoció para la acusada el reconocimiento del principio in dubio pro reo, e inclusive incurrió en error en la adecuación típica de los hechos, proposiciones que además de antagónicas, corresponden a la formulación de diversos cargos y aun a opuestas decisiones en el fallo de casación.

Así, por caso, mientras que la atipicidad de la conducta exigiría su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, conduciendo a un fallo absolutorio, el planteamiento de la errónea adecuación típica hallaría camino dentro de la causal tercera apuntando a la invalidación de lo actuado y a su reposición dentro de la acertada calificación de la conducta, pues a manera de rectificación no podría proferir la Corte el fallo de sustitución sin incurrir a su vez en una inconsonancia entre la acusación y la sentencia.

Si a juicio del libelista el juzgador omitió la consideración de pruebas que favorecían a la acusada, su deber era el de formular la censura por la vía de la violación indirecta demostrando aquel manifiesto error de hecho que medió para incurrir en un falso juicio de existencia; pero si en cambio lo que se hizo fue brindar mayor credibilidad a unos testimonios que al decir de la procesada, el planteamiento equivoca la vía del recurso extraordinario, pues, como lo advierte la vista fiscal, "un problema de criterios" "no es atacable en casación".

Finalmente y como ocurre con los cargos anteriores, además de su insuperable antagonismo, tampoco las alegaciones de la duda, la ausencia de dolo, la falta de pruebas o la inexistencia del hecho pasaron de ser simples proposiciones ausentes de una formulación clara y completa y de un debido desarrollo y demostración, de manera que como acertadamente lo califica la Delegada, no se sobrepasa el simple criterio personal del censor "que no dice cuáles son esas explicaciones, ni en que consisten, lo que nos ratifica que se trata de un típico alegato general, abstracto pero que no es de recibo tratándose del recurso de casación", dentro del cual "cada argumento que presenta no tiene nada que ver con los anteriores y en donde lo único que se ve es una absoluta mezcla" de razones "carentes de coherencia".

Si, pues, este segundo cargo no se sujeta en lo mínimo a las exigencias formales del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, en modo alguno podrá la Sala, imposibilitada para suplir o corregir sus deficiencias, otorgarle una respuesta de fondo, siendo lo procedente su rechazo.

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 impugnación.

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

Ricardo Calvete Rangel, (No firmó); *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez,* (No firmó); *Dídimo Páez Velandia,* (No firmó); *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Consideraciones en torno a la personalidad del procesado \ CARCEL - Alcances de nuestro sistema penitenciario

Son numerosos los motivos para institucionalizar la condena de ejecución condicional, porque el sistema penitenciario no ha logrado recuperar individual y socialmente al sentenciado. Para efectos de su otorgamiento, la personalidad del procesado debe analizarse frente a valores corrientes, no simplemente por la existencia de sindicaciones o anotaciones prontuariales, ni aún de manera automática por sentencia judicial.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta No. 44. Casación No. 5791

Vistos:

Se trata ahora de definir el recurso de casación interpuesta contra la sentencia de 30 de enero de 1991, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el delito de "estafa" cometido con el perjuicio de Alejandro Borrero Ospino, y en la cual se impuso, por lo que respecta a penas privativas de la libertad, a *Dario Cardenas Martínez*, treinta y seis (36) meses de prisión, y, a *María del Carmen Parra Pascual de Cardenas* treinta (30) meses de prisión.

La impugnación, inicialmente, se interpuso a nombre de los dos sentenciados y así fue admitida en auto de mayo 22/91. Luego se produjo el desistimiento de *Cardenas Martínez*, aceptando en proveído de octubre 3/91, en el cual también se declaró ajustada a las exigencias del art. 221 del C. de P.P., la demanda formulada a nombre de *María del Carmen Parra de Cardenas*

Hechos y Actuación Precedimental:

Así los encuadra y sintetiza el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"La Sociedad "Nova 2000 Construcciones Limitada" construyó, sobre un globo de terreno ubicado en la carrera 5 con calle 93 de esta ciudad, el edificio Garden compuesto por cinco unidades residenciales y ocho estacionamientos, los cuales fueron repartidos a prorrata entre los socios.

"Para los gastos que demandó la construcción, la mencionada sociedad solicitó un préstamo a la Corporación Popular de Ahorro y Vivienda "Corpavi", el cual garantizó con hipoteca total sobre el terreno y el edificio allí levantado, habiéndose acordado además que al venderse cada uno de los apartamentos, se constituiría garantía real sobre ellos, liberando así en la porción que fuera pertinente, la hipoteca general.

"Alfonso Pinzón Aguirre, Gerente de la compañía y propietario del apartamento 201 que le fue asignado, lo vendió a los señores *Darío Cardenas Martínez* y *María del Carmen Parra de Cardenas*, quienes en la escritura de tradición del dominio constituyeron hipoteca abierta a favor de "Corpavi" por la suma de tres millones de pesos.

"Pese a lo consignado en el documento público, los adquirientes jamás se presentaron a las oficinas del acreedor hipotecario a suscribir el pagaré que sirviera de título ejecutivo, razón por la cual la Corporación, ante la deuda subsistente y no cancelada, inició acción de cobro ejecutivo contra la sociedad constructora y los socios, quienes habían comprometido su patrimonio personal.

"Luego de una serie de incidencias, los esposos Cárdenas-Parra lograron liberar su unidad de vivienda, eludiendo sus obligaciones económicas en perjuicio del señor Alejandro Borrero Ospina, socio de "Nova 2000 Construcciones Limitada", contra quien en últimas se dirigió el juicio ejecutivo.

"...

"Formulada la denuncia y repartida al Juzgado Ochenta y Seis de Instrucción Criminal, éste en auto del dieciocho de abril de mil novecien-

tos ochenta y seis resolvió abstenerse de iniciar investigación penal, providencia que luego de recurrida por el denunciante fue revocada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el doce de agosto siguiente.

"La investigación penal se abrió en auto del veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y seis, en el cual se ordenó evacuar las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.-

"Dentro de la actuación se escuchó en diligencia de indagatoria a los señores Alfonso Pinzón Aguirre, a quien no se decretó medida de aseguramiento, y a María del Carmen Parra Pascual, a la par que se declaró persona ausente al esposo de esta última Darío Cárdenas Martínez, sindicados contra quienes se decretó medida de caución prendaria en auto del diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, providencia que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el veinticinco de mayo siguiente.

"Solicitados los antecedentes de los procesados, se obtuvo respuesta de la División de Laboratorios e Identificación del Departamento Administrativo de Seguridad, según la cual el acriminado Cárdenas Martínez registra un amplio listado de sindicaciones por diversos delitos, en tanto que la señora María del Carmen Parra Pascual no apareció registrada alfabéticamente.

"La investigación fue clausurada el día trece de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho y luego de presentados los alegatos de fondo por los sujetos procesales, se procedió a la calificación del mérito del sumario el diez de octubre siguiente con proferimiento de resolución de acusación contra *Darío Cárdenas Martínez* y *María del Carmen Parra de Pascual*, como sindicados del delito de Estafa y de cesación de procedimiento a favor del señor Alfonso Pinzón Aguirre.

"El Juzgado Once Penal del Circuito emitió el primero de noviembre del año últimamente citado auto de control de legalidad, declarando la actuación exenta de vicios invalidatorios.

"En el período del juicio se evacuaron algunas pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, incluida la indagatoria del acusado *Cárdenas Martínez* que fuera recibida dentro de la diligencia de audiencia pública de juzgamiento celebrada a partir del doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve.

" Concluida la etapa de juzgamiento, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia en la cual se fijó la pena para los acusados en un total de treinta y seis meses de prisión y cien mil pesos de multa como principal, negándoseles el beneficio de la condena de ejecución condicional "ya que no reúnen mínimamente los requisitos que para tal subrogado exige el artículo 68 del C.P., en consecuencia deberán cumplir íntegramente la pena". Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá lo confirmó, con la modificación de reducir a la acusada Parra Pascual la pena a treinta meses, sin hacer pronunciamiento en torno a la condena de ejecución condicional.

"La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por los defensores de los incriminados, impugnación que fue declarada admisible en la Corte Suprema de Justicia en auto del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y uno. Posteriormente el defensor de Darío Cárdenas Martínez desistió del recurso, en tanto que el de la señora Parra Pascual presentó la demanda correspondiente que fuera declarada ajustada a las previsiones de ley en auto del tres de octubre de mil novecientos noventa y uno, en el mismo en que se aceptara el desistimiento del otro apoderado y se declarara, por consiguiente, desierto su recurso".

La Demanda:

Se formula un único cargo con base en el artículo 226-1 del C. de P.P., que consiste en acusar la sentencia pronunciada- por el Tribunal, por considerar que en ella "se *interpretó erróneamente* el artículo 68 del Código Penal, a consecuencia de lo cual no se concedió a *María del Carmen Parra Pascual* la condena de ejecución condicional, teniendo derecho a ello".

Y explica así esta modalidad de la censura:

"El ataque a la providencia impugnada se enfoca por el cargo de *interpretación errónea*, debido a que si bien la sentencia de segunda instancia no hace mención al subrogado del artículo 68 del Código Penal, tal aspecto sí fue expresamente planteado en el fallo de primera instancia; por lo tanto, dado que las argumentaciones del *a-quo* y del *ad-quem* conforman una unidad jurídica, el fallo impugnado *no violó la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal, sino que, habiéndose considerado tal norma, se interpretó erróneamente*".

En cuanto a la demostración del cargo, se destaca la adversa opinión del juzgador de primera instancia, sobre la personalidad de *María del Carmen Parra*, porque a ésta se la hace aparecer, con su esposo, como poseedores de un récord delictivo y antecedentes policivos y penales, por espacio de más de veinte años. Pero el fallador de segunda instancia, desestimó este presupuesto, en cuanto a la recurrente, y de ahí que rebajara la pena privativa de la libertad. Pero la corrección del error en que incurriera el juez, se dio parcialmente, en el aspecto indicado, no así en cuanto a la ejecución condicional de la condena, pues se mantuvo su exclusión.

Se pasa luego, en la demanda, a analizar el artículo 68 del C. P., el cual, cuando el *quantum* de pena no excluye este subrogado, exige un proceso de valoraciones para resolver su concesión o negativa. Y ésto se señala porque de no requerirse la resocialización que debe procurar el tratamiento penitenciario, el procesado conserva su derecho a no purgar la pena, ya que no es dable, entonces, mirar ésta por su aspecto preventivo y retributivo (teorías de la unión: equilibrio de conceptos absolutos y relativos de la pena. Explicación del comentarista Juan Bustos Ramírez). En este orden de ideas se señala la evolución del instituto (Código de 1936: el procesado no es peligroso y no volverá a delinquir; Anteproyecto de 1974: el procesado no volverá a delinquir; Anteproyecto de 1979: idem.; Código de 1980: el condenado no requiere de tratamiento penitenciario). Lo cual equivale a que se desechó la peligrosidad social (anterior al delito) y se mantuvo la peligrosidad criminal, que se traduce en un riesgo de reincidencia. Por todo esto el Código Penal vigente aludió a la necesidad del tratamiento penitenciario como base de la prohibición del subrogado.

Centrado el tema en este aspecto, el memorialista plantea que solo las personalidades anómalas y criminales, son sujeto de tratamiento penitenciario. Recuerda cómo la Sala siempre ha exigido un concreto estudio de la personalidad del procesado, sus antecedentes familiares, su conducta anterior, etc. (M.P. A. Reyes Echandía, marzo 10/81 y, además, los pronunciamientos de septiembre 3/85 y agosto 19/87).

Concluye del siguiente modo la alegación:

"La reforma introducida por el H. Tribunal Superior de Bogotá a la sentencia de primera instancia *desvirtuó el argumento del a-quo para negar la*

condena de ejecución condicional a María del Carmen Parra Pascual, dado que de manera categórica se reconoció la ausencia de antecedentes penales o de policía respecto a la citada procesada, aspecto del cual partió el a-quo para concluir que los dos procesados, por su aptitud moral para la comisión de esta clase de delitos, no se hacían acreedores al subrogado penal.

"En la sentencia de *primera instancia*, las bases objetivas consideradas por el juzgador (la reincidencia en la comisión de delitos de la misma naturaleza) dieron lugar a la negación del *derecho* consagrado por el Art. 68 del Código Penal.

"Corregido tal error por el Tribunal, *necesariamente ha debido concederse el subrogado penal o fundamentar su negativa en elementos objetivos diversos al expuesto por el a-quo*, dado que se generó una evidente incongruencia normativa al reconocer la inexistencia de antecedentes para reducir la pena y negar sin embargo la Condena de Ejecución Condicional.

"Está claro que el requisito objetivo de la pena exigido por el Artículo 68 del Código Penal para conceder la Condena de Ejecución Condicional, se cumple con relación a María del Carmen Pascual, quien fue condenada a la pena de 30 meses de prisión.

"Y con relación al elemento valorativo, la ausencia de antecedentes penales, reconocida por el Tribunal *ad-quem*, descarta objetivamente la necesidad de tratamiento penitenciario, *como que ningún otro argumento fue expuesto en primera o segunda instancia para concluir que la sentenciada requiere de encarcelamiento para ser resocializada*. Así, aparece nítida la interpretación errónea del Artículo 68 del Código Penal, efectuada por el H. Tribunal Superior de Bogotá, por que reunidos los dos requisitos exigidos por la norma citada para la concesión del subrogado penal, lo negó (remitiéndose a la *a-quo*) acogiendo argumentos que previamente había desestimado.

"Ahora bien, fuera de los antecedentes penales (que con relación a María del Carmen Parra Pascual no existen) la actuación no da cuenta de elemento de juicio alguno que permita establecer que la procesada requiere de resocialización mediante encarcelamiento. Por el contrario, sus excelentes antecedentes de toda índole permiten asumir su condena como algo absolutamente circunstancial, aislado.

"Para llegar a la conclusión de que María del Carmen Parra requiere tratamiento penitenciario, es decir, que debe ser sometida a un conjunto de medidas especiales (internamiento en centro carcelario; sometimiento a vigilancia; trabajo penitenciario; educación penitenciaria) para obtener su reinserción social, su resocialización o su rehabilitación, es preciso ubicarla, en primer lugar, dentro de cualquiera de estas dos categorías: a) que se trata de una *personalidad anómala* o b) que se trata de una *personalidad criminal*-. No obstante, salvo la desvirtuada existencia de antecedentes, no expone la sentencia impugnada ningún elemento valorativo que emerja del acervo probatorio, indicativo de que la procesada sea fanática, querulómana, psicópata, depresiva (personalidad anormal) o agresiva, egoísta, desinhibida, desafectiva, etc., (personalidad criminal).

"Todo indica, por el contrario, que se trata de una infracción primaria (por la ausencia de antecedentes), que su conducta social ha sido intachable y que, por lo tanto, la negación del subrogado penal respondió a una errónea interpretación de la norma que lo consagra".

Concepto de la Delegada:

Coincide ésta con la pretensión del recurrente y es así como anota: "Ciertamente advirtiendo la equivocación en que incurriera el juzgado de primera instancia en relación con las presuntas sindicaciones que obraban en contra de la señora *Parra Pascual*, decidió corregir el vicio probatorio y por consiguiente eliminó tales anotaciones de su juicio, mas prohijó las aseveraciones de que la sentenciada no tenía derecho a que se le concediera el subrogado penal, con lo cual ratificó lo decidido en primera instancia, es decir, "que no se reúnen mínimamente los requisitos que para tal subrogado exige el artículo 68 del C.P", de donde debe concluirse que equivocadamente el Tribunal entendió el precepto mencionado, pues ningún análisis adicional hizo en torno a los tres condicionantes del elemento valorativo, como ha debido hacerlo".

Para el colaborador fiscal, en este ámbito, el hecho no revistió una especial gravedad pues se trata de un delito de estafa que "no es de aquellos que pongan en grave peligro la estructura social o que menoscaben a tal punto los valores sociales como para que, a través de la ejecución real de la sanción, se deban satisfacer intereses de protección social". Y, en cuanto a las modalidades de la conducta, tampoco revelan la urgencia o perentoriedad de cumplir físicamente la pena, pues "las formas utilizadas para la delincuencia no excedieron los marcos propios de ella ni ex-

tendieron sus efectos dañinos hacia el ámbito social, y los perjuicios que irrogaron que quedaron dentro de los límites de las relaciones particulares, anotando además la Delegada que no se causó un perjuicio irreparable, ni lesionó el interés jurídico protegido en forma tal que impidiese o dificultase en grado sumo a los perjudicados con la infracción su adecuado sostenimiento o supervivencia, ni siquiera produjo una honda perturbación en su nivel ordinario de vida".-

Repudia sí el sabor acentuadamente positivista que la demanda expresa con la referencia a las personalidades anómalas y criminales. Sobre este particular expone: "... sin negar que en el Decreto 100 de 1980 (Código Penal) se conservan algunos rasgos de aquél positivismo jurídico que influyó en nuestra legislación penal moderna, y que por consiguiente algunos de los preceptos penales se encuentran todavía imbuídos de un claro sabor peligrosista, lo cierto es que el actual estatuto represivo se fundamento en los principios culpabilistas de la responsabilidad penal, lo que quiere decir que hoy ya no es posible asignar una pena a un ciudadano más que por el hecho punible cometido, no por la forma de su personalidad, tal como se desprende del texto del artículo 1o. del Código Penal que preceptúa: "Legalidad. *Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible* por la ley penal vigente al tiempo que se cometió..." (Resaltado y cursivas de la Delegada), principio que también ha sido respetado por la Constitución Política recientemente expedida en su artículo 29, cuando consagra como derecho de los ciudadanos su juzgamiento conforme "a leyes preexistentes al *acto* que se le imputa". Es presupuesto de la pena, entonces, la realización de un hecho o *acto* que previamente esté descrito como punible y, contrario *sensu*, no se puede imponer sanción penal alguna con sustento en la personalidad del procesado, por "anómala" o "criminal" que ésta pueda ser.

"Si tal es el presupuesto de la pena, y por otro lado el artículo 12 del Código Penal establece como una de las funciones de ella la "resocialización" del delincuente, impera concluir que tal resocialización no puede tener como objetivo o finalidad el "reordenamiento" de la personalidad del sentenciado (que sería la meta del tratamiento penitenciario frente a personalidades "anómalas" o "criminales"), pues un Estado democrático de derecho ha de partir del principio de respeto a la diversidad y por tanto, ha de ser reverente con las diversas estructuras del comportamiento que encuentre entre los ciudadanos que conforman la sociedad. La función resocializadora, por consiguiente, debe perseguir no el cambio de la

personalidad del sentenciado, sino el otorgamiento a él de condiciones y valores que, conservando su propia personalidad, lo motiven a respetar los valores e intereses sociales. Es por ello que en punto de la condena de ejecución condicional, el concepto de personalidad al que alude el artículo 68 del Código Penal, no es aquélla añeja noción peligrosista, sino la moderna visión que compromete sentimientos y motivaciones particulares y divergentes, pero respetuosos de las reglas comunes preestablecidas como normas de gobierno dentro de la organización social. Sólo así es entendible que, en lugar de examinar las inclinaciones del condenado hacia el delito, se imponga el examen de condiciones objetivas que permitan al funcionario judicial "suponer" si éste requiere o no tratamiento penitenciario que, respetando las particularidades de la personalidad del sentenciado, supla esas carencias de reverencia a los valores generalmente compartidos. El cumplimiento efectivo de la pena no depende, entonces, de la existencia o no de antecedentes penales del procesado -que una tal visión implicaría regresar al derecho penal peligrosista- sino de que el hecho punible cometido revele que su personalidad, al momento de la imposición de la misma no sea respetuosa de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, que tales son los pilares del estado social de derecho colombiano (art. 1 de la C.N.), que reclama de sus ciudadanos el cumplimiento de precisos deberes (art. 95 C.N.) como requisitos del bienestar colectivo y la paz social".

Alegación de la Parte Civil:

En el tema que le puede ser legítimo, ámbito del cual se extraña la concesión del subrogado, afirma que de llegar a prosperar la demanda se tenga "en cuenta el precepto contenido en el artículo 69-3 del Código Penal, en el sentido de imponer la obligación de reparar los daños ocasionados con el delito y de fijar el plazo dentro del cual ésta debe cumplirse".

Consideraciones de la Sala:

El instituto de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. Penal), ciertamente no debe mirarse como una gracia sino como un beneficio-derecho, pues al paso que el primer concepto traduce, en la aplicación del subrogado, una libérrima discrecionalidad del juez, esto es, que solo su voluntad determina lo que al respecto debe hacerse, la segunda noción, que trata de darle solidez, equilibrio, respetabilidad y eficacia a este paliativo de la sentencia de condena, impone su concesión cuando se dan ciertas condiciones. En otras palabras, mientras que en la gracia no es

dable invocar factores que lleven inevitablemente a su otorgamiento, a no ser que el juez quiera considerar digno de la misma al procesado, en el beneficio se da cierta perentoriedad al cumplirse con ciertas exigencies o requisitos.

La condena condicional tiene múltiples razones de ser. Abundan los motivos de la más variada índole para institucionalizar una figura de esta naturaleza. Consideraciones de humanidad, de estímulo a la readaptación voluntaria, de la mejor calidad de las cárceles, con más posibilidades presupuestales y menos población de reclusos, de la protección familiar de los que inocentemente van a recibir indubitables consecuencias del acto criminal cumplido por un miembro de este núcleo, de los aspectos de política criminal o de buena opinión extranjera sobre la nobleza de las instituciones o el estado moral y social de los habitantes de un país, valorado bondadosamente cuando tiene menos personas en prisión, etc., entran en juego en este asunto. Para la Sala, por la forma como está diseñada en el Código y los antecedentes de su elaboración, la razón de mayor validez estriba en que no es conveniente imponer, fatalmente, la satisfacción material de las penas cortas, y de ahí que establezca los límites de tres años, para las penas de prisión, o abra ampliamente su ámbito para las de arresto, que suelen disponerse para hechos de inferior entidad, en el catálogo de los delitos, y que siempre deben corresponder a privaciones de la libertad de reducida intensidad.

Y esto se dice porque el sistema penitenciario, que debe procurar una recuperación de la personalidad individual y social del sentenciado, (estudio, trabajo, alimentación, tratamientos médicos, psicológicos, capacitación, reducación, disciplinas de diverso orden, etc.) no alcanza a desarrollar todos sus buenos y procurados efectos, por la cortedad del término de que se dispone para ello. Además, el impacto, en todos los órdenes, que desata una reclusión en condición de reo rematado, se muestra, en esta clase de sanciones, como más nocivo, irrecuperable e inneCésario, a lo que como beneficio podría generar el internamiento. En otras palabras, cuando aparece como más aconsejable mantener el habitat propio del procesado (trabajo, familia, estudios, actividades cívicas, status social, alejamiento de factores de discriminación, formación religiosa, cultural, política, etc.) no debe deteriorarse esta sana perspectiva para introducir un fenómeno de graves e incalculables repercusiones como los que genera la prisión. Por eso se tiende a la libertad durante la irivestigación y juicio; y, por eso, ya en el inevitable trance de una condena, se prevé la posibilidad de poderse suspender ésta en su física aplicación.

Esto lleva a considerar, en este específico estadio, que la tesis general dominante en esta clase de infracciones, o sea, las conminadas con arresto (cualquiera sea su término) o prisión que no exceda de tres años, es la de facilitar el goce de la condena de ejecución condicional. Sólo por excepción debe restringirse su disfrute y, por lo mismo que sustraerse a sus dones no es acontecimiento usual o que pueda mirarse con indiferencia, debe contarse con información adecuada al respecto, *exigiéndose perentoriamente* la determinación de razones por las cuales se priva de este beneficio al sentenciado, para poder observar y confirmar la acomodación de la medida tomada con las prescripciones de la ley.

El juez también dispone de un amplio espectro de posibilidades para negar su concesión. Sobre el particular basta reparar en la multiplicidad de las características de los delitos y la no menos abundante variedad de procesados. En este dilatado horizonte el juez deberá moverse con prudente y equilibrado juicio, para que tan noble institución no resulte descompuesta en su contenido y finalidades, pues una excedida largueza o una insólita rigidez, pueden perjudicar por igual al sentenciado y sembrar en la comunidad incertidumbre y desconfianza.

¿Qué da lugar a que se repudie la ejecución condicional de la condena? Pues el que la haga desaconsejable la personalidad del procesado, entendiendo por ésta, de ordinaria manera, la "estructura interna del individuo o del grupo, más o menos estable, que se traduce en comportamientos o actos relativamente semejantes y correspondientes. Mídese, entonces, por la secuencia de acciones u omisiones perceptibles y no por una acción aislada", o, específicamente, en el campo de la criminalidad, lo que se "refiere a aquellas personas o grupos que por su generalidad comportamental permiten inferir tendencia a la violación de intereses protegidos jurídica o socialmente"; o la naturaleza o las modalidades de los hechos. Y estos factores, conviene anotarlo, deben aparecer en el proceso y explicarse específicamente en la sentencia, pero sin que esta motivación tenga que precederse de exhaustivos estudios, técnicos o científicos, bastando a este respecto demostraciones y análisis de corriente aparición y empleo en los procesos penales. Algunos quieren hacer del concepto de la "personalidad", para efectos de la dosificación de la pena (art. 61 C.P.) o de la concesión del subrogado (art. 68 *ibídem*) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialistas en sicología, siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones

más a la mano, de más fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o a abogados de defensa y de parte civil o integrantes del ministerio público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión en un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado.

La ley, es cierto, debe establecer distingos, para adecuarse a cada comportamiento. Por eso resulta lógico que la norma del decálogo establezca la prohibición de "no matar" y la legislación discrimine el evento culposo, preterintencional y doloso, y, también, diferencie el homicidio simple, del agravado, piefístico, eutanásico, concausal, etc. . Pero la diversidad no puede llegar al galimatías o a la concepción laberíntica, con tal magnitud que llegue a imposibilitar su vigencia y aplicación, inhabilitándose así los resultados perseguidos por las instituciones mismas.

Para orientarse el juez en órdenes relacionados con la cantidad de pena o con la concesión o negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional, no es dable exigirle ni la provisión de un dictamen especializado ni en la presentación de razones de exquisita factura técnica o científica.

Distinta es la evaluación de imputabilidad o de inimputabilidad o la que debe acompañar al régimen penitenciario al cual debe ajustarse el sentenciado. En uno y otro caso, entiende la Sala, sí se dan exigencias que deben corresponder a un estudio más profundo, cuidadoso y exhaustivo del procesado o del reo. Pero estos requerimientos propios a estos cometidos, no deben desplazarse como compromiso a estadios tan diferentes como el que se comenta.

No mantiene la Sala la tesis de que gravedad, y naturaleza de los hechos y personalidad, tiene que conjugarse en sus tres fases y en forma adversa al procesado para poder negar a éste el subrogado en examen. Menos la interpretación de no poderse llegar a este rechazo cuando se ha aumentado la pena en consideración a iguales motivos, ya que se afirma, sofisticamente, que en esa agravación va envuelta la definición del asunto y no es dable duplicar la sanción privando al procesado de este beneficio.

Así la personalidad del procesado pueda aconsejar, en un momento determinado dicho otorgamiento, singulares características de la conducta criminosa o sus modalidades de excepción al compararse con comportamientos de igual naturaleza, puede fundar en el juez la convicción de la necesidad o conveniencia de exigir que la pena se purgue de modo efectivo. Ya, en estas alternativas, se advierte la improcedencia de investigaciones exhaustivas, técnicas o científicas, porque la propia investigación al resultar exitosa, descubre tanto la naturaleza de los hechos como sus modalidades y suministra idea segura respecto de fijar lo pertinente de la condena de ejecución condicional.

Es claro, como ya se ha anotado, que no basta con la afirmación de tratarse de un hecho que por su naturaleza o modalidades comporta esta negación, pues es neCésario consignar, así sea de modo sintético, las reflexiones que dan lugar a esta apreciación o criterio. Indudablemente que una estafa que priva de todo el patrimonio o de parte vital de éste a persona de menguados recursos económicos, que le impiden una adecuada y oportuna recuperación y magnifica sus necesidades, no puede valorarse, a los fines comentados, del mismo modo que la dirigida contra el ofendido de contrarias condiciones; ni guardaran nivelación de semejanza, así se trate de perjudicados solventes, infracciones en cuantía de miles de pesos y las que representan cifras millonarias; y jugará también papel distinguir entre quienes defraudan en altísima cuantía fondos destinados a la niñez, a la salud, a la educación, o producto del ahorro particular, que quien actúa contra bienes que no exhiben esta caracterización. No será lo mismo, en el campo de estas valoraciones, el caso de unas lesiones personales, subitáneas, que el evento de quien las prodiga en un derroche de cruel violencia y desalmada preparación.

Estos son ejemplos, entre los muchos que podrían escrutarse, que no requieren para su definición de unas tan hondas cavilaciones que sólo logre saberse en dónde empiezan éstas pero se ignore dónde terminan.

Ni menos que se deba contar, para asumir una decisión de la índole comentada, de informes especializados, estudios sociológicos o cuadros de análisis y comparación, que si se dan constituyen valiosos elementos. Lo que se quiere destacar es que no se pretenda supeditar una decisión de esta naturaleza a que los mismos obren en el proceso o que se tengan, obligadamente, que ordenar por el juzgador.

Estima la Sala que exigiendo una debida motivación sobre el punto, se evitan "genéricos enunciados" o "ambiguos etiquetamientos" sobre presunta peligrosidad del procesado, como en su tiempo lo advirtió la Corte (M.P. Alfonso Reyes E., Marzo 10/81) y ahora lo prohibe la Constitución Nacional (art. 248).

Cabe, entonces, preguntar si el citado artículo 248 impide la determinación de la personalidad del procesado a efectos como el de establecer aumentos o disminuciones de penas, o de conceder o negar algún beneficio procesal? No lo cree así la Sala de manera absoluta y general. Lo que pretende el precepto es desalojar una arraigada costumbre de uncir esa valoración únicamente a la existencia de simples sindicaciones o anotaciones prontuariales. Si para dicho cometido se emplea este factor de manera exclusiva o preponderante, a no dudarlo que la prohibición constitucional resulta insoslayable. Pero cuando la motivación, a este respecto, no se reduce a considerar estos seudoantecedentes y, por el contrario, se realiza una averiguación integral sobre lo que pude ser la condición del procesado para vivir en comunidad, llegándose en este aspecto incluso a determinar el real contenido y proyección que puedan representar, como modo de ser del sentenciado, esa serie de conflictos con la autoridad en que se ha visto envuelto, la restricción constitucional no aparece quebrantada.

La personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar, fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta.

Esta es la sana interpretación de tal dispositivo, con lo cual se eliminan abusos y se llega a una justicia integral que lejos de desconocer o ignorar al hombre justiciable, lo concreta y ubica en sus niveles propios.-

También recalca la Sala la conveniencia, cuando media sentencia *judicial* (sobre delitos o contravenciones), esto es, resolución de esta clase pronunciada por juez o magistrado, de no mirar la misma, automáticamente, como indiscriminado factor que lleva a negar este subrogado. Constituye exigencia legal el analizar el mérito que una condena de esta índole comporta en cuanto a los fines que con dicho instituto se persiguen. En otras palabras, no serán pocos los casos en que una sentencia de condena muestre la incompatibilidad que exhibe el procesado para gozar de la ejecución condicional de la condena, pero también abundarán las que nada dicen ni agregan a este respecto y, por tanto, aún dándose un antecedente de esta naturaleza, sea dable dispensar este beneficio.

No quiere la Sala concluir este pronunciamiento sin destacar, en este específico ámbito, que bastan consideraciones serias, lógicas y fundadas, reveladoras de su buen tino, sensatez y ponderación respecto de la naturaleza del hecho, o de las características de éste, o de los rasgos notorios y detectables de la personalidad del procesado, y, de la obligación en que está el fallador de consignar su posición conceptual para negar o conceder la condena de ejecución condicional.

En el caso de autos, se observa que el juez de la primera instancia trasladó *in integrum* el prontuario delictivo o de antecedentes de *Darío Cardenas Martínez* a su esposa *María del Carmen Parra Pascual de Cardenas*, y negó la condena condicional a ambos. De haber sido esto cierto, a no dudarlo que una tan compartida malvivencia, habría sido suficiente para no mostrarse laxo, ni pródigo en la utilización del subrogado. Pero la sociedad conyugal no podía traducirse en la solidaridad que entraña una sociedad criminal, ni la coparticipación en un acto incorpora todos los anteriores de uno u otro de sus integrantes. Esto lo advirtió el Tribunal, al esclarecer que la procesada no tenía antecedentes, ni observaciones de mala conducta individual, social, familiar, etc., y de ahí que disminuyera la pena, aspecto aquél que también, obligadamente, le debió llevar a conceder la condena de ejecución condicional o, de opinar adversamente, a expresar nuevas y distintas razones. Nada dijo y la actitud debe entenderse ahora más como omisión que como propósito de negar el beneficio comentado. Esta falta de motivación al respecto, máxime cuando se borraron los aspectos que mantenían la negativa del subrogado, constituye sobrado motivo para entender que el cargo debe prosperar.

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

Resuelve:

1.- *Casar parcialmente* el fallo, mencionado ya en su origen, fecha y contenido, en cuanto éste impidió el goce de la condena de ejecución condicional para *María del Carmen Parra Pascual de Cárdenas.*

2.- Se le concede a esta procesada este beneficio (art. 68 C.P.), por un período de prueba de cuatro (4) años, durante el cual cumplirá con las obligaciones que se determinan a continuación:

a).- Informar al juez de la primera instancia de todo cambio de residencia; b).- Ejercer un oficio lícito; c) reparar los daños ocasionados por el delito, que fueron fijados en la sentencia de primera instancia, dentro de un término máximo de siete meses; y d) observar en términos generales una buena conducta individual, familiar y social.

Estas obligaciones se garantizarán con la suscripción de una caución en cuantía de cinco (5) salarios mínimos mensuales, que bien puede acreditar ante la Corte o ante el Juez de la Primera Instancia.

Se advierte a la procesada que de incumplir una de estas obligaciones o de incurrir en nuevo delito durante el período de prueba, se ejecutará de inmediato la sentencia y se hará efectiva la caución prestada.

La interdicción de derechos y funciones públicas no queda cobijada por el beneficio otorgado.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

DETENCION ARBITRARIA - Obligación en caso de captura ilegal o prolongación ilícita de privación de la libertad

Cuando la captura es ilegal o la privación de la libertad se torna ilícita y el funcionario judicial pretende formalizarla, desconoce el derecho del aprehendido y se hace incurso en detención arbitraria.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 048 (23 abr./92).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte civil en contra de la providencia de 9 de julio de 1991 emanada del Tribunal Superior de Barranquilla, decisión que al calificar por segunda ocasión el mérito del sumario seguido en contra de los doctores *Luis Alfonso Ramos de la Hoz* -Juez Décimo de Instrucción Criminal de Sabanalarga- y *María Elisa Granados Henríquez* -Juez Penal Municipal de la misma localidad-, cesó procedimiento frente a los cargos que ameritaron su vinculación a este proceso.

Hechos:

Recuerda la Sala que la inconformidad del denunciante doctor Miguel Vega Escobar se encaminó a reprochar la intervención de los funcionarios doctores *Ramos de la Hoz* y *María Elisa Granados* en el trámite del proceso seguido por el delito de hurto en contra de Luis Moreno Carrillo y otros, ya que a pesar de haber sido aprehendidos los incriminados sin

previa orden judicial ni circunstancia distinta que amparara el proceder policivo, el primero como Juez Décimo de Instrucción Criminal y la segunda como Juez Penal Municipal, omitieron proveer la inmediata restitución de los ilegalmente retenidos a su libertad, y aún la segunda extendió el término para resolver sobre su situación jurídical más allá de los límites que autorizaba la ley.

Actuación Procesal:

1.- Cuando la Corte conoció inicialmente de este asunto con motivo de la apelación interpuesta contra el primer auto calificatorio, tuvo ocasión de precisar que objetivamente el comportamiento de los funcionarios denunciados resultaba opuesto en primer término al mandato del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, si advertidos de que la aprehensión de los imputados Luis Moreno Carrillo, Rafael Vergara Oliveros, Farid Llanos Márquez y Nemesio Roa Torregroza como sindicados de participar los dos primeros en el apoderamiento de tres reses del allí denunciante Filemón Rueda Acevedo, y los dos restantes en el transporte y venta de los bovinos, había ocurrido por la sola iniciativa de los agentes de la autoridad pero en entera ajenidad a circunstancias que autorizaran la privación de libertad, ninguno de los funcionarios hizo César de manera inmediata el estado ilegal de captura, cargos adicionados para la doctora *Granados* por haber excedido los términos legales concedidos para que definiera la situación jurídica de los retenidos.

Esta situación de hecho, notoria de la simple revisión del decurso del proceso inicial, resultaba en todo caso incompatible para la deducción de los cargos en contra de los jueces imputados, si no se les había aún interrogado de modo completo sobre los hechos incriminantes, ni se habían satisfecho las citas que para su excusa hizo la indagada, quien pretextó como motivo de su demora la circunstancial congestion de su despacho.

2.- La etapa de reapertura permitió complementar la información que sobre los cargos dieron los funcionarios indagados, y allegar algunas evidencias adicionales de respaldo:

Con relación al primer aspecto, explicó el doctor *Ramos de la Hoz* -folios 146 y 193- que jamás había recibido ni conocido la solicitud que formalizó el abogado Vega para que pusiera en inmediata libertad a los aprehendidos, y por esa circunstancia había omitido una respuesta adecuada, ateniéndose al texto del memorial en cuanto no obra en él cons-

tancia de su ingreso al Despacho. Como entre tanto su incompetencia había quedado definida mediante el avalúo de los semovientes, se limitó a pasar el expediente al juzgado Municipal, entendiendo que los retenidos no permanecían ilegalmente en esa situación, pues así hubiese sido su aprehensión indebida, dentro del ejercicio de sus facultades la formalizó mediante oficio dirigido al Comando de la Policía de Sabanalarga, teniendo en cuenta la entidad del delito imputado pues "se ejerció violencia sobre dos de los semovientes después del apoderamiento, para sacrificarlos", y se daban dos causales de agravación del artículo 351 del Código Penal, valga decir, el abuso de la confianza depositado por el ofendido en el sujeto agente y haber recaído la acción sobre cabezas de ganado mayor que superaban en su valor los cien mil pesos.

En su segunda ampliación insistió el indagado en que su silencio frente a la solicitud de libertad del doctor Vega se generó porque el memorial petitorio jamás se ingresó a su Despacho, lo que sí había sucedido cuando el profesional le pidió someter al aprehendido Roa a reconocimiento médico y que el funcionario atendió, como también despachó favorablemente la petición de someter las reses a un segundo avalúo.

La doctora *Granados Henríquez* -folio 161- contestó que cuando recibió el proceso con los aprehendidos, ya la captura había sido formalizada por su colega el Juez de Instrucción mediante oficio al centro de reclusión, según lo hizo ver en el primer auto que profirió y particularmente en aquel que definió la situación provisional de los procesados, donde consideró el hecho como constitutivo de un hurto calificado porque dos de las reses habían sido sacrificadas en el matadero local, lo que a su juicio adecuaba el hecho al artículo 350 del Código Penal, cobijándolo aún las causales 8 y 10 del artículo 351 *ibídem*.

Refiriéndose enseguida a los términos dentro de los cuales definió la situación jurídica de los aprehendidos, aclaró que recibida la actuación el 7 de abril de 1989, en la misma fecha avocó el conocimiento y decretó la práctica de una inspección para el día siguiente, diligencia que efectivamente realizó en el predio del cual fueron sustraídos los vacunos. El lunes 10 debió ocuparse de la práctica de unas diligencias de inspección y el recibo de un testimonio, todos en la ciudad de Barranquilla, y el día 11 verificó una audiencia pública que le ocupó todo el día, dentro de un proceso con detenidos; pruebas que tenía decretadas con bastante antelación y que sólo le permitieron disponer del día 12 para definir la situación de los aprehendidos como así lo realizó.

En corroboración de éstas excusas y a partir del folio 170 del expediente se agregaron copias del acta de audiencia realizada el 11 de abril por el Juzgado de la doctora *Granados*, constando en ella su prolongación hasta las seis de la tarde, acreditándose por los mismos medios que el día 6 de abril recibió la indagada declaración al clérigo Stanley Matutis trasladándose a la ciudad de Barranquilla, localidad donde llevaría a cabo el día 10 tres inspecciones judiciales en los bancos del Comercio y Sudameris, invocando las autorizaciones que le otorgaba el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal para ese desplazamiento.

3.- Cerrada de nuevo la investigación y ocupado el Tribunal de proveer por segunda ocasión la calificación de su mérito, la decisión de cesación ya comentada se sustentó en la invariabilidad de la situación de duda incipientemente reconocida con relación a la culpabilidad dolosa de los procesados, pues pese a reconocer que su conducta resultaría adecuable a una de las modalidades de la detención arbitraria, al omitir César el estado de captura ilegal que padecían los ante ellos sindicados, ni se había demostrado como lo pretendían sus defensores "la condición de invencible" del error alegado como excusa, dado que los doctores *Ramos* y *Granados* no habían afrontado "ninguna situación compleja que no les permitiera sin mayor esfuerzo comprender la situación" (sic), ni, en su defecto, se había probado su incorrección ética o el propósito marcado de perjudicar con su conducta.

4.- Las razones que para la decisión del recurso se proponen provienen en primer lugar del señor representante de la parte civil quien como apelante exhibe su inconformidad con la decisión del Tribunal aludiendo a la ocurrencia de una serie de irregularidades sustanciales que atribuye al doctor *Ramos de la Hoz* en la verificación del avalúo que le sirvió de base a la remisión del expediente al Despacho de la doctora *Granados*, concretando en cuanto a los cargos de éste proceso que al contrario de lo visto por el Tribunal, la ilegalidad de la captura del señor Roa Torregroza se halla demostrada, y frente a ella el incumplimiento funcional por parte de los indagados que teniendo el deber de legalizar la captura no procedieron como les correspondía, ni resolvieron su situación provisional en tiempo oportuno, mostrando por diferentes actuaciones su ánimo adverso a los para entonces sindicados, según interpreta en el doctor *Ramos* el no haberse pronunciado sobre la libertad de los aprehendidos, y en la doctora *Granados* por haber diferido esa decisión con la ordenación de una inspección en Usiacurí que territorialmente no le competía dentro de la cual le llamó la

atención como defensor sin tener motivo que la justificara, actuaciones de las cuales infiere el compromiso de su responsabilidad penal.

Concedido el recurso y corrido el traslado propia de la instancia, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal expresa su acuerdo con la determinación tomada por el Tribunal, advirtiendo de entrada que ningún reproche cabe al manejo que del expediente diera el Juzgado 10 de Instrucción a cargo del indagado doctor *Ramos de la Hoz*, salvo en lo atinente al tema del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, caso en el cual estima ante todo que si la captura de los por entonces sindicados ocurrió sin que preexistiera orden judicial ni motivo legal que la justificara, la responsabilidad debía recaer preferentemente en las autoridades de policía que la ejecutaron. Y si por parte del juez se pretermitió el mecanismo de control que la citada norma consagra, a lo más se tendría que reconocer como cierto aquel "error de criterio" que el funcionario excusa, al proponer que se entendió autorizado para "legalizar" la aprehensión de los sindicados.

> "Naturalmente que el texto procesal del artículo 406 en modo alguno puede permitir al juez legalizar una captura ilegal, pues apenas se refiere a que el juez debe autorizar la reclusión en el establecimiento carcelario por su cuenta, para efectos procesales, pero ello no puede purgar de vicios a la captura que previamente se haya efectuado".

Sin embargo, que el juez obró con un criterio errado quedó acreditado a juicio de la Delegada, teniendo particularmente en cuenta que los capturados eran ciertamente los autores de un delito de hurto, y que los requerimientos procesales imponían su captura, pues así cabe entender que se hiciera "*neCésario mantenerlos privados de libertad para los fines procesales*", consideración bajo la cual es de recibo entender que el funcionario no actuó con dolo, menos si como lo dijo en su ampliación, ni siquiera la solicitud de libertad de uno de los defensores llegó oportunamente a su despacho, así que

> "Se tratará entonces de un error de interpretación de la ley procesal... que en modo alguno puede ser reprochado como comportamiento típico en el ámbito del prevaricato de omisión, pues para ello se requerirá la comprensión de que el hecho de la legalización de la captura no eximía del deber de disponer previamente la libertad de los capturados irregularmente".

Para el caso de la doctora *Granados*, un nuevo error en la interpretación de la ley la estaría relevando también de responsabilidad penal frente al retardo protagonizado en la definición de la situación provisional de los aprehendidos, pues en cuanto a la conservación del estado de captura de los procesados es de recibo entender su explicación en el sentido de que al recibir el expediente, ya el juez de Instrucción la había legalizado, y en el exceso del plazo para definir su situación tampoco resultaría reprochable a título de dolo la dilación conocida, pues se halla demostrado que la funcionaria se encontraba ocupada en la realización de otras actividades propias de su despacho, que la impidieron atender antes de la fecha en que lo hizo, el advertido deber funcional.

Consideraciones de la Corte:

1.- El primer cargo que motivó la vinculación de los funcionarios indagados tuvo relación con el incumplimiento funcional del deber impuesto por el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, que en concordancia con el artículo 406 *ibídem* impone al funcionario judicial ante quien se deja a disposición un capturado, la obligación de revisar si la aprehensión se ha ceñido a la constitución y a la ley, caso en el cual habrá de proceder a su legalización, o si en su defecto el acto se ha realizado con violación de aquellas garantías, evento éste que le obliga a la emisión de una orden que haga inmediatamente efectiva su libertad.

Si a pesar de descubrir que la captura no se ciñe a los motivos ni a la competencia que autorizan su ejecución por las autoridades de Policía, el funcionario judicial la formaliza, no cabe duda que con ese actuar desconoce los derechos de los aprehendidos y adecúa su conducta a la descripción del artículo 273 del Código Penal (norma especial, posterior y favorable frente al art.150 *ibídem*), no al delito de prevaricato como en su momento lo propone el Ministerio Público, pues mediante un abuso de poder habrá prolongado ilícitamente los efectos del también exceso funcional en que incurrieron quienes realizaron indebidamente la aprehensión.

Revisando las circunstancias del caso que se dejó al conocimiento del doctor *Ramos de la Hoz* se tiene que ocurrido entre los días 21 y 22 de marzo de 1989 el hurto de tres reses de la finca de Filemón Rueda Acevedo localizada en jurisdicción de Sabanalarga, el ofendido dió aviso a las autoridades de Policía que sin haber realizado sorprendimiento en flagrancia ni atender orden de autoridad competente, por su propia iniciativa hicieron averiguaciones y produjeron el 28 de ese mes la captura de Luis

Moreno Carrillo y Rafael Vergara Oliveros como presuntos autores materiales del apoderamiento, de Farid Llanos como vendedor y de Nemesio Roa como encargado del transporte.

Puestos los retenidos a órdenes del Juzgado de Usiacurí y conociendo éste su incompetencia territorial, remitió el caso al conocimiento del 10o de Instrucción Criminal con sede en Sabanalarga, donde el día 30 de marzo se hizo saber por el Comando de la Policía que debía pronunciarse sobre legalización de las capturas, pues en la cárcel de la localidad no se recibirían los aprehendidos sin ese requisito -folio 20 del anexo sobre copias-.

Desatendiendo que la captura de los señores Moreno, Vergara, Llanos y Roa no se había realizado dentro de las facultades que para su operancia asistían constitucional y legalmente a la Policía Nacional, el mismo día 30 de marzo se pronunció el Juzgado Décimo de Instrucción a cargo del doctor *Ramos de la Hoz* decretando la apertura de la respectiva investigación penal, y disponiendo en el numeral 8 librar al Comando de la Policía la orden de traslado de los capturados a la Cárcel Distrital para que permanecieran a disposición de ese Despacho, previsión cumplida mediante oficio 238 cuya copia aparece en el folio 30 del cuaderno de anexos, citando como sindicación el delito de *"Hurto Cunado Mayor"*.

En la etapa de reapertura e interrogado sobre las razones que le movieron para actuar en la forma criticada, el funcionario indagado reconoció que la aprehensión de los cuatro sindicados "bien pudo ser que no se produjo en debida forma", razón por la cual procedió él a "legalizarla" haciendo uso de la captura facultativa que le permitía el artículo 399 del Código de Procedimiento Penal (folio 147 del cuaderno principal), añadiendo que entendía operante la posibilidad de ejercitar aquella iniciativa, teniendo de presente que la imputación lo era por un delito de hurto agravado y calificado por la circunstancia del "inciso 4o. del artículo 350 del Código Penal, ya que se ejerció violencia sobre dos de los semovientes después de su apoderamiento al ser sacrificadas, bien para aprovecharse de su producto, o para lograr la impunidad del delito".

A cual más desafortunadas, las anteriores excusas solamente acreditan por la forzada deformación de la realidad del proceso y la falta de lógica con que se extreman las razones, la voluntad de excusar la conciencia y malicia del arbitrario proceder, pues le hubiese resultado mucho más fácil al funcionario el acierto que el error, si se hubiese aplicado

a la simple consulta de las disposiciones que le resultaban aplicables, haciéndosele ahora imposible el tratar de justificar el abuso de poder ejecutado, del cual tenía la plenitud de su conciencia:

1.1.- Absolutamente inaceptable resulta por ejemplo, el pretender que una captura realizada con violación de las garantías individuales puede adquirir legalidad por la sola y errada formalización que de ella haga un juez a posteriori, pues bajo esa modalidad pronto se llegarían a hacer inoperantes tanto el derecho que se debía proteger, como el precepto mismo del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal;

1.2.- Tampoco a la preparación, a la categoría y experiencia de un Juez de Instrucción Criminal como lo era el indagado, se acomoda una confusión conceptual entre lo que es el empleo de la violencia que sirve de medio para la comisión del apoderamiento, para el aseguramiento del producto o el logro de la impunidad en un delito de hurto, de aquella fuerza que es connatural a la explotación económica del objeto material que se ha obtenido mediante la ejecución de esa infracción, o necesaria para la obtención del provecho patrimonial que la incentivaba, como sucede en el caso del apoderamiento del ganado, cuando su destinación final es la de la jifería.

En el caso denunciado por Filemón Rueda Acevedo, jamás se acusó que el apoderamiento se hubiera realizado mediante violencia sobre las personas o las cosas, y menos se sostuvo que el inmediato aseguramiento del producto hubiese requerido el empleo de esos medios intimidatorios o de daño efectivo para impedir la acción de la justicia o evitar la pérdida del objeto material. Cuanto se dijo fue que ya perdidas las reses para su dueño y teniendo sobre ellas los ladrones su disponibilidad completa, a la consecución del lucro pretendido llegaron mediante un negocio de venta para expendio de carnes, actividad distanciada del tiempo y de las modalidades de comisión del hecho ilícito, que ninguna dificultad ofrecía a un juzgador desprevenido para su comprensión.

1.3. Debía saber también el indagado, que al actuar del modo como se le critica contrariaba el expreso deber impuesto en el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, sin que le sirva de excusa la necesidad de vincular procesalmente a los ilegalmente capturados, pues esa posibilidad quedaba a salvo con la regla contenida en la misma disposición, bajo la alternative de hacer firmar "un acta de compromiso en la que conste nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la

autoridad que lo requiera", opción con la cual asegura el legislador que prive ante todo el derecho del ciudadano a no ser molestado ni encarcelado sino en aquellos casos y bajo los expresos motivos que señala la ley, razón de ser para que la libertad se imponga como medida "inmediata" e inaplazable.

Actuar de otra manera, así debía entenderlo un funcionario nobel y con mayor razón uno veterano, no significaría cosa distinta de seguir sacrificando el derecho ciudadano, pues la función que aquí ha confiado la ley a los jueces es a no dudarlo la de guardar los derechos del individuo frente a los posibles excesos de las autoridades policivas, exceso que el indagado dijo reconocer frente a la retención no autorizada de personas sospechosas.

1.4.- Pero, si aún tratase de compartir la Corte la tesis del Procurador quien halla de recibo la excusa de una posible interpretación errada, que ni siquiera el Tribunal *a-quo* le aceptó al doctor *Ramos* afirmando que la situación que afrontaba el funcionario, nada tenía de compleja ni de dificultoso entendimiento, la última argumentación del procesado termina por mostrar como ostensible su malicia con el desconocimiento de la realidad y de las normas, pues si ya se ha visto que bajo ninguna causal el delito de hurto se veía calificado, mal podía acudir el juez a la invocación de la captura facultativo (artículo 399 C. de P.P.), pues para ella se requiere que el delito atribuído esté penado con prisión cuyo mínimo alcance o supere los dos años, y para el caso del hurto el artículo 349 del Código Penal sólo señala doce (12) meses, que ni siquiera bajo el incremento de las artículos 351 y 372 ibídem supera el año y medio de privación de libertad.

Afrontado, pues, a responder por la comisión de la conducta que tipifica el artículo 273 del Código Penal con la cual causó agravio a los sindicados del delito de hurto supradichos, quienes ilegalmente capturados por la Policía, han debido regresar a su inmediata libertad según disposición del juez doctor *Ramos de la Hoz* ante el cual se les condujo, la decisión calificatoria que asoma como procedente no es otra que la resolución acusatoria, pues ninguna de las excusas del indagado se corresponde ni con las evidencias del proceso ni con las normas que de fácil entendimiento le imponían un actuar opuesto a aquel por el cual se le critica, precariedad de excusa que frente a su conciencia de la ilegítima aprehensión, sólo demuestra un voluntario y malicioso proceder contrario a derecho.

La anterior evidencia procesal no se empaña, conviene consignarlo, porque en el expediente se acredite que en verdad el memorial donde uno de los defensores advertía al doctor *Ramos* la viabilidad de la liberación inmediata de los retenidos no ingresó a su despacho, dado que a su recibo a las 5:30 de la tarde, ya había ejecutado el funcionario el avalúo dispuesto mediante auto proferido con dos horas y media de antelación y que le privó de competencia, pues para la fecha en que el pedimento llega al Juzgado, llevaban ya los capturados varios días padeciendo los efectos de la arbitraria retención dispuesta por el imputado.

Impónese, como consecuencia de lo dicho, y frente a la primera situación que se estudia, la revocación del auto recurrido.

2.- La situación que afronta la procesada doctora *María Elisa Granados Henríquez*, resulta sustancialmente disímil de la anterior.

Cuando al despacho de la funcionaria llegaron las diligencias por competencia, ya la captura de los cuatro indagados había sido formalizada por el Juzgado de instrucción, y aún cumplidas las indagatorias, corriendo los términos para definir sobre situación jurídica provisional. Avocado el conocimiento del asunto, ha venido a demostrarse que en cada uno de los días subsiguientes realizó la funcionaria diligencias por fuera de la sede de su Despacho, y el día once de abril una audiencia en él que ocupó en su integridad el horario laboral.

Ante estas evidencias, sobra en verdad otra consideración que repruebe de dolosa la demora en la determinación sobre situación provisional de los indagados que se hallaba aún pendiente, pues aún desestimando la interpretación que la sindicada dijo darle a los términos, en el sentido de recomenzar su cuenta con el recibo del expediente, fácil se muestra el cúmulo de trabajo que afrontaba y que interfería la posibilidad de ejecutar con mayor anticipación ese deber ineludible.

Sin embargo, no es ajena la Sala al hecho de que en la primera calificación de éste sumario fuera la propia Sala Penal del Tribunal de Barranquilla la que acogiera por acertado el criterio de la procesada, pues así se hayan dado ya razones por la Corte con motivo de la revisión de esa primera valoración de fondo para explicar la supremacía del derecho del procesado a una decisión oportuna por encima de otras consideraciones, no deja de incidir la posibilidad de que el yerro, aún protuberante, fuese común para aquel Distrito, situación que en verdad enerva el dolo

en términos que no resultan ya de posible elucidación en este asunto, frente a la segunda calificación de la investigación.

En esos términos la decisión tomada por el Tribunal y respaldada por la Delegada ha de ratificarse respecto de la doctora *Granados Henríquez*, con mayor razón si los fundamentos que en oposición aporta el recurrente, no atinan en este aspecto a comprometer el acierto de la medida que se revisa y que en nada se opone a la expedición de copias para que, de no haberlo realizado a la presente, investigue el Tribunal de Distrito la conducta de la funcionaria en sus desplazamientos para la práctica de pruebas fuera del territorio de su jurisdicción, como ocurrió con la recepción de testimonios y práctica de inspecciones en la ciudad de Barranquilla. La misma medida de compulsación se amerita para la investigación adicional que requiere la conducta de quienes realizaron la captura ilegal de los sindicados de hurto.

3.- Por último y como las exigencias del enjuiciamiento sobrepasan en lo probatoria los requerimientos del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, habrá de imponerse en contra del doctor *Luis Alfonso Ramos de la Hoz* la medida de aseguramiento de conminación, pues las penas principales previstas en el artículo 273 del C.P. son las de arresto de 6 meses a 2 años y pérdida del empleo. Las obligaciones a imponer serán las indicadas en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, decisión asegurativa que se comunicará a la Dirección de Instrucción Criminal.

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

Resuelve:

Primero: Revocar la cesación de procedimiento dispuesta en el punto primero de la providencia apelada, en cuanto respecta al procesado doctor *Luis Alfonso Ramos de la Hoz*, profiriendo en su lugar y en contra del referido indagado resolución de acusación como autor y penalmente responsable del delito de detención arbitraria, infracción cometida dentro de las circunstancias de tiempo, de modo y lugar que se indican en la parte considerativa, cuando desempeñaba las funciones de Juez Décimo de Instrucción Criminal con sede en Sabanalarga.

Del Delito por el cual se acusa trata el Código Penal en su Libro 2., Título X, capítulo segundo.

Segundo: Imponer al doctor *Ramos de la Hoz* y bajo la sindicación de detención arbitraria, medida de aseguramiento de comminación, comprometiéndole a presentarse cuantas veces lo solicite el Tribunal de origen, a observar buena conducta individual, familiar y social y a informar todo cambio de residencia.

Tercero: Para los fines indicados en la parte considerativa, disponer la expedición de las copias a que en ella se hacen referencia, la información de la medida cautelar a la Dirección de Instrucción Criminal, y el enteramiento de la acusación al doctor *Ramos de la Hoz* al Tribunal Superior de Barranquilla, para fines administrativos, y

Cuarto: Confirmar la providencia recurrida, en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas,Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (No)*; Dídimo Páez Velandia,* (No)*; Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

PERJUICIO - Es el hecho punible el que genera el perjuicio \ PARTE CIVIL - Carece de personería cuando persigue absolución

Si no hay hecho punible, no puede existir titular de la acción civil o indemnizatoria.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta No. 47 (22 abr./92)

Conoce la Sala del recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el auto de 24 de enero último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá negó el recurso de casación, en el proceso adelantado respecto de *Manuel Alfredo Acosta Bello*, por el delito de estafa.

Antecedentes:

1.- De acuerdo con las piezas procesales allegadas, se tiene que la señorita Carmiña Soto Calvo vendió un automóvil marca Mazda a Alvaro Meléndez Medina, quien posteriormente se lo dio a ella en consignación para la venta.

Como Manuel Alfredo Acosta Bello se anunciara en el periódico como comprador de automotores, Carmiña entró en contacto con él y negociaron el referido vehículo por $7'000.000.oo, entregándole éste a Carmiña dos cheques girados a su nombre (de Acosta Bello) por Luis Bazurdo Gómez, que fueron impagados por insuficiencia de fondos y cuenta cancelada.

Acosta Bello negoció el mismo vehículo con José Hilario López, quien junto con su esposa, Alma Solano Patiño, lo entregaron luego a una cuñada de José Hilario, Nohora Irene Sánchez de López, como parte de pago de una obligación.

La señora Carmiña se sintió estafada y formuló la correspondiente denuncia penal, iniciándose la investigación respectiva, dentro de la cual fueron vinculados como sindicados Manuel Alfredo Acosta Bello, Luis Bazurdo Gómez, José Hilario López y su esposa Alma Solano Patiño, y se aprehendió el vehículo, que se encontraba en poder de Nohora Irene, quien fue reconocida como parte civil en el proceso.

El Juzgado 43 de Instrucción Criminal de Bogotá calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria respecto de Acosta Bello y Bazurdo Gómez, por el delito de estafa (art. 356 C.P.), y cesación de procedimiento en relación con José Hilario y Alma, por estimar que éstos "obraron asistidos de buena fe pues confiaron ciegamente en las manifestaciones convicentes del procesado Acosta..." (fls. 11). Por otra parte se ratificó que el automóvil en cuestión debía continuar en poder de Carmiña, en calidad de "depósito provisional".

El perito designado para el efecto avaluó los perjuicios en un total de $16'896.000.oo (fls.16 y 17).

En el curso de la audiencia pública, el apoderado de la señora Nohora Irene Sánchez de López alegó solicitando el proferimiento de una sentencia absolutoria, por considerar que "es evidente que nos encontramos frente a una serie de negociaciones de índole estrictamente civil, ajustadas a la legislación que rige la materia" (fls. 23); agregó que no se trata de que Acosta Bello haya cometido estafa, sino que incumplió "el contrato torpemente concertado por Carmiña Soto Calvo", de quien dice "debe responder por su propia culpa civil, producto de su negligencia, precisando líneas adelante:

"En las negociaciones que con posterioridad se realizaron sobre el vehículo en cuestión, es decir, las realizadas entre Acosta Bello y Lopez Solano, y entre éstos y Nohora Irene Sánchez de López, no se presenta hecho o evento alguno que tenga interés para el derecho penal, sino que se trata de negociaciones lícitas y válidas para el derecho civil.

"Así las cosas, no habiendo delito, y como de acuerdo con el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal, el Juez penal extiende su com-

petencia a las cuestiones extrapenales que surjan del proceso, solicito a la señora Juez, se sirva disponer que el vehículo mazda 626 de placas AT-8517, sea entregado a mi representada, señora *Nohora Irene Sánchez de López*, quien es la última poseedora del vehículo, y lo es de buena fe exenta de culpa" (fls. 26).

Pidió, pues, que se dictara sentencia absolutoria, y "en subsidio", ordenar la entrega del mencionado automotor a mi representada Sánchez de López, en su calidad de *Tercera Poseedora de Buena Fe*, condenando a los responsables al pago de los perjuicios ocasionados".

El Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá dictó sentencia de 8 de julio de 1991 (fls. 28 y ss.), por medio de la cual condenó a los acusados Acosta Bello y Bazurdo Gómez, por el delito de estafa, a 22 meses de prisión y a pagar, en favor de Carmiña Soto Calvo, por concepto de perjuicios, la suma de $9'496.600.oo, "y como consecuencia ordenar la cancelación de registros ante el D.A.T.T. y consiguiente adscripción (sic) a favor de Soto Calvo, de conformidad con lo expresado en esta sentencia.

En cuanto al monto de los perjuicios, el Juzgado, a la suma fijada por el perito ($16'896.600.oo), le restó el valor del vehículo automotor (fls. 40), anotando respecto de la situación de Nohora Irene Sánchez de López:

"Es lo cierto, que a folios 296 el Juzgado 43 de Instrucción Criminal decidió aceptar la constitución de parte civil solicitada por la señora Nohora Irene Sánchez de López por medio de tal profesional en derecho, no obstante no tratarse de persona directamente perjudicada con el punible. Como se recordará, la señora Sánchez de López logró la propiedad del vehículo Mazda 626 como quiera que su cuñado, el señor José Hilario López Parra se lo vendiera a mediados de diciembre.

"Sin embargo, la situación que se planteara, a partir del cumplimiento de la decisión por medio de la cual el mismo Juzgado instructor ordenara la 'captura' del aludido automotor (fls. 88), no tiene la virtud de ser atribuible a los imputados y mucho menos la posibilidad de que aquellos deban responder por los perjuicios derivados de ella. En una cadena indeterminada de negociaciones, se hace inútil pretender la indemnización de perjuicios por parte de quien únicamente se habría visto beneficiado -ilícitamente, desde luego- de la primera de ellas. Soto Calvo, se vio lesionada patrimonialmente y como causa de semejante situación esta sentencia ha afirmado estuvo presente la maniobra ilícita de los procesa-

dos, razón suficiente para que deba ser resarcida. Puede afirmarse en el fallo similar decisión respecto de un tercero poseedor, como la referida señora Sánchez, aunque se insista en que lo fue de buena fe exenta (sic) de culpa...? Creemos firmemente que no (fls.38 y 39).

Con base en esas premisas, en la parte resolutiva decidió el Juzgado "abstenerse de condenar por concepto de daños y perjuicios a los procesados Bazurdo y Acosta en favor de Nohora Irene Sánchez de López" (fls. 42).

Al apelar de ese fallo, el apoderado de la parte civil mencionada, solicitó la revocación del mismo, insistiendo que no se tipificó ningún delito, y cuestiona la afirmación del Tribunal de "que el automóvil es de propiedad de Carmiña Soto Calvo" (fls.45).

El Tribunal, por medio de fallo de 22 de noviembre de 1991 (fls.47 y ss.), absolvió a Bazurdo Gómez y modificó la condena de Acosta Bello, fijándole una pena de 16 meses de prisión.

Con respecto al peritaje, lo estimó "exagerado", ya que "no precisó" que el automóvil le fue entregado a Carmiña Soto Calvo el 30 de noviembre de1989, es decir lo tuvo un año fuera de su tenencia, y que por ende el automóvil fue recuperado. Con base en los artículos 106 y 107 del Código Penal, la Sala tasa los perjuicios así: por daños materiales se fija la suma de 450 gramos oro, y por perjuicios morales, 10 gramos oro", a cambio de los $9'496.000 fijado por el *a-quo* (fls. 64 y 65).

En cuanto a los perjuicios en pro de la señora Nohora Irene, consideró que, como lo dijo el juzgador de primer grado, ella "no resultó directamente perjudicada desde el punto de vista penal sino civil, porque no puede atribuirse este hecho al acusado Acosta Bello, por falta de inmediatez a la lesión del bien jurídico tutelado. Nó sería justo que el procesado respondiera por una cadena indeterminada de negociaciones" (fls. 63). En esas condiciones, confirmó la decisión al respecto tomada por el Juzgador (fls.66), disponiendo, además, que el automóvil fuera entregado a Meléndez Medina, que inicialmente lo dio en consignación a Carmiña.

2.- Interpuesto en tiempo el recurso de casación por el apoderado de la parte civil (Nohora Irene Sánchez de López), el Tribunal, mediante auto de 24 de enero (fls. 69 y ss.), lo negó, estimando:

a) Por razón de la cuantía "no tiene el recurrente la *legitimatio ad causam*", porque, siendo la cuantía de 14 millones de pesos, "hasta el 31 de diciembre de 1991" (Decreto 522 de 1988), "obsérvese que en la demanda de constitución de parte civil (fls. 294) el ahora recurrente fijó los perjuicios materiales en doce millones de pesos y los morales en 200 gramos oro, lo cual daría una aproximación de $13'400.000.oo (suma por demás exagerada, si se tiene en cuenta la tasación que hizo la Sala), sin superar los cartorce millones exigidos por la ley" (fls. 72).

b) "Se consideró en la sentencia que se impugna que la señora Nohora Irene Sánchez no fue víctima del delito de estafa por ninguno (sic) de los encausados, ya que el vehículo automotor Mazda le fue vendido por su cuñado José Hilario López Parra al cónyuge de éste, Alma Solano Patiño, pero a los dos nombrados se les cesó procedimiento al calificarse el mérito del sumario (fls. 330), proveído que no fue objetado por la parte civil representante de Irene Sánchez.

"Luego por este aspecto no hubo agravio de los dos enjuiciados (sic) contra la señora Nohora Irene Sánchez y por ende ella no puede tener interés contra los procesados Acosta Bello y Bazurdo Gómez. Además de lo anterior se debe anotar que la petición de la parte civil que actualmente impugna fue solicitando la absolución de los nombrados".

Interpuso entonces el impugnante recurso de hecho, que, cumplido el trámite previsto en el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal, sustentó así:

a) La demandos de parte civil fue presentada en el año de 1990, "pero que a la fecha del pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia, la cuantía estimada en dicha demanda había crecido considerablemente". Enfatiza, por otra parte, que el dictamen del perito superó los 14 millones exigidos por la ley.

b) Que "fue en cabeza de Nohora Irene que se retuvo el vehículo aparente objeto material del supuesto hecho punible juzgado, y, por tanto, aún cuando ella ciertamente no realizó el negocio de compraventa con los actuales procesados, sí es la persona que ha sufrido el perjuicio, demostrándose así, en forma por demás lógica, que sí tiene interés directo en el resultado del proceso" (fls. 78).

Agrega que en la sentencia se desconocen los derechos de su representada, máxime que "en esa providencia se ordenó la entrega del vehí-

culo a favor de un tercero, Alvaro Antonio Meléndez Medina..."; reiterando que la sentencia, al negarle a su cliente "el derecho a la indemnización de perjuicios", y también "el derecho a la propiedad del vehículo", le ha ocasionado un evidente perjuicio, "so pretexto de que ella tiene la posibilidad de recurrir a la justicia civil, pero resulta que si la ley ha previsto el derecho a intervenir civilmente en el proceso penal, es precisamente porque no es lo mismo tratar de obtener una indemnización que el defender el derecho de propiedad, en este caso sobre el vehículo legítimamente adquirido, asunto que sólo se puede lograr y resolver dentro del proceso penal, a cuya disposición se encuentra el carro; y añade:

"Como parte civil está dentro de mis facultades demostrar la existencia y, por antonomasia, la existencia del hecho juzgado; y defender los derechos patrimoniales de quien se *ha visto afectado en tal aspecto por el delito. El interés para recurrir está basado simplemente en la circunstancia de que probar la atipicidad de la conducta es la forma más adecuada de defender el patrimonio de quien de buena fe, exenta de culpa, adquirió el bien del cual hoy se le pretende despojar por la valoración errónea de una circunstancia determinada*" (se resalta).

Pide, pues, a la Corte, conceder el recurso de casación.

Se Considera:

Sobre la cuantía de los perjuicios y el interés para recurrir.

Una de las obligaciones del Juez -y del Ministerio Público como representante de la sociedad- es la de establecer la naturaleza y cantidad de los perjuicios resultantes del delito, para cuyo efecto la ley le dice al Juez que debe acudir a un perito, salvo la hipótesis prevista en el artículo 364 del Código de Procedimiento Penal.

Aquí ello se hizo, dictaminando el perito que la cuantía de los daños derivados del delito de estafa por el cual se había enjuiciado, era de dieciseis millones ochocientos noventa y seis mil pesos ($16'896.000.oo), por lo que ésta, y no otra, es la cuantía que debe consultarse para precisar si la parte civil tiene o no, por este aspecto, interés para impugnar en casación: obviamente que en este caso lo tiene, porque la cuantía fijada por la ley (Decreto 522 de 1988) era de 14 millones de pesos para cuando el recurso se interpuso. "La cuantía del interés para recurrir es independiente del de la demanda", dijo esta Sala en auto de 26 de septiembre de 1990 (M.P. Dr. Gómez Velásquez).

Síguese de lo dicho que en este punto no acertó el Tribunal, debiéndose admitir que por razón de la cuantía, sí podía el representante de la parte civil interponer el recurso.

El interés desde el punto de vista sustancial.

De acuerdo con el artículo 103 del Código Penal, "*el hecho punible* origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan".

Resulta de ahí evidente que el generante de perjuicios es el hecho punible; mas ocurre que aquí, paradógicamente, el apoderado de la parte civil -y recurrente de hecho- ha venido solicitando a todo lo largo del proceso que se declare que los hechos son atípicos frente al derecho penal, aduciendo que los mismos corresponden a negociaciones de índole estrictamente civil: así lo sostuvo en el alegato precalificatorio (fls. 7), luego en la audiencia pública (fls. 20 y ss.), posteriormente al apelar del fallo de condena (fls. 43 y ss.) y, por último, al recurrir en casación, tal como se desprende del escrito en que se sustentó el recurso de hecho (fls. 77 y ss.).

Entonces, si lo que persigue el impugnante es que se dicte por la Corte fallo absolutorio, *su interés desaparece de inmediato*, ante la ausencia de hecho punible. Bien dice también el artículo 104 *ibídem* que el titular de la acción civil, o indemnizatoria, es la persona perjudicada por el hecho punible, y así lo reitera el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Dígase de nuevo, pues, que sin hecho punible no puede existir titular de la acción civil, y ésta es la hipótesis que se encara aquí, de acuerdo con la pretensión del recurrente.

Así las cosas, estuvo bien denegado el recurso de casación, ya que, en las concretas condiciones expuestas, el apoderado de la señora Nohora Irene Sánchez de López (persona no directamente perjudicada con el delito por el cual se condenó) carece de interés para impugnar en casación el fallo en comento.

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

Resuelve:

Declara bien denegado el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 22 de noviembre de 1991, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó al procesado *Manuel Alfredo Acosta Bello*, por el delito de estafa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, (No); *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez*, (No); *Dídimo Páez Velandia*, (No); *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

JURISDICCION DE FAMILIA \ COMPETENCIA - Atribución de carácter penal al menor

La Jurisdicción de Familia tiene competencia exclusiva para resolver todo lo concerniente al menor, incluso su eventual responsabilidad por la comisión de infracciones penales.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 048 (23 abr./92)

Vistos:

El Juez Promiscuo de Familia de Málaga, mediante proveído de marzo 16 del presente año resolvió solicitar el cambio de radicación a diferente Distrito Judicial del proceso No. 0426 que adelanta contra los menores *César Machuca Avila, Celver Andrade Rodríguez y Fredy Alexander Fuentes* por una infracción contra el patrimonio económico, teniendo en cuenta la necesidad de brindar protección y seguridad a la vida del menor *Machuca Avila*, y para el efecto dirigió la solicitud respectiva a la Sala de Casación Penal de esta Corporación para que decidiera.

La Sala, al estudiar el asunto, ha llegado a la conclusión de que no tiene competencia para resolverlo por las siguientes razones:

a) Los Jueces de menores hacen parte de la jurisdicción de Familia, como expresamente lo disponen los Decretos 2272 art. 4o. y 2737 art. 349 de 1989.

b) Lo anterior quiere decir que en relación con tales jueces y por pertenecer ellos a la jurisdicción de Familia, ninguna competencia funcio-

nal tienen las Salas Penales de los Tribunales Superiores, ni tampoco la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, salvo para su juzgamiento, en el evento de que sean sindicados por la comisión de algún delito.

c) La voluntad del legislador fue crear una jurisdicción especial de familia, la cual tiene la competencia exclusiva para resolver todo lo concerniente al menor, incluso su eventual responsabilidad por la comisión de infracciones penales (artículo 163 y s.s. del Código del Menor), pues no se tuvo en cuenta para ello la naturaleza de los asuntos relacionados con él, sino la condición de la minoría de edad.

d) Como consecuencia de lo anterior, el Capítulo del Código de Procedimiento Penal referente al juzgamiento de menores fue expresamente derogado por el artículo 353 del Código del Menor:

> "Derógase la ley 83 de 1946, el artículo 48 de la ley 75 de 1968, la ley 5o. de 1975, la ley 20 de 1982, el Decreto 1818 de 1964, el art. 28 del Decreto 522 de 1971, los artículos 112 y 221 del Código Nacional de Policía, el Decreto 752 de 1975, *el Capítulo Segundo del Título Cuarto del Libro Tercero del Código de Procedimiento Penal relativo a los juicios ante los Jueces de Menores y demás disposiciones que le sean contrarias*".

Así las cosas, para esta Sala resulta claro que la competencia para resolver las solicitudes de cambio de radicación de procesos adelantados por esa jurisdicción la tienen, cuando sea dentro del mismo Distrito judicial, las Salas de Familia del respectivo Tribunal, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de un cambio de radicacion a diferente Distrito Judicial.

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

Resuelve:

1. *Abstenerse* de conocer del cambio de radicación solicitado.

2. Disponer el envío del proceso a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para los fines pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (No); *Didimo Páez Velandia,* (No); *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION - Término adicional para empleado público \ TRANSITO DE LEGISLACION

En el actual Código Penal se redujo el término de prescripción de la acción a la mitad, pero frente a la ejecutoria de la resolución acusatoria es imperioso el agregado del término adicional cuando el delito es cometido por empleado público.

COPIAS - Naturaleza de la providencia que las ordena

La orden de expedir copias para que se decida sobre la procedencia de una investigación, no es decisión de carácter interlocutorio.

PECULADO \ COMPLICE - En el tipo penal de sujeto calificado

En el delito de peculado es autor quien tenga la calidad legal, pero las personas que no están en esa condición pueden participar como cómplices.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No. 50. Casación No. 5576

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los acusados *Juan Gonzalo Márquez Leimos* y *Eleonora*

Escrucería de Salinas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, decisión que con algunas modificaciones confirmo el fallo de condena emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de aquella ciudad en contra de los citados impugnantes y de los coprocesados *Yesid Gastelbondo Sarmiento, Manuel Salinas Reyes, Jaime Benítez del Hierro, Gina Manzi Hurtado, Jaime Hamman Martínez, Jaime Escrucería Delgado, Jorge Tomlin Silva, Gilberto Garcín Cira, Luis G. Escrucería, Samuel Alberto Escrucería, Arnold Yepes Izquierdo, María Elisa Lorza de Escrucería* y *Gustavo Escrucería Delgado* por el delito de peculado.

Hechos:

Por los meses de julio, agosto y septiembre de 1978 y bajo la gerencia de *Yesid Gastelbondo Sarmiento*, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero Seccional de Tumaco, con clara preterm isión de los reglamentos de la entidad autorizó 18 cartas-remesa negociadas para la aceptación de 24 cheques girados por terceros sobre diferentes plazas del interior del país, beneficiando de ese modo y en buena parte a clientes recientemente vinculados, a quienes no se exigieron las garantías debidas como tampoco se supeditaron la remesa al cobro previo de los instrumentos, procedimiento irreglamentario y tendencioso mediante el cual se egresaron $11.738.000,oo de los fondos de la entidad bancaria oficial, con el consecutivo detrimento de sus intereses patrimoniales

Actuación Procesal:

1.- La instrucción estuvo a cargo del Juzgado 19 de Instrucción Criminal con sede en Tumaco, que la impulsó con base en la denuncia formulada por el Visitador de la Auditoría General de la Caja de Crédito Agrario señor Luis Angel Durán Silva, precalificando los hechos como constitutivos de los delitos de hurto y falsedad, valoración bajo la cual profirió medida de aseguramiento en contra de algunos de los vinculados.

Apelada esta decisión ante el Tribunal de Distrito, su confirmación se hizo bajo la re-adecucion de la conducta al punible de peculado, teniendo como autor de la infracción al Gerente señor *Gastelbondo Sarmiento* y a los beneficiarios de las irregulares remesas como sus partícipes.

Cerrada la investigación, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Tumaco halló insuficientes los elementos probatorios recaudados dando

paso al sobreseimiento temporal de los sindicados; a esta medida sucedió el cambio de radicación dispuesto por la Gobernación Departamental de Nariño mediante Resolución 004 de febrero 22 de 1980, que fijó la competencia en la ciudad de Pasto, quedando allí el asunto a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito. En este Despacho se profirió tras el segundo cierre de la investigación el enjuiciamiento de *Castelblondo Sarmiento* como autor del delito continuado de peculado, y el de los restantes indagados como cómplices, decisión confirmada por el Tribunal Superior el 11 de abril de 1984, agregando un segundo sobreseimiento temporal para *Antonio José Pérez Castro*, y la cesación de procedimiento en favor de la co-sumariada *Julieta Jaramillo de Márquez*.

Verificada la diligencia de audiencia al lograr superar el juzgado los motivos de su prolongada dilación, el fallo de primera instancia se produjo el 23 de marzo de 1988, tomándose en su parte resolutiva las siguientes decisiones:

1.- *A Yesid Castelblondo* se le condenó como autor del delito de peculado por apropiación, cometido en concurso material, a la Pena de 54 meses de prisión,

2.- *A Manuel Salinas Reyes, Jaime Benítez del Hierro, Gina Beatriz Manzi Hurtado* y *Jaime Hamman Martínez* se les fijó en calidad de cómplices del mismo concurso de delitos 45 meses de prisión,

3.-También como cómplices de cada uno de los varios delitos de peculado en que tomaron parte, a *Jorge Ibrahim Saba* y *Luis G. Escrucería M.* se les tasó la pena de 41 meses de prisión; a *Eleonora Escrucería de Salinas, Samuel Alberto Escrucería Manzi, Juan Márquez Lemos* y *Jaime Escrucería Delgado* la de 23 meses; 21 meses para *Gilberto García Ciro*; 20 meses para *María Elisa Lorza de Escrucería* y 12 meses de prisión para *Gustavo Escrucería Delgado* y *Arnolilo Yepes Izquierdo*.

4.- A todos y cada uno de los enjuiciados se impuso la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la Pena principal, y de consuno y en abstracto la obligación de resarcir los daños ocasionados con la infracción.

5.- A los acusados *Juan Márquez, Elisa Lorza, Arnold Yepes, Eleonora, Jaime, Gustavo* y *Samuel Alberto Escrucería*, se les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional *previendo que la pena de interdicción en*

el ejercicio de derechos y funciones públicas sería de "cumplimiento inmediato" mediante comunicación a la Registraduría del Estado Civil.

6.- Por último, a *Manuel Salinas* y *Jorge Ibrahim* se les reconoció la libertad condicional, en tanto que al procesado *Gilberto García Ciro* se le declaró extinguida la sanción no privativa de la libertad.

Exhibida por varios de los defensores su inconformidad frente al fallo de primera instancia, de su apelación conoció el Tribunal mediante sentencia de octubre 4 de 1988 que se hace ahora objeto del presente recurso extraordinario, decisión que, como ya se ha dicho, modificó en la parte que a continuación se precisa, la decisión del *a-quo*:

1.- Para el acusado *Yesid Castellbondo* se incrementó la pena principal a 59 meses de prisión, dejando en 4 años y 6 meses la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y adicionando multa por la suma de $60.000,oo

2.- También a los acusados *Salinas Reyes, Benítez del Hierro, Monzi de Hurtado* y *Hamman Martínez* se les incrementó la prisión en 2 meses y medio, prolongando la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones a un lapso de 4 años y 6 meses, y se les impuso multa de $60.000,oo

3.- Para el caso de *Eleonora* y *Jaime Escrucería*, lo mismo que de *Juan Márquez Lemus*, el ajuste fue a 35 meses de prisión la adición de multa a $50.000,oo y 4 años de interdicción.

4.-A *Jorge Ibrahim, Gilberto García* y *Luis Escrucería* se dejaron, como definitivos 33 meses y 10 días de prisión, 4 años de interdicción y multa de $50.000,oo,

5.- *Samuel Alberto Escrucería* recibió incremento de la pena privativa de la libertad a 31 meses y 20 días, a 4 años la de interdicción, y como a los anteriores se le fijó una multa de $50.000,oo

6.-En los casos de *Arnold Yepes* la pena de prisión se ajustó a 24 meses, a 22 meses la de *María Elisa Lorzt* y a 14 meses la de *Gustavo Escrucería Delgado*, siendo común a los tres la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones por 2 años y multa.

7.- La obligación solidaria de resarcimiento se ratificó en abstracto para todos los acusados; a *Luis Escrucería* se le otorgó el subrogado de la

condena de ejecución condicional; a *Gilberto García* se le concedió la libertad condicional y a todos y cada uno de los penados se reconoció el derecho que les asistía de acuerdo con la ley 48 de 1987 de tener por descontada la sexta parte de su sanción, confirmando el fallo en todo lo demás.

2.- Impugnada la sentencia en casación, el recurso se admitió a los señores defensores de los acusados *Yesid Castelblando, María Elisa Lorza de Escrucería, Eleonora Escrucería de Salinas, Manuel Salinas, Samuel Alberto Escrucería y Juan Gonzalo Márquez* y al acusado *Gustavo Escrucería*. Sin embargo y como consecuencia de la no presentación de sus demandas se declararon desiertos los recursos interpuestos a nombre de los acusados *Castelblando, Salinas Reyes y Gustavo Escrucería*, deserción que en el caso de *María Elisa Lorza y Samuel Alberto Escrucería* se produjo por la tardía presentación de sus libelos.

Superadas repetidas solicitudes de cesación por prescripción, los recursos de reposición interpuestos contra las providencias que declararon la extemporaneidad de unas demandas y aún una improcedente invitación para que la Sala se declarase impedida por prejuzgamiento del asunto, e igualmente agotado el trámite propio de la sede y con él nuevos traslados al Ministerio Público, procede la Corte a resolver a un mismo tiempo la impugnación extraordinaria, la reposición contra el auto que dispuso investigar disciplinariamente a uno de los abogados defensores, y las últimas solicitudes de cesación y nulidad propuestas por los encausados, con fundamento en la siguiente exposición argumental:

Las Demandas:

I.- *Demanda a nombre del Acusado señor Juan Gonzalo Márquez Lemos:*

Mediante cargo único invoca el actor la causal 3a. del artículo 226 del actual Código de Procedimiento Penal, en cuanto en su sentir el fallo se produjo en un juicio viciado de nulidad. La invalidación se soporta en una transgresión del principio de unidad del procedimiento, pues las conductas de *Jorge Ibrahin Saba y Juan Gonzalo Márquez* debieron investigarse y fallarse independientemente de la actuación seguida en contra de los demás procesados, porque ningún vínculo existía entre una y otra distinto de las aparentes circunstancias modales y de oportunidad.

Sostiene el actor que al integrar el procedimiento penal colombiano dos etapas debidamente diferenciadas, una para la investigación y escla-

recimiento de los hechos y la segunda destinada a determinar si asiste o no derecho al Estado para sancionar, en el tránsito de la una a la otra, por lo menos y como última oportunidad debieron separarse los diferentes procesos a seguir respecto de los varios sindicados, redundando de esa inobservancia la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que con fundamento en el artículo 305-2 del Código de Procedimiento Penal generó el vicio acusado, pues pese a que ni el procesado recurrente *Juan Gonzalo Márquez*, ni el coenjuiciado *Jorge Ibrahin* tuvieron relación o vínculo entre sí, existiendo simplemente "semejanza de actuación por su tipicidad, conducta y oportunidad en que se verificaron los hechos del resto de procesados..." ello no implicaba

> "complicidad, conexión o autoría material y/o intelectual que obligue a unificar sus procesos sin cometer error procesal, que el legislador ha dado en llamar nulidad constitucional. Esa la razón de una sola sentencia y un solo proceso". (sic)

La nulidad invocada se da en el caso propuesto, remata el libelista, por desatención tanto de la competencia como de las formas propias del juicio, principios contenidos en el artículo 26 Constitucional cuyo desconocimiento genera la causal 2a. del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, obligando la reposición de lo actuado a partir del auto que calificó el mérito del sumario.

II.- *Demanda a nombre de la Acusada Eleonora Escrucería de Salinas:*

Planteando también la nulidad de la actuación procesal que precede a la sentencia impugnada, e invocando en éste caso la causal 4a. del artículo 580 de Código de Procedimiento Penal que rigió el trámite procesal, sostiene el actor que cuando el juzgador precisó los cargos en contra de la impugnante como cómplice del delito de peculado, incurrió en error sobre la denominación jurídica de la infracción, pues la correcta adecuación de la conducta de *Eleonora de Salinas* correspondía al artículo 408 del Código Penal para entonces vigente, equivocación prevista expresamente en el artículo 210-5 del procedimiento penal como motivo de anulación.

Dentro del desarrollo de la censura sostiene que tanto la doctrina nacional como la foránea distinguen entre los delitos comunes en los cuales puede incurrir cualquier persona, y las infracciones especiales propias que exigen la presencia de un sujeto activo cualificado como elemento del tipo, ante cuya ausencia la conducta derivaría en otra clase de infracción.

"Estas diferencias entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios -prosigue-, tienen necesariamente que ver con el delito de peculado y la comunicabilidad de las circunstancias. Ocurre que la calidad de funcionario público en el delito de peculado es un elemento fundamentador del tipo y siendo como es, esa calidad no se puede comunicar a los particulares; pues sólo son comunicables las circunstancias cuando agravan o atenúan la pena y las personales cuando disminuyen o excluyen la responsabilidad, es lo que se desprende de la lectura del artículo 25 del actual Código Penal.

Desde luego que en una empresa delictiva en donde actúan sujeto cualificado y particulares, como en el caso del peculado que nos ocupa, cada uno responde por el tipo violado, dicho de otra palabras, en donde se adecúe su conducta, es decir, en nuestro ejemplo que no obstante haberse sustraído dinero de una entidad donde tenga parte el Estado, al particular no se le puede imputar violación de un deber legal, del cual carecía; por tanto, el funcionario respondería por peculado, al paso que el particular por hurto o estafa dependiendo como se haya realizado la operación delictiva. Es lo que los doctrinantes denominan rompimiento de la unidad de imputación".

Sostiene luego y a manera de conclusión, dentro de la cual resalta las consecuencias que su planteamiento tendría para el caso discutido, que si *Yesid Castelblando* y *Eleonora Escucerín* conformaron con otros la empresa delictiva para defraudar los intereses de la Caja Agraria, actuando el primero como Gerente y participando la segunda en 4 de las operaciones de consignación de cheques para negociación de remesas, la actuación de la *de Salinas* constituía los "actos ejecutivos idóneos" que desarrollaban el plan preacordado y que la convertían en

"...coautora pero en el delito de estafa, y no cómplice en el delito de peculado, porque ella no podía transgredir el deber legal del funcionario Yesid Castelblando, por la potísima razón de que no se puede violar el deber que no se tiene".

ni transmitirse

"las circunstancias fundamentadoras de los tipos penales con sujetos cualificados... aunque se conozcan; -pues- só o se

> transmiten conforme al artículo 25 del C.P. vigente y su correspondiente en el estatuto penal derogado las circunstancias que agravan o atenúan la responsabilidad".

En éstos términos la alegación sintetiza, previa la formalización del petitum de anulación de que se ha hecho cita, que teniendo toda la operación realizada por *Eleonora de Salinas* "la apariencia de legalidad", y ejecutada con el concurso de Gastelbondo Sarmiento para, por medio de "maquinaciones y argucias... inducir en error a la entidad defraudada", la infracción imputable a la impugnante no sería otra que la de la estafa, en calidad de autora, no aquella que en grado de complicidad le fuera atribuida.

Concepto de la Procuraduría:

Para el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal ninguna de las dos demandas formuladas amerita prosperidad en ésta sede por viciarlas de común la ausencia de interés en cada uno de sus promotores, motivo suficiente para que la Corte provea su desestimación, pues no resulta suficiente al éxito de la pretensión la sola denuncia de la injusticia que pueda acompañar la decisión del Tribunal, sino que ante todo se impone el que se persiga un desagravio al recurrente a fin de que la Corte pueda proceder a reparar la lesión inferida, de donde emerge el verdadero interés jurídico para impugnar.

De este modo y analizando el libelo formulado en el caso del acusado *Márquez Lemos*, la Fiscalía hace notorio que al objetar el actor la imputación que se le hace a título de cómplice, porque a su juicio debió investigársele por separado con su "coautor" el enjuiciado *Ibrahim Saba*, la falta de interes se hace manifiesta, pues

> "El defensor, lejos de propugnar por el mejoramiento de la situación jurídica del procesado, lo que está incentivando es que en un futuro *Márquez Lemos* soporte una penalidad mayor a la impuesta en la sentencia censurada y de seguro sin perspectivas de libertad, pues si estima que éste debe responder no como cómplice sino a título de "coautor", desde luego el *quantum punitivo* sobrepasaría los 36 meses de prisión suficientes para denegar el subrogado de la condena de ejecución condicional".

Idéntica situación se presentaría frente a la demanda de *Eleonora Escrucería de Salinas*, añade el Procurador, pues si el fundamento de la acusación estriba en que erróneamente se la ha llamado a responder como cómplice de peculado, cuando la atribución debía ser la de estafa y a título de coautoría,

> "...nada en beneficio de su defendida reclama el profesional del derecho, pues aparte de que el delito de estafa del artículo 408 del derogado Código Penal, contiene un agravante específico en razón a la cuantía que implicaría para efectos de la tasación punitiva partir no de uno (1) a siete (7) años de prisión sino de dos (2) a catorce (14) -artículo 410 *ibídem*-, ninguna circunstancia específica o genérica de atenuación vendría en favor de la *Escrucería de Salinas*, correspondiéndole a contrario sensu, al juzgador, dada la naturaleza y gravedad de los hechos investigados, descartar como primera medida el aludido mínimo de dos años partiendo por lo menos de 30 meses de prisión y, sobre esos agregar otro tanto por razón del concurso lo que en definitiva arrojaría un monto que por ningún motivo sería inferior a 35 meses 19 días fijados en la sentencia atacada, comprometiéndose, incluso, al igual que en el caso anterior, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional".

contabilización mucho más gravosa, a su juicio, si ni siquiera el reintegro del dinero lo hizo la acusada de manera total, circunstancia de incidencia en la aplicación del artículo 409 del estatuto punitivo derogado.

Alegaciones de los No Recurrentes::

1.- En representación del procesado señor *Jaime Escrucería Manzi* allegó su defensor un escrito de coadyuvancia a la demanda presentada a nombre de la co-acusada señora *María Elisa Lorza*, anunciando su intención de robustecer los argumentos orientados a demostrar la ocurrencia de un error en el auto de llamamiento a juicio por equivocar en él la denominación jurídica de los hechos investigados, pues compartiendo el criterio de la recurrente se insiste en que los procesados convocados como cómplices del delito de peculado debieron ser citados a responder como coautores de un delito de estafa, pues ninguno de ellos ostentaba la calidad de empleado público.

Sin discutir las modalidades de ocurrencia del hecho criminoso, el acuerdo existente entre *Yesid Castelblondo* y los co-acusados y por lo mis-

mo la unidad de conducta, el esfuerzo del coadyuvante se orienta sobre tesis doctrinarias a sostener la imposibilidad para que un *extraneus* pueda responder no solamente como coautor de un delito propio cuando carece de las cualidades que en el sujeto activo exige la figura típica, sino ademas a los cómplices, pensamiento que desarrolla en los siguientes apartes:

1.1.- El elemento general de la coautoría es el del dominio del hecho, entendido como "...*un principio rector* en materia de autoría y participación. No es una fórmula rígida bajo la cual puedan subsumirse diversos sucesos de la vida real. No puede establecerse un concepto general del dominio del hecho, y deducir de él secuencias jurídicas para la teoría de la participación, como lo hizo *jurisprudencia de conceptos* con el dogma causal". Siendo ello así, y siguiendo siempre una pluralidad de citas doctrinales, añade que un sujeto realiza el tipo solamente en la medida en que tenga el dominio del hecho, caracterizándolo como un *elemento general de la autoría*, que *no prescribe aspectos subjetivos*, bastando el solo conocimiento, de manera que *lo determinante no es la voluntad con que se intervenga en el hecho punible, sino el papel que objetivamente se juegue en la realización del mismo.*

1.2.- El mismo principio opera frente a la realización de la conducta mediante la intervención de otro u otros, lo que traduce en la necesidad de un *dominio funcional del hecho en la coautoría*, el cual se cumple a través de dos presupuestos: la existencia de un plan delictivo y de un aporte objetivo de los intervinientes, elementos que se traducen en el principio de la imputación recíproca, de la delimitación de responsabilidad frente al plan delictivo y de su importancia para fijar el aporte de los coautores, radicando en éste último aspecto la definición de la calidad de coautor, pues ella estaría dada "por el papel que *objetivamente* juegue en la realización del hecho punible, porque entre autores y partícipes (instigador o partícipe) también existe mutuo acuerdo...(que) no sirve para determinar quién es autor y quién partícipe (pues). No siempre que exista una decisión común para realizar conjuntamente un hecho punible hay coautoría. Para ser coautor se necesita tener codominio del hecho y ello no puede darse sin un aporte objetivo".

1.3.- Trasladando estos principios al tema de la coautoría en los delitos con sujeto activo cualificado acepta que "En forma unánime, la doctrina y la jurisprudencia colombiana aceptan que el *extraneus* pueda ser instigador o cómplice del *intraneus* en un delito especial (propio o impro-

pio)". Surgiendo la dificultad cuando se pasa del campo de la participación al de la autoría con el funcionario que realiza una empresa delictiva dentro de su ámbito funcional, pues "Si el *extraneus desempeña un papel esencial* en la estructuración del suceso, su actividad es de coautor y no de partícipe, porque tiene el codominio funcional del hecho".

Para solucionar esa dificultad esboza como posibles tres salidas, tomando en la primera al particular como coautor del delito que realiza el funcionario; en la segunda su responsabilidad como autor del proceso ejecutivo que realiza, independientemente del hecho que ejecuta el funcionario, lo que en la doctrina se denomina ruptura de la unidad del título de imputación, y finalmente que responda como cómplice, evento que se daría solamente "cuando la conducta del extraneus no recorre en su integridad la descripción típica, porque el delito del funcionario no tiene correspondencia en otra figura delictiva".

Afiliándose el libelista a la corriente de la llamada Unidad del título de imputación, advierte su operancia en el derecho colombiano porque en éste no existe una norma equivalente a la del artículo 117 del Código Penal Italiano que expresamente consagra la posibilidad de "cambiar el título del delito para alguno de los concurrentes en él" a condición de que así lo impongan "las condiciones o cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y la persona damnificada", fuerza de atracción que entre nosotros se restringe a las circunstancias que agravan o atenuan la punibilidad, sin alcanzar aquellas en que esa punibilidad se fundamenta.

"Las circunstancias personales que *fundamentan la punibilidad* -continúa el coadyuvante- no son comunicables a los coautores, porque se violaría el principio de legalidad de los delitos (principio de tipicidad descrito en el art. 29 de la actual Constitución Nacional). En efecto, la mayoría de los tipos que sancionan las conductas realizadas por empleados oficiales, tienen alguna circunstancia modal. V. gr, el abuso del cargo o de la función circunstancia modal que no podría realizar el particular, precisamente porque no tiene la calidad de empleado oficial" (sic).

Así, entonces, y citando un salvamento de voto del Magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía a la decisión de esta Sala de marzo 2 de 1982 con ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria en el cual cree hallar respaldo para sus planteamientos, concluye en que resulta ente-

ramente posible que, por vía de ejemplo, un procesado responda como autor del delito de peculado, en tanto que quien le colabora lo haga como cómplice de hurto, si desconoce la calidad de empleado con la que aquel actúa pues:

> "Cuando la ley quiere que el *extraneus* responda por el delito cometido por el intraneus, expresamente eleva a la categoría de delito autónomo las conductas encuadrables en el plano de la coautoría. V. gr, el cohecho y la bigamia.
>
> Si el *intraneus* y el *extraneus* realizan actos esenciales dentro del plan delictivo, ninguno de ellos esta subordinado al otro, porque ambos tienen codominio del hecho. Como la coautoria no se rige por el principio de la accesoriedad, la responsabilidad de cada uno es independiente y su conducta debe adecuarse directamente al tipo en el cual se enmarque.
>
> ...el autor es responsable, en la medida en que su conducta se adecúa *directamente* al tipo penal. Por esta razón, sólo puede ser coautor, quien reúna las cualificaciones señaladas en la norma. En el único caso en que se puede ser coautor de un tipo con sujeto activo cualificado, es en aquellas hipótesis en que la condición personal se encuentra en un tipo especial o subordinado. Cual es la razón: Sencillamente que en estos casos sí opera la comunicabilidad de las circunstancias del art 25 del C.P". (sic)

1.4.- Retomando el caso de análisis, el alegato concluye sosteniendo que todos los procesados obraron como coautores, ya que las pruebas demostraron que existió entre ellos el codominio del hecho, pues

> "...si el comportamiento de *Yesid Gastelbondo* se considera como constitutivo de Peculado, es evidente que el perfeccionamiento de su plan delictivo requería, indispensablemente, de la participación de otras personas que efectuaran la consignación de los cheques, actividad sin la cual el gerente no habría podido desarrollar su propósito.
>
> 2. Es cierto que los actos consumativos se llevaron a cabo por *Gastelbondo* y no por los restantes procesados, pero estas circunstancias no releva a estos últimos de su condición de coautores.

Tal criterio (que sólo el autor realiza actos consumativos) corresponde a la teoría objetivo-formal, revaluada ampliamente, entre otras cosas, porque no da solución al problema de la autoría mediata ni al fenómeno de la división de funciones en desarrollo de un mismo plan delictivo.

Un importante avance en este sentido lo aportó la teoría del dominio funcional del hecho, a la que se hizo referencia atrás. Conforme a ella, deben ser considerados coautores las personas que contribuyen decisivamente a la realización del Plan, así no hayan desplegado actos consumativos.

3. Y si se considera que sobre el dominio del hecho, prima la teoría subjetiva de la coparticipación, resulta, en este caso concreto, aún más evidente que la calificación que correspondía a todos los procesados era la de coautores, teniendo en cuenta que no fue *Gastelbondo*, sino los particulares (como está demostrado) quienes se beneficiaron con la transacción; se evidencia así que la colaboración en la realización del plan se determinó por un interés propio (*animus actoris*) y no como una contribución a una obra ajena". (sic)

El rompimiento de la unidad de imputación se daría porque "todos los procesados orientaron su comportamiento a la obtención del mismo resultado y, conforme a los postulados de la imputación recíproca, aún cuando haya existido partición de funciones, todos deben responder por la totalidad de los actos consumativos. "De este modo, si *Yesid Gastelbondo* debía responder por el delito de peculado, los demás procesados que a la par con él actuaron como coautores, debieron ser acusados por idéntico grado de intervención; sólo que careciendo de la cualificación del primero, su enjuiciamiento resulta equivocado bajo la imputación de peculado, sentido en el cual debe reconocer la Corte y rectificar el error en la denominación jurídica del delito.

2.- En representación de la parte civil reconocida a la Caja de Crédito Agrario, el traslado se descorrió en solicitud de que la Corte desestime las demandas formuladas y en su lugar deniegue la casación del fallo proferido en segunda instancia.

Para iniciar, el opositor hace eco a los reparos que el Ministerio Público dirigiera a los dos escritos de demanda por su falta de interés, pero a ese

cuestionamiento aún añade que en el caso de la demanda presentada por la acusada *María Elisa Lorza* olvidó el censor que la norma procesal vigente lo era el Decreto 1861 de 1989 y, o, el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal ya derogado; por lo demás, tampoco aquel libelo reúne las exigencias legales de una demanda de casación, pues restringido a criticar conceptos sobre complicidad y coautoría, ningún cargo concreta a la sentencia, resultando inidónea para obtener el quebranto que de ella se espera.

Extendiendo sus críticas a la demanda presentada por *Eleonora Escrucería Salinas*, sostiene el opositor que su formulación peca por los mismos defectos de la anterior, y en cuanto a la que se adjuntó por *Samuel Alberto Escrucería* adicionalmente le reprocha un equivocado enfoque en cuanto a la supuesta favorabilidad de la legislación anterior frente a la vigente, que por el solo contraste de las penas y rebajas que en uno y otro estatuto se advertían, deja en el camino la pretensión anulatoria.

Comparando posteriormente los distintos libelos allegados y viendo de común en ellos la invocada nulidad por errónea calificación del sumario, destaca el desacuerdo que en cada una de esas presentaciones surge, al proponer como alternativa de correcta adecuación, unos el delito de hurto y otros el de falsedad, lo que le lleva a sospechar en todos una notoria falta de seriedad en la interposición de las impugnaciones, que sumada a la indemostración de los cargos determina su fracaso, pues en el curso de la actuación procesal y cuando se tenía la oportunidad de haber corregido el presunto yerro de adecuación, jamás se plantearon las inquietudes que ahora se tornan en fundamento de la casación, con carencia absoluta de soporte probatorio.

Consideraciones de la Sala:

1.- Dos cuestiones previas se hace neCésario evacuar antes de ingresar al estudio de las demandas ajustadas y de los alegatos de oposición y apoyo que suscitan, alusivo el primero a la nueva formulación de prescripción que por reiterativa frente a los varios pronunciamientos de la Corte (agosto 9 y noviembre 22 de 1989; mayo 2 y septiembre 5 de 1990) hubo de diferirse a este momento procesal con apoyo en los poderes que al juzgador otorga el artículo 31 del C. de P.C. en guarda de tácticas dilatorias, y por igual motivo reservado a éste momento el pronunciamiento que amerita la solicitud de reposición interpuesta por el señor defensor del procesado *Jaime Escrucería Delgado* contra el auto de abril 1o. de 1992, mediante el cual se dispuso la expedición de copias para su investigación disciplinaria.

1.1.- Cuanto respecta al tema de la prescripción, insistido primero por el defensor de la acusada *Eleonora Escrucería de Salinas* y renovado al momento de ingresar el expediente a Despacho por la procesada *María Elisa Lorza*, pedimentos sobre los cuales ha descorrido una vez más traslado el Ministerio Público, obliga a recordar que el criterio sentado ya por la Sala en los varios pronunciamientos que acaban de puntualizarse concluyó en que

> "...si como se dedujo en la sentencia, para todos los procesados (cómplices y autor) opera la agravante por la cuantía contemplada en el inciso 2o. del artículo 133 del Código Penal, no hay duda de que el tope máximo para la prescripción son los 15 años allí señalados, es decir, 180 meses, los cuales quedan reducidos a 150 por la rebaja de la sexta parte que prevé para la complicidad el artículo 24 del Código Penal".

Tratándose de aquellos procesados en quienes se admitió la operancia de la circunstancia favorable del reintegro de las sumas defraudadas, antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, parejamente se aclaró con remisión al texto del artículo 139 del Código Penal que

> "La proposición que se acaba de subrayar (*hasta* en la mitad) está significando muy a las claras que al momento de graduar la pena el Juzgador puede moverse entre un (1) día de rebaja "hasta" la mitad; y es bien sabido que para estos efectos de prescripción que se examinan, la referencia es la pena máxima fijada *en la ley*, que aquí, repítese, sería el quantum indicado, menos un día. Por manera que esos 150 meses quedan en 149 y 29 días, los cuales aumentan a 199 meses y 28 días por virtud del incremento de una tercera parte, acorde con el artículo 82 del referido Código (delito cometido por empleado oficial dentro del país, en ejercicio de sus funciones, de su cargo, o con ocasión de ellos). Esta última cifra debe recortarse en la mitad según lo ordenado por el artículo 84 (conteo a partir de la ejecutoria del auto acusatorio), lo cual arroja un total de 99 meses y 29 días, esto es, 8 años, 3 meses y 29 días, lapso que desde luego no ha transcurrido desde el 18 de abril de 1984, día siguiente al de la firmeza del auto de proceder".

Y vale aún la pena recordar que las cuentas se verifican frente a la codificación Penal actual, no de aquella vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, porque inferida con acierto por los juzgadores de instancia

según razones que quedaron explicadas en sus fallos la bondad del Código que hoy rige, frente a la legislación derogada (menor drasticidad de la pena, admisión de reintegros parciales, inexistencia de la complicidad neCésaria, se dice en la hoja 56 del fallo del *ad-quem*, y menor término exigido para operancia de la prescripción con base en el artículo 84, se añade ahora), procede la aplicación de la nueva codificación pero en su totalidad y no mediante integración fragmentaria de disposiciones, pues de otro modo se llegaría no a la preferencia de la ley más benigna, según consagración constitucional del artículo 29 Superior vigente, sino al inaceptable riesgo de construir por el intérprete una tercera norma que le daría no ya pretensiones judiciales sino legislativas.

Quiere decir lo anterior, que reducido el término de la prescripción de la acción a la mitad, según el artículo 84 del Decreto 100 de 1980 frente a la ejecutoria del auto de proceder, o su equivalente, la bondad de la nueva ley penal resulta inocultable, pero ineludible el agregado del término adicional previsto por el artículo 82 *ibídem*, sobre el cual discrepan los solicitantes, pues aquella reducción del lapso extintivo no podrá ser de la misma extensión cuando se trata de delitos cometidos por empleado público en desempeño de su ejercicio funcional y dentro del territorio nacional, que en ausencia de esa circunstancia, dado que como lo viene entendiendo la doctrina si el manejo de las circunstancias que rodearon el hecho representan dificultades para su descubrimiento e investigación, ese tiempo de más ha de entrar a compensarse con el plus con que cuenta el Estado para perfeccionar la actuación y proferir sus decisiones definitivas.

Como todo el apoyo que los persistentes solicitantes aportan para contradecir los anteriores argumentos recae en la evocación del criterio discrepante del Ministerio Público y el voto disidente que el Magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga suscribiera sobre la aplicación del artículo 82 del Código Penal actual al caso de los cómplices del delito de peculado, basta con repetir ante esa ausencia de novedad argumental que no por interesante, la postura opuesta al pensamiento de la Sala lo desborda, como bien lo anota la Procuraduría Delegada, que en su reciente y último traslado y pese a la firmeza de su pensamiento, no ignora esa realidad, reconociendo que ante la definición del tema, superfluo le resulta insistir en su planteamiento e inoficioso transcribir lo ya expuesto, sólo para atender la persistencia de las acusadas "que a sabiendas de las reiteradas decisiones de la Corte sobre su criterio respecto de la prescripción en este caso, insisten para lograrla valiéndose de cuanto argumento han podido imaginarse para dilatar el trámite procesal..."

Lejos, entonces, de hallarse aún pendiente una definición del punto discutido por parte de la Sala, como se ve de lo transcrito, los varios aspectos replanteados en esta ocasión por los solicitantes han recibido ya respuesta suficiente y negativa a la extinción de la acción penal en curso, de donde sólo puede colegirse que los fallos de instancia -y con ellos la adecuación típica de la conducta- conservan toda su validez a la presente y la Corte su competencia para el pronunciamiento sobre el recurso extraordinario.

1.2.- El segundo tema preliminar propuesto por el señor defensor del coadyuvante *Jaime Escrucería Delgado* encaminado a la revocación del auto de abril 1o. próximo pasado mediante el cual se dispuso expedir copias para su investigación disciplinaria, sólo puede resolverse mediante el rechazo de su improcedente pedido.

En efecto, no por el hecho de aparecer la orden de copias haciendo parte de un pronunciamiento de Sala pasa a convertirse su simple ordenación en cuestión interlocutoria o susceptible siquiera de notificación previa para su cumplimiento.

Trátase simplemente del obedecimiento de un deber legal impuesto por el artículo 70 del Decreto 196 de 1971 que no puede supeditarse a la voluntad del afectado ni ser susceptible de controversia, pues tratándose tan sólo de comunicación de una posible falta, su calificación estará a cargo del Tribunal competente, el que se encargará de definir si abre o no proceso, y en el primer evento, si hay mérito o no para aplicar la sanción que corresponda.

Ni el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal actual ni el 194 del derogado autorizan el recurso de reposición frente a estas órdenes de inmediato cumplimiento, ni tiene competencia la Corte para atender los motivos que el impugnante aporta, porque orientados como están a explicar su conducta profesional y procurarle una justificación, su conocimiento radica con exclusividad en la Corporación destinataria de las copias, a la cual encarga la ley el control del ejercicio ético de la profesión de abogado.

2.- Superadas en la forma anotada las inquietudes precedentes, procede ingresar en el estudio de las demandas admitidas, de su coadyuvancia por parte del procesado *Jaime Escrucería Delgado* y de las razones aportadas tanto por el Ministerio Público como por la parte civil, siendo sí imperioso aclarar que dentro de las alegaciones de éste último

interviniente, resultan de imposible respuesta sus observaciones a los escritos de casación que por extemporáneos quedaron marginados del debate en etapas de la actuación ya superadas, y que por efecto de la preclusión no es posible revivir.

En el caso de la primera demanda presentada a nombre del procesado *Juan Gonzalo Márquez Lemos*, fácilmente se detectan defectos técnicos que en su presentación impiden su adecuado estudio y respuesta por parte de la Sala, dentro de los cuales se permite por la Procuraduría Delegada la crítica de ausencia de un identificable interés que justifique esa impugnación extraordinaria, pues todo lo que se muestra es un irrazonado planteamiento por medio del cual se aspira a que invalidándose la presente actuación, en otra separada se juzgue a *Márquez Lemos* como autor, lo que bien podría reportarle una mayor drasticidad en la sanción.

Los defectos que el escrito de demanda encierra comienzan con una afirmación lejana de la realidad que tal parece explicaría el yerro que sobre falta de interés destaca el Ministerio Público, pues en ella se afirma que el acusado viene condenado como "autor material del delito de peculado"-hoja 1 del escrito- o como "coautor" con *Jorge Abrain Saba* -hoja 5-, cuando, y como a saciedad se ha dicho, los cargos del enjuiciamiento y el sentido de los fallos coincidió en tenerle como cómplice del único autor de la infracción señor *Yesid Castelblando Sarmiento*.

Si sobre esa notoria equivocación construye el censor su acusación de incompetencia y violación a las formas propias del juicio, reclamando que en nuevo procedimiento segregado del presente se juzgue con exclusividad a *Márquez Lemos* sin variar el grado de su participación, entendida como de autoría, no cabe duda que la Delegada acierta en sus reparos de falta de interés, porque la perspectiva a la cual se afrontaría el acusado no sería distinta de la agravación notoria de su situación procesal presente, corriendo la posibilidad de resultar penado con sanciones muy superiores a aquellas contenidas en el fallo que se impugna.

Para mayor perplejidad, tampoco ubica el demandante al acusado dentro de una tipicidad distinta de aquella bajo la cual se le juzgara, lo que hace más notoria la falta de su interés jurídico, si no, cuando menos la equivocidad, inadmisible en ésta sede, fallas que se proyectan con la misma entidad dentro del desarrollo argumental de la fundamentación del cargo, pues llamado el actor por expreso mandato de la ley a sustentarlo y acreditar la existencia y trascendencia del error in procedendo

que acusa, inadmisiblemente deriva esa labor en la acuciosidad de la Corte al pedirle que sea ella la que entre a cotejar las circunstancias de tiempo, de modo y de lugar que en cada caso se dieron para deducir que las del acusado impugnante eran ajenas a las de los restantes imputados.

Siendo preponderante el motivo bajo el cual reclama la Delegada la desestimación del libelo; porque sin interés jurídico ni siquiera es posible formular la impugnación, hácese necesario denotar una vez más que sin ser la demanda de casación el equivalente de un simple alegato de instancia, debiendo en ella reunirse, así se trate de la nulidad, (pues el legislador frente a ella no las excepciona) las mismas exigencias formales y técnicas requeridas en cualquier otro motivo de casación, en el caso propuesto y pese a que el censor acusa a la par la incompetencia de los funcionarios falladores como la *violación de las formas propias del juicio*, ni en el primer evento precisa cuál o cuáles de los factores que determinan la competencia vio ausente, sustrayéndose al deber de demostrarlo, ni en la segunda alternativa concreta la relevancia del supuesto defecto in procedendo, ni cómo este trascendió para invalidar la actuación "desde la calificación del mérito del sumario", dejando a salvo el cierre instructivo, deficiencias que en modo alguno podría entrar a superar la Sala, impedida como se halla para interpretar y desarrollar el pensamiento del actor.

Es más: ni de modo remoto podría pretenderse como alternativa el que la Sala acogiese dentro de su facultad excepcional y oficiosa de invalidar lo actuado en sede de casación las alternativas que de modo tan deficiente el censor sugiere, pues como ya lo tenía dicho la Corte aún en vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior, el de la unidad del proceso penal consagrado en el artículo 167 del ordenamiento ahora derogado no es un principio absoluto, hallando una de sus excepciones en la norma inmediatamente subsiguiente alusiva a la investigación y fallo conjunto de los delitos conexos, característica que de manera notoria se presentaba en el caso debatido, donde la unidad de denuncia, la unidad de autor, la comunidad de prueba, la identidad del modus operandi y la presencia de una sola entidad ofendida que dieron margen para que antes del tránsito de normas penales se valoraran los hechos como constitutivos de un delito continuado (ahora solucionado como concurso material de infracciones), estaban dando ya argumentos suficientes para hacer operante la averiguación y el juzgamiento único cumplidos.

El cargo no prospera.

Refiriendo a la *segunda demanda* presentada a nombre de la acusada *Eleonora Escrucería de Salinas*, dijo también el Ministerio Público que para su formulación se carecía de interés, porque proponiéndose en ella una errada adecuación típica de los hechos, de modo que la impugnante debía responder como autora de un delito de estafa y no en calidad de cómplice de un peculado por apropiación, las resultas de la nueva calificación también asomarían a una situación más gravosa que, de consiguiente, redundaría en la falta de interés para recurrir.

Sin que en éste aspecto se detenga el señor Procurador en la pormenorización de las consecuencias punitivas que ve como perspectiva ante la nueva adecuación que se sugiere, discrepa la Sala de esas apreciaciones desestimatorias, pues no por el solo hecho de trasladar la responsabilidad del grado de complicidad en un delito, por la de autoría en otro diferente, pueden deducirse de una vez las secuelas de desmejora que se anuncian.

Cierto será que al responder como ejecutora material de una estafa, *Eleonora Escrucería* perdería la posibilidad del descuento prevenido en el artículo 24 del Código Penal vigente para el cómplice. Cierto también, que frente a un reintegro meramente parcial, como lo dedujo el Tribunal, tampoco sería acreedora a la reducción de la sanción prevista en el artículo 374 del mismo ordenamiento. Con todo y ser ello así, vista la notoria diferencia entre la sanción prevista en el artículo 133 del Código Penal, por el cual se le tiene condenada, y aquella que surge de los artículos 356 y 372 *ibídem*, frente a las proporciones bajo las cuales incrementó el adquem la pena, alusivas tanto a la gravedad el hecho como al concurso de delitos, difícilmente podría admitirse que la imposición sancionatoria alcanzara los 35 meses de prisión, 4 años de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y $50.000, pesos de multa, disipándose con ello los motivos de la objeción fiscal.

A salvo este primer escollo, y aún acogiendo la coadyuvancia que a nombre del acusado *Jaime Escrucería* se hace del libelo, halla la Sala motivos suficientes para la improsperidad de la demanda que emergen tanto de deficiencias intrínsecas de la demanda, como del concierne desconocimiento del verdadero contenido e interpretación de los artículos 24 y 25 del Código Penal.

Con relación al primer defecto es dable anotar que cuando se alega error en la calificación jurídica de la infracción, no solamente es exigible

al libelista la impugnación de la adecuación típica que ha cumplido el juzgador, sino que en su deber está el demostrar cuál es la correcta valoración de la conducta discutida frente al derecho positivo, obligación que en el caso presente se hacía quizá más tangible en cuanto dentro del fallo de segunda instancia se sostuvo de manera categórica y replicando las tesis defensivas que "Los partícipes no incurrieron en estafa, porque no utilizaron artificios ni Gastelbondo actuó engañado. Al contrario, lo hizo muy consciente de la antijuridicidad de su conducta" (hoja 53 de la sentencia).

Sin embargo, y cuando la demanda se ocupa de este aspecto en sus apartes postreros, limítase en un todo a la sola afirmación de que esos medios engañosos se emplearon, pero sin llegar a explicar jamás quién fue la víctima del engaño, ni cuál el medio utilizado para el efecto como no fuesen los cheques que *Yesid Gastelbondo* aceptaba de manera consciente y maliciosa sin garantía ni contraprestación alguna, tampoco la forma como se hizo incurrir en el error, y menos la incidencia de ese vicio del consentimiento como verdadera causa de la entrega de los dineros por parte de la Caja.

Más, aún subestimando este defecto siquiera para abrir la vía a la discusión, nótanse en principio una serie de alegaciones que de modo definido se orientan a desquiciar la posibilidad de que un particular responda como autor de un delito de peculado, cuando de modo expreso, extenso y pormenorizado se fijó desde el auto de proceder y se reiteró de modo especial en las sentencias de instancia que el cargo en contra de los acusados distintos de *Gastelbondo Sarmiento* lo era por complicidad y no por coautoría, esfuerzos que por inútiles no merecen réplica, pues si la demanda quería controvertir la calificación que los juzgadores dieron a los hechos, lo elemental hubiese sido el atenerse a los términos del fallo recurrido hacia el cual la crítica se enruta, pero no el partir de unos presupuestos que deforman los allí contenidos.

Con todo y como en verdad por el censor y su coadyuvante se hace también referencia al concreto caso de la complicidad para controvertir como posibilidad el que un particular o *extraneus* pueda serlo del delito propio de peculado, valga destacar ante todo el yerro que constituye pretender que la imputación deriva del artículo 25 del Código Penal que tan sólo se refiere a la extensión de las "circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho", bajo condición de su conocimiento por parte del partícipe, pues el fundamento de la atribución de complicidad radica no en disposición distinta del artículo 24

del ordenamiento punitivo que se aplica, según el cual "El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior al mismo," se hace acreedor a la pena prevista en la respectiva infracción, disminuida de una tercera parte a la mitad.

Tratándose del peculado en que la conducta típica solamente puede ser realizada por un sujeto activo cualificado, para el caso (artículo 133 del C.P.), el empleado oficial que se apropia en su personal provecho o en el de terceros de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, no cabe duda y en ello asiste toda razón al recurrente, que sólo podrá responder a título de autor quien posea esa calificación legal, mas ello en nada se opone a la posibilidad de que personas no calificadas puedan concurrir como partícipes a título de cómplices, si a sabiendas de la condición especial del autor, prestan a éste su colaboración, porque en tal evento estarán concurriendo con culpabilidad dolosa, condiciones que se acreditan por medio de las distintas pruebas allegadas al plenario y sobre cuyo contenido y valor nada discute el demandante.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de ésta Sala que, entre otras, en decisión de 3 de junio de 1983, con ponencia del Magistrado doctor *Luis Enrique Aldana Roze* expresa que:

> "Cuando un tipo Penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material pueden responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación.
>
> La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo".

Para controvertir esta realidad que emana de nuestro derecho positivo, los esfuerzos del actor y del coadyuvante se aplican a procurarle al artículo 25 del Código Penal un alcance que en realidad no tiene, pues, tal parecería que para ellos todo el fundamento de la imputación recayera en ésta disposición, con prescindencia de cualquier consideración sobre la realidad de la contribución del *extraneus*, su accesoriedad y su culpabi-

lidad dolosa, entendida ésta como el conocimiento del hecho punible agregado a la voluntad de su realización, condiciones suficientes y regladas por los artículos 5o. y 36 del Código Penal sobre las cuales reposa la atribución del enjuiciamiento y a las que nada quita o añade la disposición de controversia.

A este equivocado enfoque añade aún el coadyuvante una contradicción que en ningún sentido podría la Corte entrar a resolver cuando a la par sostiene que la complicidad debe resolverse mediante el criterio del dominio del hecho, situación que por igual predica de quienes llevaron los cheques a la Caja Agraria para apoyar los egresos autorizados por el gerente *Castelbondo*, pero a paso seguido replantea que todos los procesados obraron como coautores, pues con ello desconoce de una parte la realidad del proceso que de modo evidente indica era el gerente *Castelbondo Sarmiento* el único de los vinculados que tenía la disponibilidad jurídica de los dineros distraídos y por consiguiente el reclamado "dominio del hecho" entendido aquí tangiblemente como la capacidad de ejecutarlo, interrumpirlo, desistirlo o reanudarlo, pero además el contenido mismo del artículo 133 del Código Penal, pues según esta disposición el sujeto activo en el delito de peculado por apropiación bien puede disponer de los dineros de los cuales se apropia, sea en provecho suyo bien en beneficio de terceros, ingrediente subjetivo que dista de constituir como se pretende a los destinatarios de la utilidad en coautores, premisa que por falsa mal puede darle paso a la conclusión que de ella se intenta, al sugerir como forzosa solución del aparente dilema el "rompimiento de la unidad de imputación" para los tildados de "*extranei*".

Ni el cargo de la demanda, ni las razones con las cuales el coadyuvante lo apoya, tienen así la opción de prosperar.

3.- Aunada a su solicitud de cesación por prescripción, la acusada *Elsa Lorza Escrucería* ha propuesto la nulidad de lo actuado en el trámite del recurso extraordinario a partir de la declaratoria de deserción de la impugnación que por su parte había intentado, acusando que con la desatención de su apoderado se vio vulnerado su derecho de defensa, pues era interés prevalente el suyo de conseguir que la Corte revisara la sentencia frente a sus motivos de reparo.

La respuesta que suscita el anterior pedimento no puede ser distinta a su desestimación. Si bien es cierto que dentro del ejercicio de la defensa incluye el legislador actividades de forzoso cumplimiento como la asis-

tencia del procesado en injurada y la presencia de su defensor más la presentación de alegaciones en la audiencia, otras actividades tutelares para el procesado quedan apenas dentro de la discrecionalidad del abogado que le asesora, y es ello cuanto ocurre en materia de recursos, y muy particularmente de los medios extraordinarios de impugnación.

Si el señor defensor de la solicitante hubiese afrontado una dificultad insuperable para agregar en tiempo su demanda, derecho le asistía para impetrar la prórroga de términos que le opcionaba el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal que rige éste trámite. Pero si tal actividad en tiempo oportuno no se hizo, ha de entenderse que mal podría ahora la misma parte integrada (acusado y defensor) que gestó el hecho, pretender de su inactividad consecuencias favorables, pues nadie puede alegar válidamente su propia culpa como vía de regreso a etapas precluidas que no implicaban la obligatoriedad de las actividades que originalmente abandonadas, se pretenda luego ejecutar.

El trámite se agotó con el respeto por las garantías y derechos de las partes; frente a la oposición de intereses entre los del acusado y la defensa, es razonable que hayan de privar aquellos de quien la ejercita con la preparación técnica profesional, y en estas condiciones nada permite acoger el pedimento invalidatorio.

4.- Por último, y en vista de que el Tribunal agravó, al conocer por apelación de los acusados, la situación que éstos tenían en el fallo de primera instancia, procede aclarar que en ello no radican motivos para que la Corte entre a dar aplicación inmediata al artículo 31 de la Constitución Nacional, pues mediaba el grado jurisdiccional de la consulta, y como ha sido criterio reiterado de la Sala, esa razón se interponía para comprender que no tenía el *ad-quem* limitaciones para hacer operantes las modificaciones que hallara necesarias en guarda de la legalidad.

Esta inferencia surge de los artículos 199 del Decreto 409 de 1971 que con la modificación introducida por el Ley 17 de 1975 rige el presente trámite penal, y del artículo 677 del actual Código de Procedimiento Penal que prolongó la vigencia de aquel estatuto para los procesos que, como el presente, tenían auto de proceder ejecutoriado al producirse el tránsito de normas, pues tanto la naturaleza de la decisión revisada por el Tribunal (sentencia), como la sanción prevista para el delito por el cual se procedía (sanción privativa de la libertad superior a 5 años), daban medida para la operancia de ese grado jurisdiccional.

Tenía, pues, el Tribunal la amplia competencia que le otorgaba la consulta, por encima de las restricciones que pudieran suscitar los apelantes, y en esos términos carece de operancia el mandato constitucional que se evoca.

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:

Primero: Denegar la cesación de procedimiento que por prescripción invocan dentro del presente asunto el señor defensor de la acusada *Eleonora Escrucería de Salinas* y la acusada señora *María Elisa Lorza de Escrucería,*

Segundo: Rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado *Jaime Escrucería Delgado* en contra de la providencia por medio de la cual se dispuso la expedición de copias para averiguación disciplinaria de su conducta,

Tercero: Denegar la nulidad solicitada por la acusada *María Elisa Lorza de Escrucería* sobre parte del trámite atinente a este recurso de casación, y

Cuarto: Desechar el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *Juan Gonzalo Márquez Lemos* y *Eleonora Escrucería de Salinas*, coadyuvado este último por el procesado *Jaime Escrucería Delgado*.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

PREVARICATO - Elementos subjetivo y objetivo \ JUEZ - Prelación en proceso con detenido

El elemento objetivo o material del tipo de prevaricato por omisión es diferente al elemento subjetivo de la culpabilidad. El juez debe dar prelación a las investigaciones cuando se encuentren personas capturadas o detenidas.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de abril de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 046 (21 abr./92). Segunda Instancia No. 6930

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, contra la providencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual ordenó cesación de procedimiento respecto de la doctora *Martha Lucía Rebolledo de Oñoro* en razón de los hechos que se le imputaron en el proceso.

Hechos:

Los redactó así el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

> "El Dr. José Painchault Sampayo, mediante escrito presentado ante el Juez Penal del Circuito de Barranquilla de turno, en fecha 11 de octubre de 1987, instauró denuncia penal contra el señor Comisario de Policía quien responde al nombre de Diego Santiago Martínez, Comisario Móvil, adscrito a la Secretaría de Gobierno Municipal, por el presunto delito de Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

"Correspondió por reparto conocer del denuncio instaurado al Juzgado 50 de Instrucción Criminal de Barranquilla.

"En fecha enero 16 de 1991, el Dr. José Painchault Sampayo presenta escrito ante el Tribunal Superior de Barranquilla por medio del cual instaura denuncia penal contra la Doctora *Martha Lucia Rebolledo de Oñoro*, por el presunto delito de Prevaricato por omisión y fundamenta el denunciante la acción impetrada en la falta de impulso por parte de la Juez ante la denuncia presentada, habiendo transcurrido los términos preceptuados en el Código de Procedimiento Penal sin que se hubiera pronunciado la Juez 50 de Instrucción Criminal dentro de ellos".

Actuación Procesal:

1. La denuncia fue presentada ante el Tribunal Superior de Barranquilla y el Magistrado sustanciador, luego de practicar varias diligencias, abrió investigación mediante auto de abril 3 de 1991.

2. Se acreditó debidamente la calidad de Juez Quinta de Instrucción Criminal de Barranquilla de la doctora *Martha Lucia Rebolledo de Oñoro*, desde el 7 de mayo de 1982 hasta el 29 de abril de 1990.

3. Se practicó inspección judicial sobre el sumario que originó la denuncia y se trajo a los autos fotocopia autenticada de toda la actuación.

4. Se recibió indagatoria a la doctora *Martha Lucia Rebolledo de Oñoro* quien se refirió a las siguientes circunstancias para explicar su conducta: es un hecho de publico conocimiento, el recargo de trabajo de los despachos judiciales, mayor en los de Instrucción Criminal en donde se vio aumentado de forma alarmante como consecuencia de la reforma del Código de Procedimiento Penal de 1987, que dio lugar a partir del 1o. de julio a la descongestión de los juzgados superiores y del circuito que remitieron por competencia los procesos que les correspondia investigar y calificar. La política del Juzgado era que, actuación o proceso que llegara pasara al despacho para resolver en orden cronológico, dando prelación a los procesos con personas capturadas o detenidas. Estima que estas razones explican porqué el proceso no marchó con la celeridad que el denunciante quiere exigir. Las circunstancias expuestas demuestran que no hubo propósito de demorar el diligenciamiento del proceso o de dejar de cumplir las diligencias y actos de impulso del mismo, sino que recibió el trámite que en las condiciones referidas pudo dársele.

5. Se practicó Inspección Judicial en el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal, diligencia en la que se constató lo siguiente: en el libro No. 12 aparece radicado bajo el No. 3.472 el proceso seguido contra Diego Santiago Martínez, por un delito contra la administración de justicia, iniciado el 18 de julio de 1988, con cierre de investigación el 18 de julio de 1991. Se estableció que del 9 de agosto de 1988 al 30 de abril de 1990, se radicaron 536 denuncias, 31 de ellas con capturados, a quienes se les resolvió la situación jurídica; 86 procesos iniciados; se recibieron 125 sumarios por competencia remitidos por otros juzgados, 8 actuaciones con capturados y detenidos; llegaron 4 actuaciones con capturados que se remitieron a otros juzgados por competencia.

6. Cerrada la investigación, la Fiscalía Segunda del Tribunal Superior de Barranquilla emitió concepto en el que manifiesta que del estudio de la prueba se desprende que la denuncia no permaneció inactiva, se recibieron testimonios y se practicaron algunas pruebas ordenadas en el auto cabeza de proceso; es cierto que el sindicado no concurrió a rendir indagatoria a pesar de habérsele citado, pero las demoras que se evidencian no fueron dolosas como bien lo explica la acusada, sino que se debieron el exceso de trabajo que se acumuló en los Juzgados de Instrucción Criminal por las nuevas normas de procedimiento, según se constató en la inspección judicial. En consecuencia solicitó que ordenara la cesación de procedimiento en favor de la Juez denunciada porque no cometió el delito que se le imputa.

Procidencia Impugnada:

Escuchado el concepto del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante auto de octubre 8 de 1991 ordenó cesación de todo procedimiento en favor de la doctora *Martha Lucio Rebollido.*

Sostiene el Tribunal: "...la sindicada dentro del organigrama de su trabajo le dio prelación a los procesos con capturado y con presos, cumpliendo lo señalado en la ley, igualmente se observa que durante la época de los hechos los Juzgados de Instrucción recibieron un alud de expedientes provenientes de los Juzgados del Circuito y Superiores, a quienes debían instruir y calificar los negocios, sin que simultáneamente se aumentara en gran cantidad el número de funcionarios de Instrucción, lo que trajo como consecuencia que a la congestión existente se le agregó un número de procesos o denuncias que incrementó el trabajo sin que se pudiera impulsar en la misma forma. Se observa que el sumario seguido

contra Diego Santiago Martínez, siempre recibió el trámite adecuado con las circunstancias, sin que pueda calificarse el retardo como demora dolosa por parte de la inculpada, pues sus explicaciones resultan con suficiente respaldo en este expediente, como lo demuestra la estadística que se recaudó..."

Agrega que de la prueba obrante en autos no se aprecia nada que conduzca a señalar que los contratiempos o demora de la instrucción del proceso, obedeció a la intención dolosa de la sindicada, existiendo sólo una responsabilidad objetiva, que ha sido proscrita del estatuto represor vigente, "luego faltando un elemento no hay delito, por lo que lo más indicado es ordenar el cese de procedimiento".

Fundamentos de la Apelación:

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, la parte civil recurrió en apelación y sustenta su desacuerdo considerando que "dichos actos son propios de resultados escalonados y no de juicios sanos ajustados al procedimiento legal establecido para los términos impuestos y determinados en nuestras leyes".

Considera que la parte civil persigue la indemnización de perjuicios y no quiere decir que deba abogar por el impulso del proceso, cuando les está atribuida responbabilidad a los funcionarios por no impulsarlo. Que el hecho de que se le haya negado la admisión de la parte civil, admitida la corrección para luego concederla, no dice de manera alguna que el proceso tuvo el impulso requerido por la ley, cuando el proceso investigativo es aparte de las pretensiones civiles que han de manejarse conjuntamente con el penal.

Agrega que la conducta de la funcionaria se ha encuadrado dentro de la exoneración de culpabilidad por el recargo de procesos que tuvo, "acogiéndose al concepto del Magistrado *Alfonso Reyes Echandía*, desprendiéndose la ausencia de ese elemento ya que el sujeto no actuó con intención o ánimo de causar daño". Pero, tiene entendido que hay dos clases de culpa, la civil y la penal, que "Es la apreciación objetiva sobre la incursión de un hecho concreto y determinado por ley, el cual es la omisión a dar cumplimiento a un acto propio de sus funciones".

Estima que el elemento culpa se materializó por aparecer las siguientes figuras: "1- Un error de conducta asumida por el funcionario... 2- Un resultado ... 3- Una relación de causalidad..."

La providencia recurrida dice que no hay culpa por cuanto no hubo intención de hacer daño, pero quiere agregar, "que los delitos culposos se cometen por acción o por omisión. La sola omisión de un acto propio del funcionario incurre en culpa cuando ella conlleva los tres elementos antes descritos. Si le agregamos esa intención o voluntad de ocasionar un daño ... estaríamos además en presencia de dilucidar una acción dolosa, cosa que particularmente considero que el dolo está descartado".

Si la excusa de volúmenes de negocios se justifica en el retardar una conducta porqué entonces no justificarse la demora en la presentación de un acto propio del litigante cuando los términos son perentorios?

Transcribe apartes de un pronunciamiento de la Corte de 28 de marzo de 1990.

Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Primero Delegado en lo penal considera que se debe confirmar la providencia apelada, porque según su criterio si bien es cierto que la juez denunciada no impulsó el proceso con la celeridad esperada de conformidad con lo preceptuado en el Código de Procedimiento Penal, y no dio curso a la recusación formulada por el denunciante encontrándose el proceso en el Juzgado desde el 18 de julio de 1988, hasta el 30 de abril de 1990, de la inspección judicial realizada se pudo establecer que en el proceso seguido contra Diego Santiago Martínez, si existió actuación por parte de la Juez, dejando para el momento de retirarse del Juzgado, ordenada la práctica de las pruebas antes de cerrar investigación. La cierta demora y el no poderse apreciar el impulso debido el proceso, hecho demostrado materialmente no constituye el delito de prevaricato por omisión, ya que falta el segundo de los elementos esenciales que estructuran este delito, esto es el subjetivo, que no es otro que la voluntad o intención dolosa de parte del sujeto activo de la infracción. Transcribe aparte de un pronunciamiento de la Corte de 8 de Febrero de 1991.

Señala que la jurisprudencia advierte, que el tipo de prevaricato de acción o de omisión, es de aquellos que están formulados con sentido final de su acción, pues el funcionario debe querer contrariar el derecho por el conocido. Se nutre pues de un animus especial que consistirá en la resolución interna de faltar al deber normativo establecido, de manera ostensible y abierta, lo cual no ocurre en el presente caso.

Consideraciones de la Sala:

1. Es preciso resolver los planteamientos de la parte civil recurrente, que reclama la revocatoria de la cesación de procedimiento para que en su lugar se dicte resolución de acusación contra la Juez acusada con los beneficios consagrados en la ley.

El libelista fundamenta su inconformidad con la decisión recurrida, en que existen dos clases de culpa, la civil y la penal. En cuanto a la primera considera que habría que analizar si hubo en realidad esa intención o ánimo de causar daño a otro, y para que ello sea así debería existir un interés particular. En el presente caso ese elemento culpa civil no existe. "En cambio la culpa penal sí la hay. Es la apreciación objetiva sobre la incursión de un hecho concreto y determinado por la ley, el cual es la omisión a dar cumplimiento a un acto propio de sus funciones".

Sostiene que para la materialización del elemento culpa aparece probado lo siguiente: 1- Un error de conducta que puede ser por negligencia o descuido del funcionario, o por violación a normas expresas, o incluso por inobservancia de un deber por considerar que hay prelación respecto a otros procesos siendo que todos la tienen igual conforme a lo establecido en la Constitución Nacional. 2- Un resultado que se ve porque el proceso lleva más de tres años y aún no se ha recibido indagatoria, lo que origina el archivo del mismo, perjuicio que ha recibido y cuya indemnización pretende. 3- Una relación de causalidad existente, entre el error incurrido por la funcionaria y el daño que le ocasionó por la inobservancia del impulso procesal, "para terminar archivado".

Agrega que los "delitos culposos" se cometen por acción o por omisión. "La sola omisión de un acto propio del funcionario incurre en culpa cuando ella conlleva los tres elementos antes descritos".

Frente a estos argumentos la Sala se permite hacer las siguientes precisiones:

a) La culpa civil no es constitutiva de infracción penal y por ende no es punible, luego no resulta pertinente entrar a analizar su existencia. Sin embargo, se recuerda al libelista que "la intención de perjudicar o causar daño a otro" cuando existe "un interés particular", es precisamente lo que constituye el dolo y no la culpa civil como parece entenderlo cuando se refiere a estos aspectos para señalar que por ausencia de los mismos en "el caso presente ... ese elemento culpa civil no existe".

b) El memorialista confunde los elementos objetivo y subjetivo del delito, pues la apreciación de un hecho concreto y determinado por la ley, cuando consiste en "la omisión a dar cumplimiento a un acto propio de sus funciones", entratándose de un servidor oficial, nos lleva a establecer el elemento objetivo o material del tipo de prevaricato por omisión, muy diferente al elemento subjetivo de la culpabilidad que tiene tres formas de presentación dolo, culpa o preterintención, según las voces del artículo 35 del Código Penal.

c) El señor representante de la parte civil plantea que particularmente considera que el "dolo está descartado", pero que "la culpa penal sí la hay" por estar probado el error de la funcionaria, el resultado que ocasionó perjuicio y la causalidad entre el error y el daño causado por la inobservancia del impulso procesal.

Al respecto es neCésario recordar que el estatuto punitivo no ha previsto modalidad culposa para el delito de prevaricato por omisión por el cual se dictó cesación de procedimiento en favor de la juez denunciada.

d) No está por demás advertir que el hecho de que un juez dé prelación a las investigaciones cuando por razón de ellas se encuentren personas capturadas o detenidas, jamás puede considerarse como "un error de conducta", por ser la libertad un derecho fundamental que está amparado en la Constitución Nacional -arts. 28 y 86-, y por ende no resulta lógico ni atinado afirmar que "todos los negocios tienen igual prelación" conforme a lo establecido en la Carta Magna.

e) El planteamiento del recurrente no coincide con realidad procesal, en lo que hace relación al archivo del proceso, pues es un hecho cierto que este no se produjo por las razones que aduce, toda vez que en la inspección judicial practicada al proceso seguido contra Diego Santiago Ramírez se constató que el 21 de febrero de 1991 se resolvió la recusación, el Tribunal al conocer de la misma ordenó seguir con el proceso; el 5 de junio se oyó en indagatoria al sindicado y el 19 del mismo mes y año se cerró la investigación, claro está que estas actuaciones fueron posteriores a la dejación del cargo por parte de la juez acusada.

2. Ahora bien, es cierto que la Juez denunciada no impulsó el proceso con la celeridad esperada y no dio curso a la recusación formulada por el denunciante, encontrándose el sumario a su cargo desde el 18 de julio de 1988, fecha en que ordenó iniciar la investigación, hasta el 29 de abril de 1990 cuando dejó de ser titular del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal.

Sin entrar en un profundo análisis, es evidente que los términos impuestos y establecidos en el procedimiento penal no se cumplieron como lo señala el recurrente. "Reiteradamente la Corte ha sostenido que el vencimiento de un término judicial no configura "per se" delito, si el funcionario no tiene la intención marcada de diferir el cumplimiento de la actuación, esto es, que se hace neCésario que consciente y voluntariamente, se utilice el mecanismo de la mora injústificada, con el fin de no realizar la acción exigida..." (auto de 6 de diciembre de 1988).

"Jurisprudencia y doctrina coinciden en sostener que el prevaricato por omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que, además del aspecto puramente objetivo de las conductas alternativas descritas en el tipo penal del artículo 150 del Código Penal: omitir, rehusar, retardar o denegar por el empleado oficial un acto propio de sus funciones, se debe establecer el aspecto subjetivo que consiste en un deliberado no obrar cuando se tenía la obligación jurídica de actuar" (Sentencia de 9 de mayo de 1991).

Pero si objetivamente se configura el retardo en el impulso del proceso y la omisión en resolver la recusación formulada, es neCésario escudriñar las pruebas en orden a establecer si en el comportamiento investigado existió alguna causa explicativa, o por el contrario, fue producto de la desidia, la negligencia o la voluntad de la juez acusada de no cumplir con su deber.

De la revisión de las copias del sumario se observa que además de las tres actuaciones relacionadas con la solicitud de constitución en parte civil se trajeron a los autos algunas pruebas documentales y se recepcionaron dos testimonios. En el auto cabeza de proceso se ordenaron varias pruebas testimoniales y la indagatoria del sindicado, entre otras. Para el efecto se libraron boletas de citación, incluso se acudió a radio periódicos "Actualidad Nociosa" y "La Costa en Noticias". Tales diligencias no se practicaron por la no comparecencia al juzgado de las personas citadas. El sindicado presentó excusa por razones de salud. En auto de febrero 21 de 1989 se dispuso vincular en legal forma al proceso a Diego Santiago Martínez cuya indagatoria ya había sido ordenada, para la cual se señaló fecha y hora y se ordenó librar la boleta respectiva o la citación a través de radio periódico, lo que así se hizo. El representante de la parte civil presentó solicitudes de impulso del proceso.

En el cuaderno de la parte civil aparece un escrito de recusación, pero no obra en el mismo el informe secretarial correspondiente. En el cuaderno original aparece un informe en el que se da cuenta de "un escrito" presentado por el doctor José Painchault Sampayo.

La Juez explicó en la indagatoria que existía un exceso de trabajo y que le daba prelación a los procesos con detenidos y capturados, razón por la cual el diligenciamiento que se le cuestiona no se adelantó con la celeridad requerida, sin que hubiera voluntad de su parte para ello, ya que se le dio el impulso en la medida que las circunstancias lo permitieron. Agregó que como se observa en la fotocopia de la constancia secretarial, que presuntamente da cuenta de la recusación, pues no lo dice, y el negocio se encontraba al despacho para un impulso procesal, sin que se hubiera percatado del escrito de recusación.

En la inspección judicial practicada el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal se constató el excesivo volumen de trabajo y el número elevado de procesos con personas privadas de la libertad.

La jurisprudencia que cita el recurrente en apoyo de sus pretensiones, trata de un asunto en donde las circunstancias que rodean la conducta del funcionario allí acusado, no son iguales al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, fundamentalmente a la razón para dar prelación a los procesos.

De la prueba obrante en autos no se aprecia nada que conduzca a señalar que la demora en la instrucción del sumario y la omisión detectada, obedecieron a una conducta dolosa de la Juez acusada como lo reconoce expresamente el mismo recurrente y no es dable concretar la culpa que el mismo aduce por las razones antes expuestas. En tales condiciones es forzoso concluir que la decisión del Tribunal merece la confirmación.

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

Resuelve:

Confirmar la cesación de procedimiento recurrida.

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

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (No); *Dúlimo Páez Velandia, Edgar Sarceda Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carnica, Secretario.

ACCION DE TUTELA - Funcionario que la resuelva / JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Competencia en la acción de tutela

Es el superior jerárquico del autor de la decisión atacada con la acción de tutela el competente para su trámite, incluidos los Funcionarios Judiciales de Orden Público.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., seis de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 53. Radicación No. 7575

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el conflicto negativo de competencias que se suscitó entre el Tribunal Superior de Cúcuta y el Tribunal Superior de Orden Público, a propósito del conocimiento de la Acción de tutela instaurada por los condenados Gabriel Angel, Jesús Salvador y Víctor Manuel Pineda Arias.

Antecedentes:

El 12 de abril de 1991, uno de los juzgados de Orden Público con sede en la ciudad de Cúcuta, condenó a siete años de prisión, como autores del delito de secuestro extorsivo (art. 268 del C.P.), a Obadías Navarro García, Iván Camargo Carrascal, Manuel Ricardo Bustamante Macías, Carlos Abel Pineda Parada, y a los hermanos Alirio Alfonso, Carmen Emiro, Gabriel Angel, Jesús Salvador y Victor Manuel Pineda Arias.

En memorial del 3 de febrero de 1992, que llegó en la misma fecha a la Secretaría del Tribunal Superior de Cúcuta, los tres condenados últimamente mencionados interpusieron la acción de tutela, argumentando que les había sido violado el derecho de defensa, pues tres de los siete implicados desconocían el hecho punible y no participaron en su realización, sin que hubieran podido demostrar tal situación por falta de recursos económicos, además de que la sentencia fue el producto de la arbitrariedad y capricho del juez, quien se basó en declaraciones acomodadas por la parte acusadora. Así, terminan solicitando se provea conforme a las nuevas garantías penales y constitucionales.

Obtenida la declaración jurada de los tres accionantes, conforme a la previsión del inciso 2o. del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y copia autenticada de la sentencia que condenó a los demandantes de la tutela, el Tribunal Superior de Cúcuta, en proveído del 7 de febrero del presente año, con apoyo en el artículo 40 del citado Decreto y argumentando que el competente para conocer de esta acción de tutela es el Tribunal de Orden Público, por ser el superior jerárquico del juzgado de donde emanó el fallo, remitió el expediente a la mencionada Corporación.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Orden Público mediante auto fechado el 24 de febrero pasado, decidio devolver el expediente al Tribunal Superior de Cúcuta, proponiéndole colisión negativa de competencia con el argumento de que es la última Corporación mencionada la que debe conocer de ésta acción de tutela, por cuanto en la regulación que sobre competencia especial efectúa el art. 40 del decreto 2591 de 1991, no hay referencia alguna a los Jueces de Orden Público el que tenga competencia para decidir sobre las tutelas intentadas contra decisiones proferidas por los Juzgados de su especialidad.

En consecuencia, en criterio del colisionante es indispensable recurrir a las normas generales de competencia contenidas en el art. 37 del Estatuto en cita de donde deduce que al haberse promovido la acción de tutela ante el Tribunal Superior de Cúcuta para atacar la sentencia dictada por un Juzgado radicado en la misma ciudad, es a la Corporación Judicial de dicho lugar a la que le corresponde el conocimiento del asunto.

El Honorable Tribunal Superior de Cúcuta prosiguió el trámite del conflicto jurisdiccional, pues también se negó a conocer de la acción de tutela instaurada por los hermanos Pineda Arias, partiendo de la interpretación del referido art. 40 conforme a la cual tal disposición no

excluyó a ninguno de los Tribunales que funcionan en el país, entre ellos el de Orden Público, como debe entenderse al tenor del art. 4o. del decreto 306 de 1992 que señala los principios de interpretación de las disposiciones existentes sobre el trámite de la acción de tutela.

De otra parte, el Tribunal colisionado sostiene que el criterio de competencia general no desconoce el de competencia especial, ni la composición jerárquica funcional de las instancias, por lo que es inaceptable la interpretación restrictiva que el Tribunal de Orden Público le da al art. 37 del decreto 2591 de 1991, desconociendo así aquellos conceptos y el de la especialidad; y aduce que de tal forma se impediría el trámite de la acción de tutela ante Tribunales que no sean de Distrito Judicial.

En las anteriores condiciones el Tribunal Superior de Cúcuta remitió el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera el conflicto.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, interpretando la Carta Política concluyó que ha de entenderse que son jurisdicciones la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional, la ejercida por indígenas, por jueces de paz, la disciplinaria, la penal militar y la excepcionalmente atribuída a autoridades administrativas, deduciendo de ello, que la jurisdicción de orden público es una especialidad de la ordinaria penal, y que por lo tanto en este asunto no ha surgido un conflicto de jurisdicciones, sino una colisión negativa de competencia, cuya decisión corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por disposición del art. 68.3 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala:

El nuevo régimen jurídico del país, instaurado a partir de la promulgación de la Constitución Nacional, en julio de 1991, ha implicado un cambio en diversos ámbitos de la vida nacional respecto del cual no podía sustraerse la organización judicial. Así, uno de los aspectos que debe ser reajustado a la Carta Política es el concepto de jurisdicción. Y en este punto concuerda la Sala con el criterio expuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en cuanto señala los límites de las diferentes jurisdicciones conforme lo establece nuestro Estatuto Fundamental, por lo que es ineludible admitir que ya no existe una jurisdicción especial de

orden público, sino que en tal caso se trata de una de las áreas de la jurisdicción ordinaria. Consecuentemente, la Corte entra a dirimir el incidente.

Fundamentalmente el conflicto se ha planteado por la interpretación diversa que los Tribunales colisionados le han dado al art. 40 del decreto 2591 de 1991 que establece una competencia especial en materia de acción de tutela. Por ello conviene recordar que el inciso 1o. de la citada norma reza textualmente:

"Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces Superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente ...".

En verdad, no es absolutamente claro el contenido de la disposición transcrita, sobre todo partiendo del supuesto de la estructura orgánica de la rama jurisdiccional de nuestro país. Sin embargo, siendo deber ineludible del juez la aplicación de las leyes dentro del marco Constitucional ya la Corte ha dilucidado el alcance del precepto que es motivo de discusión en este asunto. Así en providencia del 11 de marzo del año en curso de la cual es ponente el Magistrado Pedro Tafont Pianetta, la Sala de Casación Civil dijo:

"1. Con el propósito de asegurar el respeto, la vigencia permanente y la efectividad de los derechos fundamentales, la Constitución Nacional de 1991 consagró expresamente la acción de tutela (art. 86), cuyo objeto específico es el de asegurar 'la protección inmediata' de tales derechos 'cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública'.

"1.1. El art. 116 de la Constitución Nacional señala cuáles son las autoridades judiciales encargadas de administrar justicia en nombre del Estado, entre las cuales menciona a 'los jueces', sin distingo alguno de las categorías, aún funcional y por especialidad que entre estos establezca posteriormente el legislador.

"1.2. De lo anterior se desprende, forzosamente, que, 'los jueces', son autoridades públicas y, por consiguiente, si, de acuerdo con los textos y principios constitucionales y legales pertinentes, incurren en actos u

omisiones que vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional, respecto de ellos podrá ejercerse la acción de tutela en la forma señalada por la Carta Magna y por la Ley.

"2. Así las cosas, es evidente que el art. 40 del decreto 2591 de 1991, estableció una competencia especial para conocer de las acciones de tutela contra las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas, entre otras autoridades judiciales por 'los jueces superiores', resulta parcialmente ajustado a la Carta Política:

"2.1. Porque mientras el art. 86 de esta Carta no consagró parámetros a la causa que origina a la acción de tutela, sí lo hizo con relación a la autoridad que lo produce, ya que al referirse a la protección de un derecho fundamental frente a *'la acción u omisión de cualquier autoridad pública'*, defirió a la ley la determinación de aquella pero sin excluir, salvo disposición especial, otra autoridad. De allí que si bien se ajusta dicho precepto que, en materia judicial, solamente son atacables en tutela las sentencias y providencias que pongan fin al proceso y no otras, no es menos cierto que el calificativo 'superiores' que trae la expresión 'jueces superiores', resulta contrario al art. 86 de la Carta Política, en cuanto con tal calificación pretende excluir de la acción de tutela las sentencias y demás providencias dictadas por todos los demás jueces no enumerados en el citado art. 40 del decreto 2591 de 1991. Por lo que ha de entenderse que el recto entendimiento del ordenamiento jurídico vigente, a partir de la Constitución Nacional ha de conducir a la inaplicación de la expresión 'superiores' para referirse a una categoría especial de jueces, de suerte tal que la acción de tutela pueda ser aplicable a los actos u omisiones de 'los jueces' cuando vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales, interpretación ésta que, además de encontrar asidero en el art. 86 de la C.N., lo encuentra también en el art. 4 de nuestra Carta Magna que expresamente ordena que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales'.

"2.2. Ahora bien, siendo procedente la acción de tutela sólo contra sentencias y providencias que le pongan fin al proceso, sea que provengan de 'cualquier juez' (art. 86 C.N.), el conocimiento de aquéllas deberá ajustarse al principio del 'superior jerárquico correspondiente', consagrados por los artículos 40 y 32 del decreto 2591 de 1991, armónico con el artículo 116 de la C.N. Pero como la concepción y alcance de ese principio

no se encuentra precisado expresamente en el citado decreto especial, resulta necesario entenderlo generalmente salvo las excepciones que resulten pertinentes, como aquellos consagrados y desarrollados en la ley, como son, según el caso, los que se fundan en el carácter funcional y jerárquico de la estructura orgánica de la jurisdicción ordinaria. De allí que de las acciones de tutela contra las sentencias y providencias que pongan fin al proceso (que las admitan) proferidas por los jueces municipales o de igual categoría, conozcan los jueces correspondientes (circuitos, superiores, etc.) que sean su natural superior funcional, cuyos fallos de tutela podrían impugnarse ante las salas especializadas (sala de decisión pertinente) del Tribunal Superior respectivo. Y de las acciones de tutela procedentes contra las citadas actuaciones de los jueces del circuito, superiores, de instrucción, de familia y los de igual categoría, conozcan las salas especializadas, (en la Sala de Decisión Pertinente) del Tribunal respectivo, cuyos fallos de tutela podrán impugnarse ante las salas especializadas (de casación) correspondientes de la Corte Suprema de Justicia y, cuando fuere el caso, ante la Sala Plena".

De acuerdo a tal delineamiento interpretativo, es forzoso concluir que el inciso 1o. del art. 4o. del decreto 2591 de 1991 es aplicable respecto de cualquier autoridad judicial que haya proferido una providencia que ponga fin a un proceso, sin importar su categoría o especialidad; por lo tanto, será el superior jerárquico del autor de la decisión atacada mediante acción de tutela el competente para resolver sobre ésta, sin que haya lugar para excluir de dicha normatividad, a los funcionarios judiciales de orden público.

Así las cosas, corresponde al Tribunal de Orden Público como Superior jerárquico del juzgado que dictó la sentencia condenatoria contra los hermanos Pineda Arias, conocer de la acción de tutela que éstos han incoado. En tal sentido será resuelta la presente colisión.

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

Resuelve:

1.- Asignar al Tribunal de Orden Público el conocimiento de la acción de tutela instaurada por *Gabriel Angel, Jesús Salvador* y *Víctor Manuel Pineda Arias* contra la sentencia condenatoria proferida el 12 de abril de 1991 por uno de los Juzgados de Orden Público de la ciudad de Cúcuta.

2.- Envíese el expediente al Tribunal Superior de Orden Público e infórmese de esta determinación al Tribunal Superior de Cúcuta.

3.- Notifíquese este proveído de acuerdo a lo dispuesto por el art. 16 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, (No firmó); *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,* (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO - Uso / COMPETENCIA - Uso del documento falso

El uso del documento público falso es un evento posterior a la consumación, que no sirve para fijar la competencia.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., doce de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 56. Radicación No. 7551

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre los Juzgados 86 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá y su homólogo 32 de Melgar (Tol), en el sumario que se sigue respecto de Luz Mila Neira Ortíz, por los delitos de falsedad y estafa.

Antecedentes:

1.- Mediante acuerdo No. 029 de 3 de septiembre de 1989 el Concejo Municipal de Carmen de Apicalá (Departamento del Tolima) adjudicó en tenencia a la señorita Luz Mila Neira Ortíz un lote (o "solar ejidal") ubicado en el barrio "Madroño" de dicha localidad.

Luz Mila, residente en el citado municipio, resolvió vender el lote, cosa que le comentó a su vecina Ana Guerrero de Beltrán, quien a su vez enteró de ello a su amiga Maribel Ruíz Mendoza, residente en Santafé de Bogotá y quien se sintió interesada en comprarle el predio.

Así, a comienzos del mes de octubre de 1991, Luz Mila y Maribel se pusieron en contacto y acordaron, verbalmente, el negocio de compraventa respectivo, al que se le fijó un precio de $600.000.oo, recibiendo la vendedora Luz Mila, como arras, $180.000.oo.

El 12 de octubre la vendedora le solicitó a la compradora Maribel la suma de $300.000.oo para entregarlos como 'aporte' al Banco de Tierras de Carmen de Apicalá, dinero que Maribel le dio en efectivo, recibiendo luego de Luz Mila una constancia de pago y "paz y salvo" fechada el 15 de octubre, en cuyo encabezamiento aparece el Banco de Tierras, pero figura expedida y firmada por el Jefe de la Oficina de Planeación del mencionado Municipio, junto con el correspondiente sello (fls. 2).

El 26 de noviembre Luz Mila se presentó en la residencia de Maribel, reclamándole el resto del precio, pero Maribel quiso cerciorarse personalmente de la tramitación que se había hecho al respecto en las oficinas municipales de Carmen de Apicalá, viajando entonces hacia esa población el 27 de noviembre, en compañía de su amiga Ana Guerrero de Beltrán y de la vendedora Luz Mila. Como no alcanzaron a llegar a tiempo, resolvieron suscribir en la ciudad cundinamarquesa de Fusagasugá un contrato de promesa de compraventa (fls. 18), en el cual se lee que el saldo del precio ($420.000.oo) lo cancela la compradora Maribel con un cheque pagadero el 2 de diciembre.

Maribel se devolvió entonces para la capital, dejando a Ana Guerrero encargada de hacer las verificaciones de rigor. A la mañana siguiente esta última se dirigió a las dependencia de la Alcaldía Municipal, concretamente al Banco de Tierras, donde se le manifestó que la referida constancia era falsa, excepto al parecer en cuanto al sello. Puesto de presente ahí mismo el documento al Jefe de la Oficina de Planeación, arquitecto Alfonso Morales Aristizábal, éste inmediatamente tildó de apócrifa la firma que como suya aparecía allí.

Procedió entonces Ana a comunicarse telefónicamente con Maribel, quien enterada de lo ocurrido, dio orden de no pagar el aludido cheque.

2.- Alfonso Morales Aristizábal y Maribel Ruíz Mendoza formularon entonces, por separado, las respectivas denuncias penales, y el Juzgado Promiscuo Municipal de Carmen de Apicalá practicó varias diligencias dentro de la etapa de indagación preliminar, abriendo luego investigación, dentro de la cual rindio indagatoria Luz Mila, quien adujo haber acudido a una amiga para que le hiciera el trámite correspondiente en las dependencias del Municipio, y que a dicha amiga, Martha Sáenz Poveda, le dio los $300.000.oo que había recibido de Maribel (fls. 37 y ss.).

El Juzgado resolvió la situación jurídica de Luz Mila absteniéndose de proferir medida de aseguramiento, y luego, por medio de auto de mero impulso procesal, dispuso la remisión del expediente a Santafé de Bogotá, por estimar que los hechos investigados ocurrieron en dicha capital (fls. 73). Le correspondio al Juzgado 86 de Instruccion Criminal, que por medio de auto de 25 de marzo (fls. 76) estimó que "el lugar donde se realizó la falsificación es incierto, por cuanto lo único que se dice es que el documento falsificado fue entregado en Bogotá y presentado para su verificación en Carmen de Apicalá, en donde al parecer se realizó la conducta delictual. Entonces, desconociéndose dónde ocurrió esta falsedad, el Juez competente por la naturaleza del hecho es aquel ante el cual se formuló la denuncia o inició la instrucción, que sería el Juez Promiscuo Municipal de Carmen de Apicalá, pero por la clase de delito le corresponde su investigación a la cabeza de Distrito de Jurisdicción, o sea al Juez de Instrucción Criminal de Melgar, a quien se remitirá por competencia las diligencias, planteando desde ya la colisión de competencias negativa...".

El Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Ibagué, radicado en Melgar, profirió auto de 7 de abril, en el que admitió la colisión, por estimar que en el expediente está probado que el documento presuntamente falso fue usado en Santafé de Bogotá. La creación del mismo -agregó- se presume que también se hizo allí, pues no hay prueba de que ninguna de las presuntas falsarias Luz Mila Neira Ortíz o Martha Sáenz Poveda hayan estado en Carmen de Apicalá durante los días que aparece como posible fecha de creación del documento" (fls. 84).

Así, remitió las diligencias a esta Sala, donde corresponde resolver de plano la cuestión.

Se Considera:

El punible de falsedad material en documento público (calidad que reviste la constancia del fl. 2) se tipifica cuando se falsifica "documento público que pueda servir de prueba" (arts. 218 y 220 C.P.). Es claro, entonces, que el uso del documento público falso es un evento posterior a la consumación del ilícito, que no sirve, por tanto, para determinar la competencia por el factor territorial; opera, sí, como agravante, en las circunstancias previstas en el artículo 222 *ibídem*.

En el presente caso ciertamente no se sabe con exactitud el lugar donde se elaboró esa constancia y se falsificó la firma del Jefe de la Oficina de Planeación de Carmen de Apicalá; aunque de verdad existen más elementos de juicio para presumir que esa falsificación haya tenido efecto en Carmen de Apicalá, donde en principio debería hacerse el pago derivado de la venta del predio. Además, hasta ahora informa la realidad sumarial que el sello que se le colocó al referido documento es el legítimo, o sea el del mencionado Jefe de Planeación Municipal.

Sea de ello lo que fuera, gravitando sobre el expediente la incertidumbre sobre el lugar de la falsificación, emerge nítidamente que procede la competencia a prevención de que trata el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en la cual no cabe duda de que el conocimiento del asunto corresponde a los jueces del Tolima, ya que fue allí donde se formularon las denuncias y se abrió investigación.

En este sentido, pues, se dirimirá el conflicto.

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

Resuelve:

Declarar que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Distrito Judicial de Ibagué. En consecuencia, devuélvase el expediente al Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Melgar y dése el aviso respectivo al Juzgado 86 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, adjuntando copia del presente auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

CONGRESO - Inviolabilidad y opinión

Los Senadores y Representantes son ajenos a cualquier responsabilidad penal por las opiniones que expresen en el ejercicio de su cargo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 37 (13 may./92). Radicación No. 7667

Vistos:

El señor Samuel Alberto Escrucería Manzi, mediante escrito dirigido a la Corte Suprema de Justicia, formula denuncia penal contra el H. Senador *Enrique Gómez Hurtado* por los presuntos delitos de calumnia e injuria.

Hace consistir el quebranto en el hecho de que el senador Gómez Hurtado en el curso de un debate y en sesión plenaria del H. Senado refiriéndose al también senador Alberto Escrucería, manifestó que este "...estaba moral y éticamente impedido para desempeñar sus funciones..." por haber recaído sobre él sentencia judicial por un delito de peculado por apropiación.

Considera el denunciante, que los anteriores conceptos constituyen manifestaciones deshonrosas al imputársele falsamente un hecho punible y que son por tanto, violatorias de la ley penal.

Incompetencia de la Corte.- Inviolabilidad de los parlamentarios por sus opiniones en ejercicio del cargo.-

a).- Funciones del Congreso:

Dentro del sistema constitucional colombiano, es el Congreso de la República, no sólo creador del derecho positivo, sino también, dentro de la actividad política democrática, cuerpo deliberante que ejerce entre otras funciones la de ser centro de opinión pública, órgano fiscalizador a través de los debates del Gobierno, de sus propias actuaciones, de las de sus miembros y en general, de todo aquello que pueda interesar a la opinión pública...

La separación de las ramas del poder, instituída como sistema de equilibrio y contrapeso mutuo, convierte al Congreso en su trabajo parlamentario en una asamblea deliberante, donde se deben discutir con amplitud, libertad e independencia los problemas nacionales y se ejerza control mediante debates entre otras cosas, sobre los actos del Gobierno, las actuaciones de la Administración Pública y el comportamiento del mismo Congreso y de cada uno de sus miembros.

b).- Inviolabilidad parlamentaria:

Para garantizar el ejercicio pleno de estas facultades, ha otorgado la Constitución Nacional al Congreso, el privilegio de la inviolabilidad parlamentaria, por las opiniones que expresen los Senadores y Representantes en ejercicio de su cargo.-

Esta garantía de inviolabilidad que se hallaba reconocida en el art. 106 de la Carta de 1886, ha sido reproducida en el art. 185 de la actual Constitución, norma vigente que textualmente preceptúa:

"...Art. 185.- Los Congresistas serán inviolables por las opiniones y votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo...".

De acuerdo a esta garantía de rango constitucional, los Senadores y Representantes son ajenos a cualquier responsabilidad penal por las opiniones que expresen en ejercicio de su cargo y sólo responderán disciplinariamente ante la Cámara a que pertenezcan, conforme al Reglamento de la Corporación.

"Las garantías constitucionales que defienden la independencia de los miembros del Congreso, son las contenidas en los arts. 106 y 107. La

primera los hace inviolables por las opiniones y votos que den en ejercicio de su cargo, inviolabilidad que consiste en que al ejercer el derecho al uso de la palabra, en las discusiones sólo son responsables de los juicios que expresen, ante la misma Cámara a que pertenecen, sin que tales conceptos los acarreen responsabilidad distinta de la política o moral que tienen ante sus compañeros congresistas y ante la opinión pública la cual se traduce en la censura o la aprobación popular, mas no en sanciones de tipo penal, salvo las disciplinarias que prevea el Reglamento de la misma Cámara para las faltas cometidas dentro del Congreso, de acuerdo con el cual también pueden ser llamados al orden, cuando abusen en el ejercicio de su función. Se quiere pues, que la discusión sea libre y las decisiones se adopten independientemente. De lo contrario, sobre el congresista estaría pesando el temor a que la expresión de su pensamiento envuelva consecuencias desfavorables, obligándolo a actuar contra lo que su conciencia y deberes políticos le dicten...".-(*Constitucionalismo Colombiano* - Séptima Edición.- Luis Carlos Sáchica).-

Ya la Corte Suprema de Justicia por intermedio de su Sala Penal, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto, en auto del seis de septiembre de 1988, al cual pertenecen los siguientes apartes de profundo contenido jurídico que la Sala hoy ratifica:

"...Lo previsto en el art. 106 de la Constitución Nacional reafirma la existencia de esa jurisdicción especial, como expresión del derecho político, al establecer esta norma la inviolabilidad de los Senadores y Representantes su responsabilidad ante la Cámara a la que pertenezcan y la competencia privativa del Congreso para penarlos conforme a su reglamento...".

"1o.- El art. 106 de la Constitución Nacional que a la letra dice: "Los Senadores y los Representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan". Debe entenderse dentro del marco del estado de derecho, como un desarrollo del principio de la autonomía y del equilibrio de las ramas del Poder Público y constituye valioso instrumento en la definición de la democracia siendo en nuestros días uno de los más importantes derechos de la oposición y de las minorías políticas en el Congreso de la República.

"2o.- La actividad política democrática, que en términos generales se concibe en torno al poder, como posibilidad de dirigir el Estado bajo determinadas concepciones ideológicas y programáticas, o ser alternativa cierta para acceder a esa dirección, exige la presencia de mecanismos, que a manera de balanzas controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros.

"3o.- En este orden de ideas, se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un Gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras la atribución que tienen las Cámaras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

"4o.- La vitalidad de un sistema político es la íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios para que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones.

"5o.- Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos u opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo".

De acuerdo con las anteriores premisas, se tiene que como las palabras del H. Senador Enrique Gómez Hurtado en relación con las calidades morales y éticas del Senador Escrucería fueron pronunciadas en debate público, en sesión plena del H. Senado de la República, ellas están amparadas por la inviolabilidad parlamentaria, por constituir conceptos emitidos en ejercicio de la función de congresista y por tanto sólo compete al H. Senado decidir lo pertinente sobre su comportamiento, del todo ajeno al derecho penal y a la justicia ordinaria.

Estas razones son suficientes, para que la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Primero: *Abstenerse* de abrir investigación penal contra el H. Senador *Enrique Gómez Hurtado*, por no ser los hechos denunciados constitutivos de delito.

Cópiese, notifíquese y archívese la demanda.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas. (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrillo, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Es deber del recurrente precisar el momento en que pudo cometerse el error de adecuación típica, debiendo demostrarlo con suficiencia en el terreno probatorio y jurídico.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta número 57 (13 may./92). Radicación No. 6309

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Rodrigo Javier Sanín Posada* contra sentencia de 25 de abril de 1991 mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín reformó la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa ciudad, condenándolo a la pena principal de treinta (30) meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de falsedad material de particular en documento público, confirmando el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El hombre de negocios Luis Sanín Aguirre fundó en la ciudad de Medellín las sociedades comerciales "Luis Sanín Aguirre" e "Inversanín y Cía" de las cuales hizo socios a su esposa y sus sobrinos el abogado Rodrigo Javier Sanín Posada y el ingeniero Luis Enrique Uribe Willis.

El 14 de febrero de 1988 sufrió una "isquemia cerebral" que lo incapacitó física e intelectualmente e hizo crisis dos meses después con la

presencia de una oclusión intestinal, temiéndose por su vida, situación aprovechada por Rodrigo Javier para llegar hasta su lecho de enfermo del barrio "El Poblado" imprimiendo la huella del dedo índice derecho del inconsciente enfermo en una hoja de papel contentiva de un poder general en el cual se le designaba con amplias facultades para administrar y disponer de los bienes de su tío, elevado a escritura pública número 982 del 11 del mismo año, otorgada por la Notaría 17 del Círculo de Medellín.

Tiempo después, el mandatario Rodrigo Javier Sanín Posada utilizó dicho poder para reformar los estatutos de las mencionadas sociedades comerciales designándose suplente del socio gerente Luis Sanín Aguirre "en forma indefinida e irrevocable".

El Notario 17 Doctor Octavio Trujillo Palacio dio cuenta de su presencia en la residencia del otorgante del documento y del hecho de haber sido autorizado con la impresión de la huella digital y la firma a ruego de la testigo María Inés Escobar, faltando en ello a la verdad.

Actuación Procesal:

La investigación por estos hechos, fue iniciada por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Medellín y adelantada por el 73 de Instrucción Criminal Ambulante de la misma ciudad, vinculándose a ella en calidad de sindicados al abogado denunciado doctor Rodrigo Javier Sanín Posada y al Notario 17 del Círculo de Medellín doctor Octavio Trujillo Palacio, oyéndose en declaración juramentada a la Secretaria de confianza de Luis Sanín Aguirre, de nombre María Inés Escobar Mejía; a la enfermera Gloria Patricia Cárdenas y a las empleadas del servicio doméstico Gladys de Jesús Puerta Serna y María Sonia Puerta Serna que tenían a su cargo la atención y cuidados del enfermo, lo mismo que a la Asesora Jurídica de la Notaría 17 doctora María Teresa Trujillo Palacio.

Con la copia de la escritura pública número 982 de 11 de abril de 1988 expedida por la Notaría 17 del Círculo de Medellín a cargo del doctor Octavio Trujillo Palacio (fls. 110 y ss. del expediente), resulta probada de modo fehaciente la existencia de un poder general supuestamente otorgado por Luis Sanín Aguirre a Rodrigo Sanín Posada "para realizar toda clase de actos y contratos de conservación, administración y disposición" de los bienes del poderdante, documento que no ostenta la

firma del otorgante sino la huella digital de su índice derecho y la firma de María Inés Escobar como testigo rogada del mandante por impedimento físico con expresa constancia del Notario en el sentido de haberse trasladado a la residencia allí indicada para efectos de legalizar dicho instrumento, poder general que el apoderado Rodrigo Javier Sanín Posada utilizó para reformar mediante escrituras públicas números 4334 y 4335 de 29 de diciembre de 1988 de la Notaría Décima de Medellín los estatutos de las sociedades comerciales constituidas por su tío Luis Sanín Aguirre (fls. 112 y ss. *ibídem*).

Manifestó María Inés Escobar Mejía que en las horas del mediodía del 11 de abril de 1988 se presentó al apartamento del enfermo Luis Sanín Aguirre su sobrino Rodrigo Javier y enterado del grave estado de salud de su tío le hizo saber la necesidad de que le fuera otorgado un poder general para hacerse cargo de las prestaciones sociales de todo el personal de servicio empleados, enfermeras, etc.) dándole instrucciones de llamar en tal sentido a la Notaría 17, donde sería elaborada la respectiva minuta. La deponente en cumplimiento a las órdenes recibidas lo llamó luego para leerle el texto del documento al cual se le adicionaron las cláusulas 17 y 18 a instancias del inculpado y luego de ser recibida la minuta en la Notaría 17 fue devuelta para tomarle la huella digital al poderdante Luis Sanín Aguirre, labor que cumplió el propio interesado Rodrigo Javier.

La doctora María Teresa Trujillo afirma que la minuta del poder general fue elaborada y adicionada en la Notaría a pedido de María Inés Escobar, persona de la absoluta confianza del presunto otorgante Luis Sanín Aguirre dando cuenta que el documento apareció con su huella digital en lugar de la firma, razón por la que le exigió a María Inés que firmara a ruego, lo que hizo en su presencia. Oyó decir a ésta que las adiciones hechas a máquina en la Notaría le habían sido dictadas por el doctor Rodrigo Javier Sanín.

Gladys de Jesús Fuerta Serna, Gloria Patricia Cárdenas Mesa y María Sonia Fuerta Serna, personas al servicio del doctor Luis Sanín, coinciden en manifestar que por la época en que su patrón sufrió una recaída de grave trombosis o parálisis cerebral que le impedía hablar y moverse (mes de abril de 1988) se presentó al apartamento su sobrino el doctor Ricardo Javier Sanín llevando unos papeles y una "esponjita" quien, al decir de la primera de las nombradas procedió a estampar la huella dactilar del enfermo en una hoja de papel aduciendo necesitarla para asuntos bancarios o para que le pagaran sus prestaciones sociales según lo aclaró después la Secretaria del doctor Sanín Aguirre.

La huella impresa en el documento cuestionado corresponde a la del índice derecho del señor Luis Sanín Aguirre, según el cotejo decadactilar visible a folio 332 ibídem y conforme a los testimonios vertidos por los profesionales que atendieron al enfermo (médicos, cardiologo, neurólogo, fonoaudiologa y fisioterapeuta) resulta palmar el estado de absoluta incapacidad física y mental en que se encontraba el doctor Luis Sanín Aguirre por la época en que se le atribuye haber otorgado poder general a su sobrino Rodrigo Javier (11 de abril de 1988).

Sometido a indagatoria el sindicado Rodrigo Javier Sanín Posada explicó en síntesis, haber recibido copia del poder general de manos de la Secretaria de su tío, María Inés Escobar, negando haber intervenido en su confección toda vez que éste corrió a cargo de la citada señora. Negó así mismo la autoría en la toma de la huella digital impresa en el documento, el hecho de haberse presentado en el apartamento de su tío el 11 de abril de 1988 restando gravedad a la enfermedad que lo aquejaba y criticando por interesadas y sospechosas las declaraciones rendidas por la enfermera y las dos empleadas de servicio.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado 75 de Instrucción Criminal Ambulante de Medellín por auto de 23 de noviembre de 1989 calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado Rodrigo Javier Sanín Posada por el delito de falsedad material de particular en documento público que prescribe y sanciona el artículo 220 del Código Penal y con cesación de procedimiento en favor del sindicado Octavio Trujillo Palacio.

La autoría del ilicito imputado al primero de los nombrados fluye del siguiente pasaje de la providencia enjuiciatoria:

"Es la labor desplegada por el Dr. Sanín Posada de las denominadas de "penumbra". Es él quien desde lugar estratégico ordena la elaboración del poder a su nombre, es él quien no contento con las cláusulas en él ordena complementación del documento, con nuevas cláusulas. Es él quien evitando salir de la penumbra, ordena a la señorita María Inés estampar la huella del Dr. Sanín Aguirre en el documento que acredita el poder general a su nombre y, por último, es él quien, ante la negativa de ella, se ve precisado a salir de la penumbra e ir a la residencia del Dr. Sanín Aguirre a estampar la huella requerida" (fls. 454 y 455 1212 *ibídem*).

Y la cesación de procedimiento en favor del Notario Octavio Trujillo Palacio se fundamentó en la ausencia de dolo en su comportamiento, pues no obstante aparecer demostrado que faltó a la verdad al extender documento público destinado a servir de prueba afirmando falsamente haberse presentado al apartamento del presunto mandante para legalizar el instrumento "en parte alguna surge la intención dañina o antisocial que hace surgir el dolo".-

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín puso fin a la instancia condenando al acusado Rodrigo Javier Sanín Posada a la pena principal de 24 meses de prisión, concediéndole el beneficio de la condena de ejecución condicional, fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de ese Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación, reformandolo en el sentido de incrementar la pena a 30 meses de prisión.

La demanda de Casación:

Bajo el ámbito de la causal tercera de casación del artículo 226 del C. de P.P., se acusa la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad y se formula como único cargo la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso (artículo 305-2o. *Ibídem*) consistente en haberse calificado como falsedad material de particular en documento público (art. 220 del C.P.), lo cual no es otra cosa que el uso de documento público ideológicamente falso en la modalidad contemplada en el inciso 1o. del art. 222 de la mencionada codificación penal.

Apoyado el recurrente en reciente pronunciamiento de la Corte sobre la posibilidad de alegar en casación la nulidad del juicio para subsanar el error de adecuación típica cometido en la resolución de acusación (Sent. de 5 de julio de 1990 - M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) en razón a que la "completa y acertada calificación del mérito del sumario" constituye garantía del debido proceso, comienza por manifestar que el ilícito atribuible a su representado es el de haber usado documento público ideológicamente falso, pero en ningún caso una falsedad material.

En el capítulo destinado a la demostración del cargo, después de una extensa exposición sobre los requisitos que debe reunir un documento, la falsedad material, sus formas y manifestaciones, la falsedad ideológica, diferencias entre una y otra y la falsedad por uso de documento público hace los siguientes o parecidos planteamientos:

El poder otorgado por Luis Sanín Aguirre a Rodrigo Sanín Posada es de aquellos denominados "actos formalmente públicos y sustancialmente privados", que se caracteriza por tener *dos autores* (uno en sentido sustancial, que es el que hace la declaración o manifestación y otro en sentido formal que es el que recibe la declaración, en este caso el Notario 17 del Círculo de Medellín) y *dos contenidos* (uno sustancial, que es en sí la declaración del particular y que *no goza de la fe pública;* el otro de carácter formal que lo constituyen las atestaciones del Notario en uso de sus funciones y con las formalidades legales que sí gozan de fe pública)".

En ellos, sólo se violaría la fe pública si se faltara a la verdad en la parte formal del documento que es la que protege la confianza pública, porque es la elaborada por el empleado oficial en ejercicio de sus funciones de registro, certificación o autorización. Si la alteración de la verdad se produce en la parte privada del documento, no se da la falsedad.

En el caso de autos, tanto la firma del Notario 17 como los sellos de la Notaría son auténticos, no configurándose una falsedad material propia o impropia "pues el *autor formal* del Poder General elevado a Escritura Pública No. 982 el 11 de abril de 1988, es real, es verdadero".

Carece de fundamento la hipótesis de que el sindicado Sanín Posada cometió falsedad material en documento público ya que cuando se incluyeron las cláusulas 17 y 18 el documento no se encontraba cerrado "vale decir, aún no había sido suscrito por el Notario 17 del Círculo de Medellín".

Concluye manifestando que en el presente caso nos encontramos ante una falsedad ideológica en documento público atribuible únicamente al Notario 17 doctor Octavio Trujillo Palacio por las razones de orden jurídico aducidas, ilícito no predicable de su patrocinado Rodrigo Javier Sanín Posada quien adecuó su conducta al tipo penal consagrado en el inciso primero del artículo 222 del C.P. "porque tan sólo usó un público ideológicamente falso con el fin de hacer unas reformas estatutarias a las empresas en comandita de su tío Luis Sanín Aguirre".

Consecuente con dicho planteamiento, solicita la infirmación de la sentencia "a partir de la finalización de la audiencia pública, para que a través del art. 501 del Código de Procedimiento Penal, el Juez corrija los errores de adecuación típica en que se incurrió en la Resolución de Acusación".

Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del demandante porque la calificación dada al delito en la resolución acusatoria es la correcta, pues conforme a los hechos demostrados en el proceso es evidente que el acusador al crear totalmente un documento falso, incurrió en la llamada falsedad material impropia, argumentando que "el procesado Sanín Posada no alteró la declaración de voluntad de su septuagenario tío, como lo insinúa el libelista puesto que ninguna declaración de voluntad precedente existió. El doctor Sanín Aguirre, de acuerdo con lo probado, jamás tuvo en mente otorgar poder a su sobrino para el manejo de sus negocios; el sindicado, ante la eventualidad del fallecimiento de su consanguíneo, decidio por sí y para sí, falsificar un documento público mediante la creación del mismo, aprovechando para ello la afortunada circunstancia de que el Dr. Sanín Aguirre era conocido y cliente de la Notaría 17 de Medellín y que por ello, no sería necesaria su presencia en el acto de recepción de la escritura pública correspondiente, que él mismo no estaba en capacidad de comprender la conducta de su sobrino, ni oponerse en modo alguno a su realización, y por tanto los pasos de extensión y otorgamiento de la mencionada escritura, quedando bajo su directo control, y que la confianza que el empleado competente (Notario) depositaba en la Secretaria del enfermo, era máxima y no tendría en consecuencia, reato alguno para autorizar el documento falso. De esta forma, indujo efectivamente a la creación espuria de un documento público (La escritura Pública No. 982 de 1988), pues lejos de falsear exclusivamente la declaración de voluntad, lo que en verdad dice fue hacer aparecer como autor de una manifestación con trascendencia en el campo jurídico, a quien estaba en incapacidad física y mental de hacerse entender o expresarse".

Refuta los planteamientos esbozados por el recurrente respecto a los conceptos de falsedad material e ideológica, autor formal y autor sustancial del documento y advierte que el ataque se desvió hacia consideraciones ajenas al asunto debatido como la de pretender probar que el procesado no cometió falsedad ideológica en documento público y enfatiza que no obstante su insistencia no puede aceptarse que el autor del documento cuestionado haya sido quien realmente emitió la declaración protocolizada en la Notaría "pues sabido se tiene que a quien se hizo figurar como poderdante fue a Luis Sanín Aguirre, en tanto que quien confeccionó el poder lo fue el acusado *Rodrigo Javier Sanín Posada* sujeto que para dar luego apariencia de veracidad y autoría al documento, tomó la huella dactilar a su tío incapacitado a quien vinculó de esta forma al instrumento, sin tener arte ni parte en él".

Finaliza su concepto solicitando a la Sala declarar que el sentenciado recurrente solamente deberá descontar la pena impuesta en la sentencia de primera instancia, por darse los requisitos del artículo 31 de la nueva Constitución Política.

Consideraciones de la Corte:

La Sala, reitera que no obstante haber desaparecido de la codificación procedimental penal vigente la causal específica de nulidad relativa al error en la denominación jurídica de la infracción, resulta procedente en tal caso acudir a la causal tercera de casación cuando se ha variado sustancialmente la calificación provisional del hecho, contenica en la resolución de acusación, sin acudir a los mecanismos del artículo 501 del C. de P.P., porque un yerro de esa naturaleza constituye irregularidad sustancial que lesiona el debido proceso (art. -305 - 2o. *ibídem*).

De modo, que ningún reparo cabria hacerle al censor por haber encausado la censura a la sentencia por la vía adecuada; pero como quiera que la irregularidad endilgada al Tribunal Superior es en definitiva un error de interpretación del material probatorio obrante en autos, que pudo llevar al juzgador a hacer en la resolución de acusación una calificación provisional del delito que no corresponde a los hechos probados en el sumario, o que resulta modificada con las pruebas sobrevinientes al enjuiciamiento, es deber del recurrente precisar el momento en que pudo cometerse el error de adecuación típica, debiendo demostrarlo con suficiencia en el terreno probatorio y jurídico; salvo que la irregularidad emerja por si sola del proceso con caracteres de manifiesta u ostensible, evento en el cual será declarado de oficio por la Corte la nulidad resultante, pues de no hacerlo así no se darían las bases necesarias para que en el supuesto de prosperar la tacha, el juez del conocimiento al responder el procedimiento afectado acudiendo al mecanismo procesal del artículo 501, concretara claramente las variaciones o modificaciones introducidas a la resolución acusatoria.

En el caso *sub examine*, se plantea como único cargo a la sentencia la irregularidad consistente en no haberse variado oportunamente la calificación provisional del hecho punible contenida en la resolución de acusación esto es, la de falsedad material de particular en documento público de que trata el art. 220 del Código Penal, por la de simple uso de documento público falso en la modalidad contemplada en el inciso primero del art. 222 *ibídem*, puesto que Sanín Posada únicamente lo usó

para reformar los estatutos de unas sociedades comerciales, sin haber concurrido a la falsificación del mismo, para concluir afirmando que el acusado fue condenado por delito diferente al realmente consumado.

Sin embargo, el recurrente no precisó si dicha calificación contraría los hechos demostrados en el sumario, o pudo resultar modificada con las pruebas sobrevinientes a la providencia enjuiciatoria, ni menos se refirió a los fundamentos fácticos tenidos por los juzgadores de instancia como soporte a la adecuación típica del hecho punible. Toda la argumentación se sustenta en apreciaciones puramente teóricas respecto a la naturaleza, forma y modalidades del delito de falsedad en documentos.

Sin ninguna consideración con los hechos que se dieron por probados y con base en los cuales se subsimió la conducta desplegada por el acusado en el tipo penal del art. 220, por creación total de un documento público falso, tales como la existencia misma de la escritura pública contentiva del poder general otorgado por el Dr. Luis Sanín Aguirre a su sobrino Rodrigo Javier Sanín Posada con amplias facultades para administrar y disponer de sus bienes y su posterior utilización por parte del mandatario; la absoluta incapacidad física y mental que padecía el presunto mandante por la época de confección del mandato que le impedía tomar una determinación de tal naturaleza y la comprobación fehaciente de haber sido el procesado Sanín Posada y no otro, quien estampó la huella digital de su tío en el poder general cuestionado luego de haber ordenado la elaboración del mismo a la Secretaria María Inés Escobar Mejía, pretende el censor hacer un replanteamiento de los hechos procesales con miras a que éstos se califican de manera diversa a como lo fueron en las instancias, siquiera cuestionarlos ni menos comprobar que ocurrieron de manera diferente a como fueron apreciados.

De ahí, por qué resulta inaceptable el argumento central de la censura de que el acusado no creó el documento falso, sino que al margen de cualquier participación en dicha ilicitud, se limitó a usarlo, hipótesis totalmente extraña a la realidad probatoria que recoge el expediente.

Conviene enfatizar al respecto, que la incorrecta o indebida adecuación típica del hecho punible, jurisprudencialmente considerada como una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, impone al recurrente el deber de probar en primer término, que el delito por el cual se dictó resolución de acusación y condenó al procesado no se tipifica y en segundo lugar, que es otro muy distinto el que de manera inequívoca se cometió, según las pruebas recaudadas.

La demanda no ofrece razonamiento atendible que haga verosímil la tesis de que el procesado Rodrigo Javier Sanín Posada sólo usó un documento público falso como para que sea modificado el pliego de cargos en dicho sentido. Por el contrario, la realidad procesal conformada por plurales, graves y coherentes indicios incriminatorios deducidos del acervo probatorio, excluidos de toda consideración por el demandante, pregona a las claras la autoría en la falsedad material impropia por la cual fue juzgado y condenado. Parte del libelo se ocupa en consideraciones que no vienen al caso como la de pretender demostrar que Rodrigo Javier no pudo cometer falsedad ideológica en documento público, delito sólo, predicable del Notario 17 de Medellín doctor Octavio Trujillo Palacio.

La Sala, no podría variar la calificación del hecho punible imputado a Sanín Posada sobre la base de apreciaciones puramente teóricas, cuando un concurso de vehementes y comprometedores indicios -no tocados por el impugnador- demuestra inobjetablemente que aquel en su condición de simple particular creó el espúreo documento que luego utilizó en las circunstancias de que da cuenta el proceso.

No prospera la impugnación.

Aplicación del artículo 31 de la Constitución Nacional:

Siendo palmar, como aparece de autos, que el Tribunal Superior al conocer por apelación de la sentencia condenatoria de primera instancia incrementó en seis (6) meses la pena privativa de la libertad impuesta al sentenciado haciendo más onerosa su situación en caso de una eventual ejecución de la condena, que obligaría al cumplimiento total de la pena (art. 70 del C.P.) contrariando de tal modo la prohibición del art. 31 de la Carta Política vigente que le impide al Superior agravar la pena impuesta cuando, como en el presente caso el condenado es apelante único, la Corte oficiosamente reparará el agravio ajustando el fallo a la mencionada preceptiva constitucional infirmándolo en cuanto hace relación a dicho incremento dejando incólumes, como es obvio, las demás declaraciones y condenas.

El precepto constitucional en comento no distingue si la agravación debe ser injusta bastando para los fines del mismo que la instancia superior desmejores o haga más gravosa la situación punitiva del sentenciado: cuando es apelante único, siendo aplicable a situaciones consolidadas con antelación a su vigencia por el principio de intemporalidad que lo caracteriza (art. 9o. de la Ley 153 de 1887).

La Corte en decisión mayoritaria de 22 de octubre de 1991 expresó sobre este tema lo siguiente:

"Algunos advierten como fundamento de esta necesaria enmienda, la preexistencia de la ley favorable y otros, un fenómeno de nulidad. Ambas tesis no dejan de tener respetables partidiarios por la índole de los argumentos que cada uno de estos expone en favor de su 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 ésta suele concretarse no se acomodan totalmente a la hipótesis comentada. Lo que se advierte es que por la naturaleza del recurso impuesto, 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 -artículo 4 ibidem- inmediatas -artículo 5 ibidem- y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (artículo 228 *ibídem*), resulta ineludible acomodar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado ni puede diferírsele un remedio de perentoria aplicación, anunciándole un remedio como es el de su futura enmienda por obra del Tribunal, al cual se permitiría 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 de todos, en una sana interpretación, exigirían de esa máxima Corporación.

Queda así resuelta la inquietud esbozada por el Ministerio Público.

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:

Casar Parcialmente la sentencia recurrida condenando al procesado *Rodrigo Javier Saúin Posada* de condiciones civiles y sociales conocidas de

autos, a la pena principal de venticuatro (24) meses de prisión por el delito de falsedad material de particular en documento público, en lugar de treinta meses con que fue sancionado por el Tribunal Superior.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas. (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

NOTIFICACION - En la sentencia no es procedente hacerla doblemente / NULIDAD - Debe declararla la Corte en sede de Casación

Si la sentencia ha sido notificada personalmente a todos los sujetos procesales, no puede repetirse el procedimiento por Edicto. El Tribunal no adquiere competencia cuando esto ocurre en el Juzgado de instancia y, por consiguiente la Corte deberá declarar la nulidad de la actuación así, cumplida.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 57. Radicación No. 6757

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto por el defensor de *Pedro Julio Muñoz Rincón*, contra la sentencia fechada el 14 de agosto de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó integralmente el fallo del Juzgado once (11) Superior que impuso la pena principal de diez (10) años de prisión al procesado, más las accesorias de rigor, al hallarlo responsable del delito de homicidio en la persona de Justo Pastor Gutiérrez Torres.

I.- *Antecedentes:*

Los hechos que originaron la formación de este proceso, fueron narrados así, por el Juzgado 11 Superior de esta ciudad:

"Evidencian los autos que, en las primeras horas de la noche del día 8 de diciembre del año próximo pasado (1990), en la

carrera 19 No. 24-74 sur de esta capital, *Pedro Julio Muñoz Rincón* al parecer en estado de beodez y sin motivo aparente profirió insultos contra José Roberto Gutiérrez y cuando el progenitor de éste *Justo Pastor Gutiérrez* fue averiguar (sic) lo que ocurría, recibió disparos del incriminado, a la altura del antebrazo izquierdo, y el último en la región temporal izquierda, impactos, que a la postre finiquitaron con la vida del hoy obitado Justo Pastor. Por lo anterior, se vinculó legalmente mediante injurada al acusado".

II.- *La demanda:*

En un antitécnico y contradictorio libelo, el actor, apoyándose en la causal primera de casación, acusa a la sentencia de haber violado indirectamente la ley, "por error de hecho en la interpretación de la prueba *ilegalmente* aducida" (resalta la Sala).

Al pretender desarrollar el cargo, el libelista no hace ninguna referencia, ni la más mínima, a la ilegalidad de la prueba, sino que dice concretarse, luego de transcribir apartes de algunas providencias emitidas por esta Corporación, a formular su ataque con base en la "tercera modalidad" del error de hecho: "error esencial de hecho por falso juicio de identidad o apreciación errónea de la prueba".

Después de hacer algunas consideraciones sobre la apreciación de las pruebas, se aleja de la causal de casación invocada para entrar al campo de la causal tercera, pues no otra cosa puede deducirse del siguiente texto: "acuso por eso la sentencia: es decir: por haber sido aprobada en un acta (sic) sin motivar y sin evaluar adecuadamente la prueba. Sin la correspondiente *Confrontación* se embarcó a mi cliente en un homicidio no confesado por una investigación pésima mal llevada". Repetidamente ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que la falta de motivación de una sentencia conduce a la nulidad de la misma, razón por la cual no es posible formular este tipo de ataques al amparo de la causal primera. Destáquese también, que la falta de confrontación de unas pruebas con otras no constituye el error de hecho aducido, porque éste tiene que demostrarse en relación con la prueba individualmente considerada, y no con su conjunto como lo pretende el actor.

Más adelante intenta adecuarse a la causal invocada, al decir que en la sentencia se "distorsiona la verdad" de la prueba, cuando en ella se

afirma: "tanto los testimonios de Víctor Manuel Jiménez Ayala y Luis Enrique Corredor Alfonso...ubicando como *único* responsable de las graves heridas que le ocasionaron la muerte al hoy occiso...al que en este momento se haya en la silla de los acusados...".

Inmediatamente después de esta parcial transcripción que el actor hace en la demanda, en su intento por demostrar el cargo, agrega:

> "Y resulta que Víctor Manuel Jiménez Ayala... es elocuentemente desmentido por Luis Enrique Corredor Alfonso cuando dice:
>
> "Mientras el primero dice que mi cliente le apuntó a la cabeza...inequívocamente a la cabeza...el segundo acredita la existencia de un homicidio puramente culposo, aducido por la defensa anterior pero sarcásticamente desechado por la injusta sentencia de condena cuando en forma irrespetuosa se refirió a las pobres apreciaciones de la defensa:
>
> "Dice Luis Enrique Corredor Alfonso:...El me dijo: hágase para un lado. Yo me quité de donde estaba con él (refiriéndose a Pedro Julio Muñoz Rincón). Me hice para un lado y luego sacó la mano entre la ventana.. corrijo...no sacó la mano por la ventana sino que arrimó el cañón del revólver contra el vidrio por dentro de la ventana y disparó hacia la calle".

De estos confusos párrafos en verdad no se evidencia ninguna distorsión del sentido objetivo de la prueba, que es lo que tiene demostrar el demandante.

Bajo el epígrafe de "evidencia del error de hecho", el actor dedica su primer párrafo en hacer algunas lucubraciones en el sentido de que no hubo dolo en el actual de su representado; luego habla de que éste obró en legítima defensa para terminar en una posición transaccional: "En gracia de discusión... su conducta apenas se encuadraría dentro del terreno del homicidio culposo".

En el párrafo siguiente insiste en que "a la hora de nona se tergiversa su contenido a sabiendas de que el instructor en forma deliberada se había Denegado arbitrariamente a practicar la *Inspección judicial* con reconstrucción de los hechos: Tampoco quiso practicar la *Prueba de Balística*

a sabiendas de que ambas pruebas apuntaban a aspectos básicos de responsabilidad" (con mayúsculas pero sin resaltas en el original).

Es evidente que el actor no logra demostrar el error, pero si su desconocimiento de la técnica especial de este recurso, al volver a mezclar dentro de la causal primera aspectos propios de la tercera: unidad por violación del derecho a la defensa.

Posteriormente añade el demandante: "Si el texto de las dos declaraciones no se hubiera falseado o distorsionado...la dirección de conducta se hubiera calificado de manera diferente: aún más: observe la H. Corte que no se quisieron cotejar o confrontar con el resto de deponencias para facilitar así la sentencia de condena.

Si se hubieran practicado las dos pruebas aludidas... o si estas dos deponencias *se hubieran cotejado o confrontado...* se hubiera producido efectos distintos a los ilegalmente producidos. Olímpicamente se dieron por existentes los elementos del dolo: tanto el elemento intelectivo como el volitivo dizque aparecen en cabeza del procesado... cuando las deponencias sublimadas por el Tribunal, dicen o prueban precisamente lo contrario".

Como se observa, pues, de lo transcrito, el actor entremezcla aspectos propios de distintas causales de casación, dentro del enunciado propio de la única que él escogió en su demanda y en este gravísimo error técnico es reiterativo, porque más adelante plantea una nueva causal de nulidad, para que la Corte oficiosamente la decrete:

> "Y como si lo anterior fuera poco... observe la H. Corte que a folio 57 del cuaderno del Tribunal se dice al detenido que no se había encontrado anomalía alguna generadora de nulidad... como llegar a un homicidio intencional doloso... existiendo la prueba del simple culposo... no constituyera una verdadera causal en el actual ordenamiento jurídico... susceptible del recurso extraordinario de casación por error en la calificación o denominación jurídica de la infracción... *Oficiosamente* decretable".

Cuando pareciera que es imposible encontrar un mayor cúmulo de confusiones y contradicciones, el actor agrega un ingrediente más, que impide hasta la comprensión de su libelo. Al intentar explicar el sentido

de la violación de la ley sustancial, afirma que se aplicó indebidamente el artículo 323 del Código Penal y se dejó de aplicar el artículo 329, agregando a continuación: "por aplicar indebidamente el art. 36 del Código Penal se olvidó el contenido del artículo 35 y 37 de la misma codificación. *Tampoco se aplicó el art. 29 del C. Penal* porque Muñoz Rincón estaba ya condenado desde el mismo vientre de su madre..." (resalta la Sala).

Termina su alegato el actor pidiendo a la Corte que case el fallo impugnado para que "se profiera el correspondiente proveído que ha de reemplazar la injusta condena...".

III.- *Respuesta del Ministerio Público:*

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, principia por advertir que no se referirá a la demanda de casación presentada, porque advierte "un vicio procedimental que viene afectando la actuación a partir del auto por medio del cual el Juzgado Once Superior de Bogotá, concedió recurso de apelación contra la sentencia que puso término a la primera instancia. La extemporaneidad de la impugnación es evidente y ello torna ilegal la actuación venida en curso".

"En efecto -continúa la Delegada-. Proferida la decisión de *4 de junio de 1991* y notificada a todos los sujetos procesales: inculpado, Fiscal y defensor los día 4, 5 y 6 de junio en su orden respectivamente tal como lo acredita la anotación visible a folios 172 del segundo cuaderno original, fuerza es concluir que a partir del 7 de junio y hasta el 12 del mismo corrieron los tres días hábiles para que las partes hicieran algún pronunciamiento sobre la decisión adoptada en la sentencia. No fue ésta sin embargo la posición en quienes concurrirá el interés jurídico para recurrirla.

"El procesado y su defensor, atenidos al proceder del Secretario del Juzgado esperaron hasta el 17 de junio de 1991 para mostrar su inconformidad con la decisión condenatoria, interponiendo, como puede fácilmente colegirse, *extemporáneamente* el recurso de apelación.

"Es que, si la sentencia se notificó personalmente a todos los sujetos procesales dentro de los dos días siguientes a la fecha de su proferimiento -art. 177 C.P.P.-, carece de sentido el proceder secretarial en cuanto a 'notificar a las demás partes' mediante la fijación del edicto una decisión que ya había sido previamente conocida por los intervinientes en el proceso.

"Esta equivocación secretarial, lo viene reiterando la Corte, no revive los términos de ejecutoria por el hecho de acudirse "erróneamente a notificaciones redundantes" como la que se hizo mediante la fijación de edicto a partir del 7 de junio de 1991 y, por eso ha de tenerse como extemporánea la impugnación presentada el 17 de junio del mismo mes y año. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras decisiones, en autos de junio 14 de 1988 y mayo 18 de 1989. Y más recientemente cuando tuvo oportunidad de enfatizar que en tratándose de *términos legales*, 'su regulación ha de buscarse ante todo en las normas procesales aplicables, no en el criterio de los empleados ni en la interpretación de los intervinientes procesales', por cuanto la ley procesal no está sometida a las 'ampliaciones y restricciones que sobre ella dispongan los funcionarios o contravengan las partes, pues es en su invariabilidad en donde verdaderamente descansa aquella seguridad jurídica' común a todos los sujetos procesales (C.S.J., autos de mayo 15 y julio 10 de 1991, exp. 3545)".

Como consecuencia de la nulidad advertida por el Ministerio Público, éste sugiere a la Corte que "se abstenga de revisar el libelo, decretando, por el contrario, la nulidad de la actuación surtida en sede de casación a partir del auto que acepto el presente recurso, enviando las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se terminen de corregir el vicio alertado, pues, insístese, el Tribunal no tenía competencia para desatar la alzada y menos para conceder la impugnación extraordinaria que ahora nos ocupa".

IV. *Consideraciones de la Corte:*

Plena razón asiste a la Delegada al advertir que este proceso está viciado de nulidad, porque el Tribunal no tenía competencia para conocer del fallo de primera instancia.

Efectivamente, la sentencia de primera instancia fue emitida por el Juzgado el 4 de junio de 1991 (fls. 156 a 172) y notificada personalmente a todos los sujetos procesales (procesado, defensor y fiscal). La última notificación se surtió el 6 de dicho mes, lo que significa que el término de tres (3) días para interponer la apelación, contado a partir de esa fecha (art. 196 C. de P.P.), se venció el 12 subsiguiente a las seis (6) de la tarde (se descontaron tres días inhábiles). Si la apelación se presentó el 17, es evidente que el recurso no podía concederse por ser extemporáneo.

A pesar de lo anterior el Juzgado concedió la alzada y el Tribunal la aceptó y la resolvió mediante el fallo objeto del recurso extraordinario. El error de las instancias se originó a su vez en el error del Secretario del a-quo, que por inadvertencia o rutina notificó la sentencia mediante edicto (fl. 175 y 176), con manifiesto desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "Las sentencias se notificarán por edicto, que se fijará en lugar visible de la Secretaría, *cuando no hayan sido notificadas personalmente*". Esta equivocación del Secretario al notificar dos veces y a los mismos sujetos una misma providencia, de ninguna manera puede alterar el cómputo de los términos procesales. Aceptar lo contrario equivaldría a reconocer supremacía a las actividades y constancias secretariales sobre la ley, lo cual es claramante inadmisible, como lo ha repetido la jurisprudencia de esta Sala (autos de 15 de mayo y 10 de junio de 1991, citados por la Delegada).

Lo que no puede aceptar la Sala es la sugerencia de su colaborador Fiscal, de que se abstenga de resolver el recurso y devuelva, sin más, el proceso al Tribunal de origen "a fin de que se termine de corregir el vicio alertado", porque esta sería una solución antitécnica, injusta y contraria a la naturaleza del recurso.

Antitécnica, porque si la Corte no invalida la sentencia impugnada, ésta cobraría ejecutoria y ya no sería posible anularla, ni por el Tribunal que la emitió ni mucho menos por el Juzgador de la primera instancia. Admitir la posibilidad de anular un fallo ejecutoriado, cada vez que se descubra la existencia de un vicio que lo invalide y no obstante haber culminado definitivamente el proceso, acabaría con la seguridad jurídica.

Injusta, porque si en gracia de discusión se aceptara la solución sugerida, ello implicaría dejar vigente una sentencia nula que por tanto continuaría produciendo sus efectos mientras el proceso regresa al Tribunal de origen y éste procede a invalidarla. Y entre tanto, ¿qué pasaría con la libertad del detenido en virtud del fallo nulo, mediante el cual, por ejemplo, se revocó la sentencia absolutoria de primer grado? Esto sin pensar en la hipótesis de que el Tribunal se niegue a declarar la nulidad de su propio fallo, por considerar, verbigracia, que no puede hacerlo ante la ejecutoria del mismo o por estimar que el vicio advertido por la Corte no tiene la gravedad suficiente para invalidar la actuación. ¿Ante quién acudiría, entonces, el sujeto procesal afectado con la resolución nula?.

Y la tesis sugerida sería también contraria a la naturaleza del recurso de casación. En efecto, la causal tercera prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989) hace procedente el recurso "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", y eso es lo que ocurre en el caso sub-judice: oportunamente se impugnó el fallo de segunda instancia y se advierte con toda claridad la existencia de la causal de casación que acaba de citarse, que aunque no se alegó, por mandato legal (art. 227 del C. de P.P.) debe admitir y reconocer la Corte.

Consecuentemente con todo lo expuesto, la sentencia recurrida se casará, oficiosamente, pues como ya se expresó, el Tribunal no tenía competencia para proferirla porque el recurso de apelación se interpuso extemporáneamente. La nulidad se declarará a partir del auto fechado el 2: de junio de 1991 (fls. 196), mediante el cual el Juzgado concedió la alzada, quedando, consecuentemente, en firme el fallo de primera instancia.

La naturaleza de la decisión que se toma, al igual que las protuberantes deficiencias técnicas de la demanda, ya advertidas, no permiten a la Corte considerarla.

Agréguese, por último, que la proposición sugerida por el Procurador Delegado tiene cabida y plena aplicación cuando la extemporaneidad afecta el recurso de casación, porque en tal caso, el proceso, previa anulación del trámite cumplido ante la Corte, se devuelve al Tribunal de origen únicamente para que éste a su vez lo remita al juzgado que conoció del mismo, que es la autoridad que debe ejecutar la sentencia (art. 609 del C. de P.P.).

Esta es la última apreciación prevaleciente en la Corte sobra este punto.

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

Decretar la Nulidad de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, del auto del 21 de junio de 1991, por medio del cual se concedió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, la cual queda en firme.

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

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

Rafael Cortés Carmcar, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción y demás eventualidades

La Ley sistematiza de manera estricta el fenómeno de la objeción, mientras que marca discrecionalidad en el Juez para las demás eventualidades.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 54 (12 may./92). Radicación No. 6042

Vistos:

Se define el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (enero 31/91), mediante la cual, por el delito de "acceso carnal abusivo con incapaz de resistir", se impuso a Iván Muriel García, entre otras sanciones, veinticuatro (24) meses de prisión.

La impugnación fue admitida en auto de abril 12/91 y la demanda en proveído de julio 3/91.

Hechos:

Norma Constanza Díaz Betancourt, persona de unos veintidós años de edad y a quien se ha considerado como incapaz de entender la naturaleza y consecuencias de una relación carnal, acudió el 7 de septiembre de 1988, al consultorio del médico *Iván Muriel García*, para ser atendida profesionalmente. El procesado, aprovechó la ocasión para realizar con ella el concúbito carnal.

Actuación procedimental:

El Procurador 1o. Delegado en lo Penal, expresa a este respecto:

"Adelantada la investigación por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal se vinculó mediante indagatoria a Iván Muriel García, se recepcionaron múltiples testimonios, se practicaron diligencias de Inspeccion Judicial; y peritazgos médico legales, unos tendientes a verificar el acceso carnal denunciado y otros a establecer la normalidad o anormalidad siquica de Norma Constanza Díaz y para el efecto se allegaron los siguientes experticios:

"a). Dictamen emitido por Medicina Legal de Ibagué, en el cual el perito da respuesta al cuestionario proferido por el instructor, sobre "el trastorno mental" asociado del síndrome convulsivo de larga duración que se manifestara en la ofendida, conforme al primer reconocimiento médico legal practicado por el citado Instituto y cuyo resultado obra a folio 14 del C.O., determinándose que:

"Es cierto que"...la patología convulsionante produce deterioro de las funciones cerebrales y merma la actividad mental.

..."

"Que "...no hay claros signos de que la paciente padezca propiamente atraso mental y si existe es de nivel limítrofe o moderado...".

"Pero, que debido a que la paciente, "es conciente (sic) de su entorno y no está dentro del cuadro de personas incapaces de resistir por atraso mental franco o profundo".

"En conclusión se trata de paciente con cuadro crónico de problemas convulsionante. Dificultades sobre agregadas para el aprendizaje formal y para el manejo de las relaciones interpersonales las cuales las ha reducido a su mínima expresión pero sin que exista un cuadro franco de atraso mental" (fl. 109, 109 vto. del C.O.).

"b). A folio 162 a 165 del C.O., obra dictamen proferido por el Instituto de Medicina Legal de Bogotá, Sección Siquiatría Forense, en el que se determinó que la "...examinada presenta signos y síntomas de un retardo mental moderado... que le impide comprender cabalmente la naturaleza de la relación sexual, le impide determinarse en éste campo..."

"Para la práctica de este segundo peritaje, el Juzgado instructor entre otras piezas procesales, remitió certificación expedida por el médico siquiatra tratante de Norma Constanza Díaz, desde los 15 años y quien la cataloga como "*Invalida* desde el punto de vista mental" (fl. 45 del C.O.).

"Perfeccionada en lo posible la investigación, el Juez instructor al calificar el mérito sumarial el 13 de febrero de 1989, profirió Resolución de Acusación en contra de *Iván Muriel García*, por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir.

"Culminada la etapa del juicio, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué, despacho que le correspondiera adelantar la etapa de causa, condenó *a Muriel García* a 24 meses de prisión como responsable del delito por el cual se le dictó Resolución Acusatoria, fallo que al ser apelado recibió confirmación por el Tribunal Superior de Ibagué.

La demanda:

Se eleva contra la sentencia un único cargo: ésta se apoyó en una prueba "pésimamente llevada al proceso, violentando los artículos 2, 5, 36 y 304 del Código Penal, por aplicación indebida".

Y el aspecto se concreta en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, Seccional Tolima -fls. 109/110-, que en cierta forma pugnaba con el especialista en siquiatría que venía atendiendo a la ofendida -fls. 45-, lo cual llevó a un procedimiento de ampliación de pericia, por la parte civil, cuestión atendida por el Juzgado en el sentido de provocar la intervención del mismo mencionado Instituto, en Bogotá -fls. 161 y ss.-

Esta situación, para el recurrente, es contraria a derecho, pues la ameritada petición (art. 276 C.P.P.) no daba lugar a una nueva peritación, que solo podía aparecer como dependiente de lo que al respecto se dijera. El memorialista condensa su criterio en esta glosa: "Porque es elemental: el que debe ampliar, completar o aclarar su concepto es el que lo rindió, aquél que lo suscribió, el responsable del mismo. Si ha existido objeción a fondo, como ya lo dije y, prosperó, un nuevo perito actuará".

Recuerda que la ley de procedimiento es clara en señalar diversas etapas: una, para pedir explicación, aclaración o ampliación, que cuenta, para su cumplimiento de un término de cinco días, y otro para objetarlo a

fondo, impugnación que puede realizarse antes de entrar el proceso para recibir la sentencia de rigor.

Agrega como viciosa actuación, el haber indicado, como elementos de conocimiento para el Instituto de Medicina Legal en Santafé de Bogotá, documentos no auténticos como son los que figuran a fls. 45 (certificación del psiquiatra Lucio La-Rotta García), 46 y 47. Y "También se quebrantó el principio de legalidad dispuesto en el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal porque aunque la prueba se realizó con auto previo que la ordenó no hubo el proveído posterior que declarara su conducencia".

La forma como se actuó, para el memorialista, viola el principio de contradicción y de legalidad de la prueba.

A pesar de haberse objetado no se siguió el procedimiento señalado (art. 144 C.P.P.) y de ahí el que no se decretaran las pruebas pertinentes, tales "el test de inteligencia, inquirir sobre los niveles del cuociente de inteligencia (CI) basados en una prueba tal como las escalas de Wechwsler por ejemplo", ni se ordenó un encefalograma ni se precisó la categoría del retraso mental (fronterizo, leve, moderado, severo, profundo, etc).

Se colaciona, además, lo relacionado con el concepto del psiquiatra La-Rotta García, aportado al proceso por el abogado de la parte civil, documento sobre el cual no se cumplió la orden impartida por el Juez en el sentido de buscar precisión sobre su existencia, si su contenido había sido escrito por él y su firma era de su puño y letra.

El error de derecho, en la apreciación de la prueba, la deduce de las siguientes afirmaciones del Tribunal: "En cuanto al grado de resistir a la conjución carnal a que fue sometida, debido a sus propias condiciones de inferioridad psíquica, se tiene la atestación del distinguido médico psiquiatra doctor *Lucio La Rotta García*, quien afirma que el 23 de noviembre de 1981, entrevistó por primera vez a la niña *Norma Constanza Díaz Betancourt*, con motivo de "los profundos trastornos psicointelectuales y psicoemocionales" que la "aquejaba de años atrás y para el tratamiento de un problema *Convulsivo Postraumático*". Asimismo expresa que durante esta primera entrevista se aprecia netamente el profundo deterioro psicointelectual o cuociente intelectual de tres años".

"Y cuando discierne de esta manera:

"Como fuera palpable la protuberancia contradicción entre lo expresado por el médico Psiquiatra que venía tratando de trastorno mental a la citada Norma Constanza Díaz Betancourt -folios 45- y el concepto emitido por el Galeno Forense Nacional de esta ciudad, no experto en esa rama de la medicina, atendiendo a la solicitud formulada por el Abogado que representa los intereses de la Parte Civil, con gran acierto se consideró prudente enviar a la referida sujeto pasivo a la sección de psiquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, a fin de que se practicara un examen especializado el que se realizó empleando las técnicas de estudio del sumario, evaluación y entrevista psiquiátrica: pruebas psicológicas y electroencefalograma...".

"Y cuando insiste:

"'La aludida peritación, fue realizada por Psiquiatría Forense, y vino a confirmar lo informado por el especialista tratante de la sujeto pasivo Norma Constanza Díaz Betancourt lo que da base plausible para afirmar que cuando ésta fue copulada por el imputado Iván Muriel García, a quien su progenitora se la había confiado para que la tratara médicamente y no para que la violara, no se encontraba en condiciones físicas y psíquicas de poder resistir el desenfreno libidinoso del galeno, que lo que hizo fue aprovechar su inferioridad mental y la posición ginecológica en la que la colocó para atropellarla inicuamente en su patrimonio sexual".

"Y cuando ratifica:

"'Comoquiera que el examen psiquiátrico forense practicado por un experto en esta rama de la medicina y mediante las técnicas apropiadas para descubrir su verdadero estado mental, se asienta sobre bases patológicas serias que llevaron a la conclusión plasmada en la ameritada peritación, la que merece ser aceptada como prueba idónea para demostrar que la joven Norma Constanza Díaz Betancourt, presenta "retardo mental moderado" que le impedía "comprender cabalmente la naturaleza de la relación sexual"...".

"Pues que tales reflexiones se refieren a una prueba técnica que no reúne los requisitos necesarios como para ser considerado soporte de una decisión de condena; y le concede valor probatorio a un hecho aducido al proceso con omisión de los requisitos que la ley requiere para su asunción y posterior valoración".

Después de esta transcripción, anota un "Falso juicio de legalidad que lo lleva a violentar, al aplicarlos indebidamente, los artículos 2, 5, 36 y 304 del Código Penal y por ende, a condenar en vez de absolver como era lo jurídico".

También asevera la normalidad de la ofendida para determinarse en el mundo de las relaciones sexuales y la demuestra así: el contenido de las razones expuestas por el médico forense Tito Vega Restrepo: "Mentalmente no hay signos actuales que hagan pensar en una patología mental, hay sí un nivel intelectual bajo asociado estrictamente a la falta de afirmación formal escolar, pero en general no hay signos que hagan pensar en atraso mental notorio".

"La paciente es conciente de su entorno y no está dentro del cuadro de personas incapaces de resistir por atraso mental franco o profundo".

"En conclusión se trata de paciente con cuadro crónico de problema convulsivamente, dificultades sobreagregadas para el aprendizaje formal y para el manejo de las relaciones interpersonales las cuales las ha reducido a su mínima expresión pero sin que exista un cuadro franco de atraso mental". Este experto tuvo ocasión de conocer el "certificado médico expedido por el Dr. Lucio La-Rotta Garcia -fls. 45-, (el) resultado del estudio radiológico -fls. 44-, y la constancia expedida por la Directora de la Concentración Escolar Andrés López de Galarza" fls. 47-.

Y, como elemento de suma importancia, casi que decisivo en esta serie de análisis, transcribe en gran parte la declaración de Norma Constanza Díaz B., reveladora de su madurez intelectual y la ausencia del trastorno mental en esta ofendida, base del contenido condenatorio del fallo emitido.

Se refiere al otorgamiento de poder para el ejercicio de la consiguiente parte civil, sin curador o tutor, y también al desistimiento de esta acción, por transacción, igualmente firmada por la ofendida.

Y por último acota:

"Como el Honorable Magistrado de la Ponencia, los Honorables Miembros de la Sala y el señor Procurador Delegado en lo Penal lo ven es el proceso el que da la guía con este dictamen signado por el doctor *Vega Restrepo*; a través de la prueba testimonial; por la forma como la joven *Díaz Betancourt* actuó desde el primer momento de la investigación hasta

cuando resolvió desistir de la acción civil, todo lo cual da la clave para determinar la completa normalidad de la misma.

"Como ya lo dejé anotado, no se ve en qué se basó el otro perito para concluir haber sido ella "persona puesta en incapacidad de resistir". Fue, acaso, atada? No; recibió alguna medicina que le produjera sueño profundo? No; era tan grave su retraso mental -según la pericia con mala asunción al proceso- que no permitía en ella entender el dolor que dijo sentir o comprender qué le ocurría? No se ve cómo, *de lo actuado*, al confrontarlo con los otros datos que he mostrado, se puede llegar a concluir lo último. En fin, que en el caso que se discute, no cabe el trastorno mental. Porque cómo es posible que una persona que realice labores en la casa, que se arregla en la forma como lo señala el médico, que se puede vestir sola, que se expresa en la forma en que lo hace, con desparpajo, sin titubeos, con brillantez y conserva recuerdos de hechos, como aparecen en las diligencias, tenga un retardo tal que le "impiden comprender la naturaleza de la relación sexual y le impiden autodeterminarse en este campo?.

Apreciaciones de la Delegada:

Esta desestima la procedencia de la censura, apoyada en las siguientes anotaciones:

"No procede casar la sentencia, ya que el demandante, adoptó una vía equivocada al atacar la sentencia impugnada por error de derecho respecto de la valoración de la prueba pericial, en vista de que plantea error de derecho frente a la apreciación probatoria que el sentenciador dio a la experticia de Medicina Legal, eventualidad en la que se desatiende la persuasión libre que el Juez tenga de la pericia, o se cae en la confrontación de los criterios personales de valoración, campo este último en donde la apreciación judicial es prevalente, siempre que no rompa la lógica, los principios científicos y las reglas de experiencia social.

"De otra parte y aunque -como lo destaca la demanda- podría deducirse de algunos apartes o frases de la providencia impugnada que el Tribunal le reconoció único valor probatorio al segundo dictamen pericial demostrativo del trastorno mental (retardo mental moderado) que le impedía a Norma Constanza comprender cabalmente la naturaleza de la relación sexual, y autodeterminarse en éste campo para el momento en que fuera accedida, el examen prolijo de la sentencia conduce a desechar tal interpretación.

"No fue la valoración solitaria del experticio prenombrado, el soporte exclusivo de su determinación. También tuvo en cuenta el concepto del médico tratante (Dr. Larrota García), la prueba testimonial fortalecida por las conclusiones de los peritos, y aspectos de carácter indiciario, sumado todo lo cual le llevó a concluir que se encontraba demostrado el hecho imputado y la responsabilidad del sentenciado.

"Ahora, y en gracia de discusión, el ordenar un nuevo experticio médico siquiatra, en vez de la ampliación del mismo pedido por el apoderado de la parte civil, en concepto de esta Delegada no constituye un falso juicio de legalidad en la deducción de este nuevo experticio, por cuanto resulta un peritaje efectuado por un experto oficial, cuya misión es la de servir de auxiliar a la administración de justicia penal en casos como este, respecto del cual la defensa tuvo la oportunidad de efectuar los actos de control y controversia de la prueba, como que propuso la objeción del mismo que fue fallada de manera adversa a su pretensión procesal. Más aún, de los aspectos criticados por el recurrente, valga la pena decir que el Juez sí aplicó la modificación del art. 144 respecto del incidente de objeción al dictamen, como dice expresamente la providencia que falló dicho incidente, solo, que como no pidio pruebas el abogado de la defensa, y el Juez no consideró que debian practicarse de oficio, pasó directamente a dictar el fallo incidental como lo permite la ley. De manera que parte de la censura del casacionista se debe a su propia inactividad procesal, como que no solicitó pruebas para el incidente de objeción. Más aún, el dictamen nuevo ofreció mejor oportunidad de controversia de la prueba y de discusión del tema al abogado de la defensa, como se vio de su objeción, por lo que no se advierte que se hubieren vulnerado la garantía del procesado, ni del debido proceso. Cuando el incidente resulta fundado, se ordena otro peritaje, que en últimas fue lo que vino a suceder en este caso.

"En opinión de la Delegada, quien mayor interés tenía en que el dictamen fuera ampliado era la parte civil, y no la defensa que ahora quiere tomar ese tema del trámite de un incidente de objeción en cambio de la ampliación del peritaje como propio para solicitar la casación del fallo. Sin embargo lo que aquí se ve es simplemente un aspecto puramente formal de la actuación -el que no se tramitó una ampliación que interesaba a la parte civil y no la defensa- que sirve de apoyo para solicitar la casación en un proceso en que la pericia fue rendida por expertos oficiales, en la

forma más adecuada, y con toda la posibilidad para la defensa de controvertirlo y objetarlo como en efecto ocurrió. No parece procedente la pretensión del demandante".

Consideraciones de la Sala:

1.- Para el casacionista la pericia médico-forense emitida por la Sección de Psiquiatría del Instituto de Medicina legal de Santafé de Bogotá, fue la prueba definitiva para producir un fallo como el que él ataca. Como se aportó contrariando todas las normas procedimentales pertinentes, ello equivale a un error de derecho por falso juicio de legalidad, pues se ha otorgado mérito a prueba que no debía ser considerada. En este punto la Sala tiene que entender como bien escogido el medio de censura, contrario a lo que piensa la Delegada.

Pero, la cuestión ha debido quedarse en este plano, ya que de resultar triunfante la demostración ofrecida por el recurrente, era innecesario tratar de adicionar reflexiones para desvirtuar, por más de un motivo (se tomaron medios de estudio inaceptables, faltaron elementos de diagnóstico necesarios, etc.), tal pericia. Tratar de replicar a su contenido de verdad y acierto comporta darle validez, pues solo sobre esta base es factible una controversia respecto de su eficacia. Esta, a no dudarlo, es una posición contradictoria del impugnador, pues a éste, en punto tal, le bastaba con demostrar que la prueba había sido allegada en contradicción a las normas procedimentales pertinentes, o sea, su ilegalidad, para obtener su desestimación. Cuestión bien diferente es, satisfecho este cometido, que pasase a estudiar otros distintos aspectos que permitían determinar a la ofendida como persona ajena a un trastorno mental que le impidiera conocer la índole de las relaciones sexuales realizadas y la asunción de las mismas con relevante voluntad, aspectos estos últimos que permitían desvirtuar la figura delictiva predicada como comportamiento del procesado.

La Sala, entonces, no se detendrá a considerar el mérito de la pericia en sí, puésto que lo cuestionado es que fue introducida al proceso con una tan esencial violación de los preceptos legales que no es dable estimarla para ningún fin.

El casacionista, en la interpretación del artículo 276 del C. de P. P., le fija un sentido del cual carece. En efecto, la aclaración, complementación o ampliación de un dictamen, no impone como conclusión del mismo, el

forma obligada, la designación de un nuevo perito. El dictamen inicial, con la adición solicitada o decretada de oficio, se muestra como fenómeno unitario y el juez puede hacer de la pericia así integrada, la interpretación que crea más pertinente, posibilidad que también cuenta para las partes intervinientes. Esta es la institución que consagra el citado artículo, bien distinta de la que conforma el artículo 277, el cual prevé la promoción de un incidente que, de resultar acorde con la pretensión del objetante, dará lugar a la designación de un nuevo perito.

Respecto de la prueba pericial la ley ha sido estricta en sistematizar el fenómeno de la objeción, no así por lo que toca a las otras eventualidades. De ahí que, en estas últimas, se marque cierta discrecionalidad, en el juez, en cuanto a esta prueba, y no limite ni el número de los peritos participantes en su ejecución, ni el número de las peritaciones. Las necesidades y disponibilidades señalarán derroteros sobre el particular. Dentro de este disciplinamiento, lo normal y corriente es que se acuda, en un principio, a los peritos de más expedita consulta (arts. 267 y 332 C.P.P.) y que sean los seleccionados los que también, en forma usual, atiendan los aspectos de ampliación, aclaración y complemento. Pero nada impide que escogido un experto, por fuera de los que integran el Instituto de Medicina Legal, se procure la intervención de éstos o que también actúen después de haber participado uno de los del cuerpo técnico de la policía judicial, ya para realizar un estudio ex-novo, ya para evaluar o revaluar el que se ha rendido y sobre el cual, por petición de parte o gestión de oficio, se perciban oscuridades, imperfecciones, confusión, fragmentación, etc.. El juez, con prudente juicio, tomará la determinación más conveniente. Y otro tanto cabe decir, en situación similar, a la intervención del Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá, así haya intervenido una de sus seccionales. Es cuestión de distribución del trabajo científico, de las disponibilidades y del criterio de necesidad que en un momento dado advierta el funcionario.

En el caso *sub-júdice*, lo normal hubiera sido permitir que el perito Vega Restrepo (Seccional Tolima) respondiera a una solicitud de las previstas en el art. 276 del C. de P.P.. Pero el juzgado, estimó más conveniente, por darse un departamento de especialización de psiquiatría, requerir la colaboración y asistencia de la oficina central de este Instituto. El propio Tribunal, al pronunciarse sobre el punto, anotó ante la situación creada sobre el estado mental de la ofendida, un estado de perplejidad "que solo podía ser clarificada por los expertos de la máxima autoridad en medicina legal del país, o sea, por la Sección de Psiquiatría Forense

del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, por lo que no fue descabellada la determinación de enviar a los Especialistas de dicha entidad a la ofendida Norma Constanza Díaz Betancourt, a fin de que conceptuare sobre su estado mental, por cuanto si la ampliación hubiera sido verificada por el mismo autor del informe que provocó la petición de la parte civil, no habría conducido a criterio diferente, por lo que se imponía la intervención de un especializado que con mayores conocimientos científicos diera mejores posibilidades de acierto y así lograr impartir una justicia que inspire absoluta confianza y seguridad en decisiones tan trascendentales como es la de la adecuada acomodación jurídica de una conducta al tipo efectivamente realizado".

El Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá, pudo rehuir este llamado y determinar que el primer perito terminara su labor. Pero si encontró razonable la pretensión del Instructor, por la razón indicada, y despachó el encargo, no puede tacharse la actuación como procedimiento indebido ni menos invocar el desconocimiento de una prohibición sustancial inexistente. El D. 0055/87, art. 2, numerales 4 y 5, autoriza esta interpretación. O sea que, aspectos reguladores de la forma como debe prestarse el trabajo de asesoramiento del Instituto de Medicina Legal, no pueden entenderse como rígidos y absolutos señalamientos de instancias, las cuales, con todo rigor y so pena de nulidad, deban observarse. En parte alguna de nuestros ordenamientos se hace una tajante delimitación en el sentido de que primero deba intervenir una seccional departamental, y agotarse ante ella todo trámite u oportunidad, para luego permitirse la intervención del organismo central del Instituto de Medicina legal. Y si ésto es así, no hay motivo razonable para entender que se ha infringido un precepto de incuestionable y fundamental acatamiento. A lo sumo la situación podía tomarse como mera irregularidad, sin alcanzar este trámite defectuoso las características de un imperdonable factor de nulidad.

Algo más: el juez de la primera instancia o el Tribunal, pudieron, en su amplia discrecionalidad, aceptar las conclusiones del experticio rendido por el psiquiatra doctor Néstor Remolina Afanador -fls. 61- o acatar, más bien las del médico forense general, doctor Tito Vega Restrepo -fls. 109- o desechar ambas y asumir una distinta interpretación. No se estaba, en este punto, más que propiciando la aparición de mejores y más completos elementos de información del criterio penal y ésto no puede originar jamás, sobre la supuesta idea de formalismos a los cuales la ley no les ha otorgado esta categorización ni menos las de ser solemnidades ad substatiam actus, una declaratoria de inexistencia o de anulación.

Lo que se advierte, en todo ésto, es la satisfacción en mayor grado de garantías de juzgamiento, procurándose el esclarecimiento de puntos de compleja evaluación. Y a esfuerzo tal no puede responderse con una nota de prohibición o de considerar la prueba como indebidamente llevada al proceso.

El control de la múltiple prueba pericial de autos, bien puede decirse que colmó todas sus posibilidades. En efecto, por auto de venticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta, se llevó a conocimiento oportuno de las partes, las aportaciones de esta naturaleza -fls. 147- y luego se tuvo también ocasión de conocer y controvertir la pericia rendida por la oficina central de Santafé de Bogotá, del Instituto de Medicina Legal, tanto que se resolvió, específicamente, el aspecto de la nulidad que ahora en sede de casación se invoca como violación indirecta de la ley sustancial -fls. 286 y 311- cuaderno -del juzgado y luego se trameló y definió la objeción formulada a la cuestionada pericia -fls. 13 y ss. y 41 y ss. así como la renovación de una nueva pretensión anulatoria fls. 103 y ss. y 124 y ss. del cuaderno del Tribunal-. Además, el defensor tuvo ocasión, valiéndose de importantes conceptos rendidos por el Jefe del Departamento de Neurología de la Fundación Instituto Neurológico de Colombia y la dependencia de Psiquiatría de la Universidad del Valle, Facultad de Salud -fls. 139 y 140 *idem*-, de introducir otros elementos de juicio para cuestionar la mencionada pericia.

No quiere la Sala dejar por fuera un breve comentario a la crítica formulada a algunos de los documentos enviados a la oficina central del Instituto de Medicina Legal, especialmente los señalados bajos los folios 182, 183 y 184, de los que se dice carecen de la debida autenticidad. Esta observacion resulta inocua por más de un motivo, a saber: a).- porque no fueron los únicos elementos de evaluación tenidos en cuenta; b). porque anteriormente también, exhibiendo el mismo supuesto defecto, fueron conocidos y valorados por la Seccional Tolima del Instituto de Medicina Legal -fls. 109 a 112-; c).- porque aportados al expediente y conocidos por todas las partes, nunca se controvirtió ni su contenido ni su origen y todas éstas, por la actitud crítica de autos, los tuvieron como una realidad procesal. Estas condiciones permiten afirmar que tanto los peritos intervinientes como los juzgadores, estaban autorizados para considerarlos como factores de estudio. Además, las características de la personalidad o del estado mental del procesado o del ofendido, no pueden limitarse de manera cerrada y estricta a documentaciones expedidas con todos los requisitos que la legislación civil prescribe para temas de esta

específica naturaleza civil, pues la orientación del Código de Procedimiento Penal, al respecto, es de una benéfica amplitud. El Juez, claro está, procurará certidumbre sobre estos elementos, pero no llegándose a originar una duda fundada sobre su autenticidad (contenido y firma), o demostrada ésta por más de una de las circunstancias que logra establecer la averiguación, no puede desaprovecharse esa información y es necesario otorgarle legitimidad y validez.

Limitada la censura al tema, como ya lo señaló la Sala, no tiene este porqué entrar en valoraciones sobre el mérito de la prueba que se tuvo en cuenta para fundar un fallo como el impugnado.

La censura no procede.

Conviene recordar al Juez 6o. Penal de Circuito de Ibagué, dado que la condena de ejecución condicional sólo afectó lo relacionado con la pena privativa de la libertad y no se extendió a las accesorias, en especial a la prohibición del ejercicio de la profesión, la obligación en que está de dar cumplimiento a lo ordenado en su fallo de 17 de octubre de 1990, en el numeral 4o. de su parte resolutiva: "Una vez en firme esta decisión, ofíciese al Ministerio de Salud y al Tribunal de Ética Médica con sede en Bogotá, para efectos de la suspensión del ejercicio de la profesión de la medicina en razón al fallo proferido", confirmado integralmente por el Tribunal.

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

Resuelve:

No Casar la sentencia recurrida, ya indicada, en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas. (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica. Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Tratamiento penitenciario / REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación imperiosa

El juicio que realiza el fallador para establecer la procedencia del subrogado, depende de la serie de exigencias que integran el factor subjetivo, pero en vigencia de la nueva Constitución Nacional, revocar el beneficio implica hacer más gravosa la situación del procesado.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 061. Casación No. 6178

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en sentencia de abril primero de mil novecientos noventa y uno impuso a *Gustavo Cárdenas Granados*, por el delito de Acceso carnal violento treinta y dos (32) meses de prisión, modificando la pena que le había impuesto el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la localidad de Facatativá (Cundinamarca), revocando el subrogado de la condena de ejecución condicional que se le había otorgado y absolviendo al procesado de la Tentativa de acceso carnal violento en *Blanca Lilia Romero*.

Inconforme con el pronunciamiento, el defensor del sentenciado interpuso el recurso extraordinario de casación.

Hechos:

De ellos realiza una acertada síntesis la Delegada cuando afirma "...En la primera hora de la madrugada del 14 de abril de 1989, llegó al

hotel 'San Marino' de Villeta el Teniente de la Policía Nacional, Comandante de la Escuadra de Reacción del Distrito Sexto, *Gustavo Cárdenas Granados*, y aparentando que pretendía alquilar una habitación, logró que la empleada de turno que a su vez era la administradora, Ana Cecilia Bustos Santos, le franquearan la entrada, y una vez adentro esgrimió un revólver apuntándole y advirtiéndole que se trataba de un secuestro, por lo que la mujer comenzó a llorar en voz alta, despertando así a su compañera de trabajo y de habitación Blanca Lilia Romero, quien se acercó a ver lo que sucedía, siendo entonces ambas, bajo amenaza de arma, conducidas al cuarto que ocupaban, en donde pretendió el policial acceder a la última mientras con el revólver las amedrentaba, y al no lograrlo, se apoderó de la administradora y en presencia de su compañera la accedió y luego salió del hotel tras advertirles que si avisaban a la Policía las mataría...".

"De estos hechos dio cuenta la accedida, quien precisó la identidad del acusado por conocerlo como policía de la localidad y por haberlo atendido unas noches antes, cuando llegó al mismo hotel acompañado de una mujer a hospedarse...".

Actuación procesal:

1. Concluida la instrucción, se procedió a calificar el mérito probatorio del sumario por el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal radicado en la población de Villeta (Cundinamarca), el que en providencia de septiembre seis de mil novecientos ochenta y nueve profiere resolución de acusación contra *Gustavo Cárdenas Granados*, por los delitos de Acceso carnal violento consumado y tentado respecto de la ciudadana Blanca Lilia Romero.

2. En provicencia de septiembre veintiocho de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Ochenta de Instrucción Criminal repone su providencia calificatoria para no tener en cuenta la circunstancia de agravación que había deducido a la tentativa de acceso carnal violento y concede la apelación oportunamente interpuesta contra la resolución de acusación.

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante providencia de noviembre veintinueve de mil novecientos ochenta y nueve, confirmó la decisión del señor Juez de Instrucción Criminal.

4. Ritrado el juicio se dictó sentencia de condena, en la que se impuso al procesado la pena de treinta y seis (36) meses de prisión por el concurso de delitos referido en el auto calificatorio, concediéndosele el subrogado de la condena de ejecución condicional.

5. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, al desatar la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado, la revocó en lo relativo a la tentativa de acceso carnal violento, para absolver al procesado; revocó el subrogado otorgado y confirmó la condena impuesta con modificación de la pena principal, en el sentido de determinar que sería de treinta y dos meses y no los treinta y seis meses impuestos por el Juzgado del conocimiento.

La Demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 68 del Código Penal, se formula un cargo único a la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

El cargo consiste, según el accionante, en que el Tribunal desatendiendo una circunstancia básica recogida en la sentencia de primer grado, cual es la buena conducta anterior del procesado, sin deducir ninguna circunstancia genérica de agravación punitiva y considerar que no existía concurso de hechos punibles, además de haber rebajado la pena, revocó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Es evidente, sostiene, que la '...desatención de la buena conducta anterior del procesado...' lleva al juzgador de segundo grado a interpretar erróneamente el artículo 68 del Código Penal, dándosele un sentido o alcance que no tiene, pues de haber sido tenida en cuenta la circunstancia básica al momento de decidirse sobre la condena de ejecución condicional, se habría otorgado. Apoya el actor sus argumentos con decisiones de esta Corporación, donde se ha sostenido que el reconocimiento del subrogado penal depende de las pruebas obrantes en el proceso, en torno a personalidad y antecedentes del procesado y que por lo tanto no es '...decisión discrecional del juez...', sujeta a su 'mero subjetivismo, intuición o favoritismo'.

Solicita a la Corporación se case la sentencia para conceder al señor Gustavo Cárdenas Granados el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Consideraciones de la Delegada:

Opina el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que la demanda no está llamada a tener éxito 'por carencia de fundamento'. No existió interpretación errada del artículo 68 del Código Penal por cuanto el requisito de personalidad del procesado, el Tribunal, efectivamente, lo abonó en el fallo como 'elemento de favor en la dosificación de la sanción'. Cierto es que no fue considerada en relación con la revocatoria del subrogado penal de la condena de ejecución condicional ya que la misma se basó en la naturaleza y modalidades del hecho delictivo, 'fuerza es concluir que no hubo mala interpretación del factor conductual, ni por ende del artículo 68 del C.P. (...) la censura carece de causa por aplicación prevalente de los otros factores'.

"Si se hubiese ocupado el Tribunal de otorgar algún significado a la disposición legal en referencia sobre el aspecto subjetivo del condenado, apartándose de su sentido o de su alcance, bien hubiera podido aducirse la infracción de que habla la censura; pero esta hipótesis perdió todo su piso al proferirse como pilares de la revocación del sustituto, los hechos ciertamente graves que enseña el proceso, de la naturaleza y modalidades del delito, que por lo demás, tampoco habrían podido ser anulados o ignorados frente a una personalidad no proclive al delito...".

Consideraciones de la Corte:

Tanto jurisprudencia como doctrina han considerado que el subrogado de la condena de ejecución condicional, no es una 'gracia' o 'beneficio' que dependa enteramente de la subjetividad o la benevolencia del Juez, es un derecho y por ello mismo su desconocimiento puede ser aducido en sede de casación como agravio a la legalidad que lo consagra.

Se afirma por el actor la violación directa de la ley sustancial, específicamente del artículo 68 del Estatuto Penal, por cuanto se estima que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca al momento de considerar en su sentencia la procedencia del sustituto de la condena de ejecución condicional, al interpretar erradamente la norma, negó el subrogado. Es decir, que la dio al precepto mencionado un 'sentido o alcance que no tiene', para determinar su improcedencia en la situación juzgada. Se realiza una interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal por cuanto el Tribunal desatendiendo una circunstancia reconocida por el juzgador de primera instancia, cual es 'la buena conducta anterior

del procesado'. Si tal circunstancia hubiera sido considerada por el juzgador de segundo grado, habría concluido en que el procesado no requería de tratamiento penitenciario y, en consecuencia, era procedente el otorgamiento del subrogado.

De acuerdo con la preceptiva del artículo 68 del Código Penal, podrá suspenderse la ejecución de la condena cuando la pena, tratándose de prisión no exceda de tres años y además cuando "su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al Juez suponer que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario...".

El juicio de suposición que realiza el fallador para determinar si es o no procedente el tratamiento penitenciario, base necesaria para establecer la procedencia del subrogado, depende de la serie de factores que integran lo que se ha convenido en denominar 'el factor subjetivo' del artículo 68 del C.P., que está integrado por la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible realizado. Obsérvese cómo la ley concede al fallador amplia facultad para examinar las circunstancias del hecho delictivo y la personalidad del procesado a efecto de determinar si ante el delito que se juzga es procedente o no el otorgamiento del sustituto penal, el que sólo podrá negarse cuando se llegue a la conclusión razonada y fundada de que debe inaplicarse en atención a la gravedad y modalidades del hecho o en virtud de la personalidad que ostenta el procesado de acuerdo con las pruebas existentes en el proceso.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, como atinadamente concluye la Delegada, no ha existido violación de la ley sustancial, puesto que el sentenciador de segunda instancia no ha hecho una interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal, en virtud a que no se le ha dado 'un sentido o alcance que no tiene'. No ha existido '...la desatención de la buena conducta anterior' del procesado que aparece demostrada en el proceso, pues esa concreta circunstancia fue tomada como fundamento para que en la graduación de la pena se partiera del mínimo señalado en la norma tipificada por el procesado. Es por esto que el Tribunal dijo en su sentencia '...teniendo en cuenta la buena conducta anterior del procesado, se parte del mínimo sancionatorio consagrado por el tipo básico...'.

Ahora bien: la conducta anterior del procesado, es uno de los tantos factores que permiten integrar el concepto de personalidad de éste y no

porque exista una buena conducta anterior o posterior al delito o se disminuye la pena porque se absuelva al procesado de una imputación, debe necesariamente concedérsele el subrogado de la condena de ejecución condicional. Juzgó el Tribunal que pese a la existencia de la buena conducta del procesado, no era procedente el otorgamiento del sustituto en virtud a la naturaleza y modalidades del hecho delictivo (hechos se juzgan graves), los que le permitieron llegar a la conclusión que el procesado requería tratamiento penitenciario. Mírese cómo el fundamento que tiene en cuenta el Tribunal para proceder a la revocatoria del subrogado concedido por el Juzgado no es 'la desatención de la buena conducta anterior del procesado', la que, por lo demás, en la hipótesis de haber sido desatendida, no originaría una errónea interpretación del artículo 68 del Código Penal.

En consecuencia no prospera el cargo.

Otras Consideraciones:

Ha de tenerse en cuenta que cuando se dictó el fallo de segundo grado (abril 1o. de 1991) tenía plena operancia la reformatio in pejus consagrada en el artículo 538 de la Codificación Procedimental Penal, esto es, podía el Juez de segunda instancia modificar en cualquier sentido el fallo del Juez-Aquo, pudiendo hacer más gravosa la situación del sentenciado bien porque se le incrementara la pena o se le revocara el subrogado de la condena de ejecución condicional. Tomar una tal decisión, era legal y jurídico, además de conveniente, pues resulta criticable la exagerada benignidad con que procedió el juez de primera instancia frente a un cargo que él mismo consideró grave. No obstante lo cuestionable del manejo punitivo, no hay lugar a compulsar copias, pues no se avisora en ello actitud dolosa alguna. Empero, al entrar en vigencia la Constitución Nacional de 1991 que en el artículo 31 introduce sustancial modificación al precepto procedimental, limitando la posibilidad de la *reformatio in pejus* en lo atinente con la pena impuesta, ha de entenderse que revocar el subrogado de la condena de ejecución condicional implica hacer más gravosa la situación punitiva que ostentaba el procesado cuando se produjo el fallo de instancia donde él fue el único recurrente, como pasa a demostrarse:

Dictada la sentencia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca) la apelación tanto el apoderado del procesado como el representante de la Parte Civil. Concretamente este último sujeto procesal, impugnó con la finalidad de que se aumentara la pena y se

revocara el sustituto penal. La Juez, sin advertir que el representante de la acusación privada carecía de interés jurídico para recurrir de un fallo condenatorio, concedió el recurso (folio 547 del cuaderno original del Juzgado) pero, el Tribunal, al desatar la apelación decide que no era procedente el recurso interpuesto por la parte civil, pues carecía de interés jurídico para recurrir, razón por la cual, el procesado deviene como apelante único.

El Tribunal halló que debía revocarse el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y así lo dispuso: "...revocar el numeral segundo de la providencia recurrida (donde se concedía el sustituto penal) y, en su lugar, se hará efectiva la pena impuesta...". Al entrar en vigencia la nueva normatividad constitucional, sobreviene una circunstancia concreta: el fallo de segunda instancia contraría lo dispuesto en la Constitución Nacional y como ésta es norma de normas, impera ajustar el fallo a ella en la oportunidad procesal que se brinda, tal como lo tiene sentado la jurisprudencia (sent. de octubre 22/91 M. P. Dr. Gómez Velásquez). En consecuencia se casará parcialmente el fallo para reconocer el subrogado que fuera concedido por el Juez Penal del Circuito de Facatativá (Cundinamarca), el que procederá con la caución y obligaciones impuestas allí.

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:

Casar parcialmente la sentencia recurrida para reconocer en favor del sentenciado *Gustavo Cárdenas Granados*, el subrogado de la condena de Ejecución Condicional en las condiciones que le fueron otorgadas en la sentencia de primera instancia. En lo demás, queda vigente el fallo de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Fagur Saavedra Rojas, (No firmó); *Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez*, (Con Aclaración de Voto).

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Naturaleza (ACLARACION DE VOTO)

Es un beneficio excepcional que solo en casos extraordinarios y especiales debe otorgarse.

De manera firme y categórica la Sala Penal de la Corte critica y censura la absurda e inconsecuente posición, para decirlo de alguna manera, adoptada por el Juez del conocimiento al conceder, con perfecta indiferencia hacia el hecho consumado, la condena de ejecución condicional a quien no la merece. La protesta es correctísima. En la vida judicial no hay suceso que perturbe tanto como el extravío interpretativo o la elasticidad de los Jueces cuando dejan de aplicar con energía y tono ejemplarizante las previsiones de la ley. No deja uno de sobrecogerse a la desconfianza que inspiran estos actos judiciales. Y es que no logro entender a derechas cómo frente a un comportamiento de aberrante criminalidad, realizado por un Teniente de la Policía Nacional -y, además, en servicio activo- quien sin ningún respeto por su rango, posición y responsabilidades ante la comunidad, viola y deshonra a una indefensa mujer, en presencia de otra que impávida es obligada a vivir la dura escena, obtenga irónicamente de la justicia penal, el reconocimiento del subrogado en cita. No me cansaré de decir que es este un beneficio excepcional que sólo en casos extraordinarios y especiales debe adjudicarse. El derecho a la condena condicional debe tener un sentido positivo. Triste es aceptar que la mayor parte de nuestros Jueces actúan en la materia con una benevolencia rayana en la incomprensión. Lastimosamente lo "edificante" del criterio asumido por el Juez Penal del Circuito de Facatativá se repite con frecuencia en el medio hasta hacerse tópico. Y aún nos preguntamos por qué vamos tan mal...

El desentado de la pluma está más que justificado. Con el reproche de la Corte no se ha dicho poco, mas no se ha dicho todo. La solicitud

de una investigación contra el aludido funcionario pondrá las cosas en su sitio.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez, Magistrado

Fecha, *ut supra*.

DOCUMENTO PUBLICO / FALSEDAD IDEOLOGICA / JUEZ - Intervención

El Juez tiene el deber de dar fe sobre los actos que en su presencia se realizan, si falta a la verdad en esa atestación comete el delito de falsedad ideológica en documento público.

Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 061

Vistos.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán (Cauca) calificó el mérito del sumario adelantado contra la Doctora *Lucy Eneyda Rodríguez Eguizabal,* Ex-juez Promiscuo Municipal del Patía -El Bordo- a quien se le sindico de un delito contra la fe pública, con cesación de procedimiento.

Inconforme el representante del Ministerio Público ante al Corporación, apeló y sustentó en debida forma la impugnación.

Corresponde a la Corte decidir el recurso, una vez agotada la ritualidad de la instancia.

Los Hechos y Actuación Procesal:

El 30 de mayo de 1987 en el Juzgado 1o. Promiscuo Municipal del Bordo -Patía-, a cargo de la Doctora Lucy Eneyda Rodríguez Eguizabal, se elaboraron las declaraciones anticipadas de Oscar Sandoval y Floresmira López según solicitud de Marisol Velasco sobre la paternidad

del señor Néstor Diego Calarza Velásquez de un menor hijo de ésta, quien las presentó como prueba en el proceso civil correspondiente que le instauró en el Juzgado de Menores de Bolívar (Cauca).

Conocedor el demandado de la no presencia en el Juzgado de los testigos mencionados ni ser suyas las firmas que aparecen en las declaraciones, denunció a la actora por falsedad. Remitida la actuación al Tribunal en razón a la competencia foral respecto de la Juez implicada, éste le inició proceso, ordenó algunas pruebas, la oyó en indagatoria, clausuró la investigación y calificó el sumario con cesación de procedimiento por atipicidad de la conducta. El Fiscal 2o. de la Corporación apela dicha determinación.

Pruebas Recepcionadas:

Con la noticia criminis, se allegaron las fotocopias autenticadas de las declaraciones anticipadas rendidas en el Juzgado 1o. Promiscuo Municipal de El Bordo -Patía-, donde era Juez la funcionaria procesada. En ambas se afirma, con verdad oficial, haber concurrido las personas citadas por la memorialista Marisol Velasco, haberlas identificado y enterado personalmente la Juez de los deberes que implica el juramento que les tomó; posteriormente se allegaron los originales de dichos testimonios, donde aparecen las firmas de la Juez procesada y de su secretario; declaraciones de las personas que figuran en los testimonios dubitados las cuales sostienen no haber concurrido al Juzgado ni haberlas rendido, pues las cédulas y firmas que aparecen allí no corresponden a las suyas; certificaciones de las Registradurías del Estado Civil de El Bordo y Cali donde se da cuenta de las cédulas reales de los supuestos declarantes y que las que figuran en los documentos dubitados no pertenecen a esas personas ni a las ciudades indicadas allí, sino a otras donde aún no se han asignado; peritación grafológica de las firmas cuestionadas, con resultado negativo es decir, que no corresponden a Oscar Sandoval y Floresmira López; copias de la actuación en el proceso de investigación de paternidad adelantado en el Juzgado Promiscuo de Menores de Bolívar (Cauca) por la solicitante de las declaraciones anticipadas dubitadas y el uso de éstas allí; se acreditó la calidad de Juez encargada de la procesada y el desempeño del cargo así como la creación en ejercicio de sus funciones de los documentos cuestionados; diversos testimonios sobre los hechos y la indagatoria de la procesada, en donde sostiene ésta no conocer a dichas personas ni saber si fueron o no al Juzgado a rendir las declaraciones, pues esa función la desarrolla cualquiera de los empleados y que

posiblemente fue asaltada en su buena fe ya que ningún Juez está presente cuando se recibe una declaración si ésta no tiene relación con proceso alguno, lo que acaeció aquí, por lo que para ella lo acontecido 'carece de importancia'; en cuanto hace referencia a las cédulas falsas, dice que bien pudo suceder que los testigos al momento de ir al Juzgado, no presentasen la cédula y dieron al empleado que las recepcionó como número el que en las declaraciones aparece.

Alegaciones de las Partes:

Dentro de la oportunidad procesal para alegar en esta instancia, solamente lo hizo el Señor Procurador Primero Delegado quien se muestra partidario de la confirmación del proveído impugnado por atipicidad de la conducta. Su argumento medular es del siguiente tenor:

"Valga la pena distinguir en este evento dos aspectos, para efectos de la tipificación delictual que se pregona. El primero que la declaración testimonial (extraproceso) no constituye un documento como que no es una manifestación de voluntad que pueda servir de prueba, sino una expresión oral de hechos que le constan o sabe el testigo o el declarante. Por ello el aspecto de la declaración sobre paternidad configuraría eventualmente un falso testimonio, o a la vez una suplantación personal reprimible como falsedad personal en el artículo 227 del C.P. eventualmente.

"Constituye en cambio documento la parte del acta en la cual el funcionario aparece atestando la presencia personal, y la identificación de la persona compareciente, respecto de lo cual es un certificador oficial dentro del contexto previo a la declaración correspondiente. En ese preciso aspecto sí puede darse la falsedad ideológica como se ha visto en el caso sometido a estudio de la Sala.

"La redacción típica del artículo 219 del C.P., como corresponde a la modalidad de la falsedad ideológica, consagra estos aspectos resaltantes para la definición del problema, en sentir de la Delegada: "El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad...". Vale la pena insistir, H. Magistrados, en el sentido de lo falso en la figura de falsedad documentaria, pues no es, como suele decirse en la práctica de algunos estrados judiciales, la falsedad referida a un contenido material, real u ontológico el que la define sino la

veracidad formal de la conformación documentaria, de manera que se guarde la verdad que debe recoger el acto documentado. Por ello algún autor decía que el derecho protegido es el de la apariencia externa de los documentos, a fin de preservar la legitimidad y autenticidad en la creación o formación de los medios de prueba (en nuestra codificación). Así, una letra de cambio simulado es decir, inverídica como contenido, pero asentida como documento entre quienes la suscriben para aparentar solvencia frente al Gerente de Banco por ejemplo- será claro que no es una falsedad documental, puesto que como documento prueba ha sido creado para el tráfico jurídico legítimamente por quienes podían hacerlo en las condiciones referidas del ejemplo. Pero es claro que el documento simulado es inverídico, y que falta a la verdad material o real subyacente al escrito cambiario.

"Viene lo anterior a colación para decir, H. Magistrados, que en el caso presente *el Juez no "consignó una falsedad"*, es decir no extendió o afirmó en el escrito una mentira frente a lo que debía documentar, tergiversando la representación o los datos que se ofrecían a su deber de documentación, puesto que se parte del supuesto probado de que en este caso sí se presentaron los declarantes suplantando a terceras personas. De modo que cuando el Juez consigna en el atestado sobre la declaración que se presentó una persona que se identificó con un número de cédula determinado, de lo cual deja registro escrito, está siendo verdadero visto que así ocurrió. Es incontrovertible que al Juzgado se presentaron dos personas físicas, que se identificaron con unos números de cédula (independientemente que se hubieren identificado mal o inadecuadamente), de todo lo cual dejó constancia el Juez. Esa es la verdad por documentar en tal caso, y así se plasmó en el escrito de la declaración. Si, como en el caso, las personas han sido suplantadas por otras, engañando a los empleados del Juzgado, será claro que hasta ese extremo no llega el deber de documentación del funcionario que no está para recoger la verdad ontológica o material (la verdad metafísica), sino la verdad formal que empírica y socialmente puede aprehender. Es decir aun con el engaño afirmado, se dirá que el Juez consignó la verdad que pudo percibir y aprehender, y que ciertamente será la única que puede consignar en el escrito de la declaración. Insiste la Delegada, con reiteración de excusas a la Sala, en que la Juez consignó la verdad que aparentemente tuvo que manejar: dos declarantes que expresaron llamarse de una manera (así se escribió o consignó) y que adujeron números de cédula como identificación lo cual también así se dejó constancia en el escrito. De donde se viene a concluir que no faltó a la verdad que podía aprehender en el plano de la

experiencia, y será evidente que no se puede pedir que supere los límites de lo sensorial para, con facultades que trasciendan la propia experiencia, descubrir una verdad que no le es ofrecida por la realidad empírica de la cual debe dar cuenta en el escrito.

"Es decir, el empleado que recibió las declaraciones cayó en un error derivado de la suplantación comentada, y que ofrecía una apariencia externa, que se reflejó fiel y verídicamente en el escrito que contiene la declaración, por lo que resulta imposible lógico decir que "consignó una falsedad", como dice el tipo legal, lo que lleva a la atipicidad de la conducta pues no se cumple con la existencia descriptiva del artículo 219 del C.P.. Por ello acierta la providencia recurrida cuando afirma que se cesa el procedimiento por atipicidad, solo que en el desenvolvimiento de la argumentación ha acudido a un razonamiento sobre ausencia de dolo y a la comisión de la falsedad ideológica (típica por tanto, con lo que se contradice in se) por culpa, lo que en buena sistemática ha debido llevar a la carencia de culpabilidad. Pero por este camino de la expresión típica en análisis ("consignar una falsedad"), se tiene que aceptar que para que el documentador consigne una falsedad, ello debe estar referido a la verdad que "ve" para documentar, puesto que solo a esta puede acceder el funcionario en condiciones normales de experiencia. Ahora bien, si descubre que la realidad percibida es una simulación o un engaño urdido, es evidente que entonces la vivencia real del empleado será más compleja: pues ya tiene lo simulado y lo que oculta la simulación (lo real) como objetos de conocimiento que deben ser materia de su acto de documentación al extender el documento público que pueda servir de prueba. Pero si sólo percibe una faz de la realidad ontica, lo aparente del engaño, su deber funcional de documentación le exige recoger apenas la verdad que percibe so pena de ahí si "consignar una falsedad".

Consideraciones de la Corte:

No aciertan Tribunal y Delegada en los razonamientos sobre tipicidad del comportamiento investigado, pues es verdad incontrastable que la Juez Rodríguez Iguizabal, en ejercicio de su función, adecuó su actuar al tipo penal descrito en el artículo 219 del C.P., ya que al extender documentos públicos que pueden servir, y efectivamente sirvieron de prueba, consignó una falsedad, en cuanto afirmó haber concurrido a su despacho dos personas que personalmente identificó y juramentó en debida forma para seguidamente rendir ante uno de sus empleados el testimonio anticipado que se les demandaba, todo lo cual resultó inverídico.

Sea lo primero afirmar, como lo ha hecho la Corte en otras ocasiones, el carácter documental que implica la prueba testimonial escrita sea o no anticipada la declaración. En efecto, el Juez a quien la ley faculta para recepcionar el testimonio tiene el deber de certificar sobre los hechos reales ocurridos en su presencia tales como asistencia del testigo, identificación del mismo, amonestación sobre la gravedad del juramento y sobre las consecuencias que genera el faltar a ella, etc. . Es el contenido formal de la diligencia o la atestación que corresponde al Juez 'vale decir, los actos que en su presencia se realizan y de los cuales da fe' (auto noviembre 25/82 M.P. Dr. Aldana Rozo); ésta es la parte documental o acto público de la diligencia, presupuesto indispensable para la valoración del testimonio, en un sistema procesal preponderantemente escrito como el nuestro; faltar a la verdad en esa atestación, es cometer falsedad ideológica en documento público, independientemente de que sea verdadero o no lo afirmado por el testigo como percibido por sus sentidos.

Mas recientemente y en respuesta a la tesis que reafirma el Delegado aquí, sostuvo la Corte en auto de febrero 6 de 1992, M.P. Dr. Torres Fresneda:

"Opuesta a este pensamiento la proposición de atipicidad que para el caso trae el Ministerio Público, resulta inadmisible cuando propone que la tutela del artículo 219 del Código Penal se restrinja dentro del texto de una acta tachada al solo contenido de la versión rendida por el indagado, descontando todo cuanto alude a la actividad de los demás intervinientes en el acto, porque la transcripción que de la diligencia se hace no es medio de prueba que con exclusividad cumpla sus objetivos frente a la responsabilidad del indagado, realizando fines y acreditando hechos que desbordan tan restringido ámbito y que se proyectan hacia aspectos tan relevantes como el de la presencia de un defensor y su posesión, la intervención del juez y del secretario, el lugar, la fecha y la hora de su realización, los pormenores del desarrollo del acto y hasta la hora de su terminación, aspectos que van mucho más allá de saber si hubo o no una confesión y si fue ésta simple o calificada, pues repercuten sobre la existencia misma de la diligencia y su trascendencia procesal, el cumplimiento de las garantías que asisten al procesado y la responsabilidad penal o disciplinaria de los funcionarios por sus acciones y omisiones, aspectos que entre otros, conservan una indiscutible connotación y prueban dentro del tráfico jurídico.

"De ahí que con razón, entonces, se sostenga y ahora se reitere, que:

> "El art. 219 del C. Penal tiende a proteger la veracidad de los documentos públicos a fin de que el funcionario exprese la realidad, bien sea en cuanto a los hechos ocurridos en su presencia, ora respecto a las declaraciones que hayan hecho frente a él los particulares u otros funcionarios públicos, o ya respecto a lo que en ejercicio de sus funciones debe consignar en ellos, a todo lo cual se obliga el vínculo especial de derecho público que lo liga con la administración. "(providencias de julio 2 de 1986 y enero 9 de 1991, Magistrado Ponente Dr. Gustavo Gómez Velásquez)".

La deducción de la Delegada, de no haber la Juez consignado una falsedad porque se limitó a documentar lo realmente ocurrido, parte de una premisa equivocada: que la Juez identificó a dos personas, las enteró de la trascendencia del juramento y de las consecuencias que acarrea el faltar a la verdad bajo esa gravedad, las juramentó y expresaron lo que consta en las declaraciones, cuando es la propia procesada quien ha afirmado en su injurada no tener conocimiento de que esos declarantes hubiesen estado en su despacho. 'Prácticamente yo no me di cuenta que estos dos señores hubieran asistido a mi despacho' (f. 49), son sus palabras, y más adelante, al responder a la pregunta directa de si asiste a ese tipo de diligencias, agregó: "...ningún Juez de la República está presente cuando se recibe una declaración, máxime si ésta no tiene relación con proceso alguno, como en la presente que por no formar ninguna pieza procesal, carece de importancia" (fl. 50 vto.); el propio empleado que mecanografió las declaraciones, a pregunta similar, afirmó: "Generalmente se recepcionan los testigos (sic) sin la presencia de la Juez..." (fl. 94 vto.).

Sin más esfuerzo argumental, significa lo anterior que, la afirmación documental certificada con su firma es inverídica, o dicho de otra manera, que el presupuesto fáctico sobre el que edifica su conclusión la Delegada es inexacto y ello hace necesariamente que lo sea también su deducción de atipicidad plasmada en el concepto referido.

De otra parte -y es conveniente destacarlo, por lo demás , para la Corte no es creíble la suplantación de los testigos que se adujo para tratar de hacer aparecer el hecho como error. En efecto, la propia Marisol Velasco, la solicitante de los testimonios, sostiene, refiriéndose a uno de los testigos:

'...yo no me di cuenta si él declaró o no, pero él ahora me dijo que él no había declarado' (fl. 11 vto.); si a ello se suma la contradicción existente entre su dicho y el del empleado que materialmente elaboró las declaraciones respecto al papel con el número de cédula, pues mientras la Velasco dice haber salido la persona a buscar el número, éste sostiene que cuando llegó a declarar llevaba el número en un papel, hecho, por lo demás, increíble, ya que lo normal es que se sepa de memoria su número de cédula y si no lo recuerda y sale a buscarlo, traiga el documento y no el número en un papel, circunstancia que de haber tenido ocurrencia, hace mayormente sospechosa la conducta de quien así actúa. En igual forma, debe destacarse que una persona de la cultura de la Velasco -campesina que se desempeña como fámula- sea capaz de idearse la suplantación que se le endilga; pareciera, más bien, haber sido aleccionada al respecto pues, al preguntársele qué sabe sobre la falsedad, dijo: "...yo de eso pues si me sindican a mi porque de la falsedad la comentarían en el Juzgado Primero Promiscuo..." (fl. 11); más adelante, cuenta que la visitó el secretario Mondragón donde ella trabaja y fue a preguntarle si ella había visto firmar al testigo, respondiéndole que no, para al final contestar a la pregunta de si sabe quien cometió la falsedad: "pues allí quien recibió las declaraciones fue 'Gato' y él me las entregó a mí firmadas es todo lo que sé" (fl. 13 vto.), debiendo aclararse que 'Gato' es el sobrenombre con que se conoce al empleado del Juzgado que mecanografió las declaraciones, señor José Manuel Albán Ortega quien sostiene, después de sentar la hipótesis del supuesto engaño: "...era un testimonio extraproceso que carecía de importancia para investigación o para el Juzgado, solo era necesaria la firma de la persona" (fl. 93 vto.). En el fondo, pues se está admitiendo que no existió la referida suplantación, sino que fueron allí colocadas las firmas que se requerían, por la poca o ninguna importancia que se le daba a ese tipo de declaraciones por la Juez y sus empleados.

Ahora bien, el hecho de no haber podido la pericia hallar la autoría de esas firmas según los patrones remitidos no significa que por otros medios de prueba no pueda llegarse a ella. Ese comportamiento de la procesada es típico de falsedad ideológica en documento público, porque jurídicamente consignó una falsedad respecto de lo que le correspondía certificar como Juez de la República, sin que la circunstancia de no haber sido ella misma quien mecanografió las declaraciones tenga trascendencia en el juicio de adecuación típica de su conducta, pues sabido de sobra es que la facultad certificadora la tiene el Juez y ella como tal firmó una atestación inverídica. El empleado es un simple instrumento o colaborador del funcionario en el cumplimiento de la función pública a éste asignada,

por lo que le está vedado delegar lo indelegable. Ello no obsta, desde luego, para que como ocurre en la mayoría de los casos respecto de dichos testimonios anticipados que los recepcione el empleado pero con la verificación real y previa a su firma por el Juez, aún cuando lo ideal es que se haga conforme lo señala el procedimiento, es decir, que antes de plasmar en el documento el testimonio se identifique a la persona, se le hagan las prevenciones de ley y solemnemente se le tome el juramento.

Además de típica, la conducta examinada es antijurídica por lesionar el bien legalmente protegido de la fe pública sin que medie justificación alguna de las señaladas en el ordenamiento del Estado.

En efecto, el carácter de documentos públicos les da idoneidad probatoria a los testimonios en ellos contenidos así este medio sea de los denominados en la ley 'prueba anticipada' que requiere de ratificación en el proceso donde se hace valer, si es prueba sumaria, esto es, si se recepcionó sin posibilidad de ser controvertida por la contraparte (arts. 183 y 229 C.P. C.).

En el caso *sub-examine* ambos testimonios fueron aportados como prueba sumaria y como tal cumplió su cometido, pues con ellos se inició una acción de reconocimiento de paternidad, afectando por consiguiente, además de la fe pública, un interés particular, independientemente de la suerte que éste pudiese correr en el proceso.

En cuanto al dolo, forma única posible de culpabilidad aquí, en los términos del artículo 36 del C.P., ha de decirse que es el desarrollo de una conducta típica y antijurídica con conocimiento y voluntad (dolo determinado o de propósito), o cuando se acepta la probabilidad de un resultado que en principio no se desea, pero cuya producción se consiente, corriéndose el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto querido (dolo eventual o de previsión).

El Tribunal discurrió sobre este tópico para descartar que la Juez acusada hubiera obrado con el debido conocimiento de la antijuridicidad de lo que hacía, criterio que prohija la Corte, pues realmente no existe prueba de que la Juez conociera la falsedad de las actas donde daba fe de haber recepcionado los testimonios, pero ello no significa que no estuviera en condiciones de proveer fundadamente que al patrocinar "la criticable costumbre de recepcionar las declaraciones a espaldas de la titular", pudiese incurrir en alguna falsedad como efectivamente ocurrió. Esa probabilidad era cierta, pues al estar tan recientemente posesionada no

tenía el conocimiento necesario de los empleados como para confiar en ellos ciegamente sin que sea, desde luego, explicable y menos excusable el desinterés o "poca importancia" que prestó a la función encomendada. Ello no es una negligencia o simple culpa, como la califica el Tribunal, sino un claro querer eventualmente consignar la falsedad probable, pues como dicen los autores con Maggiore a la cabeza, que un tal evento "significa siempre querer, ya que el querer existe o no existe; y no puede faltar sólo por asumir en ciertos casos formas menos intensas. Prever un resultado como posible y ocasionarlo equivale a quererlo" (Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal* V. I. p.589 cit. por Reyes Echandía, Alfonso, *La Culpabilidad* 1977, pág. 77).

La Juez irresponsablemente lo que en verdad quería era firmar cuanta declaración extraproceso le pasaran, aún cuando era perfectamente probable que en alguna de ellas se faltase a la verdad, pero corrió el riesgo porque esas declaraciones nunca las recibía un Juez, puesto que no tenía importancia en proceso alguno del Juzgado, como lo afirmó en la injurada. Esta reflexión inexacta y reprochable la condujo a dejar de verificar lo indispensablemente verificable: la identidad de quienes declaraban para prevenirlos sobre la gravedad del juramento y solemnemente recepcionarles éste. No obstante esta omisión grave, no tuvo escrúpulo alguno en afirmar falsamente haberlo hecho. Esto no puede ser jamás conducta culposa y menos aún atípica. Sostener, como lo hace el Tribunal, que actuó la Juez culposamente por inexperiencia es sencillamente dar patente de corso para que todo abogado que asuma por primera vez el cargo de Juez, pueda faltar a sus deberes impunemente. Cuando no se tiene la suficiente experiencia es cuando mayor atención y cuidado se requieren para evitar ser fácil instrumento de inescrupulosos empleados. Además, su condición de abogado le permitía saber que las pruebas las recepciona siempre el Juez directamente o a través de comisionado; es una noción elemental que se enseña en la universidad.

De otra parte, la cita jurisprudencial que se hace de la providencia de diciembre 14 de 1982 con ponencia del Doctor Reyes Echandía, no es pertinente, puesto que el caso allí considerado fue un claro engaño al funcionario por parte de quien rindió el testimonio, en tanto que en el presente no hubo engaño, sino certificación de un hecho que nunca tuvo ocurrencia, como atrás se vio.

Así las cosas, acreditadas las exigencias del artículo 470 del C. de P.P. para proferir resolución acusatoria contra la Ex-juez Lucy Enoyda Rodríguez por el delito de falsedad ideológica en documento público,

habrá de revocarse la providencia recurrida para en su lugar calificar el sumario en la forma indicada.

Deberá sí decretarse la detención preventiva como medida asegurativa aplicable pero, en consideración a la ausencia de antecedentes y a su buena conducta anterior a los hechos así como a la interpretación que viene haciendo la jurisprudencia sobre el alcance de la prohibición de excarcelar señalada en el artículo 441 del C. de P.P., se le otorgará la excarcelación para lo cual deberá prestar caución ante el Tribunal competente por una suma equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales y compromiso de presentarse cuando sea requerida, avisar cualquier cambio de residencia y las demás exigencias legales, todo dentro del término de 3 días a partir de la notificación.

Por ser procedente, además, sería el caso de compulsar las copias de lo pertinente para reparto de los Jueces competentes a fin de que se investigue la conducta del secretario del Juzgado, del escribiente que elaboró materialmente las actas aquí examinadas y de la memorialista Velasco Mosquera los cuales debieron de ser aquí investigados según el artículo 85 del C. de P.P., más al romperse la conexidad sin que se afecte el derecho de defensa y haberse ordenado ya por el Tribunal las copias, la Corte se limitará a confirmar dicha decisión.

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

Resuelve:

Primero. Revocar la providencia impugnada, excepto lo relacionado con la compulsación de copias referidas en la parte motiva.

Segundo. Proferir resolución acusatoria contra *Lucy Eneyda Rodríguez*, Ex-juez Primera Promiscuo Municipal del Patía -El Bordo- de condiciones civiles y personales conocidas, como autora material del delito de Falsedad ideológica cometido en circunstancias de tiempo, modo y lugar referidos en los considerandos de este proveído.

De este delito trata el C.P. en su Libro 2o., Título VI, Capítulo III.

Tercero. Decretar, por consiguiente, la detención preventiva de *Lucy Eneyda Rodríguez* por el delito de Falsedad por el que se le ha proferido resolución acusatoria.

Cuarto. Otorgarle a dicha procesada la libertad provisional previa caución y suscripción de diligencia referidas en la parte motiva.

Para la notificación del calificatorio y cumplimiento de lo aquí ordenado, se comisiona al Juez 1o. Superior de Popayán, ciudad donde se halla la procesada, por el término indispensable (5 días más el de la distancia)

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Carrillo, Secretario.

POLICIA JUDICIAL - Etapas en que interviene / INDAGACION PRELIMINAR - Diligencias de Policía Judicial

La Policía Judicial goza de cierta autonomía para adelantar, en la etapa preprocesal las diligencias necesarias ante situaciones que de manera objetiva reflejen la ocurrencia de un delito.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 061

Vistos:

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de febrero 14 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a *Oliver Benítez Madroñero* a cinco (5) años de prisión y veinte (20) salarios mínimos mensuales por infracción a la Ley 30 de 1986

Sentenciado y defensor, inconformes con el fallo, oportunamente interpusieron el recurso extraordinario de casación.

Hechos:

Sábese que el día miércoles 13 de junio de 1990 entre las nueve y nueve y treinta minutos de la mañana, se realizaron varios disparos de arma de fuego en la casa de habitación del sentenciado ubicada en la carrera 28A con calle 2a. esquina, barrio Sicomoro de la localidad de Melgar (Tolima), hecho puesto en conocimiento de la policía, la que al

trasladarse a la dirección señalada encuentra a la señora Ruth Nery Núñez quien visiblemente alterada indica que ella había efectuado los disparos; refiere las desaveniencias que venía teniendo con su compañero (el procesado) y ante solicitud de los agentes del orden permite que ingresen a su casa, donde la policía percibe un olor característico de estupefaciente ("basuco"), hallando en un rincón de la sala-dormitorio una bolsa plástica que contenía una sustancia que sería identificada como "...estupefaciente cocaína...", la que arroja un peso neto de 180 gramos. Al inquirir la policía por el estupefaciente, de inmediato la compañera permanente del procesado, revela que es propiedad de él, quien estaba dedicado desde hacia varios meses a la venta de dicha sustancia a diferentes expendedores de Melgar, Flandes, Girardot, Espinal y el Carmen de Apicalá.

Actuación Procesal:

1. Terminada la instrucción, se procedió a calificar el mérito probatorio del sumario mediante providencia de agosto 21 de 1990, donde el Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar cita a audiencia a Oliver Benítez Madroñero, como infractor del Capítulo V (art. 33 inciso primero) de la Ley 30 de 1986.

2. Rituada la etapa del juicio se dicta sentencia condenatoria donde se impone a Benítez Madroñero, la pena principal de cuatro años de prisión y como accesoria (siendo principal) el pago de 10 salarios mínimos mensuales.

3. El Tribunal, en sentencia de febrero 14 de 1991, confirma la decisión del Juzgado del Circuito pero modifica la pena impuesta en primera instancia, en el sentido de imponer al procesado la cantidad de cinco (5) años de prisión y veinte (20) salarios mínimos mensuales (la que impone como accesoria siendo principal).

4. Cabe destacar que el Fiscal del Tribunal en su concepto se muestra partidario de la revocatoria de la sentencia del Juzgado de Instancia, para que en su lugar se absuelva al procesado. Argumento central de su concepto, es que no se acreditan los requisitos demandados por la ley procedimental penal para proferir fallo de condena, pues considera que la declaración de la señora Ruth Nery Núñez, fue aducida al proceso sin el lleno de los requisitos legales y las declaraciones de los oficiales del Ejército y los miembros de la Policía, no son demostrativas de la responsabilidad del procesado.

La Demanda:

El recurrente, con fundamento en la causal primera cuerpo segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, censura la sentencia "...por violación indirecta de la ley, consistente en error de derecho en que incurrió el sentenciador, proveniente de la errada aplicación de las pruebas que incidieron en las conclusiones de la sentencia recurrida...".

Dos son los cargos formulados a la sentencia con amparo en el error de derecho: El primero lo hace consistir el censor en "...habérsele dado todo el valor probatorio a una diligencia aportada irregularmente al proceso omitiendo las formalidades que la ley exige para su aducción...". La declaración rendida por la señora Ruth Nery Cruz (compañera permanente del procesado), ante el Comando del Distrito Octavo de Policía de Melgar el 14 de junio de 1990, no se recibió con las formalidades señaladas en la ley de Procedimiento Penal (art. 334), pues tal autoridad policial, por iniciativa propia y únicamente por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada, puede entre otras diligencias (numeral 6) recibir testimonios ante la gravedad del juramento a quienes hayan presenciado los hechos o aquellos cuya declaración interese al proceso, pero no puede hacerlo respecto a quienes puedan -a la postre- resultar implicados como autores o partícipes.

Argumenta el casacionista que no existían motivos de urgencia para que la policía judicial, por iniciativa propia, recibiera la declaración de la señora Núñez Cruz, pues el Tribunal interpretó en forma eminentemente subjetiva lo por ella manifestado, deduciendo motivos de urgencia por el temor que tuvo la señora a represalias por parte de su marido, lo que la impulsaba a abandonar la ciudad (Melgar) para radicarse en una finca en la localidad del Caquetá. Apoya sus puntos de vista en las razones que manifestara el señor Fiscal del Tribunal de Ibagué cuando en su concepto expresó "...no está acreditada esa urgencia o fuerza mayor que requiere la ley, ya que en tal caso simplemente bastaba con rendir el informe al Juez competente, y de la otra, era de presumir por los funcionarios de iniciativa propia, que hallándose la droga incautada en la casa de habitación de la declarante, pués ella la compartía con el procesado, podía resultar a la postre, en calidad de coautora o partícipe de esa tenencia ilícita, y a estos ...posibles... infractores, es a los cuales se contrae la excepción prevista en la norma para excluirlos de ser oídos en declaración juramentada; y cuya versión, inclusive, escapa a ser recepcionada por los funcionarios que hacen las veces de policía judicial o por

estos mismos, como lo enseña el artículo 344 del código citado, es decir, que la declaración rendida por la Núñez Cruz ante el grupo de Indagación Preliminar, no se le puede dar el valor de probatorio que le amerita el Juzgado, máxime cuando las vertidas por aquella posteriormente y ante el funcionario competente, dejan sin piso la inicial...".

Para el recurrente el Tribunal apreció la prueba ilegalmente aducida al proceso, la que es fundamento de la sentencia condenatoria, incurriendo en error de derecho y consecuencialmente violó "la ley en sus artículos 1, 2, 5, 33, 36, 39 del C.P. y el artículo 247 del C.P.P. norma sustancial-violación que incidio en la errónea aplicación del inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986".

La segunda censura a la sentencia la hace consistir el impugnante en habérselo "dado a la prueba un valor diverso del que la ley le confiere, como lo fue la de considerar como prueba plena de responsabilidad un sin número de declaraciones de ciudadanos que apenas afirmaron tener noticia de las presumibles actividades a que se dedicaba el procesado". Este segundo reparo a la sentencia del Tribunal hace relación a un supuesto falso juicio de convicción por mala valoración de la prueba testimonial en que incurriera el sentenciador de segundo grado referido "...a un sinnúmero de declaraciones de ciudadanos que apenas afirmaron tener noticia de las presumibles actividades a que se dedicaba el procesado...".

El Tribunal -agrega el recurrente- "reseña como declarantes dentro del proceso a los ciudadanos Gustavo Roque Torres, Ana Elba Caitán Rodríguez, Argemira Chaguala, Julio Eduardo Lozano, Luz Marina Lozano, Rosa Elena Sarmiento, Orlando de Jesús Torres, Héctor Lozano Núñez, Nelson Guillermo Torres, Didier Gonzalo Patiño, Aurora Hernández Bautista, Jorge Alberto Méndez, Leonel Pérez e Isaías Salinas, de cuyo contexto se advierte que apenas, si acaso, unos conocen a Benítez Madroñero o son simples conocidos sin ningún nexo de negocios de estupefacientes".

Apoyándose nuevamente en el concepto rendido por el Fiscal del Tribunal de Ibagué, quien dice haber el Juzgado tomado las declaraciones de los oficiales del Ejército y la Policía (agentes Granada y Quiñones) como demostrativas de la responsabilidad penal de Benítez, cuando de la aprehensión conjunta de tales medios de convicción, sólo se infiere que los declarantes mencionados tuvieron fue un simple conocimiento

indirecto de las presuntas actividades delictivas del procesado relacionadas con el expendio de droga, sostiene que tales apreciaciones no pueden constituir sustento de certeza para condenar "...precisamente porque el mismo proceso de adecuación de la conducta, requiere que el comportamiento imputado, se ajuste a la descripción normativa exactamente esto es, que para el caso de la venta o el expendio del alucinógeno, se logre demostrar probatoriamente, que el agente ciertamente intentó o agotó la acción, lo que no ocurre en este caso, máxime cuando la coexistencia entre el 'conservar' y 'vender', por parte del procesado, fallan frente a las versiones de su compañera rendidas ante el funcionario competente, y relativas a que fue ella quien llevó hasta la compartida habitación, la droga incautada; considera que si el Tribunal a los testimonios de los innumerables y citados ciudadanos "...no se les da un valor contrario a lo que expresaron de no haber tenido nunca negocio alguno de estupefacientes con Benítez Madroñero ni a la de los oficiales del Ejército y de la Policía sobre sus dichos de no calificarlos como indicios siendo que jurídicamente se trataron de simples rumores, es decir, de noticias que llegaron a sus oídos de un presunto comercio de estupefacientes por parte de Benítez Madroñero, es lo cierto que por ambos aspectos el fallo necesariamente hubiera sido de carácter absolutorio; los cuales también fueron mal apreciados por el sentenciador en sus alcances demostrativos (...), el sentenciador les dio un valor legal que no corresponde, incurriendo en error de derecho y consecuencialmente violó indirectamente la ley (...), violación que incidio en la errónea aplicación del inciso 1o. del art. 33 de la Ley 30 de 1986...". Solicita el recurrente que se case la sentencia y que el fallo de sustitución que se dicte, se absuelva al procesado.

Respuesta del Procurador Tercero (3o.) Delegado en lo Penal:

Para el Ministerio Público, el primer cargo formulado (único que estudia) a la sentencia, está llamado a prosperar, pues se halla demostrado tanto el falso juicio de legalidad alegado, en cuanto la aducción al proceso del testimonio rendido por la señora *Ruth Nery Núñez Cruz* ante la oficina de Inuagación Preliminar de la Policía en Melgar, como la inexistencia jurídica de la prueba y la imposibilidad de ser apreciada, tratándose de la única que concretaba acusaciones por tráfico de cocaína contra el sentenciado y que en definitiva determinó la condena "...dado que las restantes relativas al mismo punto tomadas dentro del proceso y tenidas por sustentatorias de esa no precisan hechos, sino que se diluyen en comentarios sin estructuración fenoménica y sin alcanzar entidad suficiente para formular juicio de responsabilidad...".

Para la Delegada "...de acuerdo al informe rendido por la Unidad de Indagación Preliminar de la Policía de Melgar, el decomiso de la sustancia estupefaciente ocurrió hacia las nueve y media de la mañana del 13 de junio de 1990 y en forma accidental, porque de lo que se trataba el operativo policial en casa del procesado y su compañera Ruth Nery Núñez, era de buscar el arma de fuego con la que se habían efectuado unos disparos en el lugar y pese a la gravedad que suponía el hallazgo de la droga curiosamente dejada en un rincón de la habitación, destapada expeliendo su característico olor de manera que cualquier persona podía detectarla, no consta en el informe que se hubiera efectuado un cuidadoso registro el inmueble, sino que el cuerpo investigativo se limitó a incautar el paquete y llevárselo, sin capturar a la señora que obviamente por ser quien permanentemente vivía en el apartamento bien podía ser coautora del delito contra la salubridad pública (art. 336-7 C.P.P. (sic).) o sin escucharla inmediatamente en declaración jurada si se consideraba que tal no era su papel en el delito sino el de mero testigo, como lo ameritaba la naturaleza y entidad del hecho descubierto (art. 334-6 C.P.P.)...". Es sólo hasta el día siguiente (14 de junio) cuando la señora se presenta a la oficina de Indagación Preliminar (no se olvide que fue citada) para rendir declaración.

"El resultado del operativo, por lo inesperado, la clase de hecho descubierto, la calidad de la persona acusada, la negativa de la persona a entregar el arma con la que hizo los disparos, eran todas razones de suficiente peso para ameritar la necesidad de inmediata recepción del testimonio de la ciudadana por un cuerpo especializado y de actividad inmediata como lo era el policía que acudio a la residencia, pues el aseguramiento de la prueba no podía quedar, como según lo enseña las actas, a la voluntad de colaboración de los implicados".

Según la Delegada, circunstancias como haber rendido la señora Ruth su declaración después de 24 horas de haberse producido la accidental incautación de la droga; haber concurrido el suboficial acusado al Comando donde es capturado y puesto a disposición de la Brigada; conocer algunos oficiales del Ejército sus actividades delictivas, *desarticulan* el concepto de urgencia del aludido testimonio de la mujer, "quien podía haber declarado ante el Juez Instructor, libre como estaba para el momento en que lo hizo ante la policía, de apremios por esa autoridad, que complaciente la escuchó cuando buenamente quiso presentarse".

"La urgencia implica la necesidad de hacer algo inmediatamente, y la fuerza mayor, el acontecer imposible de evitar y cualquiera de estas

circunstancias ante la imposibilidad de la asunción de la indagación por el juez de instrucción acreditada ésta última por la forma de ocurrencia del hecho materia del proceso autorizaba a la policía a tomar el testimonio de la habitante presente de la casa, inmediatamente; es decir, que dejar transcurrir el lapso de más de 24 horas en hacerlo, ya no implicaba ninguna de esas razones, y era el deber sobreviniente, haber noticiado de las diligencias al Juez para que decidiera lo que estimara conducente, como lo imponía el artículo 335 del Estatuto Procesal, máxime si se tiene presente que de ninguna manera se explicó la tardanza...".

"La condenación pues, se basó en el testimonio rendido por la mujer ante la policía Judicial, una vez que fueron descartadas sus retractaciones por considerarse fantasiosas sus afirmaciones y después de acre recriminación al defensor por haber propiciado la ampliación última en la que se habló del taxista (fls. 279-380 (sic).). Así mismo, como previa condición para fallar en el fondo, el Tribunal descartó las objeciones de la Corporación en solicitud de la revocación de la condena de primer grado (fl. 372)...".

"Inexistente pues, como era la prueba en el campo jurídico, y habiéndose tomado como sostén de la sentencia de condena, dado que frente a ellas las alusiones a posibles actividades ilícitas en el comercio de estupefacientes del procesado no pasaron de ser rumores, llegados a la policía por transferencias que de ellas le había hecho el Ejército sin poder comprobar con su cuerpo especializado B-2 los comentarios que se originaron en la asistencia del suboficial a sitios en donde se expedían alcaloides y donde al parecer tenía una amante que su compañera permanente descubrió y que fue la piedra de toque para su vergonzoso proceder, la apreciación que el sentenciador le hizo y el lugar descollante que la confirió siendo en la realidad única prueba concreta, ciertamente le conforma el error de derecho que amerita la casación del fallo y la absolución del implicado".

Consideraciones de la Corte:

El Instituto orgánico de la Policía Judicial se consagra en el derogado Código de procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971). El título primero del libro segundo dispuso que la Policía Judicial era un cuerpo auxiliar de la rama jurisdiccional del poder público bajo la dirección, coordinación y vigilancia de la Procuraduría General de la Nación, integrado por personal especializado de la Policía Nacional, el Departamento Adminis-

trativo de Seguridad (DAS) y el personal técnico del Instituto de Medicina Legal, dependiente del Ministerio de Justicia. Con la expedición del vigente Estatuto Procesal Penal (decreto 050 de 1987) se consagra el anhelado propósito de que la Policía Judicial funcione autónomamente bajo la dirección de Instrucción Criminal, liberándose de las ingerencias de la Policía Nacional y del Departamento Administrativo de Seguridad, contándose con un cuerpo técnico-científico, eficaz instrumento al servicio del Juez, con miras a una pronta administración de Justicia.

En la normatividad vigente y pese a la consagración expresa de la actuación de la Policía Judicial bajo la dirección del Juez de Instrucción Criminal, se prevén casos en que el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial puede actuar por iniciativa propia (por propia iniciativa, dirá la norma 334 del C. de P.P.). Debe entenderse que esta actuación por iniciativa propia se contrae a la etapa preprocesal de la indagación preliminar. Es en esta fase donde la ley concede a la Policía Judicial independencia y autonomía *relativas*, pues las actuaciones que inician siempre estarán condicionadas a que se hagan ante hechos que desde el punto de vista meramente objetivo puedan ser considerados delictivos; que se actúe por motivos de urgencia o fuerza mayor; que se de aviso de las diligencias al Juez y al Ministerio Público (art. 335 del C. de P.P.) y que la actuación sea exclusivamente para practicar las diligencias taxativamente indicada en el artículo 334 Ibídem, dentro del más estricto cumplimiento de las formalidades señaladas. La ejecución de actuaciones, la práctica de pruebas al margen de algunas de las ritualidades esenciales señaladas en la ley, originará que el medio de convicción practicado no pueda ser valorado probatoriamente como consecuencia, precisamente, de su mala aducción.

Frente al acontecer delictivo, la respuesta pronta que el Estado entrega es, la gran mayoría de casos, la actuación de la Policía Judicial; trátase de los eventos de flagrancia o de aquellos de los cuales la Policía tiene conocimiento por otros medios. Se debe advertir que todo es urgente entratándose de las primeras diligencias investigativas, pues cabe una actuación rápida con miras al aseguramiento de la prueba. Contrariamente a lo sostenido por la Delegada, el concepto de urgencia no está exclusivamente condicionado a la existencia de una temporalidad que implique *instantaneidad*. El vocablo proveniente del *Latín Urgentia*, que tiene el significado de "...urgir, instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio...". "El concepto tiene la connotación de apremiar, correr prisa, rápidamente, apurar, indemorable, inaplazable".

Respecto del primer cargo que se formula a la sentencia, tanto censor como Ministerio Público son de la opinión que está llamado a prosperar, pues se demostró que al recepcionarse el testimonio de la señora Ruth Nery Núñez Cruz, el día 14 de junio de 1990, la Policía Judicial de Melgar (Unidad de Indagación Preliminar) lo adujo al proceso sin el lleno de los requisitos legales, lo que la tornaba inexistente y sin posibilidades de ser valorado por el fallador de segundo grado. Se argumenta que la falta de requisitos radica en que no existían motivos de urgencia para que actuara la Policía Judicial, bastaba con rendir el informe al correspondiente Juez de Instrucción Criminal; que la eventual testigo tenía (o podía llegar a tener) la calidad de procesada (bien como coautora o partícipe). La no urgencia nace de no haberse recepcionado su testimonio el mismo día en que se llevó a cabo la incautación de la cocaína (junio 13 de 1990).

En contraposición a la opinión fiscal y la censura que a la sentencia efectúa el casacionista, la Corte considera que no existe el error de derecho por falso juicio de legalidad que se pregona, por tanto, el cargo no tiene vocación de prosperidad. En efecto:

Es verdad inconcusa que el día trece (13) de junio del año de mil novecientos noventa (1990) entre las nueve y las nueve y media de la mañana, la compañera permanente del procesado Benítez Madroñero, al protagonizar fuerte altercado realiza varios disparos tanto en el interior de la residencia como en las inmediaciones de la misma. Alarmada la comunidad, da aviso a la Policía de lo ocurrido y en pronta reacción acude al lugar de los sucesos una patrulla (Unidad de Indagación Preliminar). En la escena factual, hallan a la señora Ruth Nery Núñez Cruz (compañera de Benítez), quien comunica que es la autora de los disparos y ante requerimiento de los miembros de la Policía, permite que los componentes de la patrulla ingresen al interior de su residencia; su objetivo era hallar el arma con la que se habían efectuado los disparos, pero acontece que encuentran una bolsa plástica en el piso de una de las habitaciones, en cuyo interior existían 180 gramos de sustancia que expelía olor que fue identificado como característico de basuco. Al indagar las razones por las que aparecía la sustancia estupefaciente en la residencia, Ruth Nery suministra convincentes informaciones: la sustancia es propiedad de Oliver (*Daniel*) *Benítez Madroñero*, quien estaba dedicado desde hacía varios meses a las actividades relacionadas con el tráfico de cocaína (basuco) en municipios circunvecinos a Melgar. Ante las circunstancias objetivas que se presentaban la Policía Judicial estima que tal hecho era constitutivo de posible violación a la Ley 30 de 1986 y por iniciativa propia, adelanta

formal indagación preliminar. Dándosele plena credibilidad a las informaciones suministradas, la Policía Judicial en *compañía* de Ruth Nery se traslada, ese mismo día 13 de junio, a la localidad de Girardot con miras a adelantar averiguaciones que se estimaban importantísimas y vitales para la investigación; trataban de establecer la existencia y actividades de los compradores de cocaína que eran aprovisionados por el suboficial del Ejército. Mírese bien, cómo la Policía Judicial, el día del decomiso estuvo ocupada en las averiguaciones hasta las horas de la noche y es, de regreso a Melgar, cuando proceden a recepcionar declaración a quien devenía como el autor de la conducta delictiva.

Ahora bien: al día siguiente (14 de junio) en las horas de la mañana se continúa con la práctica de diligencias: las nueve y treinta (folio 6) con la participación de la representante del Ministerio Público, se lleva a cabo la diligencia de pesaje "...de una sustancia blanca pulverulenta que por sus características y olor es al parecer basuco..." y luego (10:40) se recepciona el testimonio de la ciudadana Ruth Nery Núñez Cruz, quien bajo juramento da a conocer las actividades delictivas a las cuales estaba dedicado el suboficial del Ejército Oliver Benítez Madroñero. Las circunstancias como sucedieron los hechos, lo objetivo de los mismos y la credibilidad otorgada a las informaciones suministradas por Ruth Nery, llevan a la Policía Judicial -lo mismo que a los juzgadores de instancia-, a considerarla más como una testigo que como eventual copartícipe, de ahí que se optara por recibirle declaración. La diligencia de testimonio, entre otras razones, se recepciona porque Ruth Nery comunica a la Policía Judicial sus temores ante posibles represalias por parte de su amante, lo que la obliga a cambiar de residencia.

Los motivos de urgencia a los cuales se refiere la ley de procedimiento penal en su artículo 334 están plenamente acreditados en el presente evento y ellos hacen relación no solo a la recepción del testimonio de Ruth Nery, sino a toda la actuación desarrollada por la Policía Judicial. Era urgente actuar: existía un delito y la posibilidad de descubrir una red de traficantes de basuco, razones que imponían a la Unidad de Indagación Preliminar una actuación pronta; como fue le cumplida. Ya en concreto y haciendo relación a la recepción del testimonio de la señora Ruth Nery Núñez Cruz, los motivos de urgencia están acreditados: la deponente con antelación había manifestado que cambiaría de residencia, se iría a una finca ubicada a dos kilómetros de Albania (Caquetá), donde -al contrario de lo opinado por el agente Fiscal del Tribunal y lo prohijado por el censor-, no existía una dirección exacta, se dificultaba su citación y

se corría el riesgo de perder la posibilidad de recepcionarse el medio de convicción con el que cuenta el proceso.

Cuando en la sentencia el juzgador de segunda instancia asevera que "...mayor urgencia no puede existir y predicarse ante tamaña advertencia (la que hacía Ruth Nery y relacionada con el inmediato cambio de domicilio por temor a las represalias), pudiéndose perder para la investigación una prueba tan valiosa, la Policía Judicial al valorar esa circunstancia con juicioso criterio, resolvió recibir esa declaración...", no está cayendo en un frío subjetivismo para presuponer la existencia de motivos de urgencia, sino que ellos autorizaban y facultaban a la Policía Judicial a recibir el testimonio.

El hecho de no haberse recibido la declaración de Ruth Nery el mismo día en que se realiza la incautación del basuco, el 13 de junio de 1990, no invalida y torna inexistente el recibido al día siguiente pues, como se ha tenido oportunidad de ver, los motivos de urgencia no están dados por la inmediatez en la recepción del testimonio, sino en la actuación de la Policía Judicial. Pretende hacer ver la Delegada que a Ruth Nery se le recepcionó su testimonio cuando "...buenamente quiso presentarse..." al Comando de la Policía, hecho que no es cierto si se mira con detenimiento la actuación procesal, ya que es la misma señora quien manifiesta que la Policía Judicial envió una patrulla a su casa para traerla hasta el Comando. Así pues, cuando el Capitán Edgar Figueroa refiere que "fue llevada hasta el Comando para recepcionársele su declaración", no esta diciendo un hecho que no haya sucedido o que sea contrario a la verdad.

Para la Delegada el concepto de urgencia (que hubiera permitido la actuación válida de la Policía Judicial) se *desarticuló*, por haber rendido la señora Ruth Nery su declaración después de 24 horas de haberse producido la incautación de la droga, término que autorizaba a la Policía Judicial para avanzar en la indagación preliminar, artículo 335 del C. de P.P., y haber sido capturado y puesto a disposición de la Brigada el implicado. Debe recordarse, sin embargo, que para la fecha en que acontecen los hechos se hallaba vigente el Decreto Legislativo 1859 de agosto 18 de 1989 que suspendía el artículo 335 del Estatuto Procesal Penal al establecer para la Policía Judicial un término de siete (7) días hábiles para enviar las diligencias al Juez de Instrucción Criminal, cuando se tratara de asuntos de narcotráfico y de persona capturada; sólo hasta el vencimiento de ese término empezaban a contarse los plazos para la

recepción de la indagatoria luego, debe concluirse que el concepto de urgencia no sufrió ninguna "desarticulación" y la Policía Judicial actuó legalmente, razón por la cual el testimonio rendido por la señora Ruth Nery Núñez Cruz fue aducido con observancia de las formalidades establecidas en el rito procesal y podía ser valorado dentro de la sana crítica. En esta forma fuerza concluir en la no existencia del error de derecho alegado por el casacionista.

El cargo formulado no tiene prosperidad.

Con relación al segundo cargo a la sentencia del Tribunal, enunciado y desarrollado por el literal b) de la demanda, el cual hace alusión a un supuesto error de derecho por falso juicio de convicción en que incurriera el Tribunal al haber dado a unos testimonios un valor diverso del que la ley les confiere, pues se consideró "...como plena de responsabilidad, un sinnúmero de declaraciones de ciudadanos que apenas afirmaron tener noticia de las presuntas actividades a que se dedicaba el procesado...", no está llamado a prosperar. Basta recordar como se ha venido sosteniendo pacíficamente tanto por la jurisprudencia como por la doctrina que al no otorgar la ley un predeterminado valor al testimonio y no haber el fallador aplicado tarifa alguna a éste resulta imposible la alegación del error de derecho por falso juicio de convicción, por indebida valoración de la prueba. Cabe anotar, por lo demás que en el presente evento el recurrente, se limita a contraponer su personal criterio al del juzgador de segundo grado a manera de una alegación de instancia, sin que a la postre pueda lograr imponer su opinión sobre la doble presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo cuando es el resultado de prueba testimonial valorada dentro de los parámetros de la sana crítica, como ocurrió aquí.

La Rebaja de Pena:

Ha de tenerse en cuenta que cuando se dicta la sentencia de segunda instancia (febrero catorce de mil novecientos noventa y uno) tenía plena operancia la *'reformatio in pejus'*, consagrada en el artículo 538 de la Codificación Procedimental Penal, esto es, sin limitación alguna podía el Juez de segunda instancia modificar en cualquier sentido el fallo del Juez *a quo*. Tomar una tal decisión resultaba legal y jurídico, pero al entrar en vigencia la Constitución de 1991 y su artículo 31 introducir sustancial modificación al precepto procedimental citado, limitando la posibilidad de la reformatio in pejus en lo atinente con la pena impuesta ésta no podrá ser agravada por el superior, cuando el condenado sea apelante único.

En el caso presente, el Tribunal al conocer de la apelación de la sentencia del Juez del Circuito, siendo apelante único el recurrente, halló que la pena principal debía agravarse en un (1) año de prisión y diez (10) salarios mínimos mensuales de multa, imponiéndole entonces cinco (5) años de prisión y veinte (20) salarios mínimos. Al entrar en vigencia la nueva normatividad Constitucional, el fallo de segunda instancia contraría lo dispuesto en la Carta y como ésta es norma de normas de imperativo cumplimiento, impera ajustar el fallo a ella en la oportunidad procesal que se brinda.

En caso similar la Corporación, en sentencia mayoritaria del 22 de octubre de 1991 (M. P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) dijo "...Conviene sí advertir que la segunda instancia agravó la pena privativa de la libertad (...) Estas agravaciones, que antes de expedirse la Constitución Nacional de 1991, podían dispensarse, hoy, en virtud del artículo 3? 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 (...)".

"Obvio, resulta entonces, que el fallo no puede sobrevivir integralmente 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 asunto, 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 (...)".

"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 descartara una franca contradicción con la ley vigente al momento del fallo emitido por el Tribunal y, además, por que 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 ésta suele concretarse no se acomodan totalmente a la hipótesis comentada. Lo que se advierte es que, por la naturaleza del recurso impuesto, la Corte está en capacidad de enmendar la sentencia dándose un ajuste de ésta con la nueva preceptiva constitucional, que obliga de manera imperiosa a determinaciones concretas -art. 4 ibidem- inmediatas -art. 85 y que den preferencia al derecho sustancial sobre aspectos formales de segunda entidad (art, 228 *ibídem*), resulta ineludible acomodar el fallo a las nuevas instituciones. Al procesado no puede diferírsele un remedio de perentoria aplicación, anunciándole un remedio como es 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 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:

Casar Parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar condenar al procesado Oliver Benítez Madroñero a la pena principal de cuatro (4) años de prisión y diez (10) salarios mínimos mensuales de multa, que fueron las penas impuestas en la sentencia de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz. (No firmó); *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,* (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia.*

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

ASESORAMIENTO ILEGAL

Se atenta contra la Administración Pública, cuando el funcionario asume comportamientos propios de quien ejerce la profesión de Abogado.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinte de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta número 062

Vistos:

Precluida la indagación preliminar adelantada contra la Procuradora Seccional del Guaviare, Doctora *Alba Esther Tavera López*, por el presunto delito de asesoramiento ilegal, decide la Corte sobre apertura de investigación sumarial.

Los Hechos:

En el Juzgado 6o. de Instrucción Criminal radicado en San José del Guaviare se adelantó el proceso contra Leonel Atuesta por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

En el mes de diciembre de 1990, la Procuradora Comisarial -hoy Seccional- del Guaviare, doctora Alba Esther Tavera López, mediante oficio solicitó informe al Juzgado sobre la existencia y el estado del proceso referido; después de habérsele contestado lo correspondiente, el procesado presenta un escrito en demanda de la cesación de procedimiento con terminología inusual y declara un cuñado del sindicado quien informa que dicho memorial se debió al Consejo dado por la Procuradora Seccional

al detenido un día que lo visitó en el establecimiento carcelario; ampliada la indagatoria, el procesado cuenta que un día recibió la visita de la Procuradora quien le preguntó por su situación y al contársela, le sugirió enviara una solicitud de libertad en forma completa y que él como no sabe de leyes le pidio a su abogado hiciera lo aconsejado por la Procuradora.

Al considerar el juez que se estaba ante un posible delito de asesoramiento ilegal, compulsó las copias del proceso y las remitió al Tribunal de Villavicencio y al Procurador General; el Tribunal las envia a la Corte por competencia.

Pruebas Preliminares:

Acreditada la calidad foral de la funcionaria y el desempeño del cargo para la época de los hechos, se ordenaron varias pruebas preliminares entre las cuales se cuentan: solicitud a la Procuraduría General sobre el resultado de la queja en referencia, exposición a la imputada sobre los hechos y declaración al procesado, teniendo además como prueba las fotocopias autenticadas del proceso respectivo.

En la exposición libre que rindio la funcionaria imputada se observa que la razón por la cual intervino en el proceso penal seguido a Leonel Atuesta fue por queja de la Asociación Nacional de Trabajadores y empleados de Hospitales Seccional del Guaviare, ya que la víctima era un hijo de una enfermera y quería se hiciera justicia en el caso, pues los rumores eran que el procesado sería dejado en libertad; que ella solicitó los informes del caso y en cumplimiento a las instrucciones del Procurador sobre derechos humanos visitó la cárcel donde el sindicado solicitó hablar con ella sobre su caso, limitándose a manifestarle, después de haberlo oído, según el acta respectiva, que el caso era de competencia del juzgado no de la Procuraduría, pero si quería hacerle conocer al juez las inquietudes presentadas a ella, lo hiciera pidiendo una ampliación de indagatoria directamente o por intermedio de su abogado; que quiso visitar el proceso en desarrollo de la queja pero el juez no se lo permitió por lo que informó al Tribunal y le adelantó disciplinario al funcionario, circunstancia que ha generado la malquerencia de éste hacia ella no desperdiciando ocasión para acusarla. Se inspeccionó, a petición suya, el proceso disciplinario donde se constató la queja, el oficio pidiendo informes, la visita frustrada y los demás datos suministrados por la Procuradora.

El sindicato Atuesta corrobora que la visita era la ordinaria que hacía la Procuradora a la cárcel para oír los detenidos y él aprovechó para plantearle el caso, levantándose un acta de lo ocurrido, y al preguntársele por el contenido de ésta, dice que la Procuradora lo que le dijo fue que enviara un escrito completo pidiendo la libertad; la Procuraduría informa que contra dicha funcionaria no hay disciplinario alguno por estos hechos.

Consideraciones de la Corte:

El delito de asesoramiento ilegal a que se refiere el artículo 157 del C.P. es de los denominados de sujeto activo cualificado, pues debe ser cometido por un 'empleado oficial' y consiste en representar, litigar, gestionar o asesorar ilegalmente en asunto judicial, administrativo o policivo.

Es un delito que atenta contra la lealtad debida por el funcionario a la Administración Pública al asumir comportamientos propios de quien ejerce la profesión de abogado, lo que es incompatible con el ejercicio de un empleo público y de manera especial de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, de donde se explica la circunstancia de agravación punitiva señalada en la norma.

Cualquiera de las cuatro circunstancias a que se refieren los verbos rectores para que sea delito debe desarrollarse contra la ley, pues hay circunstancias inherentes a la función misma que su desarrollo no puede ser considerado ilegal, tal el caso del Ministerio Público donde por mandato de la Ley 4/90 debe "velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación siquiátrica, a fin de que los reclusos sean tratados con el respeto debido a su dignidad, no sean sometidos a tratos crueles, degradantes e inhumanos y *tengan oportuna asistencia jurídica*, médica y hospitalaria. Cuando en ejercicio de esa función verifique la violación, promoverá las acciones correspondientes "(Cursivas fuera de texto).

Está demostrado, entonces, que la Procuradora Seccional visitó el establecimiento carcelario no para hablar ni asesorar a detenido alguno, sino para cumplir una función encomendada, la de velar por la defensa de los derechos humanos de los reclusos, para lo cual tenía que visitar el establecimiento carcelario de su jurisdicción y en desarrollo de esa visita escuchó la queja del procesado Atuesta de estar privado de la libertad inocentemente, luego al sugerirle hiciera conocer esa inquietud al juez

por escrito elaborado directamente por él o por su abogado, no lo asesoró sino simplemente procuró que de esa forma tuviese "pronta asistencia jurídica", que es lo permitido por la norma transcrita. El reproche de asesoramiento ilegal carece de fundamento, siendo su conducta atípica en los términos del artículo 352 del C. de P.P. .

Igual razonamiento hay que hacer respecto al hecho de haberle iniciado investigación disciplinaria cuando por queja ciudadana fue a practicar una visita al proceso y pidio informes del mismo, pues lo hizo en desarrollo de la función de vigilancia judicial inherente al cargo de Procuradora.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación sumarial contra la doctora *Alba Esther Tovera López* por los hechos a que se contrajo la presente indagación preliminar.

En firme, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No firmó); *Juan M. Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ACUMULACION - Diferentes procedimientos / NULIDAD - La ruptura de la unidad procesal no siempre la causa.

Sólo constituye nulidad el trámite separado de delitos conexos, cuando se desconoce el derecho de defensa. Podría operar la acumulación aún en procesos ordinarios y sumarios.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafe de Bogotá, D.C., veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta número 61 (19 may./92)

Vistos:

El Juzgado Primero de Orden Público, en sentencia de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa, por los delitos de "homicidio y lesiones personales" en los agentes de la policía Jaime Manuel Duarte y Alvaro Enrique Martínez (forma concursal, art. 26 C.P.), impuso a *José Ricardo Jiménez García, diez (10) años, un (1) mes de prisión* e interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez (10) Años. En la misma decisión se le absolvió en cuanto al "tráfico y fabricación de armas de uso privativo de las fuerzas militares o de policía nacional".

El Tribunal de Orden Público, en fallo de febrero ocho de mil novecientos noventa y uno, confirmó tal pronunciamiento, advirtiendo sí que la absolución, por razón del motivo que se daba para ello, debía mudarse en cesación de procedimiento.

En tiempo oportuno se introdujo el recurso de apelación, admitido en auto de cinco de junio, como también lo fue la demanda correspondiente, en proveído de trece de agosto, ambas fechas de mil novecientos noventa y uno.

Hechos:

Así los sintetiza la Procuraduría 1a. Delegada en lo Penal:

"El señor *José Ricardo Jiménez Carcía* fue capturado el día 26 de abril del año 1988 por miembros de la Policía Nacional cuando luego de una requisa, en el establecimiento denominado "Bar Copelia" ubicado en el Barrio Modelo de la ciudad de Bogotá. El procesado en el momento del operativo policial referido disparó su arma de fuego, pistola calibre 45 en contra de los policiales haciendo impacto en Jaime Manuel Duarte quien a la postre murió a causa de las heridas recibidas con ocasión del disparo. Como quiera que el procesado salió huyendo, en la retirada, antes de ser capturado, hirió con la misma arma a un Agente de la Policía (quien al repeler la agresión lo lesionó igualmente, para luego desarmarlo), siendo capturado finalmente el agresor cerca al lugar donde se desarrollaron los hechos -portando un chaleco antibalas y dos proveedores para la mencionada arma con 7 cartuchos cada uno-... La pistola que se le incautó al procesado carecía de salvo conducto".

La averiguación de estos hechos la asumió el Juzgado 92 de Instrucción Criminal.

Conviene advertir, de una vez, que el Juzgado 17 de Instrucción Criminal, por auto de once de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, ordenó el allanamiento del inmueble "demarcado con el número 86-97 de la calle 74 B de esta ciudad de Bogotá", habitación del procesado, pues se tuvo noticia de la posibilidad de encontrar allí armas y "algunas joyas de las que fueron hurtadas de la joyería de propiedad del señor Belisario Sarmiento Achury, donde resultó muerto el agente de la Policía Nacional Carlos Arturo Cárdenas Gallo".

La diligencia resultó en parte positiva, por el hallazgo de "una sub-ametralladora con la inscripción RPB Industries Inc., cal. 9 mm. #55178 *Safe Fire*, cuatro proveedores curvos, un proveedor color plateado para munición, calibre 45, cuarenta cartuchos calibre 45 con la inscripción auto 45 WW y RP distribuidos así con la inscripción WW 45 auto cinco y 45 auto R.P. treinta y cinco, veintiocho cartuchos calibre 9 mm, marca Indumil".

Actuación Procedimental:

Como ya se anotó, el sumario fue avocado por el Juzgado 92 de Instrucción Criminal, despacho que formuló la correspondiente resolución

acusatoria (agosto 18/88) por los delitos de "homicidio y lesiones personales". Estando en trámite la apelación interpuesta se cursó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá una petición anulatoria. Esta Corporación, en decisión de diciembre 19/88 rechazó la nulidad invocada y confirmó la formulación de cargos.

El Juzgado Quinto Superior, expidió el correspondiente auto de control de legalidad (febrero 7/89) y se continuó el trámite, eliminándose la intervención del jurado (D. 1861/89, arts. 36 y 37), lo cual generó una petición de nulidad de la defensa. El Ministerio Público, solicitó el envío de este expediente al Juzgado Primero de Orden Público, el cual adelantaba un proceso contra *Jiménez Carcás*, por porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares -fls. 222-, accediendo a este pedimento el Juzgado 5o. Superior (octubre 17/89). El Juzgado Primero de Orden Público, insertó -fls. 239- una constancia en la cual informa el pronunciamiento de sentencia condenatoria (*septiembre 26/89*), contra *Jiménez García*, por los decomisos de armas y municiones encontradas en su casa de habitación imponiéndosele como pena privativa de la libertad, *diez (10) años de prisión*. Luego, en auto de noviembre primero, decretó la nulidad de lo actuado en el proceso relacionado con los hechos de abril 26/88, a partir del cierre de investigación y determinó la detención preventiva por los delitos de homicidio, lesiones personales y fabricación y tráfico de armas, esto último, por el porte de la pistola con la cual ultimara a Jaime Mamel Duarte -fls. 251 y ss.-.

Ya en la sentencia de 16 de febrero de 1990, impartió condena por los delitos de homicidio y lesiones personales, y absolvió por el tercer delito, al estimar como conducta única todo lo relacionado con las armas y municiones (hechos de abril 26 y mayo 11/88) reconociendo, a este respecto, el fenómeno de la cosa juzgada. Conviene transcribir el siguiente aparte de su sentencia:

"Obsérvese así que si bien -se repite-, la investigación por la conservación que hacía *Jiménez García* de un armamento en la habitación de su esposa es posterior al suceso en el que resultó activo protagonista, esa conducta de detentación de los objetos decomisados en el allanamiento, tuvo que tener necesariamente un punto de encuentro, es decir, existir un lapso a partir del cual ejercía el encartado posesión tanto de aquellas como de la que empleara para cegar la existencia de Duarte y lesionar a *Martínez Castro* en su integridad corporal.

"El hallazgo que se hizo de la INGRAM, los proveedores y la munición luego de haber sido éste aprehendido, se constituye en presupuestos de hecho corroborante de la afirmación consignada. Permisivo de desechar además el planteamiento de tratarse aquí de dos conductas natural y ontológicamente escindibles.

"Ahora, el que para la tarde del acontecimiento *Jiménez García*, respecto del arsenal incautado durante el allanamiento hubiere desplegado la acción propia del verbo "conservar"; en tanto que con relación a la homicida, resulte pregonable "el porte" dada la traslación que de ella hacía, no por eso se desvanece la unidad natural del comportamiento y menos aún la jurídica.

"Y es que la figura consagrada en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, es de aquellas de *alternativa impropia*, llamadas también "con pluralidad de hipótesis", en las que existe una sola sanción penal, que reúne en sí misma "a varios tipos delictivos engarzados con comas y unido con la partícula o que expresa, según nos dice certeramente MEZGER, diferentes modalidades del tipo todas ellas de igual valor y enumeradas en forma casuística... (Puig Peña, Federico, *Colisión de Normas Penales*).

"De modo pues, en síntesis, con relación al actuar desplegado por *Jiménez García* sobre las referenciadas armas (la homicida y las incautadas en el allanamiento), nos hallamos ante una sola acción contentiva tal vez de varios movimientos corporales, que puede ser en consecuencia penalizada doble y separadamente.

"En este orden de ideas se tiene que, de conformidad con el principio consagrado en el artículo 17 del C. de P.P., no se puede, sin violación al mismo, proferir en contra del acusado por razón de la detentación del arma de marras, sentencia condenatoria por lo que habrá de absolvérsele aquí como quiera que se repite, ese hecho ya fue materia de juzgamiento a través de fallo definitivo, pendiente de cobrar legal ejecutoria".

Ya se dijo lo pertinente a la sentencia de la segunda instancia, la misma que se ha sometido al recurso extraordinario de casación.

La Demanda:

Con apoyo en la causal 3a. del art. 226 del C. de P.P. se formula un único cargo: la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

Fundamentalmente, y con apoyo en las consideraciones que el Juez Primero de Orden Público se permitió hacer sobre la unidad de las dos conductas relacionadas con las armas (abril 26, mayo 11), se afirma la conexidad de los procesos tramitados en forma separada, situación conocida pero que no se atendio en debida forma para procurar oportunamente lo que esta figura busca en cuanto a las penas, o sea, su acumulación jurídica y no material.

No deja de colacionarse, en el análisis, que lo del allanamiento a la casa del procesado solo fue un "mecanismo de venganza", pues primero enviaron allí el armamento y luego realizaron la mencionada diligencia.

También se alude a la posición del fiscal 3o. Superior y del Ministerio Público interviniente ante el Tribunal de Orden Público, recordándose a aquél en su protesta de violación de las formas propias de cada juicio y agregándose reflexiones sobre el principio de favorabilidad e insistiéndose en la pérdida de competencia, por parte de la jurisdicción especial, por la ruptura de la conexidad.

Se manifiesta, asimismo, que la jurisdicción de orden público retuvo el expediente para evitar la acumulación de procesos.

Se diserta, a espacio, sobre las garantías del artículo 26 de la Carta (hoy art. 29), sobre el cual se monta la alegada nulidad.

Y dentro del acápite "concepto de violación", se escribe:

"A través del art. 305 del C. de P.P. las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso: Para nadie es un secreto que cuando el proceso llegó de la *Ordinaria* por *Homicidio* y *Lesiones*... al recinto de la jurisdicción de Orden Público... el proceso por porte ilegal de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares (*subametralladora*) estaba vivo: es decir: en pleno desarrollo: Por eso se aceptó el envío del proceso efectuado por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá a dicha jurisdicción Especializada "Recibido el proceso de *Homicidio* y de *Lesiones Personales*, el expediente de la famosa *subametralladora*, debía *suspenderse*. Pero como contra *Jiménez García* estaba el Servicio de Inteligencia Colombiana, no se pudo obtener la mencionada *suspensión*: se prosiguió el proceso a sabiendas de que con anterioridad se había sustentado el fenómeno de la *conexidad*... diciendo que se trataba de uno sola dirección de conducta o una comportamiento... aunque dividida en diversos actos de ejecución".

A través del art. 305 del C. de P.P. ...propongo la *nulidad* por falta de competencia: Si como lo pregona el Fiscal del *Tribunal de Orden Público*... el proceso de la *subametralladora* ya estaba fallado, la mencionada *nulidad* o mejor: su declaratoria, no debe hacerse esperar más de la cuenta: Estaríamos frente a un asalto de *competencias* o guerrero de expedientes en detrimento del detenido que como ya se dijo andaba entre ceja y ceja en los Organismos de Inseguridad del Estado por haber matado a uno de sus miembros y herido a otro de sus integrantes".

"Se ha violado el art. 29 de la C. Nacional o art. 26 del antigua Carta Constitucional: A sangre fría un mismo juzgado (Juzgado Primero de Orden Público) y a sabiendas de que en sus dependencias existían dos procesos contra un solo *detenido*... se diseñó la forma de efectuar en forma descomedida la atacada *acumulación aritmética de penas* o mejor: se ideó la manera de fallar primero un proceso con cuantificación independiente de penas: Algo más: *El Tribunal de Orden Público* en un acto sin precedentes... *reconoce* la *falla* o el atentado procedimental contra el detenido: como premio de consolación le concede la *cesación de procedimiento* por porte ilegal de armas... de uso exclusivo de las FF MM, a sabiendas de que ya había sido absuelto *Jiménez García* por el mismo Juzgado Primero de Orden Público: con el *cambio*, creyó la Corporación se subsanaba la injusticia deliberadamente proferida.

"En concreto se ha violado el principio de la *favorabilidad*: observen los H. *Magistrados* cómo el Juzgado Primero de Orden Público a sabiendas de que un hombre en cautiverio no podía cometer el delito de la *subametralladora Ingram* apresuraron su juzgamiento. El Juzgado no quiso esperar la terminación de la instrucción en relación al proceso de *Homicidio y Lesiones Personales* para consumar así los efectos del atropello. A *José Ricardo Jiménez García* había que redimirlo penalmente del anhelado porte de la *subametralladora*... porque en gracia de discusión, apenas, serían responsables su esposa o su propia madre. Ellas y solamente ellas *Candorosamente* le recibieron los paquetes a los *Organismos de Inseguridad del Estado*: Algo más: cuando diligentemente llegaron al *Allanamiento*... ellas y solamente ellas señalaron los paquetes contentivos de las anheladas armas, aunque aquellos ya conocían el sitio exacto de *Presunto Ocultamiento*".

Y en la final sección denominada "fundamento legal de las pretensiones básicas de nulidad", se escribe: "I- que pretensiones básicas de nulidad", se anota: "I- que la conexidad se predica de los delitos cuando

estos aparecen *Ligados... unidos... enlazados* o de tal manera *concatenados...* que la relación esencial, el vínculo íntimo y el nexo lógico que guardan entre sí determinan la necesidad de investigarlos y fallarlos en un mismo proceso con el objeto de asegurar -entre otras cosas- la Unidad de dicho proceso y la del juez- la economía del procedimiento y una más adecuada dosificación de la posible pena...", -que constituye la conexidad una clara *excepción* al principio general de la unidad del proceso penal que consagra el art. 14 del C. de P.P. cuando dice:

" "...para la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso... cualquiera que sea el número de autores o partícipes..."

"Que el art. 14 del mencionado estatuto procedimental acepta la posibilidad de *nulidad* cuando se quebranta el principio de la *unidad procesal:* No obstante, la invalidez dice el tratadista en un comento, está condicionada a que se demuestre un *perjuicio concreto:*

"'... la afectación del derecho de defensa" -que también se rompe el principio de la unidad, cuando la investigación y fallo se realizan por *separado* en casos de delitos conexos.

"Si no es posible investigar y fallar *conjuntamente* los diversos comportamientos o hechos punibles... se hace necesario *romper la unidad procesal*".

"Pero:

"Cuando la investigación y fallo de distintas conductas o comportamientos es *Posible*... el rompimiento de la unidad procesal *Lejos* de constituir una simple irregularidad trae una consecuencia adicional: *La declaratoria de nulidad* en armonía con el art. 14 del C. de P.P.

"Que la unidad procesal legalmente se puede romper pero en aquellos eventos *taxativamente* señalados por la ley, sin que el propio juzgador pueda añadir nuevos casos para *satisfacer* sus propios caprichos o apreciaciones subjetivas".

"Y como quiera que fue la misma sentencia de condena o mejor: su contenido la que aceptó la presencia de una *conducta única* integrada por momentos sucesivos... como quiera que fue el mismo *Juzgado Primero de Orden Público* el que inicialmente aceptó la tesis de la *conexidad* atendiendo

razones de ética y equidad... con la inequívoca voluntad de que ahora la *Corte Suprema de Justicia* se pronuncie sobre tales hechos inequivocadamente plasmados tanto en la sentencia de condena emanada de tal juzgado de Orden Público y confirmada por el mismo *Tribunal* de tal denominación... como quiera que los dos expedientes que pesan sobre la cabeza de mi cliente no constituyen ninguna *excepción* al principio de la *unidad*, tantas veces mencionado, hago o presento las siguientes conclusiones y peticiones:

"*Conclusiones y peticiones*: El juicio adelantado contra el sindicado *José Ricardo Jiménez García* se desarrolló con base en premisas o cargos ostensiblemente *nulas... nulas de nulidad absoluta*, vicios insubsanables e incorregibles por actuaciones diferentes a su declaratoria. Aún más: el texto de la primera sentencia -*nula* por falsa motivación- al inspirarse en fraudulentos informes de Policía- *indicio* fundamentalmente en el contenido de la segunda, ahora materia de impugnación: Observe la *H. Corte*- estadio natural de justicia y equidad- que el nexo o relación de causalidad entre las dos providencias es evidente. Por eso el Juzgado Primero de Orden Público en desarrollo del fenómeno de la *conexidad*... aceptó conocer del proceso que *Por homicidio y lesiones* personales se adelantaba contra el detenido'.

"No obstante lo anterior y para *burla* del mismo, se resuelve *escindir* la *conducta* única: *inaceptable* entonces resulta para la defensa la dicotomía o dualismo de lo legal:

"Para subsumir una competencia que no pertenecía se acudió a la tesis de la conexidad:

"Pero para condenar injustamente... se *escinden* las conductas con la consiguiente suma *matemática* de *penas*.

"La sentencia emanada del *H. Tribunal Superior de Orden Público* acepta las fallas de la atacada sentencia de condena... lamenta la penosa situación de mi cliente, pero confirma los efectos del atropello:

"Las declaraciones imploradas son: 1- que la *acumulación aritmética de penas* para una conducta única, compuesta de diversos momentos... *lejos* de consultar elementales principios de la justicia o equidad, lo que pone de manifiesta es la violación al principio de la *favorabilidad*:

"II- Que dada la naturaleza de la conducta o comportamiento desplegada por *Ricardo Jiménez García*, en *cautiverio*... siempre en *cautiverio* o dado el contenido de los dos procesos tantas veces mencionado... era posible *investigar* y *fallar* conjuntamente los mencionados comportamientos: su *escisión* lejos de consultar elementales normas de procedimiento... pone de manifiesta la evidente nulidad que se pregona.

"III- Que la separación de una conducta *única* en pluralidad de hechos punibles... *Lejos* de hacerle honor a la justicia ... genera indiscutible causal de nulidad.

"La misma Corte ha sostenido que si el Juzgador *escinde* caprichosamente una conducta para imputar indebidamente en *concurso* de *hechos punibles*... automáticamente se genera *nulidad* por *violación* a las formas propias del juicio como se puede observar en el siguiente pronunciamiento jurisprudencial de la Alta Corporación:

"'... Una *misma* conducta se ha *dividido*... otorgándole diversos revestimientos formales para darle apariencia de dos conductas y por ende, de dos cargos...'.

"La *desmembración* de la *conducta* viola una de las bases fundamentales del derecho de defensa (causal de Nulidad art. 305 C. de P.P.) resumida en el axioma latino *Non Bis In Idem*, según el cual nadie puede ser juzgado o condenado más de una vez por el mismo hecho.

"Bien es sabido, que las llamadas nulidades supralegales o constitucionales se configuran cuando se violan algunas de las cuatro garantías de naturaleza, objeto y consecuencias Propias, señaladas en la actual codificación constitucional o art. 29: ellas son:

"La legalidad del juicio y la jurisdicción.

"a) la legalidad del juicio y la jurisdicción,

"b) el debido proceso,

"c) la favorabilidad normativa,

"d) el derecho de defensa,

"Providencias de 24 de mayo de 1982. Ponente Dr. *Alfonso Reyes Echandía*, 21 de enero de 1985 Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez: 8 mayo de 1970 -30 de agosto de 1979. 26 de julio de 1944. 15 dic. de 1950, 24 de noviembre de 1955-.

"Repetimos una vez más con el honesto fiscal del *Tribunal de Orden Público*, que cuando la Justicia de Orden Público tomó para sí el segundo proceso... el primero sobre la ametralladora *Ingram*... naturalmente se encontraba en las dependencias del Juzgado Primero de tal denominación:

"Entonces si se encontraba en los menesteres del trámite... debía suspenderse hasta *igualarse* con el proceso de *homicidio y lesiones personales*.

"Y si ya se había terminado... por sustracción de materia, dicho Juzgado no podía arrogarse una competencia que no le pertenecía:

"Y como quiera que la violación al principio de la favorabilidad no es un vicio in iudicando, sino un vicio in procedendo porque se trata de un error de garantía consistente en la violación de un derecho fundamental consagrado en el art. 29 de la Carta Constitucional... como quiera que el art. 305 del C. de P.P. consagra como causales de nulidad la presencia de irregularidades que afectan el debido proceso socavando las bases de juzgamiento y en detrimento de elementales garantías o derechos de defensa: como quiera que la falta de competencia es nulidad de carácter absoluto... pido: "*Petitum*. 1-Que mediante providencia que haga tránsito a cosa juzgada se Case la sentencia recurrida febrero 8 de 1991 declarando la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de condena emanada del *Juzgado Primero de Orden Público* de febrero 16 de 1990".

Opinión de la Delegada 1o. en lo Penal:

1.- La posición del recurrente llevaría a que, de manera estéril, se repitiera una calificación y fallo que volvería al mismo estado de cosas. Esto deja entrever una "falta de interés para recurrir por parte del censor en detrimento de su defendido".

Y al respecto se indica: "El resultado concreto sería el mismo: la existencia de dos procesos, uno ya sentenciado por el porte de armas, y otro vuelto a calificar por el homicidio y las lesiones, que nunca podrán ser técnica y formalmente reunidos en una actuación unitaria. De donde resultaría desfavorecido en cuanto se le repite el juzgamiento con toda la

carga que ello implica sin ningún beneficio real a lo ya comentado. Ello demuestra que la demanda carece de un interés verdadero, como que el procesado en nada resulta favorecido. Al contrario, la carga de atender y llevar nuevamente el mismo proceso, con una consecuencia idéntica a la que se pretende casar por vía del recurso, avala la razón de la carencia de interés y de utilidad para el sentenciado".

2.- En el ordenamiento actual de procedimiento penal, no se prevé solución respecto de una indebida acumulación material de penas, por haberse pronunciado fallos distintos que debieran unificarse en una misma y única sentencia. El artículo 1o. transitorio del D. 2700/91, cuya vigencia empieza el 1o. de Julio de 1992, si determina un tratamiento de justicia para este evento.

3.- No se entiende cómo pueda invocarse el artículo 26 de la C. Nacional, cuando los motivos de anulación los recoge el artículo 303, numerales 2 y 3 del C.P.P..

4.- Para la denominada acumulación homogénea (procesos ordinarios) ésta se factibiliza a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación. En la heterogénea la ley no hace un expreso señalamiento, aunque resulta admisible el instituto debiéndose "buscar un común momento procesal que aproxime la identificación de ambos procedimientos para ser terminados a través de un solo fallo. "Según lo dicho, tal momento no puede ser otro diferente al que de ellos se encuentra para sentencia, en vista de que el procedimiento especial de orden público para 1989 no existía un momento procesal equivalente al de la resolución de acusación (calificación del proceso), como que antes de la expedición de la legislación permanente emanada de la Comisión Legislativa Especial, se pasaba directamente a proferir la sentencia sin una etapa calificatoria propiamente dicha".

En el caso *sub-examine* la acumulación heterogénea no fue posible "ya que el Juez de Orden Público asumió el conocimiento del proceso ordinario que adelantaba el Juzgado 5o. Superior de Bogotá, por los delitos de Homicidio y Lesiones Personales, *el 1o. de Noviembre de 1989* (f. 251) en que procedió a decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación dejándolo en la etapa instructiva. En tanto que en el otro proceso (No. 05) que adelantara ese mismo Juzgado (1o. de Orden Público) por porte ilegal de Armas, originado en el allanamiento practicado a la residencia del procesado el 11 de Mayo de 1988, ya se había proferido

sentencia condenatoria el *26 de septiembre de 1989*, resultando así la imposibilidad jurídico procesal, para decretar incluso su acumulación como se ha expuesto.

"Si bien en el trámite del primer proceso (por Homicidio y Lesiones Personales), la justicia ordinaria tuvo conocimiento de la existencia de una investigación que se adelantaba ante la jurisdicción de Orden Público (Juzgado 1o. de Orden Público) por infracción al art. 13 del Decreto 180 de 1988, es verdad también que se desconocía a esas alturas que tales hechos podrían tener conexidad con el que se le seguía por Homicidio y Lesiones Personales, según se puede constatar en oficios que aparecen a folios 101 y 102 del C.O., en los que además se llega a solicitar al procesado *Jiménez García*, para oírlo en indagatoria en junio 16 de 1988, pero se repite, tanto el Juzgado Superior como el de Orden Público ignoraban la conexidad que podía mediar entre los hechos que investigaban, pues como se sabe sólo hasta el 17 de Octubre de 1989 (f. 232) el Juez 5o. Superior decide enviar las diligencias al Juzgado Primero de Orden Público, fecha para la cual ya había sido fallado el primer proceso (No. 05).

"Por las anteriores consideraciones, se reitera, no procedía la acumulación de las causas en mención visto que no había solución posible en orden a la acumulación jurídica de las penas. Ahora bien en verdad, sí resultaría gravosa la situación para el implicado, si en la segunda causa se le hubiera condenado además por el Porte Ilegal de la Pistola Colt. 45, pero como se sabe por dicho punible fue absuelto, pues ese delito lo comprendio el otro proceso que hizo tránsito a cosa juzgada. De otra parte cabe anotar, lo ya dicho para un futuro inmediato, cuando entre a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) sobre la acumulación jurídica regulación en la cual las pretensiones del censor en favor de su defendido tendrían plena e indubitable acogida al tenor de lo dispuesto en el art. 505 *ibídem*.

"En estas condiciones, resulta imperativo para esta Delegada desechar las presuntas nulidades invocadas por el recurrente, y así lo solicita a la Sala comedidamente".

Consideraciones de la Corte:

La demanda como bien lo anota el Ministerio Público, se desentiende de la verdadera naturaleza de la alegación, o sea, la nulidad de carácter legal (art. 305-2 C.P.P.), para trocarla en nulidad constitucional. Los dos

aspectos no corresponden a un mismo tratamiento; mudar esta esencia, confundirlas o combinarlas, no constituye factor que la perfeccione sino que atribuye eficazmente a su deterioro, exponiéndola al riesgo de la ineficacia.

Pero además, se invoca como motivo de anulación una circunstancia que la jurisprudencia, desde buen tiempo atrás, ha rechazado como censura válida a la nulidad del proceso. La conexidad así se afirme su pertinencia y así se haya omitido o negado por desidia, torpeza o ignorancia del funcionario llamado a admitirla, no está dentro del rubro de las nulidades legales ni constitucionales. Expresamente el Código de Procedimiento Penal (art. 14: "...la ruptura de la nulidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa") ha acogido esta tendencia conceptual pregonada por la Corte, para darle esta expresa connotación. Lo que quiere decir que, a pesar del quebranto de las previsiones legales (arts. 77, 84 y 85 C.P.P.), con desconocimiento de sus benéficos y perseguidos fines (v. gr. la acumulación jurídica de penas), no por ello sobreviene el fenómeno anulatorio. Cuando esta vulneración ha impedido la investigación oportuna y adecuada de un hecho ilícito o el juzgamiento de una determinada persona, el purgamiento de irregularidad tal, porque así se considera esta defectuosa tramitación, se da a expensas de la emisión de las copias pertinentes ordenadas en la sentencia (de 1a. y 2a. instancia, o de casación) o por auto independiente. Solo en el evento de tomarse esa desatención o repudio como incidente en el derecho de defensa, concretado en que por ella se ha producido la condena inmerecida de un inocente o de quien debía serlo a menor pena la doctrina se muestra dócil a admitir, sobre tal supuesto, la anulación. En este evento, la jurisprudencia ha fijado las características o requisitos que debe asumir y satisfacer la demanda, pues es bien sabido que no basta con su alegación sino en demostrar cómo el extrañamiento de la conexidad produjo una sentencia, en tales condiciones, contraria a derecho. Este no es el caso de autos puesto que la alegación del memorialista se centra en el aspecto de las penas acumulables de manera aritmética.

El memorialista, por fuera de lo anotado, incurre en valoraciones desacertadas sobre la realidad procesal, sobre la esencia y condicionamientos de los institutos que entran en juego (conexidad propiamente dicha -arts. 77, 84 y 85- y conexidad impropia, que equivale esta segunda a lo que el procedimiento penal recoge bajo el epígrafe de "acumulaciones" -arts. 86 y ss.-) ya explicado uno de ellos, y también apreciaciones generales sobre ciertos aspectos que al censor le han merecido comentarios adicionales.

A este respecto se anota:

1.- El recurrente pretende advertir como injusta realidad el tratamiento punitivo dispensado a *Jiménez García*, creyendo ver en este argumento la necesidad de enmienda de los fallos pronunciados, pues estos exageraron la nota represiva. La visión puede aparecer explicable desde el punto de vista de ofrecer razones de defensa enmarcables en un afán de obtener liberaciones absolutas o benignidades insólitas. Pero, realmente, la conducta del procesado bien puede decirse que así y todo aparezca con perfiles de rigor, hoy susceptibles de notorio ablandamiento por la menor pena establecida para el delito relacionado con armas no amparadas legalmente, -D. 2266/91, art. 2-, exhibió cierta benignidad. La conducta del procesado mostró características de singular gravedad. La resistencia armada que otreció a la autoridad, que pretendía cumplir un legítimo procedimiento, dejó de mirarse como "violencia contra empleado oficial" -art. 164 C.P.-; el homicidio, que fuera estimado como homicidio agravado -art. 324 ib.- por el Juzgado Quinto Superior y el tribunal Superior, vino a quedar, tanto en el Juzgado Primero de Orden Público como el Tribunal de Orden Público, en simple homicidio, que mereció el mínimo, como si no se dieran condiciones de intensificación general de pena -art. 66 ib.-, pudiéndose advertir que había más razones para tomarlo en la primera de las formas; y la calificada agresión al agente de policía Alvaro Enrique Martínez, inclinada en su sintomatología hacia el homicidio tentado, apenas fue estimado como "lesiones personales" que llevaron a aumentar la pena en un mes; y, por último, habiendo sido perfectamente factible establecer condena por el porte ilegal de arma de uso privativo de las fuerzas militares (hechos de abril 26/88), se eliminó la figura y se impartió absolución, la que mudara el Tribunal en cesación de procedimiento, por imaginar que hacía parte de otra conducta juzgada en otro proceso.

2.- Magistrados, Jueces, Procesado, Defensor y Ministerio Público de primera y segunda instancia, tuvieron ocasión de reclamar la conexidad con un delito de indebida posesión de armas, al menos por lo que respecta a las empleadas en los hechos de abril 26/88, pues todo lo concerniente a este fenómeno estaba consignado en el proceso que centró sus atributos solamente en la apreciación del "homicidio y las lesiones personales". Allí aparecen los dictámenes de fs. 15 y ss., 71 y 72. Está también, la certificación de fs. 188, en la cual se informa que la pistola decomisada a *Jiménez García*, había sido registrada a nombre del oficial del ejército Andrés Gregorio Infante Torres (noviembre de 1976) y descargada por

robo en Enero de 1984. Y también se dieron informes sobre la otra investigación por elementos decomisados el 11 de mayo, que por lo menos debieron inquietar a este fin, ya que en el de fs. 101 -junio 16/88-, el Juzgado Primero de Orden Público, requiera *Jiménez García* para indagatoria por asunto relacionado con el D. 180/88, aspecto especificado con la mención del art. 13 de este estatuto (delito de armas), a fs. 113 -julio 9/88-.

¿Por qué, ante esta doble situación, que refluía siempre en un cambio de competencia (Juzgado de Instrucción Criminal y Juzgado Superior a Juez de Orden Público), no se activó, por nadie de los directamente interesados en el problema, un esclarecimiento de esta situación? Todo porque desde un principio se trató al procesado *Jiménez García* con benignidad y no se quiso, y menos por su defensor, que pasase a esa especial competencia y a ese rigor punitivo que podía deducirse de los estatutos que ella debía aplicar. Las alegaciones de la defensa -fs. 132 pidiendo cesación de procedimiento-; fs. 164, contra la resolución acusatoria; fs. 16 c. Tribunal de Santafé de Bogotá, solicitud de nulidad por no incorporarse al proceso a un tal Carlos H. Suárez, nunca llegaron a movilizar esta idea de la conexidad. Y razones, ya se ha visto la principal, tenía para ello, más uno que otros, pero al fin y al cabo todos en el rol de no exacerbar la sanción.

¿Cómo entender, ahora, que debe cambiarse esta consciente conducta por una que produzca la anulación del trámite, llevado a ciencia y paciencia, y caracterizado por el otorgamiento de plenas garantías procesales?. Hay definiciones tomadas en favor del procesado, que así no se muestren del todo ajustadas a derecho, deben aceptarse como aparecen.

3.- La aplicación del instituto de la acumulación de procesos, debe ser la regla general. Sus altos fines de alcanzar una mejor administración de justicia, imponen la adopción de este criterio. Sólo cuando la índole de los procesos establezca una insuperable incompatibilidad, debe descartarse esta benéfica y perseguible posibilidad. O cuando expresamente así lo disponga la legislación.

La primera de estas hipótesis suele presentarse cuando entran en juego procesos de especialísima caracterización, los que la doctrina suele denominar sumarios, sumarísimos o de trámite abreviado. En los mismos, por atender primordialmente a la celeridad, al punto que se dispone de

concentrada investigación y juzgamiento, resulta de muy dificultada aplicación un instituto como el que se comenta. De ahí que, como en ese cometido de eliminar trámites suele suprimirse la resolución acusatoria, de entrada el procedimiento mismo parece estar alejando esa alternativa. Pero lo que puede constituir ocurrencia general, o sea, que ese rápido diligenciamiento impide satisfacer los requisitos que modelan la acumulación, no se troca, a priori, en oposición absoluta o infranqueable. Habrá casos, y para estos podrá operar el instituto, en que sea factible. La propia legislación no se cierra a esta contingencia y de ahí que el artículo 87 del C. de P.P., que prevé su improcedencia, señala como uno de los casos, el tratarse de procesos sometidos a procedimiento abreviado, salvo que el proceso "se encuentre para sentencia".

Conviene aclarar, de una vez, que cuando la norma citada alude a procedimiento abreviado no se está circunscribiendo de manera exclusiva al proceso que está sometido a las regulaciones de los artículos 474 y ss. ibídem. No; dentro de esta terminología encuentra cabida todo lo que ofrezca una reducción de trámites en comparación con el procedimiento ordinario, pleno o básico que constituye la referencia al modelo fundamental de actuación que atiende el procedimiento. De ahí que, por vía de ejemplo, puedan citarse los procesos regidos por la ley 2/84, o el antiguo Decreto 180/88 y afines (hoy D. 2271/91).

La acumulación de procesos se cuida de fijar dos términos de importancia: desde cuándo (circunstancia *ad-quem*) y hasta cuándo (circunstancia *a quo*) puede decretarse. El artículo 86 ib., fija el término ad-quem: "...a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación o del auto sobre control de legalidad" -este último suprimido por el D. 1861/89, art. 37-.

La Sala ha querido destacar el requisito de la "ejecutoria", que no se contempla para el otro extremo de la situación, o sea, el término a-quo (sentencia -art. 87-1 ib.-), porque con la emisión del pliego de cargos o resolución acusatoria, se da vida al juicio o causa (de ahí que algunos denominen la acumulación de procesos como acumulación de causas y juicios). Ya se ha recogido toda la información necesaria para saber de qué se trata, cuál es el gravamen delictivo que soporta el procesado, cuál el tema a debatirse por las personas intervinientes en el proceso, y, a definirse por el juez. Mal estaría que durante una etapa instructora se estuviera permitiendo la operancia de un instituto de esta clase, pues lejos de contribuir a la buena marcha de la misma, sería eficiente motivo de

perturbación y desvió. En ella opera la conexidad, que llega a contemplar casos no considerados por la acumulación y, en todo caso, más propios a la denominada fase de sumario. La acumulación exige, en este extremo, solidez, firmeza y estabilidad. Mientras se pueda cuestionar (apelaciones) la procedencia de la resolución acusatoria, no es dable provocar esa unificación de procesos, pues se estaría anticipando, sobre bases precarias, una unidad que exige mayores características de consistencia y perdurabilidad.

En este punto la Sala entiende que, en los procedimientos abreviados, es dable cumplir con la exigencia del término *ad-quem*, a partir del auto de definición de situación jurídica o algo que, a éste o a la acusación, se equivalga. Y que alcance, por supuesto, su debida ejecutoria.

Respecto del término *a-quo*, éste lo conforma perentoriamente el art. 87-1, al determinar la improcedencia de la acumulación "cuando en uno de los procesos se hubiere proferido sentencia de primera o única instancia".

No se exige, al respecto, la ejecutoria y forzosamente debe ser así si se quiere colmar la acumulación de efectivas posibilidades y de gran contenido lógico.

Si se asumiera criterio diferente, se estaría propiciando que los diversos procesos susceptibles de acumulación, fueron definidos mediante distintas sentencias, emitidas por varios funcionarios, con lo cual no se realizaría, en la primera instancia, los necesarios efectos de la acumulación, que solo se logran en el actual sistema de procedimiento penal, cuando es uno mismo el juez que actúa y una misma la sentencia en la cual se definen esos múltiples procesos. De otro lado, con tesis disímil, lo relacionado con la acumulación aparecería solo en el fallo de la segunda instancia, pretermitiéndose, tanto para el procesado, su defensor, ministerio público o parte civil, la posibilidad de poder impugnar el punto a partir del proferimiento de la respectiva sentencia que resuelve los varios procesos objeto de esta medida procesal.

Por fuera del argumento principal y definitivo de la precisa, inconfundible y opuesta forma como están redactados los artículos 86 y 87, podrían escogitarse plurales razones dentro de los temas de la suspensión del proceso más adelantado y las ejecutorias autónomas; pero basta, a este respecto, señalar a).- la razón del artículo 88 es que se terminen los trámites

individuales de cada proceso hasta quedar éstos en estado de ser definidos en sentencia única; b).- la ejecutoria de la sentencia de primera instancia terminaría con la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, y, en evento tal, cabría preguntar, ¿qué puede hacerse, valida y eficazmente, durante el tiempo de ejecutoria de esta última, en lo atinente a la acumulación?; d).- ¿cómo podría suspenderse algunos de los procesos de más avanzado trámite, para evitar que éstos no alcancen la ejecutoria del fallo de primera instancia y hasta el de segunda, si precisamente lo que podría facultar para ello, la decisión acumulatoria, pende toda vía de definición y se ignora cómo terminará la alzada o la consulta de la sentencia de primer grado del o de los otros procesos involucrados en el fenómeno de la acumulación?.

Se afirma, entonces, que pronunciada una sentencia, así ésta no se exhiba como ejecutoriada, en cualquiera de los procesos objeto de acumulación, éste o éstos quedan por fuera de esta posibilidad.

En el caso examinado, fue factible acumular los procesos por los hechos de abril 26 y mayo 11 de 1988, con antelación al 26 de septiembre de 1989, pues en esta fecha se emitió sentencia de condena por los sucesos de mayo 11/88, precluyendo así la procedencia de la acumulación. Este pronunciamiento terminó con esta posibilidad. Y no es dable alegar ahora como motivo de anulación, lo que no fue posible ejecutar por prohibirlo la ley. Así se acoja la benigna interpretación que patrocina la Sala, en el sentido de ser aplicable la acumulación de procesos ordinarios (con amplia y completísima tramitación) y procesos abreviados (con procedimiento acortado, restringido), no puede perderse de vista que ello tiene fundamento si el catalogable dentro de estos últimos se encuentra para sentencia, modo verbal que todavía refuerza más lo que la prescindencia de la ejecutoria.

Varios meses tuvo el procesado, el defensor, el ministerio público, los jueces, para actuar en favor de la acumulación ahora echada de menos, pero se impuso la omisión. Cada uno tuvo diverso motivo para ello, que van desde la negligencia, la torpeza o el recargo del trabajo, hasta el de evitar mayores riesgos de condena o más fuertes sanciones o dejar siempre la salida de una petición de nulidad. Sea de ello lo que fuere, la ley, por las notas de su desatención que distancia una afección al derecho de defensa, no permite una postrera alegación en este sentido. El trámite se estima como cumplido de conformidad con las reglas que debieron, fundamentalmente, observarse.

Resultaron tardías la petición del fiscal 5o. Superior -fs. 222, *septiembre 25/89*- y la aceptación de su pedimento por parte de su juez -*octubre 17/89*, fs. 232 y ss.-. El expediente llegó a conocimiento del Juzgado 1o. de Orden Público en octubre 18/89, es decir, unos veinte días después de haberse pronunciado en este despacho la mencionada sentencia de primera instancia (*septiembre 26/89*).

Este acontecer, en lo más mínimo, fue culpa del Juez de Orden Público, ni puede reconocerse o insinuarse en él un ánimo prevenido de oponerse o evitar la acumulación, pues, por modo contrario, dio muestras de propiciarla, avisando al Juez 92 de Instrucción Criminal oportunamente del proceso que tramitaba, comunicación que también conoció el juzgado 5o. superior, y su ministerio público, y, evidentemente, la defensa en tales dos procesos.

Cuando pudo actuar, en este comentado sentido, el Juzgado 1o. de Orden Público, ya había aparecido la circunstancia que legalmente impedía la acumulación. Y a esto debía atenerse y a esto se atuvo.

4.- La sentencia proferida por el Juzgado 1o. de Orden Público, en relación con el decomiso de armas y municiones el 11 de mayo de 1988, de lo cual se ignora su suerte en la segunda instancia, constituye fallo ajeno a todo análisis en este recurso de casación, que se refiere a distintos hechos y pronunciamiento judicial. Pero si conviene advertir lo siguiente: que no hay argumento valido, y a éste efecto nada agrega la desbocada afirmación del recurrente, para afirmar que lo ocurrido en esa fecha (mayo 11/88) se debió exclusivamente a una ilícita maniobra de venganza, urdida y ejecutada por las actividades del DAS o de la policía. Si algo se advierte en la conducta por la cual fuera juzgado *Jiménez García*, proceso ahora recurrido en casación, es su capacidad para ser sujeto activo de una acción como la que, sin fundamento, critica el casacionista. Y, de otro lado, que dada la modalidad de esa ocurrencia (mayo 11/88), no había motivos atendibles para ligar ese hecho con el sucedido el 26 de abril, impidiéndose el citado funcionario de la jurisdicción de orden público para adelantar, celerosamente, la investigación que le correspondía y pronunciar el fallo pertinente. Mucho hizo con indicar al Juez 92 de Instrucción Criminal esta realidad. De modo, pues, que su actuación en este punto se muestra rigurosamente ajustada a derecho y no se advierte ni insinúa el más leve agravio a los derechos del procesado.

5.- Ahora bien, cuando le fue remitido el expediente por homicidio y lesiones personales, que adelantaba el Juzgado 5o. Superior, ya no era ocasión procesal de considerar la procedencia de la acumulación (procesos por los hechos de abril 26 y mayo 11/88), pues, se reitera, ya había pronunciado sentencia de primera instancia (septiembre 26/89), en proceso que por su especial procedimiento debe estimarse abreviado, con gran afinidad con el que así recoge el Código de Procedimiento Penal. Pero si podía retener la competencia porque había un comportamiento de naturaleza propia a sus funciones (porte ilegal de armas) que concurría con los mencionados delitos de "homicidio y lesiones personales". Y, para acomodar el trámite que a este venía dándose en la justicia ordinaria (se había citado ya para audiencia -fs. 217-) al propio de los Decretos que regulaban su actuación, tomó una doble decisión: anular lo que a este respecto excedía a su propio trámite y que correspondía a actuación de los juzgados superiores; y adicionar el auto de definición de la situación jurídica de *Jiménez García*, proferido por el juzgado 92 de Instrucción Criminal -mayo 3/88, fs. 73 y ss. C.1, respecto al delito de posesión indebida de arma de uso privativo de las fuerzas militares (pistola Colt, calibre 45).

Como se ve, en esto tampoco desbordó el citado funcionario sus atribuciones, ni distorsionó el trámite, ni sorprendio al procesado. Aceptó una competencia, indiscutible, y actuó en la forma como le era mandado que actuara.

Llegado el momento de dictar sentencia, tomó una decisión benigna para el procesado, que luego le confirmara el Tribunal de Orden Público. Descartó el homicidio agravado, aunque para esto hizo caso omiso de las valoraciones que al respecto había consignado el Juzgado Quinto Superior y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, como también las juiciosas razones señaladas por el Fiscal 5o. Superior (tan admirado por el recurrente en otras opiniones -fs. 320-. Y fue más allá: entendio que lo de las armas (abril 26 y mayo 11) constituían un solo hecho y si ya existía una sentencia condenatoria, asi esta solo se refiriera, y en rigor legal solo a ello pudiera referirse, a los hechos de abril 11, debían quedar también cobijados los hechos de mayo 26. Y absolvió, en virtud de la cosa juzgada, aspecto este del fallo que el Tribunal de Orden Público mantuvo, pero con el efecto de causal propia a la cesación de todo procedimiento.

La Sala, ahora, tiene que respetar esta resolución aunque no deja de extrañar la procedencia de la unidad de comportamiento que determi-

naron esos funcionarios de la jurisdicción de orden público. Hay, ciertamente, algunas modalidades previstas en el art. 13 de D. 180/88, que pueden dar lugar a este tratamiento unitario (v. gr. importar, conservar y almacenar; o fabricar y reparar), pero resulta extralimitación interpretativa el unificar la conducta de quien ha importado un cargamento de armas y lo tiene almacenado pero determinado día se hace a una pistola y con ella va y ejecuta otro delito v. gr. homicidio, secuestro, momento en el cual se le sorprende o captura. La Sala se inclina, en evento tal, por reconocer la forma concursal. Y así pudo afirmarlo el Juez 1o. de Orden Público, o el Tribunal de Orden Público, sin que se tildara la interpretación de descarriada, torpe o abusiva. La adición del auto definitorio de la situación jurídica de *Jiménez García* -noviembre 1/89, fs. 271 y ss.-, que constituía en este especial trámite la formulación del cargo, permitía una sanción penal a este título.

No se hizo así, pero la actuación no puede tildarse de anómala y menos ahora tratar de entenderla, con prescindencia de su manifiesta lenidad, como actuación que atropellara las garantías debidas al procesado o el desconocimiento de las formas básicas del trámite, o el quebranto de un principio de favorabilidad, etc., etc. .

El rito se muestra perfectamente desarrollado y acorde a las normaciones legales, fuera, como se ha dicho, de transparentar un criterio de singular benevolencia para el sentenciado, el cual no se desdibuja porque, por comportamiento diferente, mereciera otra pena privativa de la libertad. El tratamiento no fue caprichoso, ni la definitiva severidad (por la suma material de las sanciones) se buscó exprofeso o con violación de preceptos de insoslayable aplicación. Se debió al doble actuar del justiciable y a las variantes procedimentales que se dieron, sin protesta suya o de la defensa, durante el desenvolvimiento de los respectivos expedientes.

La censura se desecha.

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

Resuelve:

No Casar la sentencia impugnada, mencionada ya en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, (No firmó); *Gustavo Gómez Velásquez, Dilson Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas,* (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Coriés Carnica, Secretario.

FUERO / CONGRESO

Los Congresistas elegidos para el período constitucional 1990-1994, fueron despojados en forma definitiva de todas las funciones oficiales propias de su cargo.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado Acta número 62 (20 may./92). Radicación No. 7029

Mediante providencia fechada el 18 de marzo del año en curso, esta Corporación, por mayoría, se abstuvo de aprehender el conocimiento de este proceso por considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Nacional, la Corte no tenía competencia para conocer del mismo, no obstante que en él estuviera como sindicada la señora María Florángela Izquierdo de Rodríguez, quien al momento de suceder el ilícito a ella imputado era Representante a la Cámara.

Estimó la Corte que como en virtud del artículo transitorio 3o. de la nueva Constitución, los Congresistas elegidos para el período 1990-1994 habían perdido su investidura al quedar despojados definitivamente de todas sus funciones y al no tener ninguna relación con éstas el delito imputado a la señora Izquierdo de Rodríguez, el fuero consagrado en la nueva Carta no la amparaba, y por ello ordenó que el proceso regresará al juzgado de origen (Primero Penal Municipal de Sogamoso).

Oportunamente, el apoderado de la congresista interpuso el recurso de reposición contra la citada providencia, el cual, luego del trámite pertinente, procede la Corte a resolver.

Fundamentación del Recurso:

Sostiene el recurrente que "el artículo transitorio 3o. de la C.N. apunta a funciones y atribuciones, no a cargos, ni a credenciales. Jamás fueron anuladas las credenciales de los miembros del Congreso, sólo que como más adelante lo demostraré, el período constitucional, por efecto de la Asamblea Nacional Constituyente, se recortó. Es improbable que existiera la revocatoria del mandato, expresión que solo se acepta en la nueva Constitución, ni nulidad de las credenciales, argumento jamás presentado".

"Las funciones y atribuciones constitucionales se suspendieron, pero jamás el criterio de representación que es la naturaleza de la investidura de congresista, por lo que el Congreso y sus miembros en varias oportunidades presentaron como Cuerpo proyectos de articulado a la Asamblea Constituyente, realizaron foros, se consultó a los congresistas como miembros del Congreso por parte del Gobierno, razones suficientes para pensar en que la investidura jamás se perdio.

"Es que la investidura de congresista emana del concepto de representación y es reconocida jurídicamente por la entrega de la credencial, del competente Consejo Electoral y sus órganos. El concepto de representación jamás se cuestionó y, las credenciales jamás se colocaron en tela de juicio.

"Hubo sólo un receso en funciones y atribuciones, del Congreso y sus Comisiones. Hubo desde luego un recorte en el período constitucional de los congresistas, empero, jamás se afirmó, ni se puede afirmar que desapareció el Congreso, que a sus miembros se les revocó la credencial o que a ellos mismos se les hubiera cuestionado el concepto de representación (acorde con el de democracia representativa), que son a todas luces el fundamento de la investidura.

"¿De otra parte, los cargos desaparecieron? La respuesta es negativa, pues negativa también es, la situación impensable de la desaparición del Congreso, aunque éste se encontrará en receso. Receso no es, pues, desconocimiento o desaparecimiento de una institución y de sus miembros. Entra en receso lo que existe y sigue existiendo, sin solución de continuidad.

"Por tal razón, el H. Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Consejero Dr. Javier Henao Hidrón, de fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, afirmó:

"'*La corporación subsiste. Sólo que ha entrado en receso transitorio*, para efectos de permitir el desarrollo de las elecciones generales que conducirán a la renovación, seguramente parcial, de sus integrantes, de conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales que han disminuido el número de sus miembros, suprimiendo los suplentes, redistribuido funciones y establecido un estatuto de inhabilidades e incompatibilidades.

"'*Durante el receso del Congreso y sus Comisiones, el personal a su servicio no ha sido desvinculado, ni los congresistas han perdido, en sentido estricto, su investidura*, ni las Mesas Directivas, automáticamente, sus atribuciones (...)' (resaltas fuera de texto, se anexa a la presente copia auténtica)".

Después de hacer una serie de precisiones doctrinarias sobre los conceptos de inmunidad y fuero, y de transcribir el artículo transitorio 3o., concluye el memorialista:

"Lo que indica que no se cerró el Congreso, se decretó un receso para los fines antes relacionados; no se decretó la revocatoria propia del mandato figura inexistente en el momento- sino una terminación anticipada del periodo constitucional; no se levantó la investidura de los servidores públicos elegidos, ni se habló de acabar con la representación, ni la nulidad de las credenciales de cada uno de ellos. Por manera que, la investidura no fue tocada por la norma transcrita, quedó indemne. Si otra fuera la intención, expresamente se habría afirmado: La constituyente en dicho sentido se afirmó con poderes absolutos.

"El H. Consejo de Estado (que aunque sus conceptos no obligan, es rector de la actividad administrativa-jurisdiccional) afirma lo contrario, es decir, *la existencia, lo indemne de la investidura*".

A continuación y con apoyo en el artículo 186 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 235 del C.P.P., afirma el apoderado de la señora Izquierdo de Rodríguez:

"Es decir, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, conocer en investigación y juzgamiento las acciones de los miembros del Congreso. Sin distingos de tiempo o clase de delito. *Es pues un fuero especial.*

"Salvo, excepción realizada en el parágrafo, que hubieren cesado en el ejercicio del cargo. Y resulta que los congresistas reelectos, jamás cesaron, pues la investidura quedó indemne (que es a la que se refiere el

parágrafo, por los menos -sic- de los congresistas ya que no distingue el numeral 3o. entre delitos comunes y de responsabilidad, como sí lo hacen otros numerales). Aplicándose a los actuales congresistas el fuero especial, fuero que hace relación a la investidura y no a las funciones.

"Y ésto otro: ¿Una autoridad pública puede ordenar la detención (medida de aseguramiento) a un senador o a un representante? Creemos que no. La única autoridad que puede ordenar su detención es la H. Corte y ante ella se colocará a disposición el encontrado en flagrancia: *Es función privativa de la H. Corporación.*

Entonces en la hipótesis de auto de detención a un congresista por hecho anterior a la vigencia de la Constitución quién el competente? Si pensáramos en que no le corresponde a la H. Corte con el argumento de la supuesta pérdida de investidura, el Juez no puede ordenar su detención, ya que no es competente y, la Corte tampoco podrá ordenarla, ya que no conoce del proceso. El híbrido imposibilitaría la secuencia procesal. Por lo que, corresponde afirmar el tino, en tal sentido, de la posición minoritaria".

Por último y después de analizar el concepto de "Juez natural" y referirse a la "jurisdicción como noción constitucional", el recurrente termina su escrito, afirmando:

"De suerte que frente a las normas de fuero especial y de jurisdicción, importante es recalcar sobre la jurisdicción-competencia privativa y de nivel constitucional, que refiere el fuero especial: Es pues la H. Corte el Juez Natural".

Consideraciones de la Corte:

El argumento central de la reposición consiste básicamente en sostener que el artículo transitorio 3o. de la nueva Constitución, se limitó a decretar "un receso en funciones y atribuciones del Congreso y sus Comisiones" y a recortar "el periodo constitucional de los congresistas", sin que éstos perdieran su investidura, para lo cual el recurrente se sirve del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, según el cual "La Corporación subsiste. Sólo que ha entrado en receso transitorio, para efectos de permitir el desarrollo de las elecciones generales que conducirán a la renovación, seguramente parcial, de sus integrantes, de conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales

que han disminuido el número de sus miembros, suprimido los suplentes, redistribuido funciones y establecido un estatuto de inhabilidades e incompatibilidades" (fls. 44).

Partiendo de la anterior premisa el recurrente concluye que la congresista Izquierdo de Rodríguez está amparada, en el caso *sub-judice*, por el fuero constitucional consagrado en el artículo 186 y por ende, su juzgamiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia, toda vez que ella aún conserva sin solución de continuidad, su condición de congresista.

Dispone el artículo 186 de la Constitución Nacional:

> "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación".

Si en relación con el fuero que esta norma consagra no existiera en la Carta ninguna otra, sería acertado afirmar que los congresistas tienen un fuero integral para el juzgamiento de todos los delitos que cometan, relacionados o no con las funciones propias de su cargo, que no desaparecería por el hecho de que perdiera su investidura o cesaran por cualquier causa en el ejercicio de sus funciones o del cargo, y dentro de esta hipótesis la Corte no se habría negado a conocer del proceso adelantado contra la señora Izquierdo de Rodríguez.

Pero no es así. Sucede que el artículo 235 de la Constitución, al señalar las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se ocupa también del fuero, no solo de los congresistas sino además del consagrado en favor del Presidente de la República y de otros altos funcionarios del Estado. De acuerdo con el parágrafo del citado artículo, "cuando los funcionarios antes enumerados (los miembros del Congreso están relacionados en el ordinal 3o.) *hubieren cesado en el ejercicio de su cargo*, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas" (resaltas de la Sala).

Significa lo anterior que en tratándose de "conductas punibles que tengan relación con las funciones" de congresista, éste siempre conservará el fuero otorgado por el artículo 186 de la Constitución Nacional, independientemente de que continúe o no en el ejercicio de su cargo. Más

cuando se trata de hechos punibles sin relación con las funciones propias de su calidad, para que el congresista conserve su fuero es indispensable que continúe, sin interrupciones, en el ejercicio del mismo. Si este ejercicio cesa definitivamente, desaparece el fuero del congresista para su juzgamiento. No otra cosa dispone el parágrafo en comento. Adviértase, también, que el fuero no se adquiere por el hecho de que el sindicado de una conducta punible, con posterioridad a su ocurrencia adquiera la calidad de congresista. Claro es al respecto el artículo 186 de la Constitución Nacional: "De los delitos que cometan *los congresistas*..." (resalta la Sala).

Ahora bien. Establecido que el ilícito que en este proceso se imputa a la señora Izquierdo de Rodríguez no guarda relación alguna con las funciones propias del cargo de Representante a la Cámara que desempeñaba cuando el hecho sucedió, aspecto éste que no ha sido controvertido por el recurrente, es necesario analizar de nuevo, frente a las argumentaciones de su apoderado, si desde aquella época hasta la presente, la señora Izquierdo de Rodríguez ha cesado o no en el ejercicio de su cargo. Sólo en el evento de que esta cesación no se hubiere presentado, la aludida congresista conservaría su fuero. En caso contrario, su juzgamiento estaría regulado por las normas ordinarias del Código de Procedimiento Penal, tal como por mayoría lo sostuvo esta Sala en la providencia objeto del recurso que ahora se resuelve.

Para la Corte, la decisión impugnada debe mantenerse, porque aún aceptando en gracia de discusión el concepto emitido el 26 de julio de 1991 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, que sirve de pilar al recurrente, la situación de la señora Izquierdo de Rodríguez, continuaría inmodificable.

En efecto. Si se advirtiera con el Consejo de Estado que la representante Izquierdo de Rodríguez no perdió su investidura de congresista en virtud de lo dispuesto por el artículo transitorio 3o. de la nueva Constitución, y reconocido además el hecho de que ella fue elegida nuevamente como congresista (Senadora) para el actual período constitucional, ni siquiera así, con base en esas premisas, se puede concluir que deba ser juzgada por la Corte, aún aceptándose en gracia de discusión, como ya se expresó, el concepto del H. Consejo de Estado en su totalidad.

Según el aludido concepto, las funciones del Congreso pueden ser clasificadas, así:

"*Constituyentes*. Atribuidas por la Carta Política, le confieren el poder de reformar mediante la expedición de normas conocidas con el nombre tradicional de Actos Legislativos (Constitución, arts. 114, 374 y 375).

"*Legislativas*. El Congreso de la República es la rama legislativa del poder público (Constitución, art. 113) y, como tal, le corresponde 'hacer las leyes' (*ibidem*, art. 150).

"*De control político*. El Congreso ejerce un control de tipo político sobre el Gobierno y la administración (Constitución, arts. 114, 135 numerales 3, 8 y 9, 137, 208).

"*Judiciales*. El Congreso ejerce 'determinadas funciones judiciales' (Constitución, art. 116 inciso segundo) cuando juzga por responsabilidad política a altos funcionarios del Estado (*ibidem*, artículos 174, 175 y 178 numerales 3, 4 y 5).

"*Electorales*. El Congreso y cada una de las Cámaras tienen atribuidas funciones de carácter electoral, mediante las cuales eligen Vicepresidente de la República cuando fuere menester reemplazar el electo por el pueblo, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Magistrados de la Corte Constitucional, Defensor del Pueblo, Mesas Directivas y Secretario General de cada Cámara (Constitución, artículos 135 numerales 1o. y 2o., 141, 173 numerales 6 y 7, 178 numeral 1o., 239, 276 y 281).

"*Administrativas*. Mediante las cuales se dispone el adecuado funcionamiento del Congreso, de cada una de las Cámaras y de sus Comisiones".

Las cinco primeras funciones según el referido concepto, "solamente podrán ser ejercidas, dentro de las condiciones constitucionales, cuando el Congreso, las Cámaras y las Comisiones estuvieren en sesiones ordinarias o extraordinarias; en ningún caso, por sustracción de titular y de materia, fuera de tales sesiones, es decir, en receso de las actividades propias de la rama legislativa del poder público".

"Por consiguiente -concluye el Consejo de Estado-, y en consideración a que la Asamblea Nacional Constituyente dispuso en uno de los artículos transitorios de la nueva Constitución que, a partir de la promulgación de ésta, el actual Congreso y sus Comisiones "entrarán en receso" hasta el

1o. de diciembre de 1991, fecha de instalación del nuevo Congreso que será elegido en los comicios del próximo 27 de octubre, *es menester entender que ni la Corporación ni sus Comisiones pueden ejercer ninguna de las atribuciones que se dejan mencionadas. De ahí que no puedan reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político*" (resalta la Sala).

Según el Consejo de Estado, de todas las funciones del Congreso *únicamente subsistió la función administrativa* que "por su naturaleza tiene carácter permanente, pues en toda época -salvo el período de vacaciones- es necesario tomar decisiones en materia de manejo de personal, cumplimiento de obligaciones contractuales y ordenación del gasto".

En armonía con los anteriores conceptos del Consejo de Estado, podría concluirse que los *únicos* congresistas que no habrían cesado en el ejercicio de su cargo como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 3o. transitorio de la nueva Constitución, serían los integrantes de la Comisión de la Mesa de cada Cámara, como que a ellos y solamente a ellos, les correspondería ejercer la función administrativa, que fue la *única* atribución del Congreso que subsistió según el concepto conocido. Los demás congresistas que no integraban la Comisión de la Mesa de alguna de las Cámaras, perdieron por completo y en forma definitiva todas las funciones: constituyentes, legislativas, de control político, judiciales y electorales, sin que, por lo demás, fueran competentes para ejercer funciones administrativas.

Así las cosas, forzoso es concluir que quien no puede por mandato constitucional ejercer ninguna de las funciones propias de su cargo, ha cesado en el "*ejercicio*" del mismo.

Como se comprende, pues, la situación de la señora Izquierdo de Rodríguez sigue siendo la misma, aún analizada, en gracia de discusión, desde el punto de vista plasmado en su concepto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, razón por la cual la Corte no repondrá la providencia impugnada ya que al tenor de lo prescrito por el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Nacional, en tratándose de conductas punibles que no guarden relación con las funciones oficiales desempeñadas, el fuero se pierde "cuando los funcionarios antes enumerados (entre ellos se encuentran los miembros del Congreso, ordinal 3o.) *hubieren cesado en el ejercicio de su cargo...*" (Resalta la Corte).

Agréguese a lo dicho, que para la Corte sigue siendo claro y cierto que todos los congresistas elegidos por el periodo constitucional 1990-1994, cesaron en el ejercicio de su cargo y perdieron su investidura en virtud de lo dispuesto por el artículo transitorio 3o. de la Constitución Nacional, según el cual, se repite, "mientras se instala, el 1o. de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, el actual y sus comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República".

Ante los perentorios términos de esta norma constitucional no queda duda alguna de que los congresistas aludidos fueron despojados *definitivamente de todas las funciones oficiales propias de su cargo*. Se afirma que perdieron todas sus funciones, porque así lo dice el texto constitucional: "no podrán ejercer *ninguna de sus atribuciones*" (resalta la Sala), y se sostiene que el despojo fue definitivo, porque la misma norma así lo consagró, al disponer que la cesación absoluta de funciones de los congresistas se mantendría hasta la instalación, el 1o. de diciembre de 1991, del nuevo Congreso. Como quien dice que el Congreso anterior, el elegido para el periodo constitucional 1990-1994, ninguna, absolutamente ninguna de sus atribuciones podía ejercer desde que entró en vigencia la nueva Constitución Nacional. Todas las funciones que hasta ese momento tenían, las perdió, y sólo el nuevo Congreso, el que se instaló el 1o. de diciembre de 1991, estaba facultado para entrar a ejercerlas.

Dígase por último y con relación a las consideraciones hechas por la Senadora Izquierdo de Rodríguez en su extemporáneo escrito mediante el cual "coadyuva" el recurso de reposición interpuesto por su apoderado, que el Código de Procedimiento Penal prevé mecanismos adecuados para que el juzgamiento se haga por funcionarios imparciales y con pleno acatamiento de las garantías constitucionales y legales.

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

Resuelve:

No reponer la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

La anterior providencia no la suscribe el H. Magistrado Edgar Saavedra Rojas quien se halla en uso de permiso.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, nos permitimos confirmar brevemente las razones de nuestro disentimiento con el pronunciamiento de la referencia:

1. El punto central de discrepancia con la decisión de la Corte radica fundamentalmente en la interpretación que se le dio al artículo 3o. transitorio de la Constitución, pues para la mayoría el Congreso elegido en 1990 cesó en el ejercicio de las funciones y por tanto, la competencia privativa de la Corte para investigar y fallar cualquier delito cometido por uno de esos congresistas, queda circunscrita respecto de hechos punibles cometidos en relación con las funciones desempeñadas. Como lo aquí investigado nada tiene que ver con la función de congresista que tenía la procesada, carece de competencia la Corte para su juzgamiento.

Para nosotros, en cambio, como lo dice la norma pertinente, los únicos congresistas que 'cesaron en el cargo' fueron quienes habiéndose presentado a la ratificación popular no resultaron elegidos el 1o. de diciembre de 1991; o lo que es lo mismo, respecto de quienes sí lo fueron, no ha habido solución de continuidad en el cargo de congresista, independientemente de la Cámara donde hoy se encuentren. En efecto, el Congreso fue elegido para un periodo de 4 años (1990-1994), período respetado por la propia Constitución (art. 1o. transitorio), por lo que con lógica el artículo 3o. transitorio habló de 'receso', es decir, terminó durante el cual no se cumplen funciones pero se conserva el cargo; y como lo que ha establecido la nueva Constitución para los altos funcionarios y los congresistas es un fuero personal no funcional, se explica el por qué ese juzgamiento debe hacerse en consideración a la investidura, no a la función. Lo que protegía la función, en el caso de los congresistas, era la inmunidad que es bien distinto como se sabe al fuero personal, pero el constituyente la suprimió.

2. En la ponencia para primer debate de la plenaria en la Constituyente se consignó ese pensamiento expresamente y así fue

aprobado. Se dijo allí: "*Inmunidad e inviolabilidad*: Estas dos instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería necesario mantenerlas o suprimirlas. *Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial*, igual a la de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso *solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo Tribunal*" (Resaltas fuera de texto G.C. #79 mayor 22/91 pág. 16).

La comisión revisora únicamente introdujo cambios a la redacción original aprobada en plenaria, para quedar como aparece en el artículo 186 C.N., de donde emerge nítidamente el fuero personal referido, esto es, que mientras sea congresista solamente lo puede juzgar la Corte cualquiera que haya sido el delito cometido teniendo la investidura.

Cabe entonces recordar que lo ocurrido el 1o. de diciembre de 1991, según el Acuerdo político correspondiente, fue una revocatoria del mandato por voluntad popular, es decir, *solamente* para aquellos que no obtuvieran el respaldo del pueblo; para los que presentados a esa prueba popular sí lo obtuvieron no puede decirse que se está ante un nuevo mandato, sino frente a la ratificación del mismo que ese pueblo les había otorgado en 1990 para llevar su representación ante el Congreso. Hubo cambio de algunos congresistas, pero no del Congreso, bien por su propia voluntad, al no someter su nombre a la elección, ora por voluntad popular, sometiéndose a ella con resultado adverso; ese es el entendimiento, en nuestro sentir, de la expresión "el nuevo Congreso" que trae la norma constitucional transitoria, pues como bien lo dice el Concepto de la Sala de Consulta del H. Consejo de Estado de julio 26 de 1991 con ponencia del Consejero Javier Henao Hidrón: "'*La corporación subsiste. Solo que ha entrado en receso transitorio*, para efectos de permitir el desarrollo de las elecciones generales que conducirán a la renovación, seguramente parcial, de sus integrantes, de conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales que han disminuido el número de sus miembros, suprimiendo los suplentes, redistribuido funciones y establecido un estatuto de inhabilidades e incompatibilidades.

"'*Durante el receso del Congreso y sus Comisiones, el personal a su servicio no ha sido desvinculado, ni los congresistas han perdido, en sentido estricto, su investidura,...*".

Pero aún, en el supuesto de haber sido la revocación del mandato un acto exclusivo de la Constituyente, según la interpretación mayoritaria, en nada se modificarían en este particular caso la competencia dada a la Corte para juzgar a los congresistas en consideración a la investidura, respecto de quien teniendo hoy esa calidad la ostentaba igualmente en la fecha en que se produjo el acto por el cual se le juzga. La advertencia que hace la mayoría referente a que 'el fuero no se adquiere por el hecho de que el sindicado de una conducta punible con posterioridad a su ocurrencia adquiera la calidad de congresista', la entendemos nosotros únicamente para el evento de que al momento del hecho el autor no sea congresista, pues sólo eso es lo dicho por el artículo 186 de la C.N. .

3. Con la interpretación de la mayoría se deja sin efecto el mandato constitucional o quedaría simplemente inoperante un posible fallo de condena proferido por un juez diferente a la Corte a quien desempeña el cargo de congresista, pues no podría ordenar ese juez su detención, ya que ésta y el juzgamiento *solamente* corresponden a la Sala de Casación Penal de la Corte.

La consecuencia entonces del fuero personal es muy obvia, para el alto funcionario y el congresista: del delito que cometan, mientras tengan la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema, en su Sala de Casación Penal.

Significa lo anterior, que la expresión 'cesar en el ejercicio del cargo' del parágrafo del artículo 235 C.N., solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o congresistas; lo que explica por lo demás, el fuero funcional que conserva el parágrafo.

Como la imputación investigada aquí, tuvo ocurrencia cuando era Congresista y continúa con esa investidura hoy, la Corte es su Juez natural, independientemente de que el hecho tenga o no relación con la función desempeñada.

Dídimo Páez Velandia, Jorge Carreño Luengas

Fecha, *ut supra*.
(Mayo 27/92)

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO / COLISION DE COMPETENCIA - Actividad rebelde

La Constitución Nacional extinguió la segregación con la Justicia ordinaria. Si la pretensión económica resulta inescindible de la actividad rebelde, la competencia es del Juez de Orden Público.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., ventisiete de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado según Acta número 062 (20 may./92). Radicación No. 7576

Vistos:

Ingresan las diligencias al conocimiento de la Sala para que de plano se dirima la colisión negativa de competencia surgida entre los señores jueces de Instrucción de Orden Público de código 11 con sede en Santafé de Bogotá y 35 de Instrucción Criminal radicado en San José del Guaviare, cada uno de los cuales considera recíprocamente atribuido el conocimiento de la presente actuación preliminar.

Hechos:

El primero de abril de 1987 denunció el ciudadano Gonzalo Lozano Mendoza a los individuos Marco Antonio (alias "el periodista"), *Hermes Bocarejo* y *Milton N.* quienes aduciendo sus vinculaciones con las FARC y la Unión Patriótica, le estaban haciendo frecuentes exigencias de dinero a cambio de dejarle vivir en paz con su familia en la Finca La Maporita situada en la Vereda de El Trueno de la jurisdicción de Guaviare. Explicó el enterante que luego de haber pagado desde el año de 1985 las primeras

sumas exigidas, sus valores se fueron incrementando hasta verse en la imposibilidad de atender la última exigencia en que se le requería la suma de dos millones de pesos.

Como represalia por ese incumplimiento y aprovechamiento que Daniel Humberto, hijo del denunciante, cumpliría un encargo de su padre en otra de las fincas de la familia, allí se le esperó y dio muerte por un grupo de individuos armados que invocaron su pertenencia a las FARC, advirtiendo que la familia Lozano ya sabía la razón de ese homicidio.

Días más tarde, integrantes de aquellos mismos grupos armados se presentaron a la casa de don Gonzalo y utilizando vehículos se alzaron con los muebles de su dotación, iniciándose proceso por el delito de homicidio, y relegando la investigación atinente al delito de extorsión a estos cuadernos, dentro de los cuales no se ha iniciado todavía el sumario.

Antecedentes:

1.- Las diligencias fueron adelantadas por el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de San José del Guaviare hasta el día 13 de julio de 1987, fecha en la cual se remitieron al Juzgado Once de la misma especialidad en Villavicencio y finalmente unificadas con otras que referentes a los mismos episodios habían ya pasado al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa capital, siguiendo en curso la actuación preliminar por parte de la policía judicial hasta el mes de febrero de 1991 en que por competencia se dejaron al conocimiento de los juzgados de instrucción en esa sede.

De allí y por auto del Juzgado Treinta y Tres de Instrucción salió el expediente a la Dirección Seccional de Orden Público de Bogotá, y correspondiéndole el pronunciamiento al ya mencionado Despacho 11 de esa especialidad, sus razones para abstenerse de abocar conocimiento y suscitar la colisión se redujeron a sostener que solamente se incriminaba un delito de extorsión, y que éste por su cuantía quedaba restringido al conocimiento de los jueces de Instrucción Criminal, pues

"...En consideración a lo previsto en el Art. 3 del Decreto 1676 del 3 de julio de 1991, modificatorio de los numerales 2 y 13 y parágrafo del Art. 9 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el Decreto 099 de 1991, y que fue adoptado como legislación permanente mediante Decreto 2271 del 4 de octubre del mismo año,"

La competencia radicaba en los jueces de Villavicencio.

2. El Juzgado Octavo de Instrucción de Villavicencio encontró que por encima del factor material aducido por el Juzgado de Orden Público el lugar de ocurrencia de los hechos obliga a su conocimiento por parte de los jueces de San José del Guaviare, razón de ser para que su destinatario final lo fuera el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción radicado en San José.

La inadmisión de su competencia y formalización de la colisión por parte de éste último Despacho se hace consistir en que al lado de la denunciada extorsión y por encima de su cuantía, lo que realmente asomaba era una finalidad terrorista que de todas maneras implicaba el conocimiento del asunto por los juzgados de Orden Público (artículo 9o. del Decreto 2790 de 1991) sustentado con no poca contradicción que así se infería de la repetida alusión a las FARC como autoras de las exigencias pecuniarias, siendo bien sabido que a los integrantes de ese grupo rebelde debía dárseles el tratamiento de "subversivos". Como consecuencia y para que el conflicto fuese dirimido, el expediente se remitió a la Corte.

Consideraciones de la Sala:

1. Es competente la Corte para dirimir el conflicto negativo que viene de aludirse, pues si bien es verdad que el modificar el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, primero el Decreto 1861 y luego el Decreto 2276 de 1989 atribuyeron al Tribunal Disciplinario la solución de los conflictos suscitados entre los funcionarios de las distintas *jurisdicciones* quedando a la Corte la solución de aquellos atinentes a la *competencia* en asuntos penales surgidos entre funcionarios de distritos diferentes, a la hora de éste pronunciamiento es dable comprender que la de Orden Público no constituye jurisdicción aparte de la ordinaria, pues no es solamente la voluntad del legislador contenida en el Decreto 2700 de 1991 (noviembre 30) la que en su artículo 5o. transitorio verifica expresamente esa integración, una vez el citado código haya entrado en vigencia, sino que ya ante la nueva Constitución Política (artículo 8o. transitorio) se extinguió esa segregación, señalando a la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, e integrando a la legislación permanente la emitida dentro del estado de sitio, lo que en efecto vino a cumplirse dentro del plazo constitucional previsto, mediante el Decreto 2271 de 1991.

2.- Regresando al tema que por los colisionantes se plantea, el punto de discrepancia se entroniza en la apreciación de los hechos y de su

connotación penal, pues para el Juez de Orden Público la denuncia del ciudadano Conzalo Lozano solamente apunta a la comisión de un delito de extorsión en cuantía inferior a los cinco millones de pesos, en tanto que el Juzgado de San Jose del Guaviare avisa que por "la índole de sus autores y su vinculación a las actividades subersivas, la exigencia de dineros cumplía propósitos netamente terroristas, suficientes para volver la competencia al juez renuente.

Si el cargo quedara restringido a la comisión de un delito de extorsión, quizá la razón se hallase de parte del Juzgado de Orden Público, pues aún incluyendo los pagos que ya en fechas anteriores había realizado a la guerrilla la familia Lozano, su importe sumado a la última cuota exigida no alcanzaba los cinco millones de pesos a los cuales hace referencia el artículo 3o. del Decreto 1676 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo sexto del Decreto 2271 que se trae referencia.

Sin embargo, y como en medio de alguna ambigüedad entre la actividad terrorista y la subersiva lo apunta el Juzgado de San José del Guaviare, no puede ignorarse que el constreñimiento extorsivo venían ejerciéndolo unos delincuentes integrantes de cuadrilla que se identifica en la región como perteneciente al grupo rebelde auto denominado FARC, cuyas siglas y proclamas anuncian al país desde hace años y como explicación de sus violentas incursiones el propósito "revolucionario" de un cambio institucional mediante el empleo de las armas, ninguna duda cabe en cuanto a la vinculación de ese modo de percibir dinero que describe la denuncia, con las tácticas de opresión a empresarios agrícolas y pecuarios, dentro de un doble propósito de financiar la supervivencia del grupo alzado en armas, y el propender por el desestímulo y aún la progresiva extinción de todo esfuerzo de producción campesina.

Existiendo, entonces, dentro de las pruebas allegadas, suficiente respaldo para entender que la opresión económica al núcleo familiar de los Lozano resulta inescindible de la actividad rebelde de aquellos piquetes armados ambulantes que integraban, entre otros, el denunciado *Marco Antonio (Fonseca* o "el periodista") y sus compinches, la competencia para el conocimiento del presente asunto deriva invariable hacia los jueces de orden público, porque a ellos atribuyó el artículo 9o. numeral 7 del Decreto 099 de 1991 el conocimiento "De los procesos por delitos de rebelión y sedición referidos en los artículos... 1o. y 2o. del Decreto 1857 de 1989", competencia fijada con permanencia por el Decreto 2271 de 1991, artículo cuarto.

El texto del artículo 1o. del Decreto 1857 de 1989, a su vez convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, dice al efecto que quienes

> "...mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de cinco (5) a nueve (9) años y en multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales".

Y siendo principio que rige la competencia de los jueces de Orden Público el de la prevalencia frente a los casos de conexidad, todo indica que la presente actuación ha de pasar al dominio de esas autoridades, concretamente al del Juzgado Código 11 con sede en Bogotá, al cual le había sido asignado por la respectiva Dirección Seccional (folio 130 v. cuaderno principal).

Observa por último la Sala con la extrañeza que la lleva a la imperiosa necesidad de resaltarlo la insólita prolongación de la actividad preliminar, muy a pesar de haberse señalado desde el primer momento y en testimonios posteriores ratificado que los autores del constreñimiento extorsivo eran personas ciertas, determinadas, conocidas por sus nombres, apodos y dirigencia política en la región donde los hechos se suceden lo que hace en un todo reprochable la inactividad imputable al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, que recibiendo el expediente desde el mes de agosto de 1987 lo mantuvo en esa situación hasta el mes de febrero de 1991 en que resolvió regresarlo a los Juzgados de Instrucción por competencia, irregularidad que demanda su traslado al Tribunal Superior de ese Distrito para que adelante la respectiva investigación.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre el señor Juez de Instrucción Código 11 de Orden Público de Bogotá y el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal radicado en San José del Guaviare, adjudicando al primero de ellos el conocimiento del presente asunto, a cuyo Despacho se remitirá la actuación.

Hágase saber lo resuelto al Juzgado del Guaviare, y expídanse las copias que se indican en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No firmó)*; Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Garnica. Secretario.

RECURSO - Oportunidad / PARTE CIVIL - Reconocimiento

El recurso formulado antes del reconocimiento como Parte Civil, permite la posibilidad de impugnar la decisión.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 0062, (20 may./92). Recurso de Hecho No. 7585

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto contra la providencia que negó la apelación contra el auto que dictó cesación de procedimiento, proferido por el Tribunal Superior de Cartagena en el proceso que se adelantó respecto de Carmen Rengifo Sanguino, Juez Segunda (2a.) Civil Municipal de dicha ciudad.

Antecedentes:

A raíz de una denuncia que instaura Rafael Ricaurte Herrera contra la Juez Segunda (2a.) Civil Municipal, por algunos hechos ocurridos durante el trámite de un proceso ejecutivo singular contra Norberto Sierra, el Tribunal Superior de Cartagena, luego de adelantar una investigación prolija, dispuso favorecer a la acusada con una cesación de procedimiento merced a la atipicidad de los hechos denunciados.

De inmediato, el abogado *Rafael Ricaurte Herrera* presentó demanda de parte civil y apeló del auto en mención. La respuesta del Tribunal fue negativa arguyendo que la concesión del recurso dependía de su carácter de sujeto procesal, el que evidentemente no poseía pues se necesitaba en

previo reconocimiento como parte civil. Ello no ocurrió pues el memorial respectivo pasó al Despacho "...cuando el auto que calificó el sumario con cesación de procedimiento se encontraba ejecutoriado y por ello había hecho tránsito a cosa juzgada".

Aclara la Colegiatura, que la fecha de presentación de la demanda, el proceso se hallaba en la Secretaría surtiéndose las notificaciones del cese de procedimiento "...y faltan aún dos días para que produjera su ejecutoria, pero cualquier decisión sobre la admisibilidad de aquella antes de quedar en firme dicho auto dependía de que el correspondiente libelo fuera normal y físicamente puesto a consideración de la Sala, pasándolo al Despacho".

A continuación reconoce que pudo existir alguna irregularidad pero ello "...no es razón procesal para que la Sala desconozca la firmeza del auto de cesación de procedimiento, pues de actuarse así se vulneraría el principio de cosa juzgada". Y respecto a una solicitud de prórroga, anota que la causa grave y justificada exigida por el art. 169 del C. de P.P., "...no debe ser una simple disculpa o circunstancia que denote falta de cuidado en quien debe utilizar el término...".

La negativa del Tribunal llevó al memorialista a interponer el recurso de hecho, solicitud que fue aceptada por el juez plural advirtiendo que "...Aunque el peticionario no es técnicamente sujeto procesal...se observa que el punto medular en debate es precisamente la posibilidad de que dicho profesional sea tenido como parte civil en este asunto y pueda impugnar el auto calificatorio".

La Sustentación del Recurso:

Advierte el recurrente que la constitución de Parte Civil "...tiene un carácter *especialísimo* cual es el efecto inmediato que debe producir, que debió admitirse sin premura, que la providencia aún no se encontraba ejecutoriada, que la sola presentación del escrito "...genera efectos consustanciales...", que se establece un cortísimo término para admitirla, contándose a partir de la presentación del escrito, que la oportunidad para hacerlo es "en cualquier momento" a partir del auto cabeza de proceso y hasta la celebración de la audiencia pública, que siempre se deberá admitir excepto por ilegitimidad del querellante, que con la sola presentación de la solicitud "...pueden los apoderados conocer del proceso...", y, finalmente, que al interponer los recursos se suspende la ejecutoria del auto.

La Corte:

1. Los recursos contra las providencias judiciales se instituyeron con el fin de permitir la revisión de las decisiones de los jueces, bien por el mismo funcionario que la profirió, bien por una instancia superior, a fin de que los pronunciamientos sean respetuosos de la equidad y la justicia.

Sin embargo, cualquier persona no puede acceder a ellos. Preciso es, según el mandato del artículo 196 del C. de P.P., que su interposición se haga "...por quien tenga interés jurídico...", lo que indica que no basta el simple interés de un particular; además, ha de tener una connotación jurídica que se refleja en su aceptación en el proceso como parte. Si ello no ha sucedido, su invocación es inane y así ha de declararse.

2. En el caso de la especie, a raíz de la denuncia presentada por el abogado Rafael Ricaurte Herrera contra la Juez Segunda (2a.) Civil Municipal de Cartagena, el Tribunal Superior de Cartagena dispuso abrir la correspondiente investigación. Sin embargo, luego de recaudar las pruebas que consideró necesarias para aclarar los hechos presuntamente ilícitos, calificó el mérito del sumario con una cesación de procedimiento "...porque la ley no considera como infracción penal las conductas que se le imputan".

El denunciante se dio cuenta de la decisión cuando se encontraba en trance de ejecutoriarse y, como quiera que no poseía la titularidad jurídica para oponerse mediante la proposición de un recurso y aún faltaban dos días para completarse el lapso de la dicha ejecutoria, presentó una demanda de parte civil y, con ella, partiendo de la base de su reconocimiento, recurrió en apelación, sustentando en debida forma el recurso.

3. Es claro para la Sala que la ejecutoria de las providencias sólo acaece a las seis de la tarde del último día. Por consiguiente, mientras ella no se produzca, el proceso continúa en la situación anterior, sujeto a las avatares de cualquier intervención de los sujetos procesales a quienes, la notificación les brinda la oportunidad de hacerlo.

Es evidente que, en el caso de autos, el denunciante no tenía la titularidad de parte; sin embargo, cuando intentó su reconocimiento como tal, la cesación de procedimiento aún no había hecho tránsito a cosa juzgada por lo que, al memorialista le asistía todo el derecho de ser aceptado como interviniente procesal.

No se podía, so pretexto de que el expediente se encontraba en la Secretaría de la Corporación o en la imposibilidad física de tramitarlo, el esperar que la ejecutoria se causara para negarle su petición.

4. En oportunidad anterior la Sala, en un caso similar, aclaró que si bien el apelante "...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". (Auto de septiembre 5 de 1991, M/. Dr. *Valencia*).

5. Ahora bien, de acuerdo con las constancias procesales, el recurso fue instaurado a tiempo, esto es, antes de que quedara ejecutoriada la providencia que pretendía controvertir. Además, el tipo de providencia es de las que admiten esta clase de impugnación, por tratarse de un auto interlocutorio, conforme a lo dispuesto por el art. 203 del estatuto procedimental penal. De igual manera, fue sustentado en debida forma, exponiendo de manera concreta las fallas que, a su manera de ver, imponían una decisión diferente a la tomada.

6. Así las cosas, el término de ejecutoria ha debido interrumpirse para dar curso a la petición referida, como quiera que aún faltaban dos días para que se surtiera la ejecutoria y si, por mandato legal, el secretario debe pasar los escritos al despacho al día siguiente de su presentación, es evidente que aún quedaba un día para adquirir firmeza el auto en mención. La oportunidad era cierta y el Tribunal ha debido darle curso a la petición sobre la admisión de parte civil y si la respuesta era positiva, conceder la apelación solicitada.

Por consiguiente, la Sala considera que se debe conceder el recurso en el evento de que el Tribunal admita la constitución de Parte Civil, advirtiéndose que, por no haberse resuelto sobre ella, la cesación de procedimiento aún no ha hecho tránsito a cosa juzgada.

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

Resuelve:

Declarar que el recurso de apelación interpuesto por el Dr. *Rafael Ricourte Herrera,* ha de ser concedido en el evento de que el Tribunal Superior de Cartagena admita al recurrente como Parte Civil.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruíz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael E. Cortés Carrica, Secretario.

IMPEDIMENTO - En acción de tutela / ACCION DE TUTELA - Naturaleza

La decisión de una acción de tutela no revela, en todo caso, que el criterio jurídico haya quedado comprometido frente a las decisiones que se tomen en el proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Enrique Valencia Martínez*

Aprobado Acta número 62. Radicación No. 7574

Vistas:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide sobre el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, Julio Ojito Palma, con respecto al conocimiento de las diligencias preliminares adelantadas contra el Juez Tercero de Instrucción Permanente de la misma ciudad, Oscar Contreras Amaris.

Antecedentes:

El 14 de febrero de 1992, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial ordenó abrir investigación disciplinaria contra el Juez Tercero de Instrucción Permanente de Barranquilla, para establecer si había infringido el Decreto 1888 de 1989, al tramitar y decidir la acción de tutela que el apoderado de varias empresas exportadoras instauró en contra de la Superintendencia de Cambios y el Banco de la República. El acusado falló la acción tutelando el derecho de propiedad privada y ordenando al Banco de la República que en el término de 24 horas entregara a las firmas demandantes los Certificados de reintegro Tributario (CERTS).

En la misma decisión, la Procuraduría ordenó enviar a la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, copia de la actuación para que se resolviera sobre la posibilidad de iniciar alguna investigación penal.

Encontrándose la actuación en la etapa de indagación preliminar, a cargo del doctor Julio Ojito Palma como Magistrado Sustanciador, el Procurador Delegado en lo Civil remitió al Tribunal de Barranquilla copia del informe evaluativo que por los mismos hechos había rendido ante el Procurador General de la Nación, y en cuyo texto se advierte la siguiente anotación:

> "Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al resolver la impugnación presentada contra la decisión del Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, consideró en providencia de fecha 19 de febrero de 1992 que la acción de tutela era improcedente por pretender amparar un derecho no consagrado como fundamental que contaba con diversos medios de defensa y en consecuencia, el fallo no se ajustó a derecho. Por ello, la Corporación resolvió: ...Revocar como en efecto revoca, en todas sus partes el fallo impugnado...".

El 6 de abril pasado, el Magistrado Ojito Palma se declaró impedido para conocer de este asunto "por haber resuelto en segunda instancia la apelación contra la providencia materia de esta denuncia", e invocado el ordinal 4o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, pasó el expediente al Magistrado que le seguía en turno.

Tal manifestación de impedimento fue rechazada por los restantes integrantes de la Sala Penal del Tribunal de Barranquilla, de una parte por no existir en el expediente prueba de que el doctor Ojito Palma hubiera resuelto la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela dictado por el Juez Contreras Amaris; y de otra, porque adoptar una decisión en segunda instancia no constituye causal de impedimento para asumir el conocimiento de la investigación que se adelante contra el juez que hubiere proferido el pronunciamiento de primer grado, y en razón de que "lo que se examina en esa oportunidad procesal es la jurisdicidad de la providencia impugnada y no la posible actuación delictiva del funcionario al emitirla".

La Sala Considera:

En lo atinente al alcance de la causal de impedimento establecido en el artículo 103.4 del estatuto procesal penal, la Sala ha sido reiterativa en

afirmar que "el concepto que puede comprometer el criterio del funcionario para conocer es la opinión 'extraproceso', es decir, la emitida por fuera de él y siempre que sea de tal naturaleza que vincule al funcionario con el punto que ha de ser objeto de su decisión. No se trata por tanto del concepto que corresponda dar al Juez o Magistrado en ejercicio de sus funciones, salvo el evento de 'haber dictado la providencia cuya revisión se trata', lo cual constituye una causal diferente de impedimento". (Auto de febrero 27 de 1992, M.P. Jorge Carreño Luengas).

En la situación que se está dilucidando, aún cuando no se ha anexado aún copia de la sentencia de segunda instancia proferida en la acción de tutela, ha de admitirse como veraz la aseveración de quien se declara impedido, de haber intervenido en aquella decisión, circunstancia que hace evidente que el pronunciamiento se efectuó "extraproceso", si se mira desde el punto de vista de la actuación de la cual desea separarse el Magistrado. En tales condiciones resulta fundamental determinar si el criterio en aquella ocasión está o no vinculado al objeto de la decisión que habrá de adoptarse en estas diligencias.

Es innegable la identidad fáctica que existe entre el pronunciamiento del cual participó el Magistrado Ojito Palma como integrante del Juez *ad-quem*, en la acción de tutela instaurada por varias empresas exportadoras contra el Banco de la República y la Superintendencia de cambios y la decisión cuya legalidad ha de debatirse en estas diligencias, pues el punto de confluencia es el fallo de primer grado que se profirió en aquella acción.

No obstante, ello no revela que por tal razón el criterio jurídico de quien se manifiesta impedido haya quedado comprometido frente a las decisiones que se habrán de adoptar en el proceso penal, puesto que el enfoque jurídico es diverso en una y otra situación. Así, es evidente que el estudio efectuado con respecto a la sentencia de primera instancia en la acción de tutela significó la evaluación de la existencia de unos derechos reclamados por unos ciudadanos frente a la Constitución y a la ley, lo que implicó un análisis eminentemente teórico; sin embargo, en el proceso penal la valoración recaerá sobre la conducta del sentenciador de primer grado.

En el mismo orden de ideas se insiste en afirmar que la estructuración de la causal de impedimento, además de exigir la identidad absoluta del objeto de conocimiento en los asuntos en los cuales ha intervenido o

interviene el funcionario judicial, requiere un compromiso intelectual, que vincula a éste a los hechos que son materia de juzgamiento. Pero no es este el caso del Magistrado Ojito Palma; si bien conoce los hechos cuya investigación está a su cargo, en su anterior decisión no se pronunció sobre la conducta del juez sindicado.

En otras palabras, la sentencia de segunda instancia en la acción de tutela significó el enfrentamiento de unos hechos con el Derecho; y la valoración que orienta la investigación penal es la conducta de juez frente a la ley. Y por similares que parezcan tales pronunciamiento, tienen objetivos distintos, que eliminan la causal impediente invocada.

Así las cosas, el Magistrado Sustanciador Julio Ojito Palma deberá continuar conociendo de estas diligencias.

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

Resuelve:

No aceptar el impedimento propuesto por el Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, Julio Ojito Palma, en el presente caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, (No firmó); *Juan Manuel Torres Fresneda. (Con Salvamento de Voto),Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA - Factores

La competencia por los factores objetivo, subjetivo y funcional se inspira en razones de interés público, mientras que el factor territorial sirve al interés privado de las partes.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 067. Unica Instancia No. 6480

Vistos:

Resolverá la Sala lo que fuere pertinente en torno a la denuncia formulada por el señor Jaime Rey García en contra de los doctores *Jaime Enrique Vargas, Mario Alejandro Lombana*, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Villavicencio, *Jaime Ramírez Albadán*, Conjuez, María del Pilar Díaz Guzmán en su calidad de Juez Primera Civil del Circuito de la misma ciudad y Magistrada de la Corporación antes citada y Yolanda Pineda de Cárdenas, Juez Primera Civil del Circuito de Villavicencio.

Hechos:

1o. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio adelantó el proceso ejecutivo instaurado por Blanca Nury Pérez Ramírez contra Jaime Rey García.

2o. Siendo titular del Juzgado la doctora *María del Pilar Díaz Guzmán*, libró auto de mandamiento de pago el 25 de enero de 1988, el que fue notificado al demandado Jaime Rey García por conducta concluyente,

de conformidad con el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto compareció al proceso por medio de apoderado a quien otorgó la facultad expresa de notificarse de dicho auto.

La misma funcionaria rechazó el incidente de excepciones por haberse presentado fuera del término y el 21 de julio de 1988 profirió sentencia en que ordenó seguir adelante la ejecución.

3o. El demandado Jaime Rey García designó un nuevo apoderado para que continuara representándolo dentro del proceso, quien solicitó al Juzgado "la nulidad de todo lo actuado incluyendo el auto admisorio o ejecutivo" por falta de "jurisdicción y competencia".

El Juzgado para ese entonces a cargo de la doctora *Yolanda Pinzón de Cárdenas*, en auto de octubre 27 de 1989 rechazó el trámite del incidente de nulidad en consideración a que dentro del proceso ya se había proferido sentencia y los hechos en que se fundamentó la petición, bien pudieron ser objeto de excepciones, además de que el demandado se notificó en la ciudad de Villavicencio.

En auto de noviembre 8 de 1989, la Juez inadmitió el recurso de apelación interpuesto contra el proveído anterior, por no ser susceptible del mismo, al no estar contemplado dentro del art. 351 del C.P. C., ni haber disposición especial que así lo indicara.

La funcionaria en auto de noviembre 29 de 1989 resolvió no reponer el auto anterior impugnado y ordenó la expedición de copias solicitadas subsidiariamente para recurrir en queja.

4o. Durante el trámite del recurso de queja, la Sala Civil Laboral del Tribunal de Villavicencio, en auto de marzo 5 de 1990 admitió el impedimento para conocer del asunto manifestado por la doctora María del Pilar Guzmán en su calidad de Magistrada de la Sala de esa Corporación.

Fue así como la Sala de Decisión del Tribunal integrada por los Magistrados *Jaime Enrique Vargas Moreno, Jairo Alejandro Lombana M.* y el Conjuez *Jaime Ramírez Albadán*, en providencia de mayo 10 de 1990 confirmó el auto de octubre 27 de 1989 con fundamento en la siguiente consideración:

"Ciertamente que obró bien el *a-quo* al denegar el recurso en razón de que el auto que rechazó la nulidad no es aquél que decide el incidente sino el que lo rechaza de plano y contra esta providencia no cabe recurso alguno por no contemplarla el C.P. C. ni en su art. 351 ni en norma especial".

5o. El 24 de agosto de 1990 el apoderado judicial del demandado presentó escrito en el que nuevamente solicitó que se declarara la nulidad del proceso, incluyendo el auto que dispuso el mandamiento ejecutivo, por falta de competencia.

La Juez *Yolanda Pineda de Cárdenas* en auto de agosto 31 de 1990, rechazó de plano el anterior escrito incidental, "con las mismas argumentaciones del auto proferido el 27 de octubre de 1989 visto al folio 3 del cuaderno No. 11".

En proveído de septiembre 17 de 1990, la citada funcionaria concede el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el apoderado del demandado contra el auto que rechazó el incidente de nulidad.

6o. La Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio integrada por los Magistrados *Jaime Enrique Vargas Moreno, María del Pilar Díaz Guzmán* y *Mario Alejandro Lombana Moukarzel*, en providencia de abril 1o. de 1991 confirmó el auto que rechazó de plano el incidente de nulidad, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"No obstante la claridad del planteamiento del juzgado de primer grado, el recurrente insiste en que las nulidades se podrán alegar en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o *durante su actuación posterior a ella*". Sin embargo, voluntariamente ha omitido transcribir la otra parte del texto de la disposición en que apoya su alegación; esto es, que también se puede alegar nulidad durante la actuación posterior a la sentencia si las nulidades ocurrieron en ella".

"Por manera que la falta de competencia que atribuye al juez de primera instancia para conocer del asunto por factor territorial, es un acontecimiento que de haber existido, tuvo ocurrencia con anterioridad a la sentencia y no originado en ésta".

"De otro lado, tanto en la anterior como en la vigente legislación procesal -la nulidad por falta de competencia territorial- no podrá proponerla quien no la alegó como excepción previa habiendo tenido oportunidad de hacerlo. De modo que obró bien el de primera instancia al rechazar de plano la petición".

7o. El señor Jaime Rey García, ante esta Corporación presentó denuncia por el delito de prevaricato en contra de la Juez Primera Civil del Circuito de Villavicencio por estimar que "abusivamente asumió el conocimiento" del proceso ejecutivo seguido en su contra cuando carecía de competencia para ello, y en contra de la Sala Civil del Tribunal de esa misma ciudad, porque al "reafirmar su competencia, han violado el derecho al debido proceso y a ser juzgado por los jueces señalados por la ley", ya que "ante una nulidad, no pueden salir con esguinces justificativos de que eso se debió alegar como excepción previa".

Consideraciones de la Sala:

1o. El cargo específicamente imputado por el denunciante a la Juez Primera Civil del Circuito de Villavicencio y que involucra a los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal de esa misma ciudad, consiste en que carecían de "competencia territorial" para conocer del proceso ejecutivo seguido en su contra, pues los tres cheques que giró a la demandante eran de la Caja Agraria de Yopal, siendo el demandado residente y vecino de esta ciudad.

2o. La competencia de los distintos jueces y tribunales de la República para las diferentes clases de asuntos judiciales es fijada por la ley teniendo en cuenta cinco factores, a saber: a) el objetivo; b) el subjetivo; c) el funcional; el territorial y e) el de conexión.

El factor territorial hace relación al lugar del territorio nacional donde debe iniciarse el proceso, pues es sabido que en el país existen diversos jueces del mismo grado y categoría que pueden conocer de los mismos asuntos. Este factor está determinado por la relación en que se hallan las partes y los bienes objeto de la demanda, respecto a los diversos jueces.

Al paso que la competencia por los factores objetivo, subjetivo y funcional se inspira en razones de interés público, el factor territorial sirve también al interés privado de las partes, a fin de hacerles menos incomoda su comparecencia al proceso.

Para fijar dicho factor la ley tiene en cuenta por regla general el domicilio del demandado, o a falta de este su mera residencia, como también la situación del objeto en cuestión, o el lugar convenido para el cumplimiento de un contrato y otros elementos que no viene al caso analizar.

El artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, hizo la competencia improrrogable cualquiera que sea el factor determinante de ella, basado en que las cuestiones de competencia atañen siempre al interés público, en forma que las partes no pueden derogarlas, poniendo fin así a un rezago privatista del proceso civil. Sin embargo, el artículo 156 de un trato especial a la competencia territorial, justificado en su inspiración prevalentemente privada, consistente en que saneada la nulidad, el proceso sigue ante el juez que era incompetente, lo que no ocurre si la falta de competencia depende de los otros factores.

3o. Planteadas las anteriores precisiones, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones que ponen de manifiesto la falta de fundamento de los cargos que hace el denunciante a los funcionarios acusados.

a). En la demanda se afirma que el ejecutado Jaime Rey García es "vecino de Villavicencio" y para efecto de las notificaciones se señala la "vereda de Montecarlo de Villavicencio o en la Manzana C No. 8 de la Urbanización el Prado de esta ciudad".

Ante tal situación, no podía afirmarse que la juez "abusivamente asumió el conocimiento" del proceso, pues aún en el evento de que el lugar señalado en la demanda no fuera el domicilio o la residencia del demandado, tal hecho no había sido materia de controversia y por ende tampoco se puede decir que la funcionaria dictó el mandamiento de pago a "sabiendas de que no puede asumir competencia de territorio ajeno a su jurisdicción", por ser el demandado residente y vecino de la ciudad de Yopal, como lo afirma el denunciante.

b) Según el informe del citador, no fue posible notificar el mandamiento de pago al demandado Jaime Rey García, porque cuando fue a la vereda Montecarlo con tal fin, se le dijo que "dicho señor se hallaba en la población de Yopal".

Sin embargo, el mandamiento de pago le fue notificado al demandado Rey García por conducta concluyente de conformidad con el artículo 330

del Código de Procedimiento Civil, por cuanto compareció al proceso por medio de apoderado a quien le otorgó la facultad expresa de notificarse de dicho auto.

El 6 de mayo de 1988 el apoderado presentó un memorial en el cual manifiesta que en nombre de su poderdante se da por notificado personalmente del mandamiento de pago y tan solo hasta el 21 del mismo mes y año presentó el escrito de excepciones, lo que originó que la juez rechazara el incidente, por haber sido presentado en forma extemporánea, pues de conformidad con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, el término para proponer todas las excepciones es de diez (10) días contados a partir de la notificación del mandamiento ejecutivo, los que se vencieron el 19 de mayo, luego la decisión de la funcionaria no merece ningún reproche.

c) De conformidad con el artículo 507 del ordenamiento procesal civil, si no se propusieren excepciones oportunamente, el juez dictará sentencia que ordene llevar adelante la ejecución. En el caso que nos ocupa, como ya quedó establecido, se dio el presupuesto para dictar sentencia en tal sentido, luego tal decisión no resulta contraria a la ley.

d) La regla general es que las nulidades se aleguen en cualquiera de las instancias antes de que se profiera sentencia, o durante la actuación posterior, si ocurrieron en esta o en su trámite ulterior -art. 154 del C. de P. C.

Pero no podrá alegar falta de competencia territorial quien haya actuado en el proceso sin alegarla en excepciones previas o durante el traslado de la demanda -art. 155 del C. de P. Civil-.

La nulidad se entiende saneada cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente. Saneada la nulidad por incompetencia del juez, se remitirá el expediente a quien deba continuar tramitándolo, salvo cuando se originó en el factor territorial -art. 156 del C. de P. C.-.

En el caso que nos ocupa, la nulidad por incompetencia territorial fue planteada con posterioridad a la sentencia, sin haber sido alegada en excepciones previas, luego en tales circunstancias obró bien tanto la juez de primera instancia al rechazar de plano la petición, como la Sala Civil del Tribunal al confirmar esa decisión.

Frente a la normatividad del estatuto procesal civil, antes referida, no resulta aceptable el argumento del demandante en el sentido de que "ante una nulidad constitucional, no pueden salir con esguinces justificativos de que eso se debió alegar como excepción previa", porque existe norma legal expresa que señala que la nulidad por incompetencia territorial no podía proponerla el demandado que no la alegó como excepción previa, habiendo tenido oportunidad de hacerlo.

4o. En lo que hace relación a la competencia funcional del Tribunal en cuanto a las providencias dictadas por los jueces de primer grado, tenemos que el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, le otorga a esta Corporación la competencia para conocer en segunda instancia de los recursos de que conocen en primera instancia los jueces del circuito, y de los recursos de queja cuando de deniegue el de apelación. En consecuencia, no se observa irregularidad alguna que permita afirmar que la Sala Civil del Tribunal Superior de Villavicencio no tenía competencia para conocer del proceso ejecutivo en contra del hoy denunciante.

Las anteriores razones son suficientes, para que la Sala se abstenga de abrir investigación, en atención a lo dispuesto por el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, ya que los hechos denunciados son atípicos.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación sumarial contra los doctores *Jaime Enrique Vargas, Mario Alejandro Lombana*, Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Villavicencio, *Jaime Ramírez Albadán*, Conjuez, *María del Pilar Díaz Guzmán* en su calidad de Juez Primera Civil del Circuito de la misma ciudad y magistrada de la Corporación antes citada y *Yolanda Pineda de Cárdenas*, Juez Primera Civil del Circuito de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruíz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Patricia Duque Sánchez, Juan Manuel Torres Fresneda, jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Carmona, Secretario.

PENA - Eximente / JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Colaboración eficaz

La eximente exige que se logre el esclarecimiento de los hechos y se determine la responsabilidad penal de los Copartícipes.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrada Ponente: Doctora Patricia Duque Sánchez

Aprobado Acta número 65. Radicación No. 5999

Vistos:

El Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar condenó a *Eulogio Reina Higuera* como autor del delito de Rebelión (Decreto 1857/89, art. 1o.) por lo que efectuando la deducción contemplada en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, le impuso la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, el pago de una suma equivalente a sesenta y siete (67) salarios mínimos legales mensuales y la interdicción de derechos y funciones públicas.

Al decidir la apelación que contra la decisión anterior interpusieron el defensor del procesado y el agente fiscal del *a-quo*, el Tribunal Superior de Orden Público, en providencia de 2 de noviembre de 1990 modificó el *quantum* de la pena eliminando la deducción, para dejarla en cinco (5) años de prisión y cien (100) salarios mínimos legales mensuales, confirmando las restantes determinaciones de la sentencia

Admitido el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado, declarada ajustada a los requisitos de ley la

respectiva demanda y escuchado el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, se procede a resolver el recurso, previa síntesis de los siguientes

Hechos:

Con acierto, el Colaborador Fiscal los resume así:

> "El día catorce de febrero de mil novecientos noventa el señor *Eulogio Reina Figueroa* se desplazaba como pasajero de una motocicleta, en la vía que de San José conduce al Terraplén, en la localidad de Morrison, Departamento del Cesar, cuando fue interceptado por una patrulla del Ejército Nacional que cumplía labores de contraguerrilla.
>
> "Al ser requisado, se halló al citado *Reina Figueroa* una pistola marca Browing calibre 9 milímetros de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Ante esta evidencia, el aprehendido manifestó ser miembro activo del 20 Frente de las FARC, y acto seguido condujo a los militares hasta el sitio en donde, en una caleta, tenía guardado más armamento y otras pertenencias que fueron incautadas, así como después los llevó hasta el lugar en donde presuntamente se encontraban sus compañeros de subversión, sin que se hubiera podido capturar a alguno de ellos, puesto que ya no se encontraban allí".

Actuación Procesal:

El 20 de febrero de 1990 el Juzgado Promiscuo Municipal de San Martín (Cesar), profirió el auto cabeza de proceso, con base en el informe militar rendido respecto de la captura de *Eulogio Reina Figueroa* y en la versión libre y espontánea que éste rindio ante el funcionario de policía judicial en comisión en la Quinta Brigada del Ejército.

En la indagatoria, así como en la versión espontánea que rindio ante la policía judicial, el capturado relató pormenorizadamente las circunstancias en que se produjo su aprehendido, detallando los interrogantes que se le formularon; así mismo dio cuenta de la orientación que sobre e terreno le dio a la patrulla militar para hallar equipo de combate y el lugar en donde se encontraban sus compañeros del grupo 20 de las FARC,

al cual dijo pertenecer. El entonces sindicado admitió que había sido capturado cuando portaba una pistola de 9 milímetros con dos proveedores.

El 6 de marzo de 1990, después de asumir la investigación, el Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar resolvió la situación jurídica de Eulogio Reina Figueroa, disponiendo su detención preventiva como presunto autor del delito de *rebelión* (art. 1o., Decreto 1857/89).

El Comandante del Batallón Santander, Teniente Coronel Hernán Silva Delgado y el Capitán Hugo Manuel Benítez Ordoñez, dieron testimonio sobre las circunstancias que conocieron en relación con la captura del sindicado.

Vencido el término de instrucción, el Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar por auto de 7 de mayo de 1990 dispuso correr los traslados ordenados por el artículo 46 del Decreto 180 de 1988, durante los cuales el Fiscal del juzgado y el defensor del procesado, cada uno en su oportunidad, solicitaron la aplicación del artículo 6o. del Decreto 2490 de 1988.

En sentencia de primera instancia proferida el 14 de junio de 1990, el Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar denegó la eximente de punibilidad impetrada argumentando que el procesado simplemente había confesado, pero no colaborado eficazmente ni con el esclarecimiento de los hechos ni la determinación de los responsables, pues en la indagatoria intentó atribuir al muchacho que lo transportaba en la motocicleta el conocimiento de los lugares en donde se encontraba el equipo y los compañeros de agrupación; y, agregó que la sola mención de unos nombres no es una colaboración eficaz para determinar alguna responsabilidad. Sin embargo, otorgó al procesado la rebaja de pena establecida en el art. 301 del C. de P.P. . En consecuencia rebajó la pena mínima señalada para el delito de Rebelión habiéndola dosificado en 40 meses de prisión y 67 salarios mensuales legales mínimos. Y entre las demás determinaciones de rigor, el *a-quo* ordenó compulsar copias de la actuación para que se investigaran los delitos de secuestro en los cuales el procesado confesó haber participado.

La defensa y el Ministerio Público apelaron la sentencia anterior con el fin de que el superior dispusiera la aplicación del art. 6o. del decreto 2490 de 1988.

Al conocer de dicha impugnación el Tribunal Superior de Orden Público, en su providencia de 2 de noviembre de 1990, consideró que en el presente caso no se reúnen las condiciones indispensables para aplicar el art. 6o. del Decreto 2490 de 1988, pues las informaciones aportadas por el procesado no condujeron a establecer responsabilidad penal diferente a la suya; por lo demás le critica que no hubiera brindado mayores informaciones sobre las actividades del grupo subversivo. Finalmente, el *ad-quem* estimó improcedente la aplicación de la rebaja de pena consagrada en el artículo 301 del C. de P.P. por lo que modificó la impuesta en primera instancia para asignar el mínimo establecido en el art. 1o. del decreto 1857 de 1989.

La Demanda:

Al amparo de la causal primera de casación, el recurrente impugna la sentencia del Tribunal Superior de Orden Público formulando en su contra dos cargos por violación directa de la ley sustancial.

Primer Cargo:

En sentir del casacionista se violó en forma directa la ley sustancial por equivocada interpretación del contexto y alcance del artículo 6o. del decreto 2490 de 1988, al exigir el fallador que el procesado se convirtiera en *"Investigador, Sabueso, Policía Judicial, Detective"*, y por sí mismo obtuviera la aprehensión, retención y captura de sus compañeros de andanzas, pues no le bastó al sentenciador que con las informaciones suministradas por Reina Figueroa se hubiera logrado la incautación del armamento.

La voluntad de colaboración de Reina Figueroa, dice su defensor, no puede empañarse por no haber logrado la captura de sus compañeros, pues tal frustración es ajena al procesado y en cambio sí imputable a la Patrulla Militar que actuó sin la debida precaución que el caso requería.

Argumenta el censor que al haberse excluido del art. 37 del decreto 180 de 1988 el término "totalmente", el legislador humanizó aún más el eximente concedido a quien colabora con la justicia; si subsistiera aún dicha expresión en la norma vigente tendría el fallador en concluir como lo hizo porque ello implicaba la concreción positiva y eficaz de las informaciones aportadas por el sindicado.

El implicado aportó los nombres de sus compañeros de subversión indicando el oficio asumido por cada uno de ellos, entonces, se pregunta el libelista, ¿por qué el Ejército no empleó los sofisticados sistemas de inteligencia para profundizar en la investigación de la identidad de dichas personas?

Tal error de interpretación del fallador sobre el artículo 6o. del Decreto 2490 de 1988 "incidió formal y profundamente, para que el Tribunal de Orden Público de Valledupar (sic) no le hubiera concedido a Reina Figueroa la gracia de Eximente De Punibilidad allí consagrada", termina afirmando el recurrente.

Segundo Cargo:

Al decir del impugnante el Tribunal de Orden Público de Valledupar (sic) incurrió en violación directa de la Ley sustancial, por equivocada interpretación de los artículos 301 y 393 del C. de P.P., en cuanto considera que Reina Figueroa no es merecedor a la rebaja de pena establecida en el citado art. 301, por haber sido capturado en circunstancias de flagrancia y, en consecuencia, su confesión no constituye fundamento de la sentencia.

Al respecto, el casacionista argumenta que la flagrancia en que se produjo la captura de Reina Figueroa está referida al porte ilegal de un arma de uso privativo de las Fuerzas Militares, no así en cuanto al delito de Rebelión y gracias a la confesión del procesado se tuvo noticia de sus actividades subversivas y por ella se logró la incautación del armamento, luego, la confesión sirvió de fundamento para calificar su conducta en el tipo de la Rebelión, y por ello tiene derecho a la rebaja de pena establecida en el art. 301 del C. de P.P.

El demandante concluye pidiendo a la Corte que case la sentencia de 2 de noviembre de 1990 proferida por el Tribunal Superior de Orden Público para que;

"a) *Conceda y/o decrete a favor de Eulogio Reina Figueroa la eximente de punibilidad* de que trata el artículo 6o. del Decreto 2490 de 1988 y por ende, *disponga la libertad* del precitado *Reina Figueroa.*

"b) Decrete la Reducción de Pena de que trata el artículo 301 del C. de P.P.".

Concepto del Procurador Delegado:

El Ministerio Público presenta a la Sala el siguiente análisis de la demanda de casación:

"Cargo Primero:

El motivo de la inconformidad del libelista en este punto, es la errada interpretación de la ley sustancial (artículo 6 del Decreto 2490 de 1988) en que incurriera el Tribunal Superior de Orden Público, al estimar dicha Corporación que los requisitos señalados en el artículo pertinente no se cumplieron a cabalidad y por tanto resulta improcedente la concesión de la eximente de punibilidad.

A este respecto, debe resaltarse que tanto en primera como en segunda instancia, se aceptó por parte de los juzgadores la adecuación típica de la conducta en relación con el delito de *Rebelión* bajo la descripción de la legislación de emergencia (artículo 1o. del Decreto 1857 de 1989), que el procesado confesó el hecho delictivo que se le atribuyó desde su primera intervención procesal y que en el contenido de la versión rendida por el sentenciado, se encuentran datos muy importantes que orientan en el señalamiento de la responsabilidad penal de los demás autores de la infracción y el esclarecimiento de los hechos imputados al incriminado. La controversia, por tanto, no es de tipo probatorio, sino que se restringe a los marcos de la violación directa de la ley sustancial, tal como acertadamente lo planteó el censor en su demanda.

Ahora bien, el Tribunal de segunda instancia entendió que el artículo 6 del Decreto 2490 de 1988 regula la eximente de punibilidad bajo dos condiciones que deben cumplirse simultáneamente: el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en la ejecución del delito: Y aceptando la primera, negó la extinción de la punibilidad en concreto, al estimar que pese a la colaboración del procesado, ésta "en nada sirvió para que se estableciera responsabilidad penal alguna, diferente a la suya".

Cuestiona el Tribunal la eficacia de la colaboración prestada por el sentenciado, poniendo de presente que su conocimiento -según su interpretación de las pruebas- le permitía saber de muchos más aspectos relativos al grupo subversivo, que los que dejó plasmados en la injurada, de donde concluye que Reina Figueroa habría podido suministrar más informaciones que condujeran (sic) la (sic) señalamiento de la responsabilidad penal de otros autores del delito.

Para la Delegada es evidente el error de interpretación de la norma en que incurrió el Tribunal Superior de Orden Público. En efecto, el Artículo 6 materia de la demanda establece textualmente:

"Exímese de punibilidad. Quien después de haber intervenido como autor o partícipe en la comisión de los delitos de competencia de la jurisdicción de orden público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia.

Comprobada la colaboración, el imputado tendrá derecho a libertad provisional inmediata, sin necesidad de suscribir diligencia de compromiso o de otorgar caución".

La norma ciertamente, no es una disposición aislada dentro de la Política Criminal del Gobierno, fundamentada ésta en criterios de reconciliación nacional, que brinda por tanto a diversas clases de infractores de la ley, oportunidades y condiciones específicas que los impelan al sometimiento a la justicia y a su reinserción al seno de la sociedad civil. Es, por el contrario, una regulación coherente con los propósitos gubernamentales, en la medida en que ofrece la no materialización de la sanción a cambio de un eficaz ayuda para lograr el desvelamiento (sic) de hechos punibles y la deducción de responsabilidades a quienes persisten en la realización de actos criminales, como mecanismo que se ha considerado adecuado para reducir los niveles de violencia generalizada. Es dentro de este contexto en el cual se debe examinar el real alcance y contenido de la disposición.

Es verdad que la misma política criminal no es tan ciega que llegue a ofrecer eximentes de punibilidad a cambio de simples confesiones o por congraciarse con los infractores. Por ello, supeditó la concesión del beneficio a eventualidades precisas, comprobables y que deben estar acreditadas dentro de cada específica actuación. Ellas no son, sin embargo, como lo entiende el Tribunal, las sentencias condenatorias que se puedan proferir con base en las informaciones del procesado. Una tal concepción, haría depender la aplicación de la norma de un acto procesal, no de condiciones materiales predicables de la conducta que se exige al incriminado que desea acogerse a los beneficios de la disposición, lo que no es, a todas luces, lo que pretendio la ley sustancial en este caso violada.

Para el Tribunal Superior de Orden Público, las condiciones que se deben cumplir para el otorgamiento de la eximente de punibilidad, son en su orden: a.- El esclarecimiento de los hechos investigados y b.- La determinacion de la responsabilidad penal de los demás autores o partícipes del delito. A tal punto llega esta concepción, que en su oportunidad argumentó que la ayuda prestada por el procesado "en nada sirvió para que se estableciera responsabilidad penal alguna, diferente a la suya", haciendo eco en este punto, de la aseveración del juez de primera instancia.

No interpreta así la norma esta representación del Ministerio Público. La eximente de punibilidad está supeditada a la *Colaboración Eficaz* que hacia tales fines preste el imputado, debiéndose, por tanto, determinar al momento de la aplicación de la ley, en primer lugar cuál fue el efecto final de la ayuda suministrada por el procesado, pero también cuáles habrían podido ser las consecuencias procesales ciertas de ella, en la medida en que la eficacia exigida no depende, ni puede depender, exclusivamente de su propia actividad.

Quiere decir lo anterior que la colaboracion no puede examinarse simplemente como un problema de resultado, sino que han de contemplarse los demás factores que influyen en su posterior producción de efectos, pues si el concretar éstos se sale de las manos del autor o partícipe del hecho que ha suministrado la información relacionada con el hecho punible

y se trasladan a la actividad que pueda desplegar en un momento determinado un funcionario estatal, que por alguna razón se abstuvo de actuar o no aprovechó convenientemente la delación, mal puede privarse a quien tuvo la intención, acompañada de la acción y el proporcionar datos ciertos, de los beneficios de la norma.

Así, la colaboración eficaz es preciso analizarla con criterios de utilidad para la labor de investigación y procesamiento. Si ella contribuyó de manera efectiva al señalamiento de responsabilidades, o habría podido cumplir tales fines de contar con los medios adecuados para producirlos, debe ser atendida como tal e impone la eximente de punibilidad, independientemente de que se haya logrado o no proferir una sentencia condenatoria respecto a los sujetos delatados por quien pretende beneficiarse de la medida comentada.

Otra concepción -la exigencia de sentencia condenatoria contra terceras personas, por ejemplo , desborda los fines mismos de la norma y establece por fuera de ella condiciones que resultan imposibles de cumplir. De esta forma, bastaría que las instituciones del estado dejaran de desplegar su actividad, para hacer nugatorios los efectos de la disposición.

En el caso presente, no cabe duda alguna a la Delegada que *Reina Figueroa* suministró a las autoridades militares, en el terreno, los datos necesarios para que éstas no solamente recuperaran el equipo de campaña y unas pocas armas, sino que además se trasladaran hasta el sitio indicado por el incriminado con el fin de capturar a los demás integrantes de la célula subversiva; si ello no se logró, fue por circunstancias ajenas a la voluntad del sentenciado y por la poca persistencia de los militares quienes, al parecer, no continuaron la búsqueda de los alzados en armas por razones que hasta el momento son desconocidas, ya que no se establecieron procesalmente debido a la poca actividad del funcionario judicial que se encargó de formar el expediente.

Por otra parte, si la información no sirvió más que para deducir la responsabilidad penal del propio confesante, ello tampoco es imputable a él, pues el examen del proceso revela

la inactividad casi total del funcionario que lo tramitó, quien se limitó a seguir los mínimos pasos formales de una actuación judicial, sin mostrar empeño alguno en el esclarecimiento de los hechos y menos aún en el establecimiento de responsabilidades de terceras personas, ya que nada hizo -ni siquiera interrogantes al indagado- por tratar de individualizarlos.

El resultado dependió, en últimas, de la ausencia de voluntad de los miembros de la patrulla del Ejército para perseguir y aprehender a los subversivos, y de inactividad del juez que ningún esfuerzo desplegó, pudiendo hacerlo, para individualizar a los delatados, vincularlos al proceso, acreditar su participación y declarar su responsabilidad penal.

Tiene en ello razón el impugnante. El propio Coronel Silva Delgado, en su declaración, ratificó las aseveraciones del inriminado en este sentido y calificó la colaboración por él prestada con el espítelo (sic) de "máxima" y refirió la frustración del operativo por causas ajenas a Reina Figueroa, como también lo hizo el Capitán Benitez Ordóñez comandante de la patrulla que aprehendio al imputado.

El Juez de Orden Público, por su parte, nada hizo para establecer la verdad de los hechos, la identidad de los partícipes y su responsabilidad penal. Ni siquiera se tomó el trabajo de individualizar a cada uno de los delatados, o emplazar a quien fuera el ideólogo de la célula guerrillera y fue mencionado con su nombre y apellido (Jorge Mojica), o interrogar exhaustivamente al imputado y a los demás declarantes, sobre los hechos relacionados con el proceso; tampoco pidio informes sobre los hechos delictivos confesados plenamente por el indagado en su versión, en fin, nada hizo por concretar la colaboración que le brindara el ahora sentenciado.

No surge duda, así, que la no efectividad de la colaboración dependio de actitud asumida por los funcionarios estatales, no por la insuficiencia de la colaboración del acusado o su falta de voluntad, cuya colaboración fue eficaz y por tanto el negarse a reconocer el beneficio de eximente de pena, se traduce en una violación de la ley sustancial que debe ser corregida en casación, como así se solicitará.

Cargo Segundo:

Pese que se ha estimado la prosperidad del primer ataque contenido en la demanda, por ser el recurso de casación un juicio sobre la sentencia que amerita el examen de ella frente a los diversos vicios que se alleguen en la demanda, debe la Delegada ocuparse del segundo cargo propuesto.

Este no debe prosperar. En efecto, el sofisma sobre el cual se sustenta, demuestra lo equivocado del planteamiento hecho en el libelo. El censor, en este punto, alega que el procesado no fue sorprendido en flagrancia, pues su captura se produjo cuando portaba un arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas y la condena se fundamentó en el delito de rebelión que finalmente se consideró estructurado.

Olvidó el casacionista, sin embargo, que la imputación por porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares fue subsumida por la adecuación típica de la conducta que se hizo al delito de rebelión y por ello, que la flagrancia no puede referirse solamente al porte de armas, pues que tal comportamiento es parte integrante de la infracción que motivó la condena. Es decir, Reina Figueroa, percibido en un primer momento como infractor de una norma, se encontraba en actividades propias de la rebelión al momento de su aprehensión y de consiguiente la flagrancia es para este hecho punible y no para el simple porte de armas.

No se necesitan más razones para concluir que la rebaja de pena por confesión, prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal no podía reconocerse a su favor, en tanto que la norma exige como condición que el procesado no haya sido sorprendido en flagrancia. Pero, si lo anterior fuese poco, puede asimismo decirse que el propio Decreto 2490 de 1988, expresamente prohibió conceder rebajas de pena a los autores de delitos de competencia de la jurisdicción de Orden Público (artículo 4).

Así las cosas, la ley sustancial aludida por el censor en este cargo no fue vulnerada; sino, por el contrario, desarrollada en toda su plenitud y preciso alcance.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Consideraciones Finales:

El incumplimiento de los deberes funcionales del Juez Primero de Orden Público de Valledupar, que no desplegó su actividad tendiente al esclarecimiento de todos los hechos que deberían ser materia de ese proceso, su desidia en la investigación para determinar responsabilidades de terceros, su negligencia en averiguar la existencia de actuaciones penales por los hechos punibles confesados por el procesado, hacen aconsejable que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si lo considera pertinente, expida las copias que sean del caso para que se inicie investigación (sic) penal en contra del mencionado funcionario.

Así mismo, como el procesado confesó su participación en otros delitos (secuestro y homicidio) que no fueron materia de este juzgamiento ni existe constancia alguna de que estén siendo investigados por la jurisdicción penal, se debería expedir las copias pertinentes para su averiguación y se deberá poner el procesado *Reina Figueroa* a disposición de las autoridades competentes.

Por las razones anteriormente consignadas, la Procuraduría Tercera Delegada en lo Penal se permite sugerir a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

1.- *Casar* la sentencia objeto de impugnación por la prosperidad del primero de los cargos contenidos en la demanda y dictar sentencia de reemplazo, en la que se reconozca a *Eulogio Reina Figueroa* la eximente de pena contenida en el artículo 6o. del Decreto 2490 de 1988, disponiendo en consecuencia su libertad inmediata por este proceso.

2.- Expedir las cópias que sean pertinentes y remitirlas al Tribunal Superior de Orden Público para que allí, si fuere del caso, se inicie la investigación contra el Juez Primero de Orden Público de Valledupar, por incumplimiento de sus deberes oficiales.

3.- Ordenar la compulsa para que las autoridades jurisdiccionales competentes, investiguen, si fuere del caso, los delitos

de secuestro y homicidio cometidos por el procesado *Reina Figueroa* y referidos a su versión, poniendo al encartado a disposición del funcionario correspondiente"

Consideraciones de la Corte:

Al no plantearse discusión alguna en *el primer* cargo respecto de los hechos que condujeron a la condena de Eulogio Reina Figueroa como autor del delito de rebelión, la vía de impugnación extraordinaria escogida es acertada. El casacionista acusa una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del art. 6o. del decreto 2490 de 1988 que comprende tanto el contexto como el alcance de la norma, ya que considera que el rigorismo que se le imprimió en las instancias la hacen nulatoria y utópica en su aplicación.

Para dar respuesta a esta censura se procederá a delimitar el alcance del artículo en cuanto a qué debe entenderse por *colaboración eficaz*, y así establecer si la interpretación que le dio el *ad-quem* se ajusta o no a derecho.

La norma en cita titulada "eximente de punibilidad" estatuye en su primer inciso:

> "Quien después de haber intervenido como autor o partícipe en la comisión de los delitos de competencia de la jurisdicción de Orden Público, colabore eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución, será eximido de pena al momento de dictar sentencia".

La disposición se refiere a una prerrogativa relativamente reciente en el Derecho Penal Colombiano y circunscrita a los punibles de competencia de la jurisdicción de orden público, cuyo antecedente inmediato es el artículo 37 del decreto-ley 180 de 1988 que contemplaba dos situaciones, la colaboración eficaz que traía como consecuencia *reducción de pena* hasta en las dos terceras partes y la colaboración *totalmente* eficaz que daba al juzgador la posibilidad de ordenar la extinción de la acción penal. Este tránsito de legislación a criterio de la Sala no obedece a la humanización de la figura, a una mayor laxitud de ésta, como pretende el casacionista se entienda; simplemente, se conservó la misma *filosofía*, logrando una mejor técnica legislativa para evitar la redundancia entre

"colaboración eficaz" y "colaboración totalmente eficaz" ya que el adverbio "eficazmente" excluye la colaboración que no produce resultados; por ejemplo: aquél que pretende colaborar pero carece de datos positivos que permitan esclarecer los hechos e imputaciones penales concretas, o aquél que inventa imputaciones, coautores, etc, con el sólo fin de sustraerse a la sanción penal.

Se trata entonces de una figura jurídica donde el Estado prescinde de la aplicación de la pena con la clara finalidad de evitar la impunidad a través del esclarecimiento de delitos y vinculación de autores desconocidos, pero a ésta finalidad no es ajeno el procesado, por cuanto adquiere el deber de prestar una colaboración de tal entidad que se le pueda calificar de eficaz, sin que ello pueda *presumirse*, como lo plantea la Procuraduría Delegada en lo Penal al expresar que debe valorarse "... cuáles habrían podido ser las consecuencias procesales ciertas de ella..." (F. 51) cuando la eficacia no depende de su propia actividad.

Si colaboración es la ayuda que se presta a otro al logro de algún fin y la eficacia implica hacer efectivo un intento o propósito, como lo entiende la Sala, la conjunción de estos dos conceptos permite afirmar que la figura se completa cuando se ayuda y además se logra el resultado deseado, de donde se concluye que no basta el deseo o propósito de prestar cualquier colaboración sino que es necesario que produzca resultados positivos, los cuales han de concretarse en el esclarecimiento de los hechos y en la determinación de la responsabilidad penal de los copartícipes conforme a exigencia del legislador.

Es cierto que el concepto de "colaboración eficaz" debe ser evaluado respecto a cada caso concreto pero sin perder de vista la filosofía que le orienta. En el asunto que nos ocupa los aportes del procesado consistieron: En primer lugar en entregar su equipo de campaña que era su dotación, aspecto que se valora en cuanto a su confesión y su propio actuar delictual; luego, en dirigir a los agentes donde se encontraba una caleta con munición, ocasión en la cual es él quien textualmente expresa:

"... pero ésta (la munición) ya había sido recogida" (F. 3).

También entregó un equipo de dotación para una mujer, de quien el propio procesado no aportó ningún otro dato distinto al sexo; condujo a los agentes al sitio donde se encontraban sus compañeros de guerrilla pero estos huyeron del lugar ante la presencia de la tropa, y por último

señaló a Ricardo N., como el Comandante, a Reinel N., como el segundo, Marlene N., como radista y enfermera, Jorge Mójica como ideólogo y Ermindes N. Adenili N., como rasos.

Estos aportes no tuvieron la trascendencia que la norma exige, ya que solo ayudaron a imprimir veracidad a su confesión, pero en ningún momento determinaron responsabilidad penal frente a terceros. No es que la Sala exija la existencia de sentencia condenatoria para hablar de colaboración eficaz, pero sí, por lo menos, una plena identificación que permita a la justicia imputaciones concretas a personas determinadas, es decir, una seguridad en cuanto a los cargos para impedir que éstos se difuyan en "alias" que a nada seguro conducen. Es más, el dicho del señor Eulogio Reina Figueroa carece de comprobación, pues no existe prueba alguna que avale que efectivamente Ricardo, Reinel, Marlene, Jorge Mojica, Ermides y Adeline corresponden a alias de guerrilleros, o que éstos existan y menos que ocupen los cargos que se les asigna en la organización insurgente; de otra parte, su colaboración se turna equívoca cuando en la indagatoria involucra al señor Jesús Galvis como guerrillero, afirmando que éste respondio a un soldado, que él se dirigia por un equipo de campaña y que los compañeros se encontraban más arriba en una finquita, ya que la verdad es que dicho señor desconocia éstas actividades y había sido obligado a que transportara en la parrilla de su moto al señor Eulogio Reina Figueroa.

Se afirma por el casacionista que son los propios capitán Benítez Ordóñez y Coronel Silva Delgado quienes califican de eficaz la colaboración del capturado; al respecto conviene señalar que si bien su concepto es importante, la valoración corre a cargo de los jueces, y es más, el Teniente Coronel Hernán Silva Delgado no participó en el operativo y lo que sabe del caso es por información del Capitán Hugo Benítez Ordóñez, y quien al declarar jamás califica de eficaz esa colaboración, limitándose a expresar que el aprehendido manifestó su deseo de colaborar e incorporarse al ejército y que recibió buen trato (Fls. 75 ss.).

Ante lo afirmado en relación con las informaciones dadas por el señor Eulogio Reina Figueroa, en el sentido de no haber producido resultados positivos porque los cuerpos armados del Estado y el Juez de Orden Público omitieron su deber operativo e investigativo, se acepta que faltó diligencia pero ello no puede dar paso a que con base en lucubraciones se califique de eficaz lo que no dio frutos y así eximir de pena a Eulogio Reina Figueroa, porque por parte de la defensa tampoco hubo impulso

en este sentido para que esta figura de "eximente de punibilidad" tuviese concreción cierta y siendo un beneficio de carácter excepcional, especial y exclusivo, su verificación compete a todos los extremos de la relación jurídica procesal.

La comprobación plena de la colaboración eficaz es requisito *sine qua non* para proceder a conceder el beneficio, tanto es así que el inciso 2o. del art. 6o. del decreto 2490 de 1988 estatuye que el procesado tendrá derecho a la libertad provisional *previa comprobación* de su colaboración, luego mayor rigor debe exigirse cuando ya no se trata de la simple libertad provisional, sino del reconocimiento del eximente de punibilidad.

Por lo hasta aquí acotado, el primer cargo no prosperará al no haberse violado norma sustancial de derecho penal, ya que la interpretación realizada se ajusta a derecho.

El segundo cargo también ha sido planteado como una violación directa de la ley sustancial por equivocada interpretación de los artículos 301 y 393 del Código de Procedimiento Penal, ya que el señor Reina Figueroa confesó el punible y a pesar de ello el Tribunal Superior de Orden Público no reconoció la reducción de pena por confesión, sustentando su no aplicabilidad en la existencia de un estado de flagrancia que la excluye. Al respecto conviene advertir que éste reproche no es incompatible con el planteamiento formulado en la primera censura, por cuanto, el estado de flagrancia es irrelevante en la concesión del eximente de punibilidad establecido en el artículo 6o. del decreto 2490 de 1988.

Volviendo al análisis de la censura que se propone en segundo lugar, puede adelantarse que ésta no está llamada a prosperar, porque naturalista y jurídicamente el porte de armas y el punible de rebelión son inseparables cuando de un guerrillero se trata, debido a que el uso de las armas es un elemento estructurante de la descripción típica del delito de rebelión y por ende lo subsume. Es así como al lograrse la aprehensión de Reina Figueroa éste se encontraba en actividades propias del grupo insurgente de las FARC, frente Nro. 20, al cual pertenecía, pues venía de uno de los campamentos en donde acababa de sostener una reunión con sus compañeros rebeldes, se dirigía a Casa Blanca con el objeto de recoger su equipo de dotación el cuál contenía vituallas y armamento, y constituía parte integrante del pie de fuerza de dicha organización, con misiones específicas como las de participar en

operaciones de secuestro, extorsiones y ajusticiamientos en el sur del Cesar. Por lo demás fue fácil sospechar de su calidad de alzado en armas por estar vistiendo un pantalón de uso privativo de los cuerpos armados, condición que ocasionó la requisa y permitió hallar el arma que portaba ilegalmente. En síntesis, el señor Eulogio Reina Figueroa al momento de ser capturado estaba consumando el delito de rebelión, cuyo carácter de permanente permite predicar la prolongación de la conducta en el tiempo hasta que se realice el último acto de insurgencia. De allí que el estado de flagrancia sea común para los dos comportamientos delictuales.

De donde se concluye que en ningún momento ha habido errónea interpretación de una norma sustancial de Derecho y, por el contrario, su correcta aplicación impone el rechazo del cargo formulado en segundo lugar, tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación.

Compúlsense copias del expediente con destino a la Procuraduría Departamental de Valledupar, con el fin de que decida sobre la procedencia de la apertura de una investigación disciplinaria contra los Jueces que tuvieron a su cargo la investigación, en razón de la desidia que se advierte frente a los graves hechos de extorsión, secuestro y ajusticiamiento confesados, por el procesado Reina Figueroa, respecto de los cuales ni siquiera se le interrogó concretamente.

Ninguna decisión adoptará la Sala en este fallo con respecto a la petición que formuló el defensor del sentenciado, para que a éste se le rebaje el *quantum* de la pena impuesta por el Tribunal Superior de orden Público, con fundamento en el art. 31 de la C.N., puesto que tal solicitud se resolvió negativamente mediante auto del 15 de agosto de 1991.

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 impugnado.

Compulsar las copias ordenadas en esta providencia y remitirlas a la autoridad señalada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSOR - De oficio

El derecho de defensa impera frente a la facultad que tiene el Juez para designar apoderado de oficio.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta número 067 (3 jun./92). Segunda Instancia No. 7157

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante providencia de octubre 31 de 1991, formuló resolución de acusación al doctor Pedro María Rodríguez Montealegre, Juez Unico Superior de Pitalito (Huila), como presunto responsable del delito de prevaricato por omisión. En la misma providencia le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución en el equivalente a un salario mínimo mensual, y se ordenó la compulsación de copias para la investigación disciplinaria a que hubiere lugar, respecto a la conducta de los abogados Alvaro Lozano Mosquera y Oscar Higuita Pérez, por "no concurrir por una sola vez cada uno al lugar señalado para la realización de la audiencia pública".

Rituado el trámite propio del recurso y escuchado el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, procede la Corte a resolver la apelación.

Hechos y Actuación Procesal:

La Delegada los sintetiza en los siguientes términos:

"El lunes tres (3) de diciembre de 1990 fue el día señalado por el Juez Unico Superior de Pitalito (Huila), doctor *Pedro Rodríguez Montealegre*, para llevar a cabo la diligencia de audiencia pública en las causas acumuladas que en su despacho cursaban contra Jesús Alfonso Ferreira Villegas y otros, por los delitos de Peculado, Enriquecimiento ilícito, Celebración indebida de contratos, Falsedad y Encubrimiento, cometidos en detrimento del fisco del Municipio de Pitalito.

"La no asistencia, por enfermedad certificada en la fecha indicada, del defensor de confianza del procesado Mario Ricardo Cortés Mateus, doctor Alvaro Pío Lozano Mosquera, impidio que tan trascendental acto de juzgamiento tuviera su comienzo (fls. 3-6 y 194-197). Hubo necesidad entonces de programar nuevamente la audiencia pública para el lunes 14 de enero de 1991 a la misma hora de las nueve de la mañana, (Fls. 198-200), pero otra vez la iniciación del debate público se frustró merced a la no asistencia, igualmente justificada por quebrantos de salud, del defensor contractual de otro de los implicados no detenidos doctor Oscar Higuita Pérez (fls. 18 y 202-206).

"En esta segunda ocasión el funcionario, en el acta que al efecto levantó, fijó el 4 de febrero siguiente como tercera fecha para celebrar la citada diligencia, quedando notificados en estrado todos los sujetos procesales concurrentes (Fls. 19 y 202-206).

"En el devenir de estos actos, el imperioso paso del tiempo marcó la pauta para que los defensores de los enjuiciados detenidos deprecaran su libertad provisional en los términos del artículo 439, numeral 5o., del C. de P. Penal (modificado por el art. 23 del Decreto 1861), por haber transcurrido seis (6) meses de privación efectiva de la libertad, contados a partir de la ejecutoria de la respectiva resolución acusatoria sin que la no iniciación del acto público pudiera ser imputada al procesado o a su defensor (Fls. 27-38).

"Ante la realidad fáctica y jurídica mencionada en precedencia, el Juzgado Unico Superior de Pitalito, mediante interlocutorio calendado el 23 de enero de 1991 accedio a las pretensiones de los libelistas, señalándoles a cada uno de los procesados

la cuantía correspondiente de la caución que debían constituir para garantizar su posterior comparecencia al proceso.

"Los anteriores hechos fueron, en esencia, determinantes de la denuncia formulada por el apoderado de la parte civil en los acumulados procesos, en extenso escrito del 28 de enero de 1991 dirigido al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, convenientemente ratificada, contra el titular del Juzgado Unico Superior de Pitalito, doctor *Pedro María Rodríguez Montealegre*, insinuándose que 'Con la libertad provisional decretada por el Juez... y su Secretario Ernesto Villegas Cuéllar, se habría podido incurrir en conductas sancionadas por el Código Penal al haberse proferido una resolución judicial manifiestamente contraria a la ley y, por parte de los apoderados, pudo haberse cometido la conducta consistente en inducción en error a un empleado oficial para obtener una resolución contraria a la ley. Estos hechos son los que pido se investiguen' (**Fls.** 54).

Con base en los hechos delatados, el Tribunal Superior de Neiva inició la investigación penal correspondiente. Dispuso al efecto la práctica de varias diligencias por conducto de funcionario comisionado (Juzgado 10 de Instrucción Criminal de Neiva) que cumplió a cabalidad el encargo y por lo mismo al regresar el sumario al comitente éste declaró cerrada la investigación el 25 de abril de 1991.

"En el período de alegaciones se manifestó el defensor del imputado con la tesis de la inexistencia de delito por atipicidad de la conducta, con cuyo fundamento depreció la cesación del procedimiento. Por su parte, el Fiscal 1o. de la Corporación, en extenso concepto, sugirió la calificación del sumario con resolución acusatoria contra el indagado doctor *Pedro María Rodríguez Montealegre* por los delitos de abuso de autoridad, por acto arbitrario o injusto, en concurso material homogéneo y sucesivo, y prevaricato por acción, en concurso heterogéneo.

El Juez *a quo* acogió parcialmente la opinión del Agente del Ministerio Público, profiriendo resolución acusatoria únicamente por el delito de Prevaricato, modalidad omisiva".

Providencia Impugnada:

En el calificatorio se le atribuye al acusado la conducta prevista en el artículo 150 del Código Penal, por haber omitido un acto propio de sus funciones, "al abstenerse de dar aplicación al art. 165 del C.P. Penal, a pesar de haberse dado todas las condiciones para ello", ya que señalada la fecha y hora para la práctica de la audiencia pública, en dos ocasiones, y notificadas las partes, al no comparecer uno y otro de los defensores de los procesados, en su oportunidad respectiva, "el funcionario tenía la facultad de designar uno de oficio, entendiéndose de esta manera protegida la garantía del derecho de defensa que nunca podrá ir hasta el extremo de tener que atender absolutamente todas las exigencias del procesado, porque así pasarían a éste prerrogativas que sólo son propias de aquel en cumplimiento de su delicada misión, para lo cual necesita ser el director supremo con la sola limitación de la observancia de las normas constitucionales y legales. Esta inversión de roles permitió que en ese proceso no se pudiera ni siquiera iniciar la vista pública ...llegándose a cumplir más de seis meses a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, estando detenidos físicamente varios implicados lo que originó la concesión del beneficio de libertad".

El Tribunal plantea algunas consideraciones, frente a la tesis del defensor, del acusado y de algunos declarantes, en el sentido de que el desplazamiento del defensor de confianza por el de oficio conculca el derecho de defensa, máxime cuando se trataba de un voluminoso expediente, circunstancia que hacía imposible la lectura en corto tiempo de las cinco causas acumuladas, y por ello ningún profesional responsable habría aceptado esta designación. Ellas son; según el artículo 138 del Código de P. Penal este cargo es de forzosa aceptación, sólo excusable por razones expresamente señaladas en esta norma, y al haberse presentado en la misma causa un número significativo de profesionales del derecho, "para salvar la buena imagen de la justicia, sin necesidad de salirse de los lineamientos legales, el juez no solamente había podido sino que debió designar a uno de ellos, ya conocedores del proceso por haberlo estudiado, para que ejerciera este cargo con la única condición de que no existieran intereses contrarios o incompatibles con los del procesado que ya representaba".

Predica el Tribunal que el funcionario no desconocía esta posibilidad de solucionar el impase, pues por auto de enero 11 de 1991 había designado defensor de oficio del acusado Héctor Gómez al doctor Mario García

Ibatá quien no aceptó por concurrir en él causa legal de excusa. Fue así como hubo que designar como tal al doctor Reinaldo Polanía Polanía, quien venía actuando en calidad de defensor contractual del procesado José Lisímaco Liévano Bonelo, no sin antes advertir que entre este y aquél no existían intereses contrapuestos que impidieran ejercitar simultáneamente la defensa de ambos. En consecuencia, concluye que no ejecución funcional que se hecha de menos en las dos oportunidades procesales "se hizo a conciencia del deber omitido y sin dar una razón valedera que realmente explicara la conducta asumida por el funcionario". De esta manera ve "demostrada la tipicidad del hecho", conforme al artículo 150 del Código Penal.

Fundamentos de la Apelación:

Inconforme con la anterior determinación del Tribunal, el defensor del acusado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. Sustenta su desacuerdo con los siguientes argumentos:

Insiste el impugnante en la atipicidad de la conducta de su defendido, pues la que se le atribuye por "no haber dado aplicación al art. 165 del C. de P. Penal a vísperas de la audiencia, con el solo pretexto de que quizá al menos diera iniciación a ésta, no constituye 'prevaricato'".

Hace notar cómo el juez implicado manifestó en la indagatoria que conocía la existencia de la norma, sólo que en su concepto jurídico formado en veinte años de servicios a la Rama y luego de haber consultado y oído diversos criterios para el caso no le resultaba aplicable, pues ello sólo procedía en la etapa investigativa, mas no en la del juicio y menos en la audiencia. Estima que esta circunstancia es suficiente para colegir que la conducta devenida del criterio jurídico, aunque no sea compartida por algunos, no puede válidamente ser susceptible del estatuto represor por carencia absoluta del elemento culpabilidad; pensar lo contrario sería admitir que todos los jueces que comparten este criterio, estuvieran prevaricando.

Relieva que toda la actuación jurisdiccional del procesado estuvo siempre precedida de la "intención sincera de acertar", con independencia, obedeciendo sólo los dictados de su propia convicción jurídica, sin hacer caso de las presiones externas, por lo que fue indiferente a la denuncia penal que sabía se le venía encima; de no haber sido así, hoy estaría respondiendo de una denuncia por detención arbitraria en lugar de la de prevaricato por omisión.

Agrega que la libertad provisional que otorgó resulta procedente, "su auto fue confirmado". Inclusive su conducta estuvo ajustada al estatuto disciplinario, tal como lo revela el fallo absolutorio proferido.

Señala que la facultad del juez para nombrar defensor de oficio no es omnímoda ni ilimitada. Cuando el procesado nombra su abogado de confianza, este resulta insustituible por el juez, principalmente en la audiencia pública, pues, en ella "se materializa y hace más connotable" el ejercicio del derecho de defensa; y no puede ser reemplazado por el solo hecho de que habiendo sido notificado previamente, no comparezca el día y la hora fijados, porque el derecho a tener un defensor de confianza encuentra su fuente en el art. 29 de la Constitución Nacional y solo en los casos en que el procesado no haga uso de la citada garantía, o no haya defensor público o fuere imposible designarlo inmediatamente, se abre la posibilidad de designar uno de oficio.

Cada una de las etapas del proceso penal cuenta con normas específicas que a su vez constituyen *"Las formas propias de cada juicio"*. De ahí que el Código de Procedimiento Penal esté dividido en libros, "uno para las *Disposiciones Generales*, otro para *la investigación*, otro para *el juicio* y al hallarse ubicado el artículo 165 dentro de las Disposiciones generales (Capítulo I) para las normas de ritualidad de la actuación procesal -o instrucción propiamente dicha- (Título IV) del Libro Primero, resulta evidente que es aplicable, de rigor eso sí, en la etapa instructiva. Mas no en el juzgamiento".

Aduce que la etapa del juicio tiene en el Libro Tercero todas las normas que la regulan, ninguna de las cuales contempla la posibilidad de que al acusado se le nombre defensor, pues se da por descontado que al llegar a este estadio procesal aquél ya cuenta con uno de confianza o de oficio, al cual le obliga la asistencia a la audiencia en salvaguarda de la garantía de defensa. De no ser así, el legislador habría reglamentado esa situación en el mismo artículo del C.P.P. que impone la asistencia obligatoria a la audiencia, señalando, verbigracia, "...si éste -el defensor- no asiste se le nombrará oficiosamente su reemplazo..." dejando así paso expedito a la iniciación del acto público. Recuerda al respecto una jurisprudencia de la Corte en la que se afirma que "el incriminado nunca pierde... el derecho de nombrar libremente su defensor de confianza, en cualquier etapa o estado del proceso.

Finalmente, luego de señalar como desatinada la estimativa del Tribunal, acude, para abundar en la tesis que esgrime a lo dicho por los

propios autores del Código de 1987 quienes fijaron con total claridad los alcances en esta materia, "Reforma de la Justicia" Páginas 25 y 26.

El Tribunal, en interlocutorio de diciembre 16 de 1991, no aceptó los argumentos de la defensa y reiteró sus anteriores puntos de vista.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, sugiere a la Corte Revocar el auto impugnado y en su lugar, proferir cesación de procedimiento en favor del juez acusado, por cuanto considera que aparece plenamente comprobado "que la conducta es atípica".

Afirma que es un hecho cierto que la diligencia de audiencia pública no se inició, "pues su comienzo no está determinado por la opinión de los participantes en ella o del criterio de quienes se encuentren realizando la situación, sino de la realización de actos concretos que constituyan en verdad, la apertura del debate público sobre los hechos materia de juzgamiento. Así cuando el funcionario acusado levantó un acta de lo acontecido en cada una de las oportunidades, su contenido le confiere a dicho documento la calidad de una simple constancia, pues allí no se hace otra cosa que referir los hechos específicos, ninguno de los cuales puede entenderse como acto propio de la audiencia... Claro queda, entonces que las condiciones de hecho determinantes de la liberación de los procesados por vencimiento de términos tuvieron real ocurrencia".

Respecto a la verdadera censura que se hace al Juez indagado, sostiene que es bien sabido que el proceso penal actual tiene una franca tendencia a proteger al máximo el derecho de defensa. La figura del defensor quedó robustecida con la expedición del Código de Procedimiento Peral de 1987, sobre la estructura y alcance de la institución de la defensa se anotó "que nadie con justa razón podría tildarla de restrictiva en su funcionamiento dentro del proceso penal" y que no podía ser inferior en un país como el nuestro, respetuoso del Estado de Derecho y con una sólida tradición jurídica en la materia". Cita como ejemplo, que el ordenamiento en comento permite "que todo acusado de un hecho punible pueda designar defensor aunque se encuentre eludiendo la acción de la justicia, como que *"Ningún beneficio recibirá la administración de justicia al preferir un defensor de oficio"*.

Agrega que nadie desconoce y así se expresa en los trabajos preparatorios del referido Código, que la defensoría ha funcionado mal

en nuestro sistema procesal. Consecuente con ello nació la Defensoría Pública, remunerada por el Estado y destinado a suplir la carencia de defensor de confianza de los procesados de escasos recursos económicos. "Con el fin de proveer una eficaz garantía de la defensa, el juez contará con amplísimas facultades para intervenir cuando un abogado ejerza la defensa de dos o más procesados y entre ellos existan intereses contrarios o incompatibles". "La conveniencia de este control judicial es evidente. No todos los procesados están en capacidad de advertir oportunamente aquella situación desventajosa en que puedan hallarse, acaudillada por el silencio del defensor común (Art. 134)".

Señala que el legislador de 1987, estableció el derecho que tiene el procesado de designar desde un principio, además del defensor principal, el sustituto nombrado por este (art. 133). De esta manera el procesado tiene asegurada su asistencia profesional en todo momento y la defensa puede ser ejercida "alternativamente".

En la constitución anterior la garantía de defensa se institucionalizó como una de "las formas propias del juicio" en el art. 26 y la Corte, en su desarrollo jurisprudencial, precisó su tutela con la depuración doctrinaria de las nulidades supralegales, criterios que fueron recogidos expresamente en el C. de P.P. de 1987 -art. 305- que contempla como causal de nulidad legal el socavamiento de tan importante derecho. Hoy nuestro sistema constitucional tiene consagrada esta garantía inviolable, como fundamento de nuestro régimen democrático de derecho y por lo mismo "no puede ser suspendida siquiera en situaciones excepcionales".

Concluye que constitucional y procesalmente, se reconoce al procesado desde que surja la imputación hasta la terminación del proceso, el derecho de estar asistido por un abogado de su entera confianza (art. 130 C.P.P.), que "no puede ser suplido en el juicio por la asignación de un defensor de oficio o defensor público, habida consideración de que la intervención de estos últimos es de naturaleza residual o subsidiaria, es decir que su actuación depende de la eventualidad de que el procesado no designe su defensor. Es, pues, un derecho que está por encima de la facultad que la ley le otorga al Juez para que lo designe de oficio (art. 380 C.P.P.)".

Expresa que por tal razón, dice Bernal Cuellar, la Corte ha sostenido que constituye nulidad "la comisión de todo hecho que implique un abusivo desconocimiento oficial de la absoluta libertad e independencia

que deben rodear la voluntad expresa del acusado" en asunto de tanta importancia para él como el escogimiento del profesional a quien debe confiar la defensa de su honra y de su libertad".

Precisa que ha sido doctrina de la Corte, elevar a rango de nulidad supralegal o jurisprudencial, la indebida sustitución del defensor escogido por el reo en otra personal, sin mediar expreso consentimiento suyo. Hoy, la situación continuaría causal de nulidad legal por transgresión del derecho de defensa (art. 305.3 C.P.P.).

En consecuencia estima el señor Procurador Delegado, que "mal podría el funcionario incriminado, sin ton ni son, sustituir el defensor escogido por el procesado por uno de oficio, por la única razón de su no comparecencia a efecto de iniciar la audiencia pública previamente señalada y notificada a todos los sujetos procesales. Cuando el Juez Penal se encuentra ante una situación como ésta, el art. 138 del Ordenamiento Procesal Penal le señala el procedimiento que debe seguir ...De acuerdo con este precepto, al Juez no le es lícito desplazar ipso facto al defensor incumplido, previamente deberá requerirlo para que explique su falta y si esta resulta justificada quedará exento de la sanción preestablecida. Fue lo que hizo el acusado funcionario. Como él no podía conocer el motivo que el profesional había tenido para no estar presente a efecto de la realización de la audiencia pública, requirió en su oportunidad, a cada uno de los defensores y como resultado de ese requerimiento devino la respectiva excusa por quebrantos de salud debidamente avalada documentalmente y de contera la correspondiente nota de justificación".

"Se imponía, pues, el inicial requerimiento al defensor, y agotado éste, se contraría con elementos objetivos de juicio que llegan a la decisión de su reemplazo por uno oficioso, pues no resultará respetuoso del derecho a la defensa sustituir al apoderado contractual por el mero hecho de su inasistencia justificada".

Por lo expuesto, considera que tiene alguna razón lo dicho por el defensor y el acusado, cundo al unísono señalan, que el artículo 165 del C.P.P. "no es aplicable *preferentemente* en la etapa del juzgamiento donde la defensa tiene una mayor labor de discusión y ha de ser protegida con una mayor cobertura porque está encaminada a discutir los elementos probatorios de la acusación, lo que a su turno implica una mayor actividad y conocimiento del expediente que no puede adquirir a última hora el defensor designado en el acto de la audiencia".

"La audiencia pública es una diligencia de connotación especialísima, que a juicio de la Delegada impone un tratamiento judicial más cuidadoso para que no se prive al acusado de oportunidades de defensa debidamente planificadas por su defensor contractual, labor que no podrá cumplir de manera eficiente un defensor designado a última hora en el acto mismo de la instalación de la audiencia".

Estima que al Juez no le era exigible, como lo pidiera en su oportunidad el apoderado de la parte civil, ahora denunciante, la sustitución del defensor contractual de uno y otro de los procesados que no asistieron a la audiencia pública, "porque doctrina y jurisprudencia patria están de acuerdo con la teoría de la 'Defensa unitaria y contínua', según la cual '...no puede existir un solo momento en que se restrinjan las posibilidades defensivas del imputado, así posteriormente en otra etapa del proceso, se garantice plenamente el contradictorio'.

"Desplazado el defensor designado por el procesado, el sustituto de oficio cuya aceptación del cargo devino forzosa sin conocer en detalle el proceso y por lo tanto de improvisada actuación, no sería más que un convidado de piedra para formular la iniciación de la audiencia pública y de esta manera funcionar como barrera para una ulterior petición del procesado. Esto que de por sí repugna a la pureza del procedimiento preestablecido, no sirve más que para eso, dado que al cesar el motivo por el cual el defensor de confianza no compareció el acto, éste tiene el derecho de continuar ejerciendo su noble actividad, y, entonces, en últimas, aquella pretensa solución resultaría necia, como en efecto lo es".

Observa el Colaborador Fiscal, que la actuación jurisdiccional del acusado en aquel proceso fue siempre transparente y como lo reconoció el Tribunal, varios declarantes e incluso la apoderada de la parte civil y el representante del Ministerio Público, "hasta el momento de la audiencia ...se había mostrado diligente..."

"Por manera que comportamientos de esta naturaleza jamás pueden tipificar el hecho punible de prevaricato, en este caso por omisión, puesto que éste nunca existió".

"El estudio serio y coherente realizado por el funcionario aleja la comisión del delito de Prevaricato, el cual no puede fundarse en la disparidad de criterios expuestos por el funcionario acusado y el señalado por las partes del proceso".

Al respecto, cita aparte de un pronunciamiento de la Corte para aducir de los hechos cumplidos por el procesado no ameritaban siquiera la iniciación de este proceso.

Finalmente advierte que las otras irregularidades a que se refiere el denunciante, y fueron materia de debate y cuestionamiento en el trámite cumplido en aquel proceso, sin embargo, plantea algunas breves consideraciones para concluir que merecen "rechazo por ser infundadas".

En cuanto a la orden de compulsar copias para que se investigue disciplinariamente a los abogados defensores que no asistieron a la audiencia pública, estima que "ella no procede al estar acreditada la justa causa que precedio al incumplimiento del ejercicio del cargo".

Consideraciones de la Corte:

1o. Al doctor *Pedro María Rodríguez Montenegro*, Juez Unico Superior de Pitalito, se le atribuye la conducta prevista en el artículo 150 del Código Penal, por haber omitido un acto propio de sus funciones al abstenerse de dar aplicación al artículo 165 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de haberse dado todas las condiciones para ello.

El reproche que se hace al acusado se fundamenta en que la falta de designación de defensor de oficio, en reemplazo del contractual no concurrente a la diligencia de audiencia pública, hizo que esta no se pudiera iniciar el 3 de diciembre de 1990, fecha de la primera fijación, ni el 14 de enero del año siguiente, ocasión en que también faltó otro de los defensores y se adoptó idéntica posición por parte del Juez, "presentándose mientras tanto el paso inexorable del tiempo, llegándose a cumplir más de los seis meses a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria estando detenidos fisicamente varios implicados, lo que originó la concesión del beneficio de su libertad".

2o. Está estableciendo que la diligencia de audiencia pública no se inició por causas ajenas a los detenidos y sus respectivos defensores, quienes estuvieron atentos a las sitaciones del juzgado y transcurridos más de seis meses de privación efectiva de la libertad, contados a partir de la resolución acusatoria, el Juez no tenía otra alternativa que conceder el beneficio de libertad solicitado. En tales condiciones, la providencia de enero 25 de 1991 no es contraria a la ley, pues las condiciones de hecho consagradas en el numeral 5o. del artículo 439 del Código de Procedi-

miento Penal tuvieron real ocurrencia, por ello el Tribunal encontró conforme a derecho la decisión liberatoria que fue confirmada por otra Sala de Decisión al desatar el recurso de apelación oportunamente interpuesto.

3o. En lo que respecta a la censura que se hace al funcionario acusado en el calificatorio, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

a) Como atinadamente lo señala el Colaborador Fiscal de esta Corporación, no hay duda de que el hecho que ha dado origen a esta actuación se subsume en un enfrentamiento de criterios entre el denunciante y el procesado, pues mientras el primero en defensa de sus intereses propugna por la aplicación que ha debido hacerse del art. 165 del Código de Procedimiento Penal, el segundo estimó inaceptable tal postura.

Las explicaciones ofrecidas por el Juez en su indagatoria, resultan lógicas y coherentes para respaldar la tesis de que el artículo 165 no era aplicable en la etapa del juicio, concretamente en la audiencia pública, pues en su criterio, al designar un defensor de oficio en reemplazo del contractual se estaría violando el derecho de defensa del correspondiente acusado.

Lo expuesto es suficiente para que no se estructure el delito, como lo ha sostenido la Corte en pronunciamiento de febrero 13 de 1991 que reitera la tesis planteada en agosto 20 de 1985, en el sentido de que "la sola diferencia de criterios en cuanto a la exégesis y posterior aplicación de la ley, suscitada entre el funcionario y las partes y/o sus apoderados, no acredita el que se califique la conducta como prevaricadora".

b) No admite discusión, que la audiencia pública por su naturaleza especialísima, exige un tratamiento cuidadoso por parte del juez para evitar que se prive al acusado de la oportunidad de una verdadera defensa técnica debidamente planificada, que obviamente no puede ser ejercida por un defensor de oficio designado a última hora en el acto mismo de la instalación de la audiencia.

Luego no resulta consecuente pretender que el juéz cuyo deber es defender la eficaz garantía del derecho de defensa, desplace al defensor designado por el procesado por uno de oficio, con el único fin de formalizar la iniciación de la audiencia pública y de esta manera evitar una ulterior petición de libertad de los procesados detenidos, lo que en verdad repugna a los fines del procedimiento preestablecido.

c) Como lo observa el señor Procurador Delegado, al juez acusado no le era exigible la sustitución del defensor contractual de uno y otro procesado que no asistió a la iniciación del debate público, porque jurisprudencia y doctrina están de acuerdo con la teoría de la "Defensa unitaria y continua", según la cual "no puede existir un solo momento en que se restrinjan las posibilidades defensivas del imputado, así posteriormente, en otra etapa del proceso, se garantice plenamente el contradictorio".

En tales condiciones resulta desatinada la consideración del Tribunal, en el sentido de que el juez pudo iniciar la audiencia "y en su oportunidad suspenderla, señalando el día y la hora para continuarla, dando tiempo mientras tanto para que el nuevo defensor estudiara el infolio". Olvida el *a-quo* que una vez justificado el motivo por el cual el defensor de confianza no compareció el acto, tiene el derecho de continuar ejerciendo la actividad de defensa encomendada por el procesado.

d) La Sala comparte integralmente los argumentos planteados por la defensa y el Ministerio Público, en cuanto a que el derecho que constitucional y procedimentalmente se reconoce al procesado de estar asistido por un abogado de su entera confianza, desde que surja la imputación en su contra hasta la terminación del proceso (art. 130 C.P.P.) no puede ser suplido en el juicio por la designación de un defensor de oficio o defensor público, habida consideración de que la intervención de estos últimos depende de la eventualidad de que el procesado se abstenga de ejercer el derecho de nombrar su propio defensor, evento en el cual la ley entra a suplir esta función.

La indebida sustitución del defensor escogido por el reo sin mediar expreso conocimiento suyo, constituiría una agresión del derecho de defensa y por ende la causal de nulidad legal consagrada en el art. 305 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal.

e) El derecho de defensa tutelado por la Constitución, está por encima de la facultad que la ley le otorga al juez para que designe un apoderado de oficio. Por esta razón, no es dable pretender que el funcionario sustituya al defensor escogido por el procesado por uno de oficio por la única razón de su no comparecencia a efecto de iniciar la audiencia pública previamente señalada y comunicada a los sujetos procesales, pues como lo señala el Procurador Delegado, cuando el juez penal se encuentra ante una situación como ésta, el artículo 138 del Ordenamiento Procesal Penal le señala el procedimiento que debe seguir; "el defensor ...que hubiera

aceptado el nombramiento hecho por el procesado, que sin justa causa no cumpla con los deberes que el cargo le impone, será requerido por el Juez para que lo ejerza o desempeñe , conminándolo con multa hasta de dos salarios mínimos que impondrá el juez cada vez que haya renuncia, sin perjuicio de las otras sanciones establecidas en la ley".

Agotado este procedimiento y advertido el propósito del defensor de entorpecer el trámite o su imposibilidad indefinida para seguir actuando, puede requerirse al implicado para que cambie de defensor o de lo contrario se le nombre uno de oficio, pues la garantía no lleva hasta el extremo de que el juez quede atado al capricho del acusado o de su abogado para poder continuar el proceso.

De acuerdo con el precepto citado, se imponía para el juez, como lo hizo el inicial requerimiento, en su oportunidad, a cada uno de los defensores, y como consecuencia de ello devino la excusa por quebrantos de salud avalada documentalmente. Sustituir el apoderado contractual por el hecho de su inasistencia justificada, iría en detrimento del debido respeto que merece el derecho a la defensa.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que el comportamiento del Juez Unico Superior de Pitalito, fue por sobre todo respetuoso de la institución de la defensa, atendiendo a los dictados de la ley y el derecho, por manera que no se tipifica el punible de prevaricato por omisión que se le endilga, conforme lo ha venido alegando con reiteración el impugnante.

4o. En cuanto a las otras irregularidades que según el denunciante estuvieron encaminadas a procurar la excarcelación de los procesados privados de libertad, resultan suficientes las observaciones que se harán a continuación, para concluir que le asiste toda la razón al Procurador Delegado, cuando sostiene que merece su rechazo por ser infundadas.

Como lo consideró el Tribunal, no existe irregularidad en el hecho de que el funcionario acusado hubiere fijado una caución mínima a uno de los procesados, pues en realidad en ello "no se advierte una intención desviada del recto proceder, sino una diferencia de criterio al estimarla".

El Tribunal Superior de Neiva, por conducto de la Sala de Decisión diferente, mediante proveído de febrero 26 de 1991 declaró infundadas las recusaciones hechas por el apoderado de la parte civil al juez acusado y al Secretario.

El recurso de hecho interpuesto por el apoderado de la parte civil, al negarle el Juzgado Superior de Pitalito la apelación interpuesta contra el auto que se abstuvo de darle curso a la solicitud de cambio de radicación, no tuvo éxito en la medida en que otra Sala del Tribunal le negó el recurso de apelación en providencia de febrero 28 de 1991.

5o. Al estar acreditada la justa causa que precedio el incumplimiento en el ejercicio del cargo de los abogados defensores que no asistieron a la iniciación de la audiencia pública, no resulta procedente la orden de compulsar copias para investigarlos disciplinariamente.

6o. Determinado entonces que no existió ninguna irregularidad constitutiva de delito, ni de investigación disciplinaria, se impone revocar el auto impugnado y en su lugar, proferir cesación de procedimiento a favor del procesado.

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

Resuelve:

Primero: *Revocar* la resolución de acusación proferida contra el doctor *Pedro María Rodríguez Montealegre,* Juez Unico Superior de Pitalito, y en su lugar, decretar la cesación de todo procedimiento en favor del mismo.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, se ordena la cancelación de la caución y de las obligaciones impuestas.

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

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

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

JUEZ - Presencia en las diligencias

Para los funcionarios judiciales que presiden y suscriben una diligencia, la ley les impone de manera alternativa el deber de estar presentes en su realización o la obligación de dirigirla.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., doce de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctora Patricia Duque Sánchez*

Aprobado Acta número 70 (10 jun./92). Radicación No. 6770

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia entra a resolver si es procedente o no abrir investigación penal con base en la denuncia presentada por Pedro Pablo Camargo contra los Magistrados del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Helena Gutiérrez de Romero, Gloria Flórez de Sabogal y Ricardo Zupo Méndez.

Denuncia:

El inconforme atribuye el delito de prevaricato por acción a los mencionados Magistrados, integrantes de una de las Salas Disciplinarias del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá por cuanto mediante sentencia del 17 de septiembre de 1991, absolvieron al doctor Abraham Cuervo Espinosa de los cargos que por violación al Decreto 1888 de 1989, artículo 9o. literales a, b, e y g, había formulado en su contra la Procuraduría Provincial de Bogotá para la Vigilancia Judicial, mediante resolución de acusación No. 131 proferida el 6 de noviembre de 1990 con fundamento en la queja que el propio Pedro Pablo Camargo había presentado argumentando que el 21 de marzo de 1990 había sido llamado a rendir indagatoria

ante el despacho judicial en cita, pero que su titular no había cumplido con lo dispuesto por los artículos 163, 381, 382 y 385 del Código de Procedimiento Penal por cuanto no había estado presente en la diligencia ni había conducido el interrogatorio.

Indagación Preliminar:

En orden a dilucidar la procediblidad de la acción penal se allegó prueba documental que acredita que los acusados son Magistrados del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y lo eran para la fecha en que profirieron la sentencia cuya legibilidad tacha el denunciante.

Asimismo se obtuvo fotocopia autenticada e integral del proceso disciplinario promovido contra el Juez 89 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, Abraham Cuervo Espinosa, en donde obran tanto la Resolución acusatoria que profirió la Procuraduría Provincial de Bogotá como la sentencia que dictaron los Magistrados Helena Gutiérrez Romero, quien fuera la ponente, Gloria Flórez de Sabogal y Ricardo Zopo Méndez.

De las constancias allegadas al disciplinario se advierte que el 7 de junio de 1990, el doctor Abraham Cuervo Espinosa, al resolver un recurso de reposición interpuesto dentro del proceso penal, manifestó: "... Y en cuanto a que no se condujo el interrogatorio en la injurada por parte del funcionario, ha de anotarse que como el mismo recurrente debe ser sincero si estuvo presente en el despacho... Sobre el interrogatorio se impartió la instrucción al señor secretario para que practicara la diligencia. Mientras ésta transcurrió y finalizó el funcionario permaneció en el despacho, sin que en el curso de la misma se hubiese dejado constancia sobre algún acto anormal. Es bien sabido el recargo excesivo de trabajo por el que han venido atravesando estos juzgados siendo físicamente imposible dirigir el interrogatorio una a una de las numerosas diligencias que se practican diariamente".

Por otra parte, al contestar el pliego de cargos, el Juez Cuervo Espinosa manifestó que efectivamente el Secretario de su despacho le había recibido indagatoria a Pedro Pablo Camargo, pero bajo su instrucción y dirección, pues se encontraba en el juzgado antes, durante y después de esa diligencia, atendiendo en especial un calificatorio que se vencía ese día; advertencia que hizo al indagado sin que se hubiera presentado incidente de ninguna naturaleza en desarrollo de esa actuación, quien al terminar ésta la firmó sin reparos; y por el contrario, en compañía de su defensor se despidió cordialmente.

La Procuraduría Provincial de Bogotá para la Vigilancia Judicial, en la Resolución 131 del 6 de diciembre de 1990, argumentó que "... de autos se infiere que aunque el Dr. *Abraham Cuervo Espinosa* permaneció en el recinto del Juzgado, efectivamente la diligencia de indagatoria del sindicado *Pedro Pablo Camargo*, no fue dirigida por él, en su calidad de Titular del Juzgado 89 de Instrucción Criminal de Bogotá, en consecuencia no dio cumplimiento a lo consagrado en los artículos del Código de Procedimiento Penal que a continuación se transcribe. '163. *Práctica de Diligencia por Juez o Funcionario*. En todas las diligencias judiciales es obligatoria la presencia o dirección del juez o funcionario que la suscriba'. '382. *Preguntas al indagado en relación con los hechos*. Un vez cumplidos los requisitos del inciso anterior, el Juez interrogará al procesado en relación con los hechos que originaron su vinculación'. Y Artículo 385 '*Interrogatorio al Indagado*. En la recepción de indagatoria sólo el funcionario de instrucción podrá dirigir preguntas al procesado...'. "De estos presupuestos la oficina investigadora concluyó que el doctor Cuervo Espinosa había incurrido en conducta contraria a la eficacia de la administración de justicia, conforme a lo definido en los literales a), b), c) y g) del artículo 9o. del Decreto 1886 de 1989, y con fundamento en ello solicitó al Tribunal Superior de Bogotá que impusiera la correspondiente sanción al mencionado funcionario.

Una vez el expediente a disposición del Tribunal Superior de Bogotá se ordenó recibir declaración al señor Fabio Alarcón Andrade, Secretario del Juzgado 89 de Instrucción Criminal que firmó el acta en donde consta la indagatoria de Pedro Pablo Camargo; quien manifestó:

> "Efectivamente para esa fecha y si no estoy mal, en las horas de la mañana, se había dispuesto oír en diligencia de indagatoria al doctor Camargo, quien se presentó con su respectivo defensor a la secretaría del juzgado donde estuvo presente el titular del despacho, doctor Abraham Cuervo Espinosa, se saludó con el doctor Camargo y su defensor, les manifestó que la indagatoria iba a ser recibida por mí como secretario, que ya me había dado las instrucciones respectivas. Para el interrogatorio y que él, o sea el juez estaría en el despacho por cuanto estaba resolviendo o profiriendo una decisión de fondo, cuyos términos vencían ese día, pero que él estaba pendiente de la diligencia, y así ocurrió, se llevó adelante la diligencia, el señor juez me ilustró sobre las preguntas que debía formularle al indagado y en varias ocasiones salió de su despacho a la secretaría donde se llevaba

a cabo la diligencia hasta que ésta terminó con las formalidades legales y procedimentales, fue firmada por los que en ella intervinieron, tanto el indagado como el defensor se despidieron personalmente del juez y del suscrito sin poner ningún reparo a la diligencia, pues salieron satisfechos...".

En la providencia de 17 de septiembre de 1991, que el denunciante califica como prevaricadora, la Sala disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá, admitiendo que la indagatoria de Pedro Pablo Camargo la había recibido el secretario del Juzgado 89 de Instrucción Criminal, en tanto el juez se encontraba en su despacho resolviendo un asunto que vencía en el mismo día de la diligencia, y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 163 del C. de P.P., concluyó que "Analizada detenida y cuidadosamente toda la actuación surtida, encuentra la Sala que el funcionario acusado no incurrió en la falta que se le endilga, en razón de lo cual debe ser absuelto pues basta observar que al tenor del precepto aludido podía dirigir la diligencia de indagatoria del doctor Pedro Pablo Camargo dando las instrucciones pertinentes, como en efecto lo hizo según quedó demostrado, quedando así establecido que ella se realizó ajustada a la legalidad".

La Sala Considera:

Las faltas contra la eficacia de la administración de Justicia, contenidas en el Decreto 1888 de 1989, artículo 9o. literales, a, b, e y g, de cuya infracción acusó la Procuraduría Provincial de Bogotá para la Vigilancia Judicial al doctor Abraham Cuervo Espinosa ante su superior jerárquico, están sustentadas en la presunta violación de los artículos 163, 381, 382 y 385 del Código de Procedimiento Penal, que disponen:

"Práctica de diligencia por juez o funcionario. En todas las diligencias judiciales es obligatoria la presencia o dirección del juez o funcionario que la suscriba".

"Reglas para la recepción de indagatoria. En la iniciación de la indagatoria, se interrogará al sindicado por su nombre... Igualmente el juez dejará constancia de las características morfológicas del indagado".

"Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del inciso (sic) anterior, el juez interrogará al procesado en relación con los hechos que originaron su vinculación".

"Interrogatorio al indagado. En la recepción de indagatoria sólo el funcionario de instrucción podrá dirigir preguntas al procesado. La intervención del defensor en ella no le dará derecho para insinuar al sindicado las respuestas que debe dar, pero podrá objetar al funcionario las interrogaciones que no haga en forma legal y correcta".

Leídas estas disposiciones se ha de convenir que el artículo 163 del C.P.P., impone una de dos obligaciones alternativas a los funcionarios judiciales que presiden y suscriben una diligencia judicial; la primera se concreta en el deber de estar presente en la actuación, y la alternativa consiste en que sea él quien la dirija.

Esta última hipótesis, evidentemente no implica el quebrantamiento del principio procesal de la inmediación, por lo que no es posible que un juez se ausente de su despacho y asuma la dirección de una diligencia a distancia. Tal precepto sin duda alude a los actos que se cumplen dentro del despacho judicial, en donde trabajan simultáneamente los subalternos que la ley le ha asignado al juez para el mejor desempeño de sus funciones, a los cuales se las va exigiendo preparación y experiencia para ir ascendiendo en los diferentes niveles de la carrera judicial y cuyo trabajo adelantan bajo la orientación y responsabilidad del titular del despacho.

Se trata, entonces, de la posibilidad de aprovechar los recursos humanos que se encuentran a disposición del funcionario para procurar la mayor eficacia en la administración de justicia, sin que éste tenga que realizar personalmente todas las tareas propias de la oficina judicial, aún cuando conserva la responsabilidad por lo que en ella se ejecute, permitiéndole disponerla forma en que se ha de cumplir una diligencia, en tanto se ocupa de otro de los múltiples deberes que están a su cargo. Pero, debe aclararse, no por ello se podría sostener que el funcionario está ausente; pues, precisamente su responsabilidad y la dirección e instrucciones que imparte a sus subalternos patentizan la presencia del juez que se encuentra en su despacho enfrentando el cumplimiento de sus deberes oficiales, la cual no puede desconocerse por la circunstancia de que en un momento dado no se encuentre a la vista de los particulares que intervienen en una diligencia.

Así, dilucidado el alcance de la autorización que contiene la norma comentada, se concluye que las disposiciones de los artículos 381 y 382 del estatuto procesal penal reglamentan la forma de realización de la indagatoria, en cuanto a las específicas constancias que se deben anotar en esa actuación y los objetivos hacia los cuales se ha de dirigir el

interrogatorio, tanto desde el punto de vista personal del sindicado, como de los hechos que se averiguan, como imposiciones dirigidas al funcionario responsable, pero ello no implica que esos deberes no puedan cumplirse en la forma anteriormente analizada.

Y lo mismo puede afirmarse con respecto a la disposición del artículo 375 *ibídem*, puesto que cuando circunscribe en el funcionario instructor la facultad de interrogar al implicado, sin embargo, ello no significa que tenga que ser el juez quien de su propia voz pronuncie las preguntas que se dirigen al indagado; la delimitación contenida en esta norma atañe a los restantes sujetos procesales, esto es, el Ministerio Público, la Parte Civil, o el propio defensor; de esa manera, siendo el funcionario instructor el único que puede interrogar al sindicado, bien puede hacerlo en la forma admitida por el artículo 163 de la misma codificación.

En las anteriores condiciones no hay lugar para concluir que el doctor Abraham Cuervo Espinosa incumplió los mandatos de la Constitución, las leyes o los reglamentos, ni que no hubiera asistido a la práctica de una diligencia que requería su presencia, ni que se hubiera hecho constar en una diligencia judicial hechos que no sucedieron; menos aún, que hubiera omitido o retardado injustificadamente los asuntos a su cargo. Por lo tanto, no había base para decir, como lo hizo la oficina de vigilancia judicial de la Procuraduría General de la Nación, que el citado juez había infringido varias disposiciones del artículo 9o. del Decreto 1888 de 1989, y por ende, ninguna ilicitud manifiesta se advierte en la decisión absolutoria que adoptó la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá.

Es verdad que la providencia acusada es lacónica en su fundamentación, pero la brevedad no se contraponen al acierto; y en este caso, la decisión consulta el contenido de las normas interpretadas, luego, es forzoso concluir que con ella no se ha vulnerado flagrantemente la ley y por lo tanto, no se ha estructurado el denunciado delito de prevaricato, correspondiendo a la Sala abstenerse de investigar penalmente a los Magistrados que participaron de aquella determinación.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación penal contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Helena Gutiérrez de Romero, Gloria Flórez

de Sabogal y Ricardo Zopo Méndez, integrantes de la sala disciplinaria denunciada por el doctor Pedro Pablo Camargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Ignacio Cortés Carrica, Secretario.

CONGRESO - Legislatura

De acuerdo al artículo 4o. transitorio de la Constitución Nacional, después de su vigencia los dos períodos diferentes de sesiones conforman una sola legislatura.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.- Santafé Bogotá, D.C., dieciséis de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctora Patricia Duque Sánchez*

Aprobado Acta No. 70 (10 jun./92). Radicación No. 7490

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve sobre la procedencia de abrir investigación penal por los hechos que trae a conocimiento de esta Corporación el señor Alfredo Enrique Londoño Macchi y con base en los cuales atribuye a todos los miembros del Congreso y a todos los integrantes del Consejo de Estado el delito de Prevaricato por omisión.

El cargo que el memorista le atribuye al Cuerpo Legislativo del país y el más alto Tribunal Contencioso de la Nación se concreta en el incumplimiento en que una y otra entidad incurrió por no haber expedido el Reglamento de las Cámaras Legislativas dentro de los plazos establecidos por la Carta Política.

Partiendo del texto de los artículos 4o. y 14 Transitorios de la Constitución Nacional, el libelista concluye que el Congreso debió expedir su Reglamento dentro de la primera legislatura, que se inició el 1o. de diciembre de 1991 y terminó el 20 del mismo mes y año, por lo que en ésta

última fecha precluyó el plazo que tenía para cumplir con ese deber, y el 20 de marzo de 1992 se venció el que correspondía a los Magistrados del Consejo de Estado

La Sala Considera:

Evidentemente, el artículo transitorio número 14 de la Constitución Nacional de 1991 dispone que "Dentro de la legislatura que se inicia el primero de diciembre de 1991, el Congreso Nacional, el Senado de la República y la Cámara de Representantes expedirán su respectivo reglamento. De no hacerlo lo expedirá el Consejo de Estado, dentro de los tres meses siguientes".

La misma legislación transitoria en su artículo 4o. estableció que "El Congreso elegido el 27 de octubre de 1991 sesionará ordinariamente así: Del 1o. al 20 de diciembre de 1991 y del 14 de enero al 26 de junio de 1992. A partir del 20 de junio de 1992 su régimen de sesiones será el prescrito en esta Constitución".

Sin embargo de la concatenación de las dos disposiciones no es posible llegar a la conclusión que se ha puesto en consideración de la Corte, pues el memorialista no advirtió que la propia Ley fundamental diferenció entre periodos de sesiones y legislatura. Así, en su artículo 138 claramente definió:

"El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante *dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura*. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio". (resaltadas de la Sala).

De esta manera, la primera legislatura del Congreso, a partir de la expedición de la Carta Política, comprende los dos periodos señalados en el artículo 4o. Transitorio, es decir, del 1o. al 20 de diciembre de 1991 y del 14 de enero al 26 de junio de 1992. De donde se concluye que aún no se ha vencido el término que la Asamblea Nacional Constituyente le otorgó al Congreso de la República para expedir su reglamento; y menos aún el establecido a cargo del Consejo de Estado, para los mismos efectos.

Así las cosas, resulta de nitidez absoluta la inexistencia de la conducta delictiva que el memorialista le atribuye a los integrantes de la Rama

Legislativa y a los Magistrados del Consejo de Estado, por lo que la Corte se abstendrá de iniciar investigación penal contra los integrantes de aquélla, conforme a la competencia que le ha sido asignada por el artículo 235.3 de la citada Constitución Nacional, sin que haya lugar a un pronunciamiento en relación con los funcionarios jurisdiccionales, por cuanto respecto a ellos se carece de la misma atribución, debiendo aclararse que tampoco se encuentra fundamento para disponer el envío de la actuación o de copias de ésta a la Cámara de Representantes para los efectos previstos en el artículo 178.3 de la Ley Fundamental.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación penal por los hechos que el señor Alfredo Enrique Londoño Macchi atribuye a los integrantes del Congreso de la República.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Ignacio Cortés Carrica, Secretario.

CONJUEZ / IMPEDIMENTO / PREVARICATO

Es desacertado afirmar que las situaciones impedientes no operan para esos Jueces ocasionales. No incurren en el delito de prevaricato cuando estiman que no los comprende causal alguna de impedimento o, cuando existiendo, no lo advierten oportunamente.

Corte Suprema de Justicia .-Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctora Patricia Duque Sánchez*

Aprobado Acta No. 70 (10 jun./92)

Vistos:

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia si es procedente o no abrir investigación penal contra el doctor Alvaro Efraín Casas Ortíz, por la acusación que en su contra formuló el abogado Mario Medina Alzate.

La Denuncia:

El querellante manifiesta que ante el Tribunal Superior de Neiva, el Banco Central Hipotecario adelanta en su contra un proceso ejecutivo, en cuyo trámite fue sorteado para integrar la Sala Civil de conocimiento, el doctor Alvaro Casas Ortíz, quien a su vez actúa como apoderado de la sucesión de Rito Zambrano, demandada por él, Mario Medina Alzate, en representación de Mercedes Rodríguez, en el proceso ordinario de filiación natural con petición de herencia que se tramita en el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la citada ciudad.

Aduce el denunciante que el doctor Casas Ortíz pudo haber incurrido en el delito de prevaricato por omisión, pues surgida esa situación no se declaró impedido para actuar dentro del ejecutivo, y rechazó la recusación que se vió obligado a proponer con fundamento en lo dispuesto en el artículo 150.6 del Código de Procedimiento Civil; como igualmente lo hiciera la Magistrada que conoció del incidente, además de que se le condenó a pagar la suma de $258.500.oo.

Argumenta el abogado inconforme que las causales de impedimento del artículo 150 del C. de P.C. han sido establecidas para los funcionarios encargados de administrar justicia en forma permanente pero no para los conjueces, y en este caso entre su juez, el doctor Casas Ortíz, y él existe un pleito pendiente; además de que bien puede tener un interés indirecto en utilizar su transitoria posición para hostilizar, presionar o castigar la actividad de quien se le opone como litigante en otro proceso.

Por lo demás, el doctor Medina Alzate considera que su colega ha hecho caso omiso de las obligaciones que sobre equidad e igualdad de las partes le imponen los artículos 4o. y 5o. del estatuto de procedimiento civil.

Finalmente, manifiesta que ha sido víctima de la interpretación exegética e injurídica de la ley procesal y que de existir un vació o deficiencia en la norma sobre impedimentos ha debido suplirse con la regulación de casos análogos.

Actuación Preliminar:

Ratificada la denuncia, se allegaron al expediente, en fotocopia autenticada, el acta del sorteo de conjueces que integrarían la Sala Civil que conocería del ejecutivo adelantado por el Banco Central Hipotecario contra Mario Medina Alzate y otros, en la que consta la elección del doctor Alvaro Casas Ortíz, efectuada el 21 de septiembre de 1999986, y la diligencia de posesión, cumplida el 21 de noviembre siguiente.

De la misma manera obra el escrito de recusación presentado por el abogado Mario Medina en la secretaría del Tribunal el 12 de junio de 1991, y el auto del 21 de ese mes y año, por medio del cual el doctor Alvaro Casas Ortíz rechaza la existencia de la causal de impedimento invocada, argumentando:

"En efecto, el suscrito a nivel personal no tiene ningún pleito pendiente con el demandado Dr. Medina Alzate, tampoco con su cónyuge, ni con el (sic) pariente alguno de las partes, menos con los apoderados. Nos parece que existe un error, de apreciación al proponer la figura apoyado en la causal indicada por cuanto, salvo mejor criterio, ella hace relación a que exista un pleito por resolver ante cualquier autoridad entre el Juez (como parte trabada en la litis o pleito) y uno (sic) cualquiera de las personas citadas en la norma. Es cierto que el suscrito es apoderado de la parte demandada en el ordinario señalado por el recusante. Sinembargo, allí no figuró *como parte*. Nos parece que es bien diferente, en su acepción gramatical, procesal y sustancial, ser parte en un proceso, que ser o estar apoderado (sic) a una de las partes".

Al resolver el incidente la Magistrada que actuaba como sustanciadora en el proceso ejecutivo, declaró infundada la recusación por cuanto la situación presentada entre los dos abogados en el proceso ordinario adelantado en el Juzgado de Familia, no encajaba en ninguna de las hipótesis del artículo 150 del estatuto de procedimiento civil, y aclarando que no hubo temeridad, aplicó lo dispuesto en el art. 156 *ibidem*, condenado al recusante a pagar una suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales.

Igualmente, en fotocopia autenticada, el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Neiva remitió el poder otorgado por Mercedes Rodríguez al Doctor Mario Medina Alzate para que demandara a la sucesión de Rito Zambrano en proceso ordinario de filiación natural con petición de herencia, otorgado el 19 de agosto de 1988, y la demanda introducida por el mandatario judicial el 19 de junio de 1990.

Por su parte el querellante adjuntó fotocopia autenticada del auto de 14 de agosto de 1990 por medio cual el Juzgado Tercero promiscuo de Familia de Neiva admitió la demanda instaurada contra Elsa Navarrete viuda de Zambrano, Claudia Patricia, William David y Rito Antonio Zambrano Navarrete; y de los poderes que los demandados le confirieron al doctor Alvaro Casas Ortíz y de los escritos que éste presentó para contestar la demanda.

La Sala Considera:

El numeral 6 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil establece como causal de recusación al hecho de "existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado".

Conforme a la prueba recaudada preliminarmente es indiscutible que los doctores Alvaro Casas Ortíz y Mario Medina Alzate se encuentran apoderando a las contrapartes del proceso ordinario de filiación natural con petición de herencia promovido por Mercedes Rodríguez; asimismo en realidad procesal que el primero de tales profesionales interviene como conjuez en un proceso ejecutivo adelantado contra el segundo de ellos.

Conviene de una vez dejar en claro que la codificación de procedimiento civil ha establecido las causales de recusación no solo para los jueces y magistrados sino también para los conjueces, como textualmente puede leerse en el primer inciso del artículo 150; por lo tanto, es desacertado aseverar, como lo hace el denunciante, que tales situaciones impedientes no operan para estos jueces ocasionales sino para los que administran justicia en forma permanente.

De otra parte, se advierte que la inconformidad del denunciante radica en la interpretación que tanto el funcionario recusado como la Magistrada que conoció del incidente le dieron a la disposición del artículo 150.6 del C. de P.C. para concluir que es ajena a la situación que surgió entre los dos primeros; y más concretamente, el alcance que se le dio a la expresión "existir pleito pendiente", pues mientras el recusado estima que esa vinculación procesal sólo surge entre las partes, el denunciante predica que de tal condición participan los respectivos apoderados.

Para la Sala es muy claro que el pleito pendiente sólo puede predicarse con respecto a los titulares de los derechos que se encuentran en discusión, quienes por esa razón se hallan ligados a la actuación procesal correspondiente hasta cuando ésta termine; en tanto que los mandatarios judiciales son participantes transitorios que han puesto sus conocimientos al servicio de una causa ajena.

No obstante lo anterior, independientemente del criterio que se pueda adoptar sobre este punto, lo relevante en esta situación es el relativo grado de dificultad que ofrece la norma para determinar su alcance de aplicación, y que a la vez, impide la estructuración de un delito de prevaricato por acción, por cuanto a la vista queda que cualquiera hubiera sido la determinación adoptada por el funcionario acusado, en un evento como el planteado por el abogado Medina Alzate, no existiría fundamento para predicar que se ha incurrido en una violación manifiesta de la ley.

Así, desde antiguo la Sala viene considerando que aún las equivocaciones en que incurra un juez al interpretar la ley, si consultan los criterios lógicos de la razón, los principios del derecho y la realidad procesal, pueden no configurar el delito de prevaricato activo. Sea la oportunidad para memorar el pronunciamiento efectuado el 13 de febrero de 1991, cuando con ponencia del Magistrado Jorge Enrique Valencia, se dijo:

> "Copiosa y de larga data ha sido la jurisprudencia al señalar que en tratándose de la natural diferencia de criterios en cuanto a la exégesis y ulterior aplicación de normas legales a un caso concreto, suscitada bien entre los funcionarios que atienden al desarrollo de este o a virtud de planteamientos formulados por los sujetos procesales, los proveimientos que en condiciones tales se dicten no constituyen, per se, actos de prevaricación, a no ser, claro está, que de su contexto pueda deducirse una obstencible violación de la Ley por haber sido aplicada en exceso o con defecto o indebidamente o hecho caso omiso de su letra y espíritu, siempre y cuando que de una conducta tal se desprenda una clara intención del empleado oficial por quebrantar el imperio legal-normativo y, por lo mismo, en detrimento no sólo del bien-interés tutelado de la Administración Pública o de la Justicia sino de los asociados que de manera individual o colectiva acuden ante aquéllos en aras al reconocimiento o defensa de un derecho y quienes de un modo u otro y conforme a sus pretensiones se ven protegidos o afectados por las condignas decisiones legales".

Debe entonces descartarse, en la conducta observada por el conjuez Casas Ortíz, la hipótesis de la configuración de la forma activa del delito de prevaricato. Igual afirmación ha de aplicarse a la modalidad pasiva que es la imputada en la denuncia, por cuanto, el deber de declararse impedido parte del conocimiento y conciencia de la existencia de una de las causales que provocan tal manifestación. Al respecto ya se ha proclamado:

> "Los Jueces y Magistrados, no están obligados a declararse impedidos sino en los casos en que de acuerdo con la ley exista, a juicio de ellos, uno de los motivos expresamente indicados por la ley como causales de recusación, sin que incurran en delito alguno cuando estiman que no les comprenda casual alguna o

cuando, aún existiendo, no la advierten oportunamente, casos en cualesquiera de los cuales, dice la ley, pueden ser recusados" (auto de 6 de noviembre de 1979, M.P. Dr. Dante Fiorillo Porras; reiterada en auto de 30 de agosto de 1990, M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Por lo demás, se ha de convenir que si la crítica al conjuez recae en el rechazo de la existencia de la causal de impedimento, el hecho punible imputable no puede ser la modalidad por omisión, pues en todo caso su comportamiento se tradujo en un pronunciamiento susceptible de ser analizado a la luz de la ley, la que no fue infringida, como ya se concluyó.

Y para terminar, es necesario hacer claridad sobre el hecho de que en este caso no existía un vacío legal que el Magistrado ocasional debiera suplir con otras disposiciones, pues la institución de los impedimentos se encuentra reglamentada en el estatuto de procedimiento civil, y no había razón para desbordar el marco legal.

Así las cosas, no encuentra la Sala que el doctor Alvaro Casas Ortíz haya incurrido en infracción alguna a la ley penal y por lo tanto se abstendrá de iniciar proceso penal en su contra.

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

Resuelve:

Abstenerse de abrir investigación penal contra el doctor Alvaro Efraín Casas Ortíz, en su calidad de conjuez de la Sala Civil del Tribunal de Neiva, por los hechos por los cuales lo denunció el abogado Mario Medina Alzate

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Ignacio Cortés Garnica, Secretario.

PRUEBA - Apreciación

Aspectos sustanciales sobre la naturaleza y consideración de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado Acta No. 70 (10 Jun./92). Radicación No. 6208

Vistos:

En sentencia de 28 de enero de 1991, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, absolvió a *Mariano de Jesús Moreno Vega*, procesado por sendos atentados patrimoniales contra las empresas transportadoras "Rodrigo Mesa A. y Cía. Ltda." y "Latitrans".

El recurso de casación, interpuesto por la parte civil, fue aceptado en proveído de 16 de mayo de 1991 y la demanda se admitió en auto de 25 de julio del mismo año. También se introdujo, oportunamente, la alegación del defensor del procesado.

Hechos y Trámite Procedimental:

De los primeros escribe la defensa: "1.1.- El miércoles nueve (9) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), se presentó un sujeto a la empresa transportadora *Rodríguez Mesa A. & Ltda.*, situada en esta ciudad, ofreciendo sus servicios para transportar carga con destino a Bucaramanga. Dicho sujeto dijo llamarse *Gonzalo García Forero* y al efecto se identificó con la C. de C. No. 19'066.066 expedida en Bogotá, conducía un camión doble troque, marca SISU, de color rojo y negro, modelo 1969,

tipo de carrocería *estacas*, con Placas XI-0601, con capacidad para diez y ocho (18) toneladas, exhibió la *Tarjeta de Operación No. 66359* y afirmó que estaba afiliado a la empresa transportadora *Alfa Carga Ltda.* La secre- taria *Ana Silvia Arnaiz Rodríguez* que lo atendio, luego de registrar los datos personales que le reveló, expidio la autorización para que, al día siguiente, jueves diez (10) de septiembre, se trasladara a Colenvases S.A., filial de la empresa *Bavaria S.A.*, cargara y transportara hacia Bucaramanga dos mil seiscientas (2.600) bandejas de *Cerveza Clausen*, por valor de Tres millones novecientos *treinta y un mil doscientos pesos ($3'931.200.oo)*, labor que aquél cumplió en las horas de la mañana. Un mes y veinte (20) días después, *Ana Silvia* tuvo conocimiento que la *cerveza* no había llegado a su destino y en consecuencia procedió a formular denuncio penal contra *Gonzalo García Forero* y *Mariano de Jesús Moreno Vega* por el delito de *abuso de confianza*, denuncio que constituyó la base para la conformación del proceso penal adelantado por el titular del *Juzgado* Septuagésimo de *Instrucción Criminal*.

"1.2. Como a eso de las cuatro de la tarde de aquel jueves diez (10) de septiembre, el mismo sujeto y sin duda a bordo del mismo vehiculo, acudio a la empresa *Latinoamericana de Transporte de Carga -Latitrans-* en demanda de carga, ahora con destino a Montería o *Sincelejo*. Se afirma que el despachador *Julio César Mejía* lo atendio y al efecto le ofreció un viaje de resortes de la firma *Imal* para que lo cargara al día siguiente, es decir, el viernes once (11) del citado mes de septiembre; mercancia que finalmente no recibió porque de *Imal* informaron que sería despachada hasta el lunes siguiente. Ante esta situación, *Héctor Téllez Arango*, otro de los despachadores de *Latitrans*, le ofreció un viaje de colchones de la fábrica *Spring*, pero el citado sujeto no lo aceptó arguyendo que a su patrón le parecía muy barato el flete, en cambio aceptó transportar, sin vacilaciones y sin contar con la anuencia de su patrón, de la empresa *Importaciones Ramírez "... un cargamento consistente en mil cuatrocientas cajas de ajo con destino a Sincelejo..."*. Así pues, una vez que obtuvo la autorización de cargue, se trasladó de inmediato a la citada empresa en donde recogió el ajo y luego, *pasadas las seis de la tarde*, regresó a la sede de *Latitrans "... donde se le elaboró la planilla No. 1780401... (...) ... en la que figuran todos los datos del vehiculo..."* y así, fingió partir con tal destino en horas de la noche. El martes quince (15) de septiembre siguiente, un empleado de *importaciones Ramírez* informó a otro de *Latitrans* que *"...las cajas de ajo..."* no habían llegado a su destino, situación ante la cual, el despachador *Héctor Téllez Arango* acudio a la *Unidad de Policía Judicial del Centro* y formuló denuncia penal por el

delito de *"Hurto Calificado y Otros"*, en principio, contra *Gonzalo García Forero*, días más tarde lo amplió en contra de *Mariano de Jesús Moreno Vega*, denuncio que constituyó el fundamento de hecho para la conformación del proceso sumarial adelantado por el titular del *Juzgado Segundo de Instrucción Criminal"*.

Del segundo tema se anota por el impugnador lo siguiente: "Por el primer hecho formuló denuncia la señora *Ana Silvia Amaya Rodríguez*, por escrito dirigido al señor Juez de Instrucción Criminal reparto de esta ciudad, habiéndole correspondido por reparto al Juzgado 79 de Instrucción Criminal, quien abrió investigación por auto de noviembre 5 de 1987 en donde, luego de haber escuchado en diligencia de indagatoria al señor *Mariano de Jesús Moreno Vega*, en febrero 12 de 1988 y vincular en contumacia al señor *Gonzalo F. García Forero*, por auto de diciembre 11 de 1988 calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación en contra de *Gonzalo García Forero* y *Mariano de Jesús Moreno Vega*, al primero como autor y al segundo como coautor del delito de hurto.

"La anterior decision fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en proveído de marzo 3 de 1989 en Sala presidida por la Dra. *Florangela Torres de Cardona*.

"El segundo hecho punible fue denunciado por el señor *Héctor Téllez Arango*, personal y verbalmente ante la Unidad investigativa del Centro de la Policía Judicial el día 15 de septiembre de 1987, cuyo conocimiento correspondio en reparto al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de esta ciudad que abrió la investigación por auto de septiembre 18 de 1987, en este proceso se recepcionó prueba testimonial entre ellos la declaracion de *Oscar Cotacio Mendieta*, quien ofreció al Juez y a las autoridades del D.A.S., la descripción del rodante que ellos cargaron con el ajo, y describen el vehículo como marca Sisu, dando cuenta que presentaba averiados los vidrios delanteros de las puertas laterales, amén de presentar fallas en el sistema de arranque y además reconocieron en el D.A.S., el camión incautado como el mismo que ellos cargaron con el ajo.

"Se practicó diligencia de Inspección Judicial al rodante decomisado, se tomaron varias fotografías que se constata a folios 130 a 144 la existencia de una sustancia pulvurulenta que al ser examinada por la Universidad Nacional arrojó resultados positivos para harina de ajo (fl. 146), se vinculó en contumacia a *Gonzalo García Forero* y por auto de noviembre 16 de 1988 se profirió resolución de acusación en contra de *Gonzalo García Forero* y

Mariano de Jesús Moreno Vega, como autor el primero y coautor el segundo del delito de Hurto Investigado.

"La anterior decisión fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá auto de julio 18 de 1989 con ponencia del Magistrado *Mariano A. Rodríguez M.*

"Por auto de diciembre 18 de 1989 emanado del Juzgado 24 Penal del Circuito de esta ciudad se decretó la acumulación de los dos procesos.

"En el Juzgado 24 Penal del Circuito, luego de haberse puesto a disposición del Juzgado al capturado *Gonzalo F. García Forero*, se le escuchó en indagatoria, además de haber comparecido la señora *Ana Silvia Amaya Rodríguez* y en ampliación de denuncia se le preguntó si el señor *García Forero*, que estaba en el Juzgado era la misma que se había presentado ante ella a pedir carga y respondió que no coincidía con la descripción física de aquél que realmente se presentó a ella y cometió el reato.

"Durante el juicio no se practicó ninguna otra prueba y celebrada la audiencia pública en mayo 9 de 1990 el Juzgado 24 Penal del Circuito dictó sentencia de agosto 2 de 1990, en donde condenó al señor *Mariano de Jesús Moreno Vega* a la pena principal de 32 meses de prisión por los delitos de hurto de que se ocuparon los dos procesos y absolvió a *Gonzalo F. García G.*

"Apelada esta sentencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de fecha enero 28 de 1991, en Sala presidida por el Magistrado *Humberto Gutiérrez Rizaurte*, absolvió al procesado *Mariano de Jesús Moreno Vega*, previa revocatoria de la sentencia de primer grado.

"Contra la anterior decisión interpuse recurso extraordinario de Casación que esa Corporación admitió y dio traslado para la demanda de rigor.

"En este fallo se tuvo en cuenta para la absolución de *Moreno Vega*, su injurada según la cual él no cometió el delito o delitos investigados porque se encontraba fuera de la ciudad de Bogotá y se toman como base de ese fallo la constancia expedida por Acerías Paz del Río, las copias de los documentos obrantes a folios 63 a 69, a más de los que adjuntó la empresa Transportadora "Alfa Carga Ltda." (Fs. 76 a 95)".

La Demanda:

Se formula, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del C. de P.P., un único cargo: el juzgador de la segunda instancia "incurrió en error de derecho al apreciar la prueba obrante en el proceso, dándole un valor jurídico que no tiene".

Como normas medio quebrantadas, se citan los artículos 279, 280, 281, 184, 12 del C.P.P., en armonía con el artículo 279.2 -del C.P.C.-. Y a su vez no aplicó los artículos 246, 247, 302, 303 y 304 del C.P.P. y el Artículo 6o. y 7o. del acuerdo 199 de 1972, modificado por el acuerdo 18 de 1976, todos emanados de la "Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte"; y como preceptos sustanciales violados, los artículos 2 a 5, 23, 26, 41, 42, 103, 349 y 372-1 del C. Penal.

La cuestión central es que la exculpación de *Moreno Vega*, fúndase en que para la fecha de los hechos delictuosos, 9, 10 y 11 de septiembre de 1987, éste se ocupaba en transportar, en el vehículo de marras, del cual es propietario y conductor, bienes de Acerías Paz del Río, desde Belencito (Boyacá) a Santafé de Bogotá. La hora de los sucesos no le permitían al procesado estar recibiendo mercancías de las firmas afectadas.

Concretamente se apoyó la absolución en la constancia expedida por Acerías Paz del Río para el día 10 de septiembre, *Moreno* y su automotor cargaban alambres y lámina con destino a Santafé de Bogotá (1.26 pm. a 7.42 p.m.); días 11 y 12 de septiembre: descarga de mercancía en la Ferretería Polsánchez Ltda.; y días 12 y 14, movilización de triturado de arroz para Bavaria, en Duitama.

Se objeta que el Tribunal, ignorando el tratamiento propio de esta prueba documental, le otorgó pleno mérito. Se dejó de lado, en cuanto a copias o reproducciones mecánicas o documentos privados no auténticos, la previa demostración de su autenticidad (art. 279-2 C.P.C.). "Por ende el documento privado proveniente de Acerías Paz del Río. "Alfa Carga Ltda." y a las fotocopias sobre comprobantes de carga, pago de fletes que obran a folios 82, 83, 87, que hacen referencia a las órdenes de carga, 2884247/28, carecen de todo mérito probatorio y ahí estuvo el yerro del Tribunal al darles valor probatorio y fundar en ellos la absolución.

"Además el Tribunal redondeó el yerro cuando, tuvo el documento de Acerías Paz del Río S.A., como prueba del cargue de la mercancía y su

descargue, pues, de conformidad a los Arts. 6o. y 7o. del acuerdo 199 de 1972, modificado por el Acuerdo 19 de 1976, de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte, en su Art. 1o. dice:

" 'Art. 1o.- El art. 6o. del acuerdo 199 de 1972 quedará así:

"... Artículo 6o. La planilla única de carga tendrá la siguiente destinación: *Original*: Para el conductor del vehículo quien al concluir el viaje deberá entregarla a la empresa.- *Primera Copia*: Deberá ser enviada por la empresa a la oficina del Intra que tenga jurisdicción sobre su domicilio principal, dentro de los primeros quince días siguientes a la de movilización de la carga. *Segunda Copia: Para el propietario del vehículo y llevará* impreso en caracteres visibles la leyenda *"Para el Propietario"* ".

De donde, para el casacionista, no se podía estimar probado los viajes relacionados con "Alfa Carga Ltda." y "Paz del Río", que daba lugar a la coartada atendida por el Tribunal.

En cuanto al testimonio de Félix Borda y Eladio Duarte -fls. 169 y 136-, tampoco resultan atendibles pues el paso que éstos aluden a que el camión de *Moreno Vega* llegó al sitio en donde estaban éstos, el propio procesado afirma que estaba con carga.

De la prueba en contra, desatendida por el Tribunal menciona los testimonios de Ana Silva Amaya R., Héctor Téllez y Omar Cotacio Mendieta, quienes identificaron plenamente al automotor de *Moreno Vega*. Y, además, "Está probado con la Inspección Judicial que se practicó al rodante que el vehículo que fue encontrado en poder de *Moreno Vega*, fue el que cargó el ajo o harina de ajo objeto material del delito, pues, obra Inspección Judicial practicada a ese rodante, fotografías en donde se otea la harina que se extrajo de las ranuras del planchón de la carrocería del camión y el dictamen de la Universidad Nacional Instituto de Ciencias Naturales que prueba que en efecto esa sustancia corresponde a ajo".

Ante la abundante prueba directa e indiciaria que advierte como realidad el demandante, solicita entonces:

"... 1.- Sírvase *casar* la sentencia impugnada de segunda instancia en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha enero veintiocho de mil novecientos noventa y uno.

".- Como consecuencia de lo anterior, dictar el fallo sustituto, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

"2.1. Que se condene al señor *Marino de Jesús Moreno Vega*, a la pena principal de *Treinta meses de prisión*, como coautor responsable del delito de Hurto en concurso, homogéneo de hechos punibles, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta este fallo.

"2.2.- Que se condene al mismo al pago de los perjuicios materiales y morales causados con la infracción a saber:

"2.2.1. La suma de $3'931.200 valor de las 2.600 bandejas de cerveza Clausen sustraídas a mi representada, más el lucro cesante que lo constituyen los intereses de este monto desde cuando se cometió el delito.

"2.2.1.1. A la suma de un mil gramos oro como perjuicios morales causados a mi representada...".

Aspectos Señalados por el no Recurrente:

Afirma, sobre la autenticidad de los documentos, que un excesivo formalismo procedimental no puede destruir la prueba que favorece al procesado, no considerado ni por el recurrente ni por la Delegada, y en beneficio de la cual, para robustecerla, se contó con esos elementos escriturarios.

Alude a la presunción de inocencia y al in dubio pro reo. Critica al dar por demostrado el hecho indicador del indicio y censura el que se tuviera a *Moreno Vega* como coautor, fuera en el papel de determinador o gestor, lo cual niega sobre la base de que el 15 de septiembre otra persona descargaba y conducía el automotor.

Después de repasar la teoría y doctrina pertinente sobre los indicios y mencionar la sospecha, la conjetura, la suposición, y la hipótesis, anota que la afirmación del instructor, respecto de la cuidadosa lavada a que se sometiera el vehículo, antes de su incautación, para destruir los residuos de concentrado de ajo, se consignó en una inspección judicial realizada tres meses, diez días después de ocurridos los hechos. De otro lado, para esta determinación el juez no se asesoró de peritos.

Para el defensor lo que se toma como prueba de cargo, apenas corresponde a una maniobra urdida por el despachador Héctor Téllez

Arango y la delictuosa colaboración que le prestaron los investigadores. No dijo aquél testigo, en un principio, quiénes fueron los coteros que cargaron el automotor, ni tampoco una serie de detalles que vinieron a señalar el aparato de *Moreno*. Todo surgió a medida que fue conociendo algunos resultados de la averiguación. Y como se tuvo ocasión de identificar (septiembre 18) previamente tal vehículo, cuando fue aprehendido, de ahí las coincidencias (septiembre 21) que sobre el mismo se revelaron tardíamente. En este ámbito aparecen los desperfectos de sus vidrios y de su arranque. Esto último lo relacionó el sentenciado, el 15 de septiembre, como hecho sucedido el 11 de septiembre a eso de las once de la mañana.

Insiste en que la tarjeta de operación que fue exhibida por quien realmente cometió el doble delito, es distinta a la que poseía el señor *Moreno*, sospecha fundadamente de los coteros, pues al paso que se cita a uno conocido con el alias de "Toto", aparece declarando un José Tito Pineda C.; y, citándose como cargadores del automotor a empleados de la firma Importaciones Ramírez, días después se menciona a tres coteros suministrados por: "Lalitrans" -Omar Cotacio, Antonio Acosta y NN (Toto)-, aunque de esos sólo declaró Omar Cotacio Mendieta y luego apareció José Tito Pineda C., quien no cita como compañeros a Toto ni Mendieta, sino "con otro muchacho a quien no le sé su nombre". por su parte Rodolfo Ramírez C., despachador de Importaciones Ramírez, dice que se rechazaron los coteros enviados por Latitrans, pues ellos tenían personal de confianza: "Luis, Miguel", sin recordar otros nombres. De estos testifica José Oscar Ortíz Montealegre.

Sobre el dictamen rendido por el profesor Gustavo Lozano C., del Instituto de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional (detectó rastros de ajo), anota como censuras a su validez las siguientes: él no recogió las muestras que analizara; debió intervenir el Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá o los expertos del cuerpo técnico de la Policía Judicial; la pericia se muestra inmotivada y lacónica: no identificó productos que sí transportó el señor *Moreno* (alimentos concentrados de Raza, harina, triturados de arroz, chocolate). Para la diligencia de inspección judicial, el juez no consideró necesaria la pericia -fs. 122- ni la decretó ni formuló cuestionarios. La iniciativa de esta prueba la llevó Téllez Arango y los agentes secretos de los cuales se hizo acompañar. Menciona al respecto el folio 51, en donde el Jefe de la Sección de Delitos contra el Patrimonio Económico "Insinuaba desde el 23 de octubre la necesidad de una inspección para saber si cargó o no ajo. Esta solicitud, si bien no la atendió

el juez a quien se dirigía, si la asumió el dactiloscopista y técnico de automotores Jaime Barbosa P. quien dice (diciembre 15/87) que se recogieron muestras de materia orgánica vegetal al parecer *ajo*, en diferentes sitios de la carrocería, las cuales fueron enviadas al Grupo de Química y Física de esta Institución, para su análisis correspondiente, donde darán respuestas oportunas" -fs. 125-. De manera inquietante para el defensor, la inspección judicial se realiza el 21 de diciembre y aparece el perito químico Pedro Gómez Silva, quien recogió muestras halladas en el vehículo, para su ulterior examen -fs. 126 . Todo esto le hace dubitar la bondad de este elemento de incriminación, máxima cuando el ajo transportado lo fue en cajas, lo cual impedía encontrar residuos.

Y explica con mayor detenimiento:

"El jueves diez (10) de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987) -día en el que ocurrió el hurto de la *Cerveza Clausen* en esta ciudad- hacia las horas del medio día se presentó con su camión a las instalaciones de la Siderúrgica de Belencito (Boyacá) en donde cargó un viaje de alambre y lámina con destino a la Ferretería *Poisánchez Ltda.* situada en Bogotá; de allí, de Belencito, salió como a eso de las ocho de la noche y se encaminó a bordo del doble troque cargado con aquellos productos hacia Duitama, en donde pernoctó al lado de su esposa y de sus hijos. Al día siguiente, viernes once (11) de septiembre -día en el que se consumó el hurto de los ajos- salió de su residencia como a eso de las cuatro y media de la mañana con el fin de traer aquella carga a la *Ferretería Poisánchez Ltda.* A su paso por la población de Chocontá encontró a un amigo suyo varado el cual le solicitó un favor que debía cumplir en el Tercer Puente a la entrada a esta ciudad, lugar a donde arribó como a eso de la *"...una de la tarde..."*, y allí, por prestar el favor solicitado, apagó el camión y se apeó, mas cuando quiso reanudar la marcha, el encendido no funcionó por algún desperfecto en el arranque, pero echando mano a su propia industria y gracias a la ayuda de un conductor ocasional de una volqueta que pasaba por allí, logró prenderlo y de esta manera llegó a su destino como a eso de las tres de la tarde, y de inmediato se dispuso a descargar *"...la mercancía relacionada en la orden de despacho No. 0283427 hasta las siete de la noche..."*; luego llevó el camión a lo *Texaco* de la carrera 21 con Calle 13 donde lo guardó. Como a eso de las ocho y media de la mañana del día siguiente, cuando intentó sacar su vehículo del garaje para continuar sus labores, tampoco lo pudo prender porque la falla del arranque persistía, situación que la volvió a superar gracias a la oportuna colaboración de su amigo y compañero

de viaje, señor *José Heladio Duarte Mendivelso* quien con el remolque suyo lo haló hasta prenderlo de nuevo y así tornó a la *Ferretería Polsánchez Ltda.* en donde "*...se le recibió la mercancía relacionada en la orden de despacho No. 6288428...*", y cumplida esta misión, se encaminó, como a eso de las once de la mañana hacia los *Talleres Eléctricos Lara* en donde le repararon la falla del arranque para luego continuar con sus labores cotidianas".

Destaca, finalmente, la buena conducta del procesado, la legalidad de la documentación de su vehículo, la exclusiva conducción de éste; la realidad de los cargues hechos y su pago y la secundaria importancia que tiene la formalidad de la autenticación de esos documentos, que pregonan realidades exculpatorias.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Para este colaborador fiscal, la censura dirigida contra la prueba documental presentada en favor del procesado y con la cual se demuestra su ocupación, para los días 9, 10 y 11 de septiembre de 1987, en sitios diferentes a los de comisión de los dos delitos investigados y cuyas causas fueron acumuladas y definidas en forma unitaria, lo cual sacaría avante su coartada, resulta procedente.

Respecto a los elementos probatorios indirectos, comenta: "Supérfluo resulta el análisis probatorio que efectúa de los medios testimoniales e indiciario que trae a colación, pues no son admisibles en sede de casación argumentos en materia de estimación de esta clase de pruebas, por no estar sometidas a determinada tarifa legal. En consecuencia, como no sea desde el punto de vista de que estos elementos de certeza sólo tuvieron acogida en el fallo impugnado como corolario de la prueba documental, en la que, como bien dice el actor, se fundamenta esencialmente la decisión censurada, ha de orientarse el estudio de la demanda hacia el supuesto desacierto que significó haber absuelto a Mariano de Jesús Moreno Vega con base en la certificación y comprobantes a que se refiere el libelista".

Concrétase la Delegada al primero de los aspectos, anota: "... asiste, además, razón al demandante, en el fundamento de la censura; pues de la lectura del fallo fácil resulta concluir, que el pronunciamiento absolutorio en favor del acusado, se edificó esencialmente en la prueba documental que menciona el casacionista, por otorgarle el sentenciador valor de prueba auténtica del que carece, de acuerdo con los preceptos legales señalados en el libelo.

"No de otra forma puede entenderse la premisa según la cual, las exculpaciones del encartado "que pudieron convertirse en un momento dado en simples mentiras para evadir la responsabilidad de los cargos imputados en su contra... *se convierten en realidad*", en tanto son confirmados y corroborados, básicamente, por la prueba documental; y aunque en la sentencia se alude así mismo a la prueba testimonial, lo cierto es que la estimación de ésta presupone la aceptada comprobación de la primera.

"Pues bien, se dice en la providencia que reposan en el proceso sendas certificaciones como son la de la empresa Alfa Carga Ltda., "*y en la cual se adjunta copias auténticas del itinerario del camión de placas XJ 06-07*; reseñando seguidamente los documentos a folios 76 a 93 y 138.

"Se señala igualmente, con el fin de *reafirmar la autenticidad* de los referidos elementos de certeza, que "el raciocinio jurídico del juez cognoscente al desechar tal prueba no valorándola en su aspecto formal, pierde de vista que es *expedida en verdad por el señor Alvaro Torres, pero que éste es funcionario de la referida entidad estatal*, por consiguiente *al dudarse de ésta se diría que es falsa...*", y se hacen otras alusiones a la tacha que se echa de menos, respecto de las demás certificaciones y comprobantes de carga existentes en el encuadernamiento.

"Todo lo cual, sin lugar a dudas, permite entender que el *ad quem*, asumió que los documentos de que venimos hablando, eran auténticos y además de carácter público, la constancia emanada de Acerías Paz del Río; de ahí las referencias a que no mediando tacha de falsedad, éstos hicieron fe para el juzgador, de su otorgamiento, fecha, y las declaraciones en ellos contenidas como se desprende del último párrafo del folio 7 y de la providencia cuestionada, con lo que, exactamente, le otorgó el valor previsto para los documentos públicos auténticos, en el inciso 1o. del art. 284 del C.P.P.

"Pero si examinamos los documentos a que se contrae la demanda, observamos que se presentan diversas situaciones, todas en las cuales, resaltaba improcedente, asignar el valor probatorio que el juez de segunda instancia les otorgó fundando en esa equivocada estimación la decisión absolutoria que favoreció al procesado. Veámos:

"Entratándose de las certificaciones expedidas por la empresa Alfa Carga Ltda., suscrita por la Gerente Lilia Rodríguez de Alvarez (fl. 77), conforme a la cual se informa sobre el itinerario que usualmente cumple

el camión de placas XI-06-01 afiliado a esa firma y se aportan algunos documentos relacionados con el efectuado los días 10, 11 y 12 de septiembre/87; Ferretería Polsánchez -en copia auténtica- suscrita por Policarpo Sánchez (Fl. 80), según la cual, Mariano de Jesús Moreno Vega conductor del vehículo de placas XI-06-01, estuvo descargando en esas bodegas la mercancía relacionada con la orden de despacho 0288427 de Acerías Paz del Río S.A., el 11 de septiembre/87 hasta las 19:00 Horas; Acerías Paz del Río suscrita en Belencito (Boy.) por Alvaro Herrera Torres, Director de la Sub-División de Productos Terminados de acuerdo con la cual, según las órdenes de despacho 288427 y 288428, Mariano Moreno con el automotor de Placas XI-06-01, llegó el 10 de sept./87 a la 1:26 p.m. y salió a las 7:42 p.m. con alambre galvanizado y lámina (fl. 138), debe afirmarse:

"Se trata de documentos privados, cuya autenticidad como bien dice el actor, se establecerá por los medios legales al tenor de lo estipulado en el art. 284 inc. 2o. del C.P.P.; y como éste ordenamiento no regula lo atinente a la autenticidad y valor de los documentos privados, hemos de remitirnos por virtud de lo previsto en el art. 12 del C.P.P., a las normas del procedimiento civil sobre la materia.

"Y encontramos en esta legislación que ésta clase de documentos, aparecen consagrados en el Art. 277 del C.P.C., como "*Documentos emanados de terceros*" respecto de los cuales se preceptúa: "Salvo disposición en contrario a *los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez*: -1. Si siendo la naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el art. 252.7. *Si siendo simplemente declarativos*, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios..." (Cursivas fuera de texto).

"Ahora bien; en cuanto a la naturaleza y concretamente al contenido de los documentos examinados, ha de distinguirse de acuerdo con la norma transcrita y según la doctrina, "entre el grupo de los documentos declarativos que tienen un carácter constitutivo (un testamento ológrafo) o dispositivo (un recibo), y los que sólo tienen un valor testimonial, que a su vez pueden acreditar una confesión de hechos propios (documento confesional) o una confesión de hechos relativos a terceros (documento testimonial *stricto sensu*)" (Derecho Procesal Civil, vol. 1, págs. 494 y 496).

correspondiendo aquéllos a éstos últimos; es decir, a documentos testimoniales *stricto sensu*, tal como se puede apreciar de las expresiones en ellos consignadas.

"Y siendo esto así, la disposición en cita (art. 277 del C.P.C.) que acoge el criterio de distinción de la doctrina expuesta, sólo permitía al Juez su estimación probatoria, en el evento en que su contenido se hubiere "ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testimonios" (ord. 2o.).

"Es tan clara y perentoria esta preceptiva, que la misma jurisprudencia de la Corte ha sentado su posición en tal sentido al precisar la apreciación y valor probatorio de los documentos emanados de terceros, cuando afirma:

"Lo tiene dicho la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse en el presente caso *no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que todas ellas por provenir de terceros ajenos a la relación procesal y sin estar reconocidas por sus autores, son ineficaces* para oponerlas como prueba literal en contra del litigante que no tuvo injerencia en su producción. *Pero si siquiera podría afirmarse que por provenir de quienes son terceros en el proceso deben considerarse como prueba testimonial, desde luego que carecen de la formalidad del juramento...*" (C.S.J., Sent. de 25 de febrero/87). (Cursivas fuera de texto).

"Sobre la base de estos presupuestos y volviendo a las certificaciones estudiadas, se tiene que ninguna de éstas fue reconocida por sus autores, y menos ratificadas en su contenido; pues la única declaración de sus signatarios que obra en el informativo, esto es, la de Lilia Rodríguez de Alvarez (fl. 171), se reduce a una simple versión de conducta, que nada tiene que ver con el documento o constancia por ella extendido.

"De otra parte resulta equivocado calificar el documento expedido por Alvaro Herrera Torres, Director de la Sub-División de Productos Terminados de Acerías Paz del Río S.A., como documento público, al señalar que aquél lo expidió en su calidad de *funcionario de la referida entidad estatal*" e implícitamente, colegir que ha de tenerse como auténtico ya que no existió respecto del mismo tacha de falsedad, y todo con el ánimo de conferirle la fuerza probatoria de los documentos públicos, de la que real

y legalmente, carece. Pues *la empresa Acerías Paz del Río S.A.*, es una sociedad de *carácter exclusivamente privado*, como reza en sus estatutos y se ha determinado, por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado al recalcar la naturaleza de la mencionada firma, en providencia del 12 de diciembre/67 con ponencia del Magistrado Alfonso de Meluc.

"Este desacierto pone en evidencia, además, lo manifiesto del error de derecho originado en el falso juicio de convicción en que incurrió el fallador, objeto de la censura, respecto de la prueba documental analizada; pues, como observamos, no habiéndose dado cumplimiento a las formalidades exigidas en el ord. 2o. del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, éstas no ameritaban estimación probatoria.

"E improcedente, resultan, entonces, las referencias a las tachas de falsedad para fundar en el hecho de que éstas no existiesen la autenticidad de los documentos, ya que éste argumento que se desprende de lo previsto en el art. 284 inc. 1o., sólo es viable en tratándose de los que ostentan carácter público.

"Igualmente resulta equivocada la aserción del Tribunal según la cual, con la certificación de Alfa Carga Ltda. "se adjunta copias auténticas del camión de placas XI-06-01, en los días 10, 11 y 12 de septiembre/87", y como tales se entran a relacionar los controles de despachos de Acerías Paz del Río S.A. de 10 de septiembre/87 con órdenes No. 288428/27, y otros documentos relacionados con operaciones de carga y transporte efectuados por dicho vehículo el día 12 del mismo mes y año.

"Pues verificados los documentos reseñados por el Tribunal y que se contraen al control de despachos efectuado el día 10 (obrantes a folios 82 a 87), se puede advertir que se trata de copias simples, sin autenticar y, por ende, a las cuales, ni siquiera se les podía asignar el mismo valor probatorio de los originales según lo dispuesto por el art. 254 del C.P.C., norma ésta que por tratarse de documentos privados, debió tenerse en cuenta por mandato del inciso 2o. del art. 284 del C.P.P., en armonía con el art. 12 ibidem, pero que al no ser aplicados por el sentenciador, originaron el error de derecho respecto de la estimación legal de las aludidas pruebas, tal como lo señala el casacionista en la demanda.

"Llama la atención a esta Agencia Fiscal el hecho, de que las restantes copias que aparecen autenticadas (fls. 89 a 94), se refieren a operaciones de transporte realizadas el día 12 de septiembre/87, fecha que para efecto

del juicio de valor sobre la responsabilidad penal, como coautores de los punibles de hurto imputados a Mariano de Jesús Moreno Vega, dentro de las circunstancias objeto del debate procesal, resulta irrelevante, en tanto los hechos denunciados acaecieron entre los días 9, 10 y 11 de septiembre/87, en los cuales se discutía si el vehículo de su propiedad podía haber sido utilizado en Bogotá, como instrumento para la comisión de los ilícitos; y que dentro de este contexto y el de las demás pruebas aportadas al proceso, debió valorarse la remesa 63696, extendida el día 11.

"Teniendo en cuenta, pues, que la prueba documental examinada constituye indiscutiblemente la espina dorsal del fallo absolutorio impugnado; y que en este orden de ideas resultan, entonces, procedentes, así mismo, las exigencias reglamentarias aludidas por el demandante y el a quo en orden a la valoración probatoria de los documentos de transporte aportados al informativo, pero que igualmente fueron desconocidas por el juzgador de segunda instancia, surge evidente el falso juicio de convicción en que incurrió el ad quem con base en estos elementos de certeza, para absolver a Mariano de Jesús Moreno Vega, de los cargos que le fueron imputados.

"Y como quiera que este yerro condujo a la violación indirecta de la ley sustancial en la forma como lo demanda el recurrente, no habiéndose aplicado, debiendo darse aplicación a los arts. 2, 3, 4, 5, 23, 26, 42, 103, 349 y 372, ord. 1, del C.P. en concordancia con los arts. 246 y 247 del C.P.P., cuando los requisitos para ello se encuentran satisfechos conforme a la realidad procesal, compete a esta representación del Ministerio Público *sugerir* a la H. Corte, que acoja las pretensiones de la demanda y, por ende, case parcialmente el fallo impugnado en cuanto se refiere a la revocatoria de la sentencia condenatoria de primer grado, el pronunciamiento absolutorio en favor del procesado y el levantamiento de las medidas cautelares, sustituyéndolo por el de condena a la pena principal, accesorias y al pago de los perjuicios materiales y morales indicados en el libelo".

Consideraciones de la Sala:

1.- Las alegaciones del recurrente y del defensor del procesado, ciertamente corresponden a la reposición, en sede de casación, de las alegaciones introducidas por cada uno de éstos durante los momentos decisivos de definición de las probanzas. La cuestión resulta explicable, en el segundo de ellos, que ha transcrito en extenso su dilatado análisis probatorio, porque el Tribunal acogió casi íntegramente su raciocinio. No

conviene igual apreciación, en cuanto al impugnador, puesto que no sólo debía limitarse a la decadencia de la ameritada prueba documental que, no puede dudarse, tuvo importancia e incidencia en el fallo proferido, sino a replantear en forma seria, completa y con una argumentación sólida, los demás componentes que conformaban el juicio sobre la responsabilidad de *Moreno Vega*. Y en esto último la demanda se presenta bastante canija y de muy secundaria entidad. Otro tanto hay que anotar respecto de la opinión de la Delegada, quien cree cumplido su deber en cuanto a analizar la parte acusatoria de la demanda, como si de la decadencia de una determinada prueba documental, que favorecida en buena parte a *Moreno Vega*, ya resultase probada la responsabilidad penal de éste en los dos hechos. Para advertir la deficiente presentación de estos comentarios, así como los de la parte civil, basta repasar el largo cuadro de refutaciones que enfoca el defensor, para advertir como evidente, que luego de triunfarse en el cometido de rechazar la procedencia de la prueba documental, restaba un amplísimo ámbito de discusión sobre otros aspectos de incriminación, tanto que podía surgir como incontrastable una de estas dos alternativas: o que las manifestaciones del procesado, contenidas en su indagatoria y que concretaban su alejamiento total de los hechos delictuosos, no habían podido desvirtuarse; o que en el peor de los casos para él todavía podía invocarse el beneficio del *in dubio pro reo*. No cree la Sala, en situación tal, que tras de declarar la prosperidad de la objeción, todo quedaba a cargo suyo, o sea, refutar al Tribunal, al defensor y, por ende, encontrar la prueba de responsabilidad.

2.- Tomar la prueba documental como esencial, fundamental, sustancial, principal, etc., no equivale a fijar su exclusividad en este primordial aspecto de relación causal. No es dable, por lo que más adelante se expondrá, advertir que sólo por obra de esas afirmaciones documentales pudo llegarse a la absolución. No, el proceso aburda en una serie de significativas comprobaciones que, aún por fuera de estas demostraciones y aún contra ellas, de no darse una refutación adecuada por parte del Tribunal, pudo haberse llegado a la condena. De donde, acatar lo atinente a la prueba documental que exhibía a *Moreno Vega* como ocupado en otros menesteres y en otros sitios, no comportaba por sí su liberación. Fue necesario atender a otros cuestionamientos para poder arribar al fallo de absolución.

3.- Por eso la Sala, para concretar esta presentación del asunto, establece el siguiente esquema de discusión: *Moreno Vega* afirma que ni él, ni su vehículo pudieron estar en las empresas de Rodrigo Mesa y Cía. ni en Latitrans, recogiendo cargamentos de cerveza y ajo, los días 9, 10 y

11 de septiembre, porque en esa fecha estaba en Belencito (Boyacá) cargando hierro y lámina, dirigiéndose a Duitama, horas de la noche el primero de los citados días, y luego, en el segundo, a la ciudad de Santafé de Bogotá, localidad esta última en donde empezó a entregar ese despacho (ferretería Polsánchez), pues a las siete de la noche se interrumpió la labor, debiendo llevar su vehículo a la bomba Texaco de la carrera 21 con calle 13, en donde aparcó su automotor, continuando la faena al día siguiente (septiembre 11). Además, advierte en el camino de Belencito a Santafé de Bogotá, se encontró con dos personas, una de ellas fue ayudada por él en el desperfecto que sufrió el vehículo de aquél; el otro, José Eladio Duarte M., lo acompañó (encaravanado) durante el trayecto de la región boyacense a Santafé de Bogotá ayudándole, en la carretera, a superar el defecto del arranque; y, al día siguiente, halándolo en la mencionada bomba Texaco. Esto lo corrobora el citado Duarte -fs. 136 y 137-. Y Félix Borda -fs. 169-, vigilante en la bomba Texaco, atestigua que a esta estación de gasolina, en horas de la noche, llegó el vehículo de *Moreno Vega*.

¿Cómo trató el instructor (y el fallador de primera instancia) de desvirtuar esta situación planteada por el procesado? Con los únicos que vieron el vehículo de *Moreno Vega* cargando el ajo; y, con un experticio sobre hallazgo de rastros de ajo en el automotor del procesado. Dos pruebas que, inicialmente, debían tomarse como avasallantes, como definitivas para esclarecer la verdad, y para imponer, por supuesto, como faltas de veracidad las manifestaciones de *Moreno Vega*.

Pero el Tribunal, en su análisis, restó confiabilidad a los coteros que reconocieron el vehículo (variabilidad de nombres, los que lo hicieron no declararon; se reacondicionaron los nombres: la información resultó a posteriori, cuando se produjo la retención del vehículo y luego de haber sido éste mostrado a los declarantes, etc.) y también a la pericia sobre las muestras residuales del ajo. Sobre este punto, el descrédito de la prueba, también por variadas razones, fue la conclusión asumida en la sentencia. Entonces, perduraba la explicación exculpatoria del procesado, fundamento para una absolución bien porque mediante ella logró establecer su ausencia del lugar de los hechos imputados, bien por una situación ineliminable de duda.

Esta situación probatoria no fue abordada por el recurrente para demostrar la equivocación valorativa del juez, su distorsionamiento, etc. Y el Ministerio Público cree, según transcripción que se ha hecho, que resultaba empresa infructuosa y de inadmisible impugnación.

La Sala, sin entrar en una deducción certera y completa, tendría que manifestar al menos una difícultada elaboración crítica respecto de las conclusiones asumidas por el Tribunal sobre el valor de la prueba indiciaria. Y esto se afirma, no sin dejar de reconocer que hay factores intranquilizantes en cuanto a admitir un raciocinio amplio, seguro e inobjetable de inocencia en el procesado. Pero el instructor, ante situación que podía haber eliminado factores de duda, con una actuación directa, inmediata y certera, prefirió dejar aspectos contagiados de sombras e incertidumbres. No quiere la Sala, porque este no es el compromiso de la decisión, detenerse en estos aspectos, pero sí observa que el examen inmediato del vehículo, con toma de muestras de sus múltiples residuos y una oportuna y seria peritación, habría develado el enigma. Como también, el presto y exhaustivo interrogatorio de las personas que realmente realizaron la labor de cargue, antes de identificar privadamente otros sujetos el vehículo retenido, habría sido demostración esclarecedora. La prueba de incriminación se hubiera fortalecido y ganado casi invulnerabilidad. En estos puntos faltaron cuidado y sensatez y se dejó una prueba fluctuante, con frágiles flancos, que se explotaron exitosamente por la defensa. La Sala, y no quiere agregar aspectos de duda, advierte en relación a los vidrios de la portezuela del automotor, que éstos, que fueron advertidos con desperfectos, cuando no estaban subidos al cargar el ajo, sí se detectaron así pero en percepción que corresponde más a las condiciones en que estaba el vehículo cuando fuera retenido, según las fotos que obran en autos.

También, y es asunto de decisiva importancia, no se interrogó directamente a las personas que cargaron o controlaron esta acción, en las dependencias de Belencito, para establecer nítidamente si el documento expedido correspondió a la realidad del transporte, en ese día y hora, o si más bien fue un documento que podía no corresponder a las características propias de la movilización allí consignada. Y otro tanto debió hacerse con los que entraron en contacto con *Moreno Vega*, en las dependencias de la ferretería Polsánchez, fueron aspectos decisivos, que no ofrecían complejidad ni en su comprensión, ni en su realización, pero que se inatendieron. Se malogró una instrucción promisoria en las facilidades que ofrecía para establecer una responsabilidad penal.

4.- La Sala aborda, por último, el aspecto que la Delegada y el recurrente han considerado como concluyentes en su alegación, para indicar la estimación que esta censura la merece.

A este respecto se comenta:

a).- En el proceso obran dos declaraciones que corroboran parte fundamental de las exculpaciones de *Moreno Vega*. Una de ellas, la de José Eladio Duarte M. -fs. 136 y 137-, quien afirma haber visto y viajado por considerable trecho, con Moreno de Boyacá a Santafé de Bogotá. Otra, la de Félix Borda, sobre la llegada del vehículo del procesado a la bomba de gasolina en donde aquél prestaba sus servicios. Este declarante lo desecha la demanda, porque habiendo dicho *Moreno Vega* que no estaba del todo cargado su automotor, el testigo afirma que se encontraba vacío. La crítica ciertamente se muestra de reducida entidad y afloran, en favor de tal elemento de convicción, otros factores más importantes y trascendentales. Y en cuanto a José Eladio Duarte, el casacionista equivoca completamente su censura, pues este testimonio centra su fuerza de convicción en el punto de establecer que para la fecha del 10 de septiembre, *Moreno Vega* venía hacia Santafé de Bogotá, cargado, aspecto no comentado por el recurrente. Y, además, le atribuye a este testigo versión acorde con el celador Borda (el "Sisu" estaba vacío), cuando su declaración, en este aparte, exhibe afirmación distinta, consonante con lo manifestado por *Moreno Vega*.

Por este aspecto, la situación del sentenciado se muestra abiertamente favorable, en cuanto a la naturaleza de sus explicaciones, y la demanda no logra desvertebrar su bondad.

b).- La tímida crítica probatoria, por otra faz, se presenta simplemente como una disparidad de criterios, contraposición en la cual tiene mayor ascendiente la opinión expresada por el Tribunal, pues su fallo viene precedido de la doble presunción de acierto y legitimidad. Además, la cuestión impondría, por sí, una sustancial variante en cuanto a la índole y desarrollo de la censura, pues otra habría sido la vía a escogerse.

c).- En cuanto al punto de fotocopias, demandante y Delegada coinciden en restarle mérito de comprobación exculpativa por ausencia de debida autenticación. Estos documentos, para los aludidos interviniente, carecen de valor y mal pueden apuntar al fundamento de la sentencia atacada.

Ya se ha visto que el factor exclusividad, no es dable cargarla a esta clase de pruebas, por lo que el fallo así prospera esta objeción, podría subsistir a expensas de otras probanzas y de otros análisis probatorios.

Pero la restricción absoluta e inflexible que al respecto se quiere imponer no tiene la validez que para este aserto se reclame. Y la noción resulta atacable no sólo para el momento de definirse la impugnación, por mandato expreso de la Constitución, que en su artículo 228 manda dar prevalencia al derecho sustancial, sino para la época en que fueron emitidos los fallos de primera y segunda instancia. En efecto, la condición de documento privado de los papeles con los cuales el sentenciado estableció su álibi, no carecen de toda significación probatoria, al menos en el campo penal, en donde el mérito de esta clase de comprobaciones no se rigorizan en el escrupuloso sentido de la legislación civil -art. 279 C.P.C.-, máxime cuando quienes podían establecer su fingimiento, aprocriticidad, falseamiento, etc. (entre ellos el propio funcionario de instrucción) nada hicieron por evidenciarlos como tales y, por contrario modo, algunas situaciones vinieron en apoyo de los mismos.

La autenticidad declarada por el notario, como en el caso del documento de fs. 80, (actividad desplegada en la ferretería Polsánchez), es suficiente a falta de demostración en contrario que establezca su artificiosidad y engaño. Es conveniente, de suma conveniencia en caso como los que relaciona un documento de esta clase, interrogar en profundidad a quien lo suscribe, o a quienes tienen que ver con los hechos que allí se consignan. No es admisible la tesis que condiciona la eficacia de escrito tal a la realidad de un testimonio rendido por su suscriptor.

Pero hay una razón de mayor peso que finiquita la eficacia de la censura. No todos los documentos privados allegados al proceso penal puede tratarse, en cuanto a su autenticidad (certeza sobre la persona que ha elaborado, manuscrito o firmado), con el mismo rasero. Está bien esta crítica y decadencia cuando en su producción para nada ha intervenido el funcionario penal (instructor o de pleno conocimiento), siendo factible imaginar su manipuleo, inmutación, etc.; pero no ocurre otro tanto cuando el propio juez se ha dirigido a determinada persona (natural o jurídica) para procurar una información que interese al proceso penal. Suministrada ésta, la documentación así aportada merece ser apreciada como auténtica y debe surtir todos los efectos que la misma sea capaz de generar. Dejando a salvo, claro está, la oportunidad de controvertido ampliamente, ya por iniciativa del funcionario, ya por actividad de las personas que intervienen en el proceso. Como bien se observa, a fs. 138, aparece reproducida la documentación que el sentenciado presentara inicialmente y con la cual pretendio demostrar, para septiembre 10/87, que su actividad laboral estaba centrada en Belencito (Boyacá), concretamente con la

empresa Acerías Paz del Río. Este documento se expidio expenses de la concreta y directa petición del doctor Germán Carrillo Sánchez, Juez Segundo de Instrucción Criminal y está fechada el 22 de enero de 1988. Directamente se le respondio y, en circunstancias tales, no es posible señalar que se trata de un documento privado sobre el cual nunca se ejerció un poder autenticador, puesto que la certidumbre de su origen, contenido y suscriptor, no es dable ponerlo en estado de duda general, sino mas bien acreditar su certidumbre sobre los mencionados aspectos. Tenía, pues, para los falladores un valor cierto y sobre él se podía apoyar una conclusión como la que persiguió, en la investigación realizada, el procesado y la cual le fuera reconocida por el Tribunal.

La censura no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su fecha, naturaleza y organismo de proferimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Patricia Duque Sánchez, Ivan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.

Rafael Cortés Garnica, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA - Segundo incidente

Después de asumir el conocimiento ante el planteamiento de un nuevo incidente, ya con otros elementos de juicio, el procedimiento a seguir es el de iniciar un nuevo conflicto.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 70 (10 jun./92). Radicación No. 7681

Resuelve la Sala lo pertinente sobre la colisión de competencias negativas que se afirma ha surgido entre los Juzgados 7o. de Instrucción Criminal radicado en Puerto Rico (Caquetá) y su homólogo 15 de Garzón (Huila) en el proceso que por los delitos de secuestro y corrupción, se adelanta respecto de *Teodoro Soto Buitrago.*

Antecedentes:

1.- El viernes 3 de mayo de 1991, Teodoro Soto Buitrago, de profesión payaso, llegó al Municipio de Paujil (Caquetá) acompañado de John Jairo Calderón, de 11 años de edad, quien vivía con él desde hacía más de un año y le colaboraba en las respectivas funciones.

El sábado Soto Buitrago hizo una presentación en una escuela, a la que asistió Cerlin Alexis Peña Sánchez, también menor, a punto de cumplir 12 años de edad. Entre los menores se entabló una conversación que motivó la presentación de este último a Soto Buitrago, por parte John Jairo, yéndose los tres a comer inicialmente y luego a las residencias donde payaso y ayudante se hospedaban. Allí en la puerta, Soto Buitrago, de 24 años de edad, le propuso a Cerlin Alexis que se fuera a trabajar con él, respondiéndole el menor que iba a pensarlo, marchándose para su casa.

En la mañana del domingo, Gerlin Alexis pidio permiso a su madre Marleny Sánchez para ir a misa, pero se dirigió a las residencias en mención, en donde -dijo después el menor en declaración- "me mostró (Teodoro) unas fotos de Mychey (sic) el de la televisión y me dio ilusión" (fls. 6), resolviendo irse entonces con Soto Buitrago y su acompañante John Jairo para el Departamento del Huila: primero llegaron a Guadalupe, donde luego de la presentación payasal y ya por la noche, encontrándose dormido, sintió que Soto Buitrago trataba de besarlo y de acariciarle el pene, pero como lo rechazó, éste decidio retirarse para la cama de John Jairo, ya que ellos siempre dormían juntos (fls. 6).

El día siguiente arribaron a Suaza (también Municipio Huilense), en donde Gerlin Alexis presenció, a eso de la media noche, que John Jairo y Teodoro Soto Buitrago ejecutaban actos sexuales distintos del acceso carnal, encontrándose el primero en calzoncillos y el segundo completamente desnudo.

Al otro día llegaron al Municipio de Acevedo (Huila), población en la que la madre del menor Gerlin Alexis logró localizarlo y rescatarlo, haciendo capturar a Soto Buitrago, contra quien formuló denuncia por el delito de "secuestro simple".

2.- El Juzgado Promiscuo Municipal de Acevedo abrió investigación, practicó algunas diligencias y luego remitió el expediente a los Juzgados de Instrucción Criminal de Garzón, correspondiéndole al 15, que escuchó en indagatoria al imputado Teodoro Soto Buitrago y le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución por el delito de secuestro. En cuanto al posible delito de acto sexual abusivo, no otorgó bastante credibilidad al menor Gerlin, y tuvo en cuenta que en su testimonio John Jairo negó enfáticamente cualquier acto de esa índole. "Es posible -dijo el Juzgado- que hubiese (el menor Gerlin Peña Sánchez) sido obligado por su progenitora para que declarara cualquier cosa en contra del payaso, razón por la cual nos abstendremos de dictar medida de aseguramiento por ese presunto delito" (fls. 19). Ahí mismo decidio remitir el sumario a Paujil, por estimar que "el delito contra la libertad individual se consumó en esa localidad"..

El Juzgado Promiscuo Municipal de Paujil envió a su vez el expediente a reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal de Puerto Rico (Caquetá), correspondiéndole al 7o., que estimó que no se tipificaba el secuestro, "conducta que no se estructura cuando el supuesto afectado

achúa por su voluntaria determinación, por esta razón no podemos hablar de secuestro consentido" (fls. 24). Al considerar, así, que quedaba no más el delito previsto en el artículo 305 del Código Penal (corrupción), resolvió devolver las diligencias a' Juzgado 15, proponiendo la respectiva colisión negativa de competencias.

Ese último Juzgado avocó de nuevo su conocimiento, amplió la denuncia, cerró investigación y la calificó con resolución acusatoria por el delito de secuestro, cesando procedimiento en torno al delito sexual: Para el secuestro, se apoyó en proveído de esta Sala de octubre 4 de 1988 (M. P. Dr. Carreño Luengas), en uno de cuyos apartes se lee: "Concluyese de lo anterior, que los impúberes no tienen capacidad para consentir o autodeterminarse y que la sustracción que de ellos se haga de su domicilio o su retención aún con su aparente consentimiento, puede ser punible, porque el sujeto agente para realizar su propósito, se está aprovechando de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquicas que deben pregonarse de las personas absolutamente incapaces..." (fls. 45).

La cesación de procedimiento referida, la sustentó en que el testimonio de John Jairo merece entera credibilidad (fls. 46).

En firme la acusación, el proceso correspondio al Juzgado Primero Superior de Garzón, que mediante auto de 27 de abril último (fls. 60), dijo que el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Garzón dejó de pronunciarse sobre la colisión de competencias propuestas por el 7o. de Puerto Rico, y que "de todas maneras, es al Juzgado de Puerto Rico a quien corresponde la competencia, sea que al calificar llame a juicio o cese el procedimiento por el presunto secuestro. Así, el Juzgado de Instrucción de Garzón debe aceptar la colisión negativa de competencias y enviarlo a la Corporación que dirimirá el conflicto, según sus propios argumentos plasmados en la resolución de acusación", y dispuso la devolución del expediente al Juzgado 15.

Dicho último Juzgado, mediante auto de 4 de mayo (fls. 61 y ss.) obedeció al Juzgado Superior, estimando que el sumario no podía haberse calificado "cuando de por medio existía una colisión negativa de competencias, la que hasta ahora ha permanecido en silencio y pese a ello se profirió resolución acusatoria por el delito contra la libertad individual, cuando según se ha dicho por parte de esa oficina, tal infracción ocurrió en jurisdicción del Distrito de Puerto Rico Caquetá" (fls. 61).

Luego el Juzgado insistió en que sí se daba el delito contra la libertad individual, trayendo a colación nuevamente la ya mencionada decisión de esta Sala.

Finalmente, de la falta de competencia argüida dedujo que debía decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de investigación, la que decretó, ordenando a continuación el envío del proceso a la Corte, "con el fin de que dirima el conflicto en competencia".

Se Considera:

Ya se dijo que el Juzgado 7o. de Instrucción Criminal de Puerto Rico se abstuvo de seguir conociendo del proceso por considerar que el punible contra el pudor sexual se había realizado en varias poblaciones del Departamento del Huila, no del Caquetá, y que el delito de secuestro, también imputado al procesado, no existía. Con base en esos planteamientos, emitió el auto de 18 de junio de 1991, por el cual propuso colisión negativa de competencia al Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Garzón (Huila), despacho que al recibir las diligencias, reavocó su conocimiento y continuó su trámite en los siguientes términos: "Se avoca el conocimiento de la presente investigación, *por ser de nuestra competencia...*" (fls. 27. Resaltas fuera de texto).

El primer error del Juzgado Primero Superior de Garzón se presenta entonces al considerar que por parte del Juzgado 15 no hubo pronunciamiento alguno sobre la colisión que se le proponía, cuando la verdad es que, de manera expresa, sí lo hizo. Y aún cuando no lo hubiera hecho en los términos transcritos, es claro que un pronunciamiento expreso, mediante auto interlocutorio, solamente se imponía en el evento de que el Juzgado no admitiera la competencia, o lo que es lo mismo, aceptara la colisión, *más* no cuando, como en el presente caso, se estaban aceptando los planteamientos del Juzgado colisionante. En esta última hipótesis basta, como lo hizo el Juzgado 15, manifestar que se acepta la competencia, o simplemente proseguir el trámite del proceso, eventos ambos en los cuales se considera precluido el trámite del incidente por sustracción de materia.

Si con posterioridad, el Juzgado que acepta la competencia o prosigue el trámite del proceso estima, con base en nuevos elementos de juicio, que no es el competente, el procedimiento a seguir no es continuar con el anterior incidente de colisión, sino plantear un nuevo conflicto al funcionario respectivo.

De ahí que también sea equivocada la decisión del Juzgado 15. de enviar el proceso directamente a la Corte, sin haber enfrentado sus tesis a las del Juzgado 7o. de Instrucción de Puerto Rico, o lo que es igual, sin haberse trabado el conflicto.

Pero el error más ostensible e inexplicable del Juzgado Primero Superior se presenta al ordenar la devolución del proceso al Juzgado 15 de Instrucción para que reviviera y enfrentara, según sus indicaciones, la colisión propuesta tiempo atrás por el Juzgado 7o. de Puerto Rico, por las siguientes razones:

a) Porque al haber quedado ejecutoriada la resolución de acusación, el Juzgado calificador había dejado de ser competente para conocer del proceso y por consiguiente le estaba vedado cualquier pronunciamiento en relación con el mismo.

b) Porque siendo ya Juez de conocimiento, su obligación era plantearle colisión a su homólogo del Caquetá, si no compartía la competencia aceptada por el instructor.

c) Porque la orden que impartió en el auto de remisión del proceso al Juzgado 15, en el sentido de que rechazara la competencia aceptando la colisión, es una inconcebible intromisión, en la órbita funcional del instructor, que, como se sabe, tiene plena autonomía frente al Juez de conocimiento.

Todas estas equivocaciones del Juzgado Superior, llevaron a un error más del funcionario instructor, quien, no obstante no tener competencia para conocer del proceso, no solamente por haber quedado ejecutoriada la resolución de acusación, sino porque puso en duda su competencia al revivir el conflicto, procedió a tomar una decisión que solamente puede adoptar un funcionario competente, como fue la de decretar su nulidad a partir del auto de cierre de investigación (fls. 61 y ss.).

Dicha actuación del Juzgado 15 desde luego que carece de validez, como carece de sentido y jurisdicidad la decisión del Juzgado Primero Superior de Garzón de ordenarle a otro funcionario que planteara colisiones a su nombre. Por eso, la Sala, al no encontrar trabada colisión de competencia alguna en este proceso y advertir sí, como se dejó expuesto, una serie de irregularidades que se considera deben ser subsanadas por quien las propició, ordenará remitir el expediente al Juzgado Primero Superior de Garzón para que invalide los actos irregularmente producidos

por su causa, o sea la actuación cumplida a partir inclusive de su auto de 27 de abril, hecho lo cual deberá proseguir con la etapa de juicio si considera que es competente para conocer del proceso por el factor territorial, o proponer a su respectivo homólogo del Caquetá la colisión correspondiente, si todavía insiste en su incompetencia.

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

Resuelve:

Remitir el proceso al Juzgado Primero Superior de Garzón (Huila), para los fines indicados en la parte considerativa. Para su conocimiento, envíese copia de este auto al Juzgado 15 de Instrucción Criminal de la misma ciudad.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Suspensión y destitución

No es necesario que la providencia que ordena la medida de aseguramiento esté ejecutoriada para que se proceda a la suspensión de los Alcaldes, mientras que sí opera la exigencia en el caso de destitución.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobado Acta No. 74 (17 jun./92). Radicación No. 7100

Resuelve la Sala si existe o no mérito para iniciar proceso respecto del doctor Augusto Beltrán Pareja, ex-Gobernador del Departamento de Bolívar, acusado de prevaricato.

Antecedentes:

1.- *Los hechos:*

El 24 de abril de 1991 (fls. 22 y ss. del anexo) el Juzgado 13 de Instrucción Criminal radicado en el Municipio de Mompós (Departamento de Bolívar), profirió medida de aseguramiento de caución, por el delito de peculado por aplicación oficial diferente, contra el Alcalde del citado Municipio, doctor Eduardo Amaris Díaz, quien apeló ese auto.

El 24 de mayo subsiguiente el doctor Adolfo José Marchena Redondo, Personero del Municipio en mención, le solicitó al Gobernador del referido Departamento, doctor David Turbay Turbay, proceder a la suspensión del funcionario afectado con la medida de aseguramiento, en obedecimiento al artículo 18 de la ley 78 de 1986.

El Jefe del Departamento jurídico de la Gobernación rindio al Gobernador Turbay Turbay concepto en el sentido de que la suspensión solicitada no procedía, dado que contra la medida de aseguramiento se había interpuesto recurso de apelación ante el Tribunal de Cartagena, impugnación que no había sido resuelta (fls. 7 del anexo).

Con destino al Secretario de Gobierno Departamental también rindio concepto la Jefe de la División de Asuntos Municipales, quien, a contrario de la anterior, opinó que si era dable suspender al Alcalde, ya que "si nos atenemos al tenor del literal del articulo 18 de la ley 78 de 1986, literal a), observamos que no exige ejecutoria de la providencia que decreta la medida de aseguramiento para que se proceda a la suspensión del Alcalde" (fls. 9).

Mediante oficio de 4 de junio, el doctor Turbay Turbay comunicó al Personero que con respecto a la suspensión que solicita "no es posible acceder a ella, por las consideraciones esbozadas en el concepto No. 1104 del Departamento Jurídico de la Gobernación, el cual anexo para su ilustracion" (fls. 23).

Volvió entonces el Personero Marchena Redondo a solicitar la suspensión, ya ante el doctor Manuel González Angulo, quien había sido designado provisionalmente para reemplazar al doctor Turbay Turbay, por renuncia de éste.

La Jefe del Departamento Juridico reiteró su concepto ahondando en el mismo (fls. 43 y ss.), y en consonancia con el cual el Gobernador encargado remitió al peticionario una comunicación de idéntico tenor a la precedente (fls. 45).

De nuevo insistió el Personero, ya ante el Gobernador Augusto Beltrán Pareja, que dictó entonces el Decreto 628 de 8 de agosto de 1991, por medio del cual suspendio al Alcalde Amarís Díaz, designando en su lugar a Farid Jalilie Gandur (fls. 28 cuaderno Corte), decreto contra el cual el afectado interpuso recurso de reposición, reiterando que era requisito imprescindible esperar la ejecutoria de la medida de aseguramiento, tal como habían decidido los dos Gobernadores que lo había precedido en el cargo. Se apoyó en aparte del concepto de la Jefe del Departamento Jurídico de la Gobernación, manifestando que de no revocarse el decreto impugnado el Gobernador podría estar incurso en el delito de prevaricato (fls. 33 cuaderno Corte). Argumentó que del hecho de que para la destitución del

Alcalde el artículo 17 de la ley 78 de 1986 (modificado por el art. 6o. de la ley 49/87) exija expresamente la ejecutoria de la resolución de acusación y/o de la sentencia, no significa que, por no decirlo el artículo 18 ibidem para la suspensión, dicha ejecutoria no se requiera también para este último evento. "Ello rompería todo equilibrio interpretativo -dijo el recurrente- y no se compadece con que en un mismo cuerpo normativo se consagren dos hipótesis orientadas con igual sentido pero dispersas en cuanto que el apoyo penal de una debe ser ejecutoriado y el de la otra no" (fls. 36).

Sostuvo luego que el Gobernador mediante el decreto que ataca violó también el artículo 19 de la ley 78 en referencia, puesto que, contrario a lo que éste manda, designó en su reemplazo a alguien que "pertenece a un movimiento político del cual el suscrito no hace parte, lo cual demuestro con los anexos auténticos que presento..." (fls. 37).

El Gobernador Beltrán Pareja, por medio del Decreto 828 de 26 de septiembre (fls. 44 a 46), no repuso el Decreto 628. Adujo que por parte alguna el artículo exige la ejecutoria de la medida de aseguramiento, y que ésta "es una medida de carácter preventivo y aún cuando esté contenida en providencia apelable, es de cumplimiento inmediato de acuerdo al artículo 198 del C.P.P." (fls. 45).

En relación con la filiación política del funcionario nombrado para reemplazar al doctor Amarís Díaz, dijo el Gobernador que, como consta en el comunicación del "Registrador Municipal del Estado Civil de Mompós, el doctor *Eduardo Amaris Díaz* se inscribió a la elección popular de Alcaldes de ese Municipio, como candidato del partido *Liberal Colombiano*, y a idéntico partido político pertenece el señor *Farid Jalilie Candur*, según se desprende del oficio No. 067 de mayo 27 de la Registraduría Municipal de Mompós" (fls. cit.).

2.- La denuncia y etapa de indagación preliminar:

a) En denuncia recibida en la Corte el 13 de diciembre, el doctor Amarís Díaz afirma que el doctor Augusto Beltrán Pareja incurrió en el delito de prevaricato, ya que pese a que los dos anteriores Gobernadores no habían accedido a la petición del Personero, de suspender en el cargo de Alcalde, el denunciado sí lo hizo, procediendo a nombrar en su reemplazo, además, a Farid Jalilie Candur, quien pertenece a un "movimiento distinto y antagónico" del suyo, y, por otro lado, fue precisamente quien

lo denunció en el asunto en que se le dictó medida de aseguramiento por el delito de peculado por aplicación oficial diferente.

"La decisión de mi suspensión -dice el quejoso- se hizo posible mediante la torcida interpretación del artículo 18 de la ley 78 de 1986, realizada por fuera del contexto integral de la normatividad penal y administrativa, ya que no se encontraba ejecutoriada la medida de aseguramiento.

"El nombramiento del señor, *Farid Jalilie Gandur*, también contrarió el artículo 19 de la ley 78 de 1986 y las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en el Decreto 1333 de ese año para los ediles en ejercicio" (fls. 49 cuaderno Corte).

Más adelante agrega el denunciante:

"No se ha tratado en este caso de la expresión de la voluntad jurídica de la administración, sino que con ese ropaje se pretendio disfrazar la confabulación política contra la manifestación popular de la ciudadanía de Mompós, representada en su Alcalde popular. Tanto el señor Personero Adolfo José Marchena Redondo, quien solicitó mi suspensión, como el Gobernador Beltrán Pareja quien la decretó, y el señor Jalilie Gandur quien me denunció y fue designado en mi reemplazo pertenecen al Movimiento Político Fabilincista y contra sus actos no cabe recurso alguno.

"Debe observarse también que el apoderado de la Personería de Mompós para perseguir mi suspensión es el actual Gobernador electo del Departamento señor Carlos Mendivil Ciodaro, del mismo grupo político perseguidor".

b) Ratificada la denuncia, se acreditó la calidad de Gobernador del acusado y se trajo copia del expediente relacionado con la suspensión del quejoso (anexo), en el cual se aprecia, además de lo reseñado, que con motivo de la revocatoria por parte del Tribunal Superior de Cartagena de la medida de aseguramiento, el Gobernador Mendivil Ciodaro, acogiendo el respectivo concepto de la Jefe del Departamento Jurídico de la Gobernación, por medio de Decreto 319 de 26 de marzo último, resolvió "levantar la suspensión impuesta al Doctor *Eduardo Amaris Díaz* mediante decreto 628 de agosto 8 de 1991 y restitúyase en el cargo de Alcalde popular del Municipio de Mompós" (fls. 117).

Se Considera:

1.- *Sobre la ejecutoria del Decreto de suspensión:*

Como queda visto, el denunciante afirma que el Gobernador Augusto Beltrán Pareja cometió prevaricato por haber hecho efectiva su suspensión como Alcalde de Mompós, sin esperar a que el auto mediante el cual el Juzgado 13 de Instrucción Criminal le dictó medida de aseguramiento, se encontrara ejecutoriado.

Pues bien: dispone el artículo 18 de la ley 78 de 1986 (Por el cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo número 1 de 1986 sobre la elección popular de Alcaldes y se dictan otras disposiciones):

> "Causales de suspensión. El Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios suspenderán a los Alcaldes, según sus respectivas competencias, en los siguientes casos:
>
> "a) Por haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio.
>
> "...".

Efectivamente, con base en la medida de aseguramiento proferida contra el Alcalde, doctor Eduardo Amatís Díaz, el Gobernador Beltrán Pareja procedió a suspenderlo en ese cargo y a designarle reemplazo, según Decreto 628 de 8 de agosto de 1991.

El Alcalde suspendido interpuso entonces recurso de reposición contra dicho Decreto, adjuntado constancia de que la aludida medida de aseguramiento estaba impugnada mediante apelación. Por medio de Decreto No. 828 de 6 de septiembre, el Gobernador acusado negó la reposición.

Entonces, es un hecho cierto que la suspensión se ejecutó sin que el fundamento de la misma -esto es, la medida de aseguramiento- se encontrara en firme.

En el texto de la disposición copiada no se lee que la medida de aseguramiento que se profiera contra el alcalde debe estar ejecutoriada, como

si lo dice el artículo 6o. de la ley 49 de 1987 (Por la cual se modifica y adiciona la ley 78 de 1986, se dictan otras disposiciones y se revista al Presidente de la República de facultades extraordinarias), que modificó el artículo 17 de la referida ley 78, y que prevé las causales para destituir al Alcalde. En efecto, el literal a) del citado artículo 6o., dispone que procede la destitución "cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación *debidamente ejecutoriada*" (se resalta).

Que esa modificación haya exigido la ejecutoria para la destitución, no haciendo lo propio en lo que atañe a la suspensión, dio pie en este caso para esgrimir argumentos en pro y en contra de la necesidad de la ejecutoria de la medida de aseguramiento: en pro (Alcalde Amarís Díaz y Jefe del Departamento Jurídico de la Gobernación), bajo la consideración de que la expresa exigencia de ejecutoriedad introducida por el artículo 6o. de la ley 49 no significa por sí misma que ese requisito no se requiera para la suspensión: "... entonces -dijo la Jefe del Departamento Jurídico- cada norma redundantemente, antitécnicamente, debería repetir largamente los principios que ya vienen recogidos por normas genéricas. Que toda providencia para ser cumplida debe estar ejecutoriada. Es otro principio rector no sólo de la codificación penal, la civil, la administrativa, sino venida de la misma Carta Constitucional de antes y después, que exige que las decisiones deben estar dispuestas para ser combatidas por las partes interesadas (escuchar y vencer en juicio). Que el legislador en ocasiones reitere tales principios no significa que los desconozca o derogue, más bien que los enfatiza, que los recuerda, que los exige. En este orden de ideas es localizable el artículo 197 del C.P.P. sobre la ejecutoria de las providencias, la cual sucede 3 días después de su notificación o de la providencia que desate el recurso" (fls. 4 del anexo).

Por la tesis contraria, esto es, que no se requiere la ejecutoria de la providencia que dispone la medida de aseguramiento para que sea procedente la suspensión de funcionario afectado con ella, están el Gobernador acusado, la Jefe de la División de Asuntos Municipales y el Personero Municipal que solicitó al Gobernador la suspensión del Alcalde: "por otra parte, también consideramos que si efectivamente se requiere de dicha ejecutoria, la misma norma o una posterior lo contemplaría", conceptuó la referida Jefe de la División de Asuntos Municipales (fls. 8 del anexo).

Para la Corte es claro que la suspensión de los Alcaldes prevista en el artículo 18 de la ley 78 de 1986, no exige para su cumplimiento que la providencia mediante la cual se impone la medida de aseguramiento haya

cobrado ejecutoria. La norma, como ya se destacó, no consagra este requisito, que no es posible deducirlo por analogía de la que regula la destitución de estos mismos funcionarios (art. 17 de la ley 78 de 1986, modificado por el artículo 6o. de la ley 49 de 1987), porque entre las dos medidas, suspensión y destitución, no existe una similitud tal que faculte para esta interpretación analógica.

La suspensión es de carácter eminentemente preventivo, que cesa en el momento en que desaparezca la medida de aseguramiento; en cambio, la destitución es definitiva. Esta diferencia fundamental es la que no permite la interpretación analógica que sirve de sustento a la denuncia, y es también la que justifica que el legislador sea más exigente con respecto a la destitución, que en relación con la simple suspensión.

Además, la reglamentación de la suspensión en comento guarda estricta armonía con las normas del Código de Procedimiento Penal que regulan las medidas de aseguramiento, pues todas ellas, incluida la detención preventiva (arts. 198 y 423), son de cumplimiento inmediato y no requieren, por tanto, de la debida ejecutoria.

Por este aspecto, pues, el acusado no prevaricó.

2.- *Sobre el nombramiento de quien reemplazó al Alcalde suspendido.*

a) El partido o movimiento político a que pertenece esa persona:

Dispone el artículo 19 de la ley 78 de 1986 en su inciso 1o.:

> "El Presidente de la República y los Gobernadores, intendentes o Comisarios designarán Alcaldes del mismo movimiento y filiación política del titular en los casos de faltas absolutas o de suspensión".

El denunciante doctor Amarís Díaz afirma que el Gobernador Beltrán Pareja violó esa norma al designar en su lugar a Farid Jalilie Gandur, quien hace parte de un movimiento político "distinto y antagónico" del suyo.

Pues bien: el Registrador Municipal del Estado Civil de Mompós, certifica a folios 54 del anexo, que el doctor Eduardo Amarís Díaz "se inscribió a la elección popular de Alcaldes como candidato del *Partido Liberal Colombiano*".

Por su parte, con fecha 26 de mayo de 1991, varios Concejales del mencionado Municipio remitieron al entonces Gobernador David Turbay Turbay, un escrito del siguiente tenor:

"Los integrantes de la coalición mayoritaria del Honorable Concejo Municipal de Mompós, cinco (5) liberales y dos (2) conservadores, con todo respeto nos permitimos sugerirle dos nombres de H. Concejales para ser encargados de nuestra Alcaldía Municipal:

"Edilberto Arévalo Montesino, Farid Jalilie Gandur.

"Queremos aclararle que de los seis Concejales liberales de Mompós que apoyaron la elección del doctor Eduardo Amarís Díaz quien se inscribió como candidato por el partido liberal colombiano, cinco (5) hacemos parte de esta coalición.

"Igualmente le manifestamos que los dos nombres que proponemos a su consideración son miembros del partido liberal colombiano" (fls. 55 *ibidem*).

Farid Jalilie Gandur fue elegido Concejal por el partido liberal, "Movimiento Faciolincista" (fls. 96), y ya quedó visto que el Alcalde a quien reemplazó, doctor Amarís Díaz, también pertenece al mencionado partido liberal, de donde se sigue que el Gobernador denunciado no violó el artículo 19 que se copió al comienzo.

b) ¿Podía el Gobernador nombrar de Alcalde a un Concejal?

En su denuncia el doctor Amarís Díaz afirma que no, citando al respecto de manera general, "las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en el Decreto 1333 de ese año para los ediles en ejercicio".

Pues bien: el inciso 2o. del artículo 201 de la Constitución Política anterior (Acto Legislativo número 1 de 1986, art. 3o.) decía: "Nadie podrá ser elegido simultáneamente Alcalde y Congresista, Diputado, Consejero Intendencial o Comisarial. Tampoco podrán ser elegidos Alcaldes los Congresistas durante la primera mitad de su período constitucional. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones".

El artículo 47 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), reprodujo dicha norma constitucional, e hizo luego lo propio el artículo 129 del Decreto 1333 del mismo año (Código de Régimen Municipal).

Posteriormente, la ya citada ley 78 de dicho año consagró en su artículo 5o.:

"Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

"a) Simultáneamente sea elegido Congresista, Diputado, Concejal, Consejero Intendencial o Comisarial;

"b) Sea Congresista durante la primera mitad de su periodo;

"c) Haya sido llamado a juicio o condenado a pena principal privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos;

"d) Se halle en interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria, suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta, y

"e) Dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que debe ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio.

"Cualquiera de estas inhabilidades vicia de nulidad la elección correspondiente".

La ley 49 de 1987 hizo varias modificaciones y adiciones a la ley 78. Así, en su artículo 1o. -y para el caso que aquí ocupa a la Sala- adicionó el artículo 5o. de la ley 78, de la siguiente manera:

"Para efectos de la aplicación del literal a) del presente artículo, no se encuentran inhabilitadas las personas que en la fecha de la elección de Alcaldes tengan la investidura de Diputados, Consejeros Intendenciales o Comisariales y Concejales, sean ellas principales y suplentes.

"Quien teniendo esa investidura resultare elegido Alcalde, perderá automáticamente aquélla a partir de la fecha de elección como Alcalde".

Ningún argumento adujo el quejoso en respaldo de su aseveración atinente a que Farid Jalifie Gandur, por ser Concejal, estaba inhabilitado para ser designado Alcalde. Frente a la normatividad que se trae de todos modos a colación, no se ve que dicha persona fuera portadora de alguna inhabilidad, como que es obvio que no fue elegido simultáneamente Concejal y Alcalde sino que fue "designado" Alcalde cuando ostentaba la investidura de Concejal, lo cual está permitido, como se acaba de ver y constar.

No sobra anotar que la nueva Carta Política no hace referencia expresa en cuanto al tema en examen (Capítulo 3o., Título XI).

En fin, en relación con las tres acusaciones, cabe concluir que el denunciado se ajustó a la ley, razón por la cual este asunto se despachará mediante el auto inhibitorio de que trata el artículo 18 del Decreto 1861 de 1989.

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

Resuelve:

Abstenerse de iniciar sumario respecto del doctor Augusto Beltrán Pareja, ex-Gobernador del Departamento de Bolívar, por razón de los hechos denunciados por el señor Eduardo Amaris Díaz y que fueron objeto de esta averiguación preliminar.

Notifíquese y cúmplase.

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

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

TENTATIVA - Actos de ejecución

Sólo cuando el intento criminoso se convierte en actividad inequívoca dirigida al bien propuesto, puede hablarse de tentativa penalmente reprochable.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis junio de mil novecientos noventa y dos.

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas*

Aprobado Acta No. 077 (24 Jun./92). Casación Rdo. No. 5576

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, profirió sentencia condenatoria contra *Luis Carlos Murillo, Marco Tulio Rodríguez, Próspero Avendaño* y *Carlos Chalarca* por delito imperfecto de estafa.

Con esta decisión se confirmó la sentencia del 25 de abril de 1990 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Cto. de Ibagué, que impuso a los procesados la pena principal de treinta meses de prisión, multa de veinte mil pesos y les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El defensor de los procesados interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal, que debe ser ahora resuelto por la Corte por hallarse agotado el trámite procesal correspondiente.

Hechos:

Vienen compendiados con acierto en la providencia recurrida así:

"... Según lo noticiado en los autos, entre las nueve y las diez de la noche del jueves 23 de noviembre de 1989, unidades de la Policía comandadas por el Oficial Leonardo Suárez Caicedo, al ser avisados de la presencia de unos extraños en el sótano del edificio de la Beneficencia del Tolima, acudieron allí y sorprendieron a los sujetos Luis Carlos Murillo Bermúdez, Próspero Avendaño Torres y Marco Tulio Rodríguez Rodríguez "... cuando estaban armando una rueda negra... similar a las ruedas fichet usadas por la Lotería del Tolima" para los sorteos de los lunes. En aquél mismo sitio o pieza, fueron hallados vestigios de pintura reciente, el ambiente saturado de pintura gaseosa (aerosol), un maletín negro, variada herramienta para trabajos especiales, como probador de voltaje, destornilladores, soldador manual eléctrico, ejes, platinas, juego de limas, llaves fijas, pinzas, pie de rey, espátula, "hombresolo", frascos de pintura, tornillos, resortes, arandelas, convertidor de corriente, masilla, disolventes, tuercas, bujes cónicos, piñón, tornillos bujes, pasta para soldar, pincel, bisturí, cables con caimanes, baterías alcalina, aros con números, parales, guacales o huacales, llaveros con un total de 17 llaves y, otros objetos relacionados en el listado del informe policivo que se ve al fl. 9 y ss. Algunos de los sorprendidos en aquél cuarto tenían "las manos untadas de pintura" como señal de que estaban pintando aquellas ruedas fichet incautadas (cuatro en total).

"Trasladados como fueron los capturados en una "panel", dicho vehículo automotor fue revisado por los uniformados y debajo del tapete fueron encontrados "dos manojos de llaves (duplicados) constatándose que con ellas se podía abrir los sistemas de seguridad de las oficinas existentes en el sótano del edificio de la Beneficencia y de las bóvedas que guardaban las ruedas fichet originales que se empleaban para el sorteo de la Lotería del Tolima.

"Como los capturados al explicar el motivo de su presencia allí, dijeron que el celador de turno *Carlos Enrique Chularca Santa*, les había dado permiso para entrar a ver la desnudez de un homosexual que se encontraba en aquél lugar, conocidas las prohibiciones para dejar entrar a particulares, la Policía aprehendió aquella misma noche a dicho celador. Los capturados y los objetos incautados pasaron a disposición de las autoridades judiciales para los fines de la investigación penal".

Las Demandas de Casación:

Dos demandas fueron admitidas a nombre de los sentenciados Luis Carlos Murillo y Próspero Avendaño y en ellas se formulan idénticos

cargos contra la sentencia por violación de la Ley, que se pueden compendiar así:

Primer Cargo:

Aplicación indebida del art. 356 del C. Penal que define y sanciona el delito de estafa, porque los hechos imputados a los acusados son atípicos y no quebrantan de manera alguna la ley punitiva.

Sostiene el casacionista en la fundamentación del cargo que los autos demuestran que los acusados, sólo realizaban actos preparatorios, equívocos y en ningún caso actos unívocos de consumación de un delito de estafa.

Expresa el censor, que de acuerdo al pensamiento de Carrara "... se adoptó el criterio de la univocidad como medida de la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. La acción sería efectiva y consecuencialmente punible cuando fuese unívoca, esto es, cuando fuera de tal naturaleza que no dejara duda acerca de la intención del agente...".

Agrega, que "cuando la acción se presentare como equívoca -es decir, cuando la acción pudiera objetivamente llevar tanto a la comisión de un -delito, cuanto a la instauración de alguna otra situación jurídica diversa, debía ser estimada como no punible...".

Sostiene, que los actos realizados por los acusados al mandar construir en la ciudad de Bogotá las ruedas fichet, similares a las usadas por la Beneficencia del Tolima, para los sorteos de la Lotería, son actos equívocos, preparatorios, que no pueden ser sancionados por la ley penal.

Agrega, que el hecho de poseer elementos similares a los que utilizan para la realización de los sorteos de la lotería, no es por sí sola conducta constitutiva de delito, ni siquiera cuando esté demostrado el elemento subjetivo de realizar una estafa porque esta simple tenencia no ha sido considerada como merecedora de reproche penal.-

Finalmente, en este cargo sostiene, que los actos realizados por los acusados, no pueden calificarse de idóneos para consumar el delito, pues no está demostrado debidamente que con las ruedas fichet elaboradas por los sentenciados se pudiera efectivamente asegurar fraudulentamente el resultado del sorteo.

Segundo Cargo:

En un segundo cargo, que el actor presenta "de manera absolutamente subsidiaria "considera que de igual modo se quebrantó la ley sustancial de manera directa, al incrementar el Tribunal el quantum punitivo en catorce meses "dada la gravedad, modalidades del hecho, la personalidad de los acusados y el grado de aproximación al momento consumativo" apreciación ésta última que considera errada, pues si no existieron actos ejecutivos, sino simples actos de preparación mal puede afirmarse que hubo aproximación a la consumación del reato.

Concepto del Ministerio Público:

Considera el Ministerio Público representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, que el cargo formulado contra la sentencia debe prosperar.

Después de examinar con detenimiento el tratamiento que al dispositivo amplificador del tipo penal denominado "tentativa" tanto la doctrina como la ley penal colombiana, insiste en que los simples actos de preparación constituyen un comportamiento atípico, ya que la ley sólo sanciona los actos de ejecución inequívocamente dirigidos a la realización del delito.

Agrega, que no puede el juzgador imaginar una hipótesis de realización fáctica que no consulte el plan del autor, es decir, que no quepa en el proceso de conducción de la acción que en concreto ha dispuesto el agente del delito.

Y, aplicando su modo de pensar al aspecto fáctico objeto de juzgamiento, razona así la Delegada para sostener la atipicidad de la conducta imputada a Luis Carlos Murillo y demás compañeros:

"Si el análisis anterior resulta correcto, en el caso presente se dirá que el sentenciador imaginó el plan de los autores, conforme a lo que se dice en autos, según las reglas de experiencia. Pero aún admitido que fuera exacta la formulación hipotética, se dirá que no tienen los actos verificados un contacto o relación inmediato con el tipo, pues entre lo hecho físicamente y la acción descrita legalmente aun subsisten vacíos fácticos de aproximación al esquema del tipo según el plan imaginado

del autor que impiden tenerlos como actos de ejecución como dice la ley penal colombiana, o como actos con relación de inmediatez frente a la descripción típica de la ley. Sí ciertamente, sostenían las ruedas fichet que se utilizan para efectuar los sorteos de la lotería y se hallaban colocados en el mismo edificio próximos físicamente, en que se hacen los sorteos regulares de la Lotería del Tolima. Se supone como plan del autor, que iban a esperar el día del sorteo regular, para cambiar las ruedas fichet legítimas por las llevadas por los procesados, para *"asegurar un determinado resultado"* con medios fraudulentos, como que se hallaron mecanismos electrónicos de control del giro de las mismas, con lo que podía manipularse el azar del número que ganaría. Mas sin embargo, aún no se hallaban completamente adecuadas las ruedas fichet, faltaban varios días para la oportunidad del sorteo, debían ser trasladadas al sitio exacto del mismo para lograr acomodar el resultado en el momento preciso de celebrarse, y aún colocar los números ganadores "que se asegurarían" en manos de los defraudadores, y ni aún así se sabe si el sorteo regular se efectuaría, todo lo cual distancia el *factum* averiguado de la esfera del tipo de estafa, puesto que los elementos de la defraudación o el engaño, los artificios propios del delito, aún no se hallaban en condiciones de utilización eficaz para inducir error o para "asegurar" el resultado, si se miran las dos hipótesis del artículo 356 del C.P.- En efecto, si se preguntara si con lo hecho hasta el momento de su captura los sentenciados estaban en vía de asegurar el resultado de la lotería habría que responder negativamente, lo que lleva a admitir que existe todavía un vacío fáctico que rompe la inmediatez de la relación de ellos con la esfera del tipo legal del art. 356 del C.P. en el caso propuesto, cree la Delegada que si las ruedas del artificio ya están colocadas en la sala del sorteo, llegado el momento inmediatamente anterior al mismo, y colocados los números que habrán de producir el provecho patrimonial en manos de los sujetos agentes, se diría que allí sí ya no hay espacio intermedio esencial entre lo realizado por los autores y la posibilidad de consumación del tipo legal, según el plan del autor que se ha trazado.

"Diciéndolo en otras palabras, está claro que apenas se había preparado el delito, según el plan que se asume por regla de experiencia, visto que aún no estaban los autores, desde el punto de vista natural de los fenómenos en condiciones de inducir error en nadie, ni de mantenerlo, ni de asegurar el resultado de una lotería que aún no sorteaba, y en sitio distinto...".

Consideraciones de la Corte:

La Sala responderá a continuación a las dos demandas por ser idénticas en la causal aducida y en sus fundamentos de hecho y de derecho:

Si bien la Sala comparte las apreciaciones tanto del casacionista como del agente del Ministerio Público dentro del estricto campo teórico del derecho, tan importantes disquisiciones se apartan de la realidad cuando se trata de aplicarlas al caso concreto en estudio.

Es indudable que para que el Juez pueda reconocer en una manifestación dirigida al delito la figura de la tentativa, debe tener en cuenta siempre los requisitos que la correspondiente disposición legal estima necesarios para que esos actos puedan tomarse como actividad criminosa.

El art. 22 del C. Penal, preceptúa que existe delito imperfecto cuando se iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad".

La disposición mencionada se refiere evidentemente a los actos de ejecución para desechar los simplemente preparatorios; a la univocidad de la conducta, a la idoneidad de la acción y a la voluntad del agente encaminada a la consumación del delito, el plan del actor, o sea, que el agente dirija su voluntad explícita a un resultado.

Es verdad, que una cosa son los actos preparatorios y otra muy diferente los actos de ejecución encaminados a producir el resultado contrario a la ley.

Por eso, expresa el maestro Carrara, que en la tentativa, "La intención es idéntica a la del delito consumado, pero el elemento físico consiste, no en el daño causado, sino en el peligro corrido. El primero representa el elemento moral, el segundo el elemento físico" y agrega el maestro que el peligro efectivo e inminente es por tanto el índice diagnóstico y seguro para distinguir los actos de ejecución de los de preparación.

Conforme al pensamiento de Belling, los actos de ejecución son los elementos esenciales en tanto que los de preparación son en cambio los elementos accidentales del tipo delictivo, pues aunque se hubiese

demostrado que estos últimos están dirigidos a cometer un determinado delito, no serían punibles ya que no violan ni en todo ni en parte el correlativo mandato penal.

Por ello, para la Sala, y en eso no hay disparidad de criterio con el casacionista y la Delegada, sólo los actos de ejecución son incriminables, pues la ley únicamente puede considerarse violada, cuando por lo menos haya comenzado la acción, con actos unívocos encaminados a producir el resultado considerado como delictuoso.

Igualmente para la Sala, el acto exterior de ejecución debe ser unívoco o sea que por su naturaleza pueda conducir al resultado criminoso querido por el agente. Por eso, se sostiene, que los actos ejecutivos son unívocos cuando pueden conducir por su naturaleza al fin propuesto a diferencia de los simplemente preparatorios que son equívocos, pues pueden llevar tanto al delito como a la consumación de un fin diferente. Por ello, la doctrina ha afirmado que los hechos son unívocos y por tanto punibles, cuando revelan por sí, por lo que son por el modo como se ejecutan, la intención de cometer un delito. Sólo, cuando el intento criminoso se convierte en actividad inequívoca dirigida al fin propuesto puede hablarse de tentativa penalmente reprochable.

Expresa la Carta que "... la univocidad nos será suministrada por la esencia de los actos, por su aptitud para revelar la precisa intención de quien los ejecuta y por todas las circunstancias anteriores como posteriores, objetivas como subjetivas que acompañan al acto".

La conducta realizada por los acusados, como bien lo anota el señor Procurador, debe estar encaminada a realizar el plan del actor, pues ello representa la exteriorización de una voluntad dirigida al delito. Los actos de ejecución sirven para manifestar la intención del agente y hacer transparente el fin delictuoso.

También comparte la Sala los razonamientos de la defensa, cuando dentro del campo teórico sostiene que sólo puede hablarse de tentativa si se cumple con el requisito de "idoneidad de los medios" más propiamente denominado idoneidad de la conducta o de la acción, pues si los actos realizados no son idóneos, para conseguir el fin propuesto, aún cuando sea la manifestación de una voluntad dirigida al delito, no alcanza a ser una acción penalmente relevante, o como lo expresa Antolisei: la acción que no presenta posibilidad de determinar el resultado no puede considerarse contraria a derecho.

Sin embargo, y como ya se anotara al comienzo de estas reflexiones, si bien la Sala participa de los planteamientos jurídicos y las apreciaciones del casacionista y de la Procuraduría Delegada dentro del campo meramente teórico del derecho y en relación con los elementos que integran la figura del delito imperfecto, no puede compartir sus afirmaciones en el sentido de que en el caso concreto objeto de juzgamiento, no existieron actos de ejecución de un delito de estafa, sino simplemente actos preparatorios, o que no sea clara o unívoca la intención criminal, o que la conducta realizada por los agentes, no fuera idónea para poner en peligro ni lesionar el patrimonio ajeno.

La lectura atenta del proceso y el examen del caudal probatorio permiten afirmar -como lo entendieron los juzgadores en las instancias- la existencia de un delito de Estafa en grado de tentativa, pues es evidente que los acusados, con manifiesta intención de delinquir, con una voluntad unívoca dirigida al delito, idearon y prepararon con detenimiento la realización del hecho punible al cual dieron comienzo de ejecución con una acción idónea par alcanzar el fin propuesto, siendo interrumpidos en su proceso criminoso por causas ajenas a su voluntad.

En efecto:

La prueba testimonial, documental e indiciaria, debidamente aportada a los autos y digna de credibilidad, pregona la existencia de un proceso delictuoso concebido en la ciudad de Bogotá y desarrollado con actos de ejecución en la ciudad de Ibagué.

Se sabe que los señores Luis Carlos Murillo y sus parientes por afinidad, Marco Tulio Rodríguez y Próspero Avendaño, fototecnólogos de profesión y dos de ellos con cursos de electrónica, laboraban en Bogotá en el taller "Fototecnólogos La Reflex Ltda." ubicada en la calle 9a. número 11-24 de propiedad del primer de los nombrados. Murillo aparece con dos sindicaciones por estafa, una de ellas en perjuicio de la Lotería de Beneficencia de Boyacá, hecho por el cual sufrió 19 meses de prisión.

Con un propósito criminal preconcebido, Murillo mandó elaborar en el taller "Ciclorepuestos de Bogotá" los implementos necesarios para construir unas medas de las denominadas fichet, utilizadas para el sorteo de las diversas loterías que juegan en el país. Este acto en gracia de

discusión, pudiera ser equívoco y constituir tan sólo un paso en la preparación del delito, como lo sostiene el recurrente y el Ministerio Público.

Pero luego, con estos elementos viajaron a la ciudad de Ibagué y con la complicidad del celador del edificio Enrique Chalarca Santa, condenado también por este ilícito, logran introducir en los sótanos del edificio de la Beneficencia del Tolima unos huacales dentro de los cuales se hallaban no sólo las ruedas fichet elaboradas en Bogotá, sino además múltiples herramientas y piezas eléctricas como probadores de voltaje, soldador eléctrico, platinas, convertidor de corriente, bujes, cables, tarros de pintura, etc.

Cuando habían armado las ruedas y procedían a su pintura fueron sorprendidos los acusados por las autoridades de Policía previamente informadas de la presencia de los intrusos en el interior de la Beneficencia.

Según informes de los funcionarios encargados del manejo de la Lotería, se trataba de cuatro ruedas fichet de idéntico diseño a las usadas por la Beneficencia para su juego de Lotería.

De acuerdo al testimonio del Teniente de la Policía Leonardo Suárez que efectuó la captura de los delincuentes, cuando armaban las ruedas, estas "eran idénticas las que iban a ser suplantadas con las originales, no había manera de equívocos, era la misma forma de rueda, uno al verlas pensaría que eran las originales...".

Y es a todas luces lógica la conclusión a que llega el testigo, pues no era otro el propósito de los acusados que el de sustituir las ruedas originales por las adulteradas para producir un resultado amañado y fraudulento del sorteo de la lotería, sistema ya empleado para interferir los sorteos de otras loterías del país. Informes allegados como prueba al proceso, dan cuenta del método empleado con anterioridad en perjuicio de la Lotería de Boyacá, donde elaboraron ruedas fichet idénticas a las legítimas, a las cuales se les adaptó un mecanismo electrónico que controlaba su movimiento y hacía detener la rueda en el número deseado.

Indudablemente, éste era el plan a realizar por Murillo (recuérdese que figura sindicado en el proceso por Estafa contra la Lotería de Boyacá) pues entre los objetos encontrados a los acusados se hallaron duplicados

de las llaves de las bóvedas donde se mantenían guardadas con las seguridades del caso, las ruedas fichet auténticas, local ubicado a muy pocos metros donde fueron capturados los acusados y halladas las ruedas con las cuales se pretendía efectuar la dolosa suplantación.

Desde un punto de vista lógico, jurídico y naturalístico, la acción llevada a efecto por los procesados, constituye evidentemente un proceso de ejecución, la realización de actos ejecutivos unívocos, encaminados a la obtención del fin propuesto; y eran no sólo actos ejecutivos en el desarrollo del plan del actor, sino además, una acción apta para lograr el resultado apetecido. Sólo faltaba hacer la sustitución de las ruedas y que el sorteo se efectuara, para con esta maniobra, defraudar a la Beneficencia del Tolima y obtener los delincuentes el cuantioso y millonario provecho ilícito, intención o propósito que animó toda la acción. La mayor o menor aproximación al momento consumativo del delito, no incide para la configuración del dispositivo amplificador del tipo, ya que sólo es factor que afecta la punibilidad, conforme a lo dispuesto en el art. 61 del C.P.

No prospera la censura.

Segundo Cargo:

Un nuevo cargo plantea el casacionista también al amparo de la causal primera. Censura la sentencia por haberse realizado en ella un incremento punitivo con fundamento en el art. 61 del C. Penal que se aplicó indebidamente, al tener en cuenta "el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, para incrementar la sanción.

Fundamenta el actor el cargo, expresando que si no hubo delito tentado, menos se podrá hablar de una posible aproximación al momento consumativo de la infracción.

Esta contradictoria posición, que pregona la inexistencia del hecho punible y al mismo tiempo la acepta, para reclamar tan sólo una disminución en la pena, no está llamada a prosperar.

Si bien en el C.P. de 1980, desapareció la diferencia entre delito tentado y frustrado, es lo cierto que, en el art. 61 se sigue teniendo en cuenta la mayor o menor aproximación al momento consumativo, pero únicamente para dosificar la pena. Y en este campo debe la Corte respetar la apreciación del fallador, dado lo difícil que resulta en el desarrollo del

iter criminis encontrar un criterio diferenciador definido que permita precisar qué tan lejos o cerca estuvo el delincuente de su designio criminal. Por otra parte, no se demostró en modo alguno el error ostensible y manifiesto del fallador en la interpretación o aplicación del aludido precepto. La censura no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal*, apartándose del parecer del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia recurrida y proferida contra Luis Carlos Murillo, Marco Tulio Rodríguez, Próspero Avendaño y Carlos Chalarca por el delito imperfecto de estafa, de fecha, origen y naturaleza conocidos a través de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Calixto Rangel, (No firmó); *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Rafael Cortés Carrica, Secretario.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

PRIMER SEMESTRE DE 1992

Pags.

DEMANDA DE CASACION / PRINCIPIO DE LIMITACION. La Corte debe respetar el pensamiento del actor, restando la posibilidad de complementar o corregir las fallas del libelo. Sentencia de Casación.- 92-01-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Manizales. Procesado(s): Omar de Jesús Duque Muriel. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 001. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P..... 7

NARCOTRAFICO - Calidad de la sustancia. La calidad de la sustancia no es ya factor determinante de la entidad de la pena imponible en un caso determinado. Sentencia Casación.- 92-01-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Manizales. Procesado(s): Omar de Jesús Duque Muriel. Delito: Ley 30 de 1986 Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 007. Fuente Formal: Ley 30 de 1986..... 7

IMPEDIMENTO / ACCION DISCIPLINARIA. La Sala mayoritaria ha admitido la operancia de la causal de impedimento, sobre la base de que la opinión vertida por el funcionario que adelanta la investigación, ciertamente es vinculante y constitutiva de causal de impedimento. Acto Impedimento.- 92-01-22.- Declara fundada la recusación. Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): José Rafael Angarita Serpa. Magistrado Sala Penal. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Aclaración de Voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 002. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P..... 14

IMPEDIMENTO / ACCION DISCIPLINARIA (ACLARACION DE VOTO). No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la Comisión. Auto Impedimento.- 92-01-22.- Procesado(s): Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Aclaración de Voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 003. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P..... 18

Págs.

IMPEDIMENTO Sala. Conduce al impedimento la determinación que tenga relación con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito. Auto Impedimento 92-01-22. Declara improcedente el impedimento. Tribunal Superior de Buga. Procesados. José Alirio Cruz Perdomo, Arnulfo Guerrero y Norbel Mejía Rendón. Magistrados Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto 004. Fuente Formal, artículo 535 C. de P.P. 21

JURADO DE CONCIENCIA / FAVORABILIDAD.- La favorabilidad opera cuando las normas procesales tienen un contenido material, o sea, que consagren derechos, más no cuando consagran meras ritualidades o "formas" de juzgamiento, como acontece cuando a cambio de jurado de conciencia se coloca el juez de derecho. Sentencia Casación 92-01-22. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. Pág. 15. Extracto No. 005. 27

REFORMATIO IN PEJUS / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Al conocer en Casación de una sentencia, como la situación jurídica del procesado no se ha consolidado, es imperioso aplicar el artículo 31 de la Constitución Nacional, en relación con la condena de ejecución, condicional. Sentencia Casación.- 92-01-21.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fernando Pinzón Avila. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento Parcial de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 008. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 36

REFORMATIO IN PEJUS / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). En el trámite de la Casación, la nueva tasación de la pena en ejercicio de la Reformatio in pejus, no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pero no es posible sobrepasar de allí la competencia. Sentencia Casación.- 92-01-23. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento Parcial de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 009. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 42

DEMANDA DE CASACION. Hay falta de coherencia y de lógica en la presentación de los cargos, si el sensor plantea situaciones jurídicas excluyentes, como el planteamiento de una legítima defensa de la propia vida y de un tercero o al mismo tiempo, la actuación en esta-

Págs.

do de ira. Sentencia Casación 92-01-30. No Casa. Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado Marco Aurelio Moreno Angel. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 010..... 46

CONSULTA / SENTENCIA. Una cosa es que a una sentencia consultable no se le dé ese trámite, y otra muy diferente que remitido el proceso a la autoridad competente, ésta defina mediante providencia motivada que en ese evento no hay lugar a grado jurisdiccional. Sentencia Casación.- 92-01-31.- Casa y decreta nulidad.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Eduardo Arenas Correa. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 011. Fuente Formal: Artículo 247 C. de P.P..... 53

DEMANDA DE CASACION - Requisitos. Es objetivo del recurso extraordinario realizar un juicio de legalidad sobre los faLos de segunda instancia que admiten tal impugnación y está limitada la potestad de la Corte a los planteamientos que se presenten a su consideración. Auto Casación.- 92-01-31.- Rechaza demanda de casación.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Nicolás Alberto Muñoz Jiménez. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 012. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P..... 60

DESCONGESTION JUDICIAL / CASACION. La Sala considera que, atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651 de 1991, a la finalidad que debe perseguir y a las facultades que permitieron su expedición, el artículo 51 del mismo, no comprende el recurso de Casación en materia penal. En el mismo sentido providencia del 12 de julio de 1992 - M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas. Sentencia Casación.- 92-01-31.- No Casa.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Carlos Arturo Ortiz Rojas y Otro. Delito: Fraude procesal y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 013..... 66

INTERVENCION EN POLITICA / CORPORACION PUBLICA - Voto. A todo empleado oficial le está prohibido postularse y someterse al voto popular para acceder a las Corporaciones Públicas. Auto Unica Instancia.- 92-02-03.- Casa procedimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s) Ely Gómez Ortega y Gorgonio Palacios Cuesta. Magistrado y Conjuez Tribunal Superior de Quibdó. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 014. Fuente Formal: Artículo 158 C.P..... 90

Págs.

IMPEDIMENTO. El Juez o Magistrado por fuerza ha de elaborar un criterio personal sobre las leyes, pero esta labor jurídica no puede interpretarse como causa de una posible perturbación de su ánimo. Auto Impedimento.- 92-02-05.- Declara infundado el impedimento.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Julio Lancheros Lancheros - Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 015. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P..... ... 104

FALSEDAD IDEOLOGICA / DOCUMENTO PUBLICO / JUEZ - Intervención. Se protege la veracidad de los documentos públicos, a fin de que el funcionario exprese la realidad. Auto Segunda Instancia.- 92-02-06.- Revoca la providencia. Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jesús Antonio Silva Urriago y Guillermo Montealegre - Juez y Secretario - Tercero Penal Municipal de Garzón. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 016. Fuente Formal: Artículo 219 C.P..... 108

REFORMATIO IN PEJUS. Para los fines del precepto constitucional, basta que la instancia superior desmejore, empeore o haga más severa la situación punitiva del condenado cuando es apelante único. Sentencia Casación.- 92-02-06.- Casa parcialmente. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Adolfo Durán Santos. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 017. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 121

REFORMATIO IN PEJUS / COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). El recurso de casación se rige por el principio de limitación y, en consecuencia los efectos que derivan del tránsito de normas a favor del procesado, le están asignados al Juez que profirió la sentencia de primera instancia. Sentencia Casación.- 92-02-06. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 018. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 133

AUTO INHIBITORIO / SUJETOS PROCESALES - Su intervención. La persona en cuyo favor se dictó el auto inhibitorio y el denunciante o querellante pueden designar abogado que los representa. Auto Segunda Instancia.- 92-02-10.- Confirma la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jorge Oteniel Bermeo Manrique - Juez 27 de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 019. Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P..... 136

Págs.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. En la celebración indebida de contratos lo más saludable es que estén desprovistos de toda clase de ataduras, nexos, compromisos y tendencias. Sentencia Única Instancia.- 92-02-10.- Absuelve.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Graciela Ortíz de Mora - Comisaría Especial del Guainía. Delito: Celebración indebida de contratos. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 020. Fuente Formal: Artículo 144 C.P. 139

DEBIDO PROCESO / NULIDAD / CASACION. No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia. Sentencia Casación.- 92-02-10 - Casa.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Dr. Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 021. Fuente Formal: Artículo 358 C. de P.P. 147

COMPETENCIA / TRANSITO DE LEGISLACION / REFORMATIO IN PEJUS (SALVAMENTO DE VOTO). Los efectos que se derivan del tránsito de normas para favor del procesado y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia al juez que profirió la sentencia de primer grado. Sentencia Casación.- 92-02-10.- Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 022. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 153

REVISION / CASACION. El Recurso de Casación califica si la decisión judicial se profirió en armonía con la normatividad; el de Revisión se convierte en un remedio postrero que desquicia la cosa juzgada. Auto Revisión.- 92-02-11. Declara desierto el recurso.- Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá. Procesado(s): Camilo Arturo Castaño Quique. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 023. Fuente Formal: Artículos 226 y 233 C. de P.P. 158

DEMANDA DE CASACION / DEBIDO PROCESO. No es posible confundir las formas propias del juicio y los grados probatorios. Sentencia Casación - 92-02-12.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Franklin y Mauricio Díaz Pinto. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 024. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 162

Págs.

DEMANDA DE CASACION / SENTENCIA. En los menesteres de la Casación, cuando el fallo de segundo grado no repudia de manera abierta la argumentación del primero, es dable, por su unidad, considerar insertos en esa ulterior sentencia todo ese volumen conceptual. Sentencia Casación.- 92-02-12.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Alfredo Lozano Osorio. Delito: Privación ilegal de la libertad. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 025. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 169

TRANSITO DE LEGISLACION / CIERRE DE INVESTIGACION / SUMARIO - Calificación. El problema del tránsito de legislación se bifurcó en presencia del cierre de investigación con posterioridad al segundo sobreseimiento temporal. Sentencia Casación. 92 02 14.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(a): Uwe Jans Rancke. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 027. Fuente Formal: Artículo 677 C. de P.P. 179

REVISION - Requisitos. La sentencia goza de la presunción y de legalidad, lo que solo se aniquila con sujeción estricta a las vías que para tal efecto indica la ley. Auto Revisión.- 92-02-18.- Rechaza demanda.- Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio. Procesado(s): Alvaro Ramírez Castaño. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 028. Fuente Formal: Artículo 231 C. de P.P. 206

CAMBIO DE RADICACION. El Cambio de Radicación como medida extraordinaria que es, impone a quien la propone al planteamiento de argumentaciones serias y coincidentes con la necesidad imperiosa de preservar la recta administración de justicia. Auto Cambio de Radicación.- 92-02-19.- Niega cambio de radicación.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): José Antonio Salazar C. y Otros. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 029. Fuente Formal: Artículo 78 C. de P.P. 213

COLISION DE COMPETENCIA / JURISDICCION DE FAMILIA. Los conflictos de competencia que surjan entre Jueces de Familia o de Menores, cuando los funcionarios que se disputan la competencia pertenecen a distintos Distritos Judiciales, deben ser resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Auto Colisión.- 92-02-19.- Se abstiene de dirimir colisión.- Juzgado 4o. de Familia de Cúcuta. Procesado(s): Wilmer Ramos. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extracto No. 030. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989. 219

Pags.

COLISION DE COMPETENCIA / JURISDICCION DE FAMILIA (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando dos Jueces de Menores penales de distinto Distrito Judicial cuestionan su competencia, debe conocer la Sala de Casación Penal de la Corte. Auto Colisión.- 92-02-19. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 031. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989 222

DEMANDA DE CASACION. La Demanda de Casación es un escrito jurídico que conforma una estructura lógico-conceptual, que debe realizarse con la observancia de los requisitos esenciales. Auto Casación.- 92-02-19.- Rechaza demanda. Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Luis Alberto Jurado Carvajal. Delito: Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia. Extracto No. 032 225

PREVARICATO / INJURIA. Para concluir que el funcionario ha cometido delito de Prevaricato, no basta que la decisión a la que llegó, luego de realizar algunas inferencias, haya resultado equivocada. Auto Segunda Instancia.- 92-02-19.- Confirma providencia Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Eduardo Uribe Porreta. Juez Quinto de Inscriminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 033. Fuente Formal: Artículo 149 C. de P.P. 229

TERMINO - Ampliación. El suceso que afecta el libre discurrir de la parte afectada, ha de tener importancia y gravedad, de tal manera que, de no haber existido, la perturbación no se hubiere producido. Auto Casación.- 92-02-19. - Deniega ampliación de término. Procesado(s): Ricardo Talero Ortíz. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 034. Fuente Formal: Artículo 169 C. de P.P 241

CONTRAVENCION / RECURSO EXTRAORDINARIO. La variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito de los recursos extraordinarios. Auto Revisión.- 92-02-20.- Se abstiene de desatar el recurso.- Juzgado 20 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Gustavo Adolfo Prada Ortega. Delito: Fraude mediante cheque. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 035. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 245

PENA / PATRIA POTESTAD-Suspensión. Para establecer su concurrencia se debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena. Sentencia Casación.- 92-02-20.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Ramón Hernán Ibáñez Vergel. Delito:

Pags.

Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 036. Fuente Formal: Artículo 44 C.N. 251

AUTO INHIBITORIO / CULPABILIDAD. Las cuestiones de "intencionalidad", voluntariedad, etc., deben esperar al examen de la culpabilidad, vedado en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación. Auto Segunda Instancia.- 92-02-26.- Revoca auto.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Rosa Elvia Orjuela Vega - Juez 21 Superior. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 037. Fuente Formal: Artículo 332 C. de P.P. 260

AUTO INHIBITORIO / CULPABILIDAD (SALVAMENTO DE VOTO). El modelo técnico del tipo debe descansar en el examen de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento vedado. Auto Segunda Instancia.- 92-02-26.- Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 038. Fuente Formal: Artículo 332 C. de P.P. 271

REVISION / CONTRAVENCION / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO - Cuantía. La Corte conoce la acción de Revisión en sentencias ejecutoriadas por Delitos, no por Contravenciones. Los delitos contra la propiedad y, concretamente el Hurto Simple son infracciones en las que si la cuantía no excede de diez salarios mínimos, constituyen contravención. Auto Revisión.- 92-02-26.- Rechaza demanda de revisión.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Gerardo Ospina Tovar. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 039. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 272

IMPEDIMENTO. El concepto que puede comprometer el criterio del funcionario para conocer es la opinión "extraproceso". Auto Impedimento.- 92-02-27.- Declara infundado el impedimento.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): JuLo Ojito Palma - Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 040. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 275

COLISION DE COMPETENCIA / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. En un delito contra el Patrimonio Económico, se debe mirar en dónde, físicamente se produjo la apropiación ilegal. Auto Colisión.- 92-02-28.- Dirime colisión de competencia Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Carlos Orlando Gómez Pardo. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 041. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P. 278

Pags.

ERROR DE HECHO / TESTIMONIO. Si se arguye el error de hecho corresponde al demandante probar que el testimonio se tergiversó de tal modo que se encara un quiebre ostensible del a lógica que debe presidir la sana crítica. Sentencia Casación.- 92-03-04.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Víctor Julio Cortés Vega y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 042. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 284

REVISION. Es labor incompatible con la naturaleza y la razón del recurso extraordinario, el deseo de revivir la valoración y apreciación de aspectos que ya fueron materia de examen durante el juicio. Auto Revisión.- 92-03-05.- Rechaza demanda.- Juzgado 9o. Superior de Bogotá. Procesado(s): Gregorio Rosas Rojas. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 043. Fuente Formal: Artículo 233 C. de P.P. 301

FUERO / JUSTICIA PENAL MILITAR. Es un sofisma, pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida y bienes de los ciudadanos, está al margen del servicio policial y por lo tanto, que su juzgamiento no corresponda a la Justicia Penal Militar. Sentencia Casación - 92-03-10.- No Casa.- Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Germán Cendales Peñarete y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 044. Fuente Formal: Artículo 221 C.N. 305

PENA - Accesoria / SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. Es el juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad. Sentencia Casación.- 9203-10.- No Casa.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Tulio Castro Fierro y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 045. Fuente Formal: Artículo 92 C.P. 316

DEMANDA DE CASACION - Técnica. Precisiones en torno al aspecto técnica y de prioridad en la demanda de Casación. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No Casa. Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Ludwing Alvarez Hernández. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 046. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P. 324

Pags.

ESTAFA / ABUSO DE CONFIANZA. El aspecto del engaño tiene trascendencia en torno a la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Gonzalo Orrego Duque y Otros. Delito: Fraude Procesal y Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: Dr. *Gustavio Gómez Velásquez*. Extracto No. 047. Fuente Formal: Artículo 358 C.P..... 330

PECULADO - Restitución / PENA. En la restitución parcial debe establecerse la imposibilidad de retornar el volumen total, por causas no imputables al reo. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No casa.- Tribunal Superior de Quibdó. Procesado(s): Yuber de Jesús Ledesma Lozano. Delito: Falsedad en documento público y Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 048. Fuente Formal: Artículo 139 C.P..... 348

PREVARICATO - Por omisión / DOLO. El Prevaricato por Omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que es necesario establecer el aspecto subjetivo. Sentencia Segunda Instancia.- 92-03-11.- Confirma sentencia absolutoria.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Hugo Rosanía Barros - Ex-Juez Once Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 049. Fuente Formal: Artículo 150 C.P..... 355

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL/CAUSAL PRIMERA. Si el subrogado supone que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, deja a juicio del tallador sopesar la procedencia de su otorgamiento. interrogante que no puede hacerse bajo el amparo de una violación directa. Sentencia Casación - 92-03-12.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Hincapié Pemberty. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 050. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 370

ERROR DE HECHO. Hipótesis del error de hecho. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Izar Hernández Ossa. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extracto No. 051. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 381

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / CONCURSO. El "uso" que estructura el tipo del artículo 221 del Código Penal no es tan amplio como para permitir que se ejecuten otros hechos punibles que no resultan penados. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Juan Carlos Leal Rodríguez. Delito: False

Pags.

dad en documento privado y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de Voto: Dr. Guillermo Duque Ruíz. Extracto No. 052. Fuente Formal: Artículo 221 C.P. 391

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / CONCURSO (SALVAMENTO DE VOTO). En el Código Penal actual, el uso del documento pasa a ser elemento integrante del tipo y ha dejado de estructurarse autónoma e independientemente. Sentencia Casación.- 92-03-12. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de voto: Dr. Guillermo Duque Ruíz. Extracto No. 053. Fuente Formal: Artículo 221 C.P. 401

VIOLACION DIRECTA / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Cuando el recurrente pretende el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional acudiendo a la violación indirecta de la ley, equivoca la vía de la impugnación. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Jorge Iván Valencia Ruíz. Delito: Incendio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 054. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 405

APELACION. El Recurso de Apelación, a pesar de su naturaleza ritual, no llega a significar una exigencia demasiado técnica. Auto Unica Instancia.- 92-03-16.- No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): René Ramírez Rivera, Eduardo Barriga Suárez y Efrén Bustos Roa - Magistrados Tribunal Superior de Ibagué. Delito: Homicidio culposo. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 055. Fuente Formal: Artículo 207 C. de P.P. 410

CONCURSO - Empresa criminal / HURTO / HOMICIDIO. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten. Sentencia Casación.- 92-03-18.- No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Héctor Vidal Yépes Casas. Delito: Homicidio Y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 056. Fuente Formal: Artículo 324 C.P. 417

CONGRESO / FUERO. Cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que cometieron mientras eran miembros del Congreso y que no tienen nexo alguno con sus funciones oficiales, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal. Auto Unica

Pags.

Instancia.- 92-03-18.- Se abstiene de conocer.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Florángela Izquierdo de Rodríguez. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 057. Fuente Formal: Artículo 186 C.N..... 427

CONGRESO / FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). Del delito que cometa el Congresista mientras tenga la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia. Auto Única Instancia.- 92-03-18. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 058. Fuente Formal: Artículo 186 C.N..... 432

DELITO - Denominación Jurídica / IMPEDIMENTO. Así se esté en la etapa del juicio, se pueden producir determinados hechos propios del sumario, como sucede cuando se cambia por el superior la denominación jurídica de la infracción. Auto Impedimento.- 92-03-18.- Declara que asiste razón.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Juan Guillermo Jaramillo Díaz, Martha Elena Jaramillo P. y Carmen Palacio Palacio - Magistrados Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 059. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P 435

ESTAFA / COMPETENCIA. La Estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito. Auto Colisión.- 92-03-18.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 4o. de Inscriminal de Sincelejo. Procesado(s): Arcadio Romero Pérez. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Extracto No. 060. Fuente Formal: Artículo 356 C.P..... 442

NOTIFICACION - Por conducta concluyente. Los planteamientos relacionados con el saneamiento de la nulidad y con el cumplimiento de los efectos perseguidos, le ceden el paso a la notificación por conducta concluyente. Sentencia Casación.- 92-03-18.- No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): John Jairo García Pinzón. Delito: Homicidio y Porte Ilegal de Armas Magistrado Ponente: Dr. *Gustavo* Gómez Velásquez. Extracto No. 061. Fuente Formal: Artículo 181 C. de P.P..... 447

RECURSO DE HECHO - Sustentación. Por "sustentar" el recurso de hecho debe entenderse el planteamiento de las objeciones o reparos que el impugnante tenga en relación con la providencia que le negó el recurso. Auto Recurso de Hecho.- 92-03-18.- Desecha recurso de hecho.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): María Emilce Henao Jiménez.- Juez Promiscuo Municipal de Palmar de Varela. Delito: Abuso de Autoridad. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 062. Fuente Formal: Artículo 213 C. de P.P..... 460

Págs.

APELACION - Sustentación. Es indispensable que en la sustentación se expresen las razones del disentimiento con la providencia que se recurre y éstas obviamente tienen que ser de fundamentación jurídica o probatoria. Sentencia Casación.- 92-03-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Carlos Julio Torres Hernández. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 063. Fuente Formal: Artículo 207 C. de P.P. 464

FLAGRANCIA / CONFESION / PENA. Para que la Confesión se considere como fundamento de la sentencia adversa, es necesario que el procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia. Sentencia Casación.- 92-03-19.- No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Daniel Rodríguez. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 064. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 476

INDULTO / ACCION PENAL - Extinción. Exigencias para declarar extinguida la acción en un proceso penal no terminado. Auto Segunda Instancia.- 92-03-20.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Augusto Ramírez Porras y Otro. Delito: Hurto y otros. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 065. Fuente Formal: Decreto 213 de 1991. 483

CASACION / INDICIO. El indicio no sólo debe tener fortaleza suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, sino que debe poseer una solidez tal que el hecho indicador debe estar plenamente probado. Sentencia Casación.- 92-03-24.- No case.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): David Garibello Osorio y Otros. Delito: Secuestro. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 066. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 492

DEMANDA DE CASACION - Técnica. Es antitécnica la demanda cuando el libelista habilidosamente probatorio, pero de su lectura se evidencia que la inconformidad es de ese carácter. Sentencia Casación.- 92-03-25.- No casa.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): José Olmedo Sarria. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 067. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 512

ARBITRO - Competencia para su juzgamiento / FUERO. Como en el caso de jueces, tampoco los árbitros podrán ser investigados ni juzgados por sus funcionarios qué se los supediten jerárquicamente. Auto Segunda Instancia.- 92-04-01.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de

Pags.

Bogotá. Procesado(s): Luis Fernando Zúñiga y Otros - Arbitros del Tribunal Obligatorio. Delito: Falsedad y otros. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 068. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 520

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - No es decisión arbitraria. La condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del juez que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino del juicio razonable que se forme. Sentencia Casación.- 92-04-01.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fernando Maya White. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 069. Fuente Formal: Artículo 68 C.P 532

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros / FUERO. El fuero para que los miembros del Congreso sean juzgados ante la Corte Suprema de Justicia, es garantía coetánea con el ejercicio del cargo y por delitos cometidos durante el periodo para el cual fueron elegidos. Auto Unica Instancia.- 92-04-01.- Se abstiene por incompetencia.- Corte Suprema de justicia. Procesado(s): Felipe de Jesús Namen Rapalino. Delito: Injuria. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 070. Fuente Formal: Artículo 186 y 235 C.N 543

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros / FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). Del delito que se atribuye al Congresista mientras tenga la investidura foral, conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia. Acto Unica Instancia.- 92-04-01.- Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 071. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N 547

REFORMATIO IN PEJUS / VIOLACION DIRECTA - Cuando no se aplica el principio de Reformatio In Pejus. Cuando se desconozca el principio de la reformatio in pejus, se atacará en casación como violación directa dela ley sustancial. Sentencia Casación.- 92-04-01.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Alberto Morera Lizcano y Otros. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 072. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P 550

NULIDAD - Omisión de pruebas / PRUEBA - Omisión en su práctica. La omisión en la práctica de algunas pruebas no es suficiente, por sí sola, para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o quebrantamiento del debido proceso. Sentencia Casación.-

Págs.

92-0402.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Abraham Toro Alvarez. Delito: Homicidio y Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 073. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P..... 556

ACCION DISCIPLINARIA - Revocación de la indagación preliminar / JURISPRUDENCIA - Elemento auxiliar y no obligatorio / PREVARICATO - No es en sí mismo la orden de revocar una indagación preliminar. Revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario, ni contrario a la Ley. La jurisprudencia no es fuente de derecho en igualdad con la Ley. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Germán Navarro Palau - Procurador Departamental del Cesar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 074. Fuente Formal: Decreto-Ley 1888 de 1989..... 563

FUERO / CONGRESO - Condición del Congresista en época de receso. El receso del Congreso dispuesto por el artículo 3o. Transitorio de la Constitución Nacional, no es igual al que comienza después del período ordinario de sesiones. Auto Unica Instancia.- 92-04 03.- Se abstiene de aprender el conocimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): José Ramón Navarro Mojica. - Miembro del Senado de la República. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 075. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N..... 571

FUERO / CONGRESO-Cesación en el ejercicio del cargo (SALVAMENTO DE VOTO). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 076..... 575

IMPEDIMENTO-No manifestación en Sala de Tribunal. El impedimento no se conforma cuando se decidió sobre cuestiones accesorias. Si se guarda silencio sobre el mismo, no se afecta la eficacia de la actuación cumplida. Auto Impedimento.-92-04-03.-No acepta impedimento.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Marco Elías Arévalo Rozo - Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 077. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P..... 578

Págs.

ACCION DISCIPLINARIA-Competencia por recusación. La Constitución Nacional señala la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, en el caso de recusación en proceso disciplinario. Auto Acción Disciplinaria.-92-04-09.- Se abstiene de resolver recusación.-Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Wiston de Jesús Araújo Rodríguez - Juez 1o. de Inscriminal. Delito: Disciplinario. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Extracto No. 078. Fuente Formal: Decreto 2652 de 1991..... 583

CONCUSION - Elementos / EXTORSION-Elementos. Hay una mayor riqueza descriptiva con respecto a la Concusión, en la medida en que incluye elementos que particularizan el comportamiento en relación con la Extorsión, cuyo contenido es más genérico. Auto Colisión.- 94-04-09.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 5o. de Inscriminal de Pamplona. Procesado(s): Mario Alba Trujillo y Otro. Delito: Concusión. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 079. Fuente Formal: Artículos 140 y 335 C.P..... 586

CONGRESO - Naturaleza de sus funciones / FUERO. Cuando los hechos imputados tengan relación con las funciones desempeñadas, el fuero del Congresista se mantiene una vez dejado el cargo.- En el mismo sentido providencia, con salvamento de voto en proceso 7379, (abril 8 de 1992). Auto Unica Instancia.- 04-04-09.- Niega petición para avocar conocimiento.-Corte Suprema de Justicia.- Procesado(s): Ricaurte Lozada Valderrama - Senador de la República. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 080. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N..... 592

CONGRESO - Cesación en el ejercicio del cargo / Fuero (Salvamento de Voto). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas. Auto Unica Instancia.- 92-04-09.- Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 081. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N..... 596

REFORMATIO IN PEJUS - Alcance / PROCESADO - Consecuencia cuando es único recurrente en la sentencia / MINISTERIO PUBLICO - Recurre con pretensiones de defensa. La Corte fija el alcance interpretativo de las expresiones "agravar la pena impuesta", para significar no solo el incremento punitivo, sino también la condena de ejecución condicio-

Pags.

nal. la procedencia en casos no fallos condenatorios y absolutorios y la indicación de que el procesado como único recurrente está constituido también por el Ministerio Público, cuando actúa con pretensiones de defensa. Sentencia Casación.- 92-04-09.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Vicente Cruz Cruz y Otro. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 082. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 599

PREVARICATO - Su naturaleza. Para establecer si existió el delito de Prevaricato, no es necesario fijar si la determinación o el procedimiento están o no conforme a derecho. Auto Segunda Instancia.- 92-04-10.- Confirma providencia.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Gladys Evelia Mendieta Monroy. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 083. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 614

HURTO - Momento consumativo / COLISION DE COMPETENCIA. La modificación del mundo exterior es la guía para ampliar el factor territorial, como en el delito de Hurto en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de su custodia. Auto Colisión.- 92-04-20.- Dirime colisión.- Juzgado 2o. de Instrucción Criminal. Procesado(s): Diego F. Duque Gómez. Delito: Hurto y Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 084. Fuente Formal: Artículo 74 C. de P.P. 626

NULIDAD - Reconocimiento médico e inimputabilidad / IMPUTABILIDAD - Reconocimiento médico. La nulidad que se pueda derivar del a falta de reconocimiento médico, cuando se refleja la inimputabilidad, no puede quedar supeditada al criterio del acusado, en cuanto decida permanecer ausente o concurrir al proceso. Sentencia Casación. 92-04-21.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Eduardo Forero Romero y Otro. Delito: Homicidio y Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extracto No. 085. Fuente Formal: Artículo 31 C.P. 629

NULIDAD Reconocimiento médico e inimputabilidad / IMPUTABILIDAD Reconocimiento médico / (SALVAMENTO DE VOTO). La falta de reconocimiento médico, aún en el caso del procesado ausente, no es propiamente la ocurrencia de un vicio que cometido por las partes, puede dejar de ser alegado en su favor. Sentencia Casación. - 92-04-21. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra. Extracto No. 086. Fuente Formal: Artículo 31 C.P. 648

Págs.

REVISION - No procede en contravenciones. La vía extraordinaria de Revisión ha sido establecida para las sentencias que se profieren por la comisión de delitos, que son los hechos punibles que conocen los Jueces No es pertinente en Contravenciones. Auto Revisión.- 92-04-21.- Rechaza demanda de revisión.- Juzgado 10 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): José Libardo Quiroga E. Delito: Delito contra el Patrimonio Económico. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 087. Fuente Formal: Artículo 253 C. de P.P. 660

ARMA - Tatuaje, factores que inciden en su formación / DICTAMEN PERICIAL. El tatuaje dejado por un arma de fuego es consecuencia de numerosos factores, incluidos la conservación y la clase de pólvora, por esa razón sólo al Juez corresponde analizarlos y aceptar o rechazar el dictamen pericial. Sentencia Casación.- 92-04-22.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá Procesado(s): Misael Orjuela Villalobos. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 088. Fuente Formal. Artículo 302 C. de P.P. 664

DERECHO DE DEFENSA - Naturaleza / DEFENSOR - Obligaciones. El Abogado en el ejercicio de su profesión goza de toda amplitud en la formu- lación de estrategias. Por ministerio de la Ley y en materia criminal su ejercicio requiere de intervenciones obligatorias, otras son apenas facultativas. En sede de Casación no puede conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa no existió. La Corte reitera su doctrina. Sentencia Casación.- 92-04-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Carlos Arturo Padilla. Delito: Falsedad en Documentos y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 089. Fuente Formal: Artículos 139 y 180 C. de P.P. 679

PREVARICATO - Materia Civil Es complejo jurídico, porque han surgido diversas opiniones sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que admite o rechaza la demanda civil. Auto Unica Instancia.- 92-04-22.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia.- Procesado(s): Ariel Salazar Ramírez.- Magistrado Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 090. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 692

JUEZ PENAL MUNICIPAL - Debe pronunciarse sobre iniciación de investigación / COMPETENCIA - Delegada. Los Jueces Penales Municipales deben pronunciarse sobre apertura de investigación en delitos de conocimiento de los Jueces del Circuito o Superiores. La Ley señala las indicaciones en materia de competencia originaria y delegada. Senten-

Págs.

cia Casación.- 92-04-23.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 093. Fuente Formal: Artículo 72 C. de P.P. 697

DEMANDA DE CASACION - Técnica / VIOLACION DIRECTA - Debe proponerse por conducta atípica / NULIDAD - Procede cuando se alega errónea adecuación. La atipicidad de la conducta exige su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial, conduciendo a fallo absolutorio, mientras que la errónea adecuación halla camino en la nulidad. Sentencia Casación.- 92-04-23.- No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides.- Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 097. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 697

CONDENA DE EJECUCION - Consideraciones en torno a la personalidad del procesado / CARCEL - Alcances de nuestro sistema penitenciario. Son numerosos los motivos para institucionalizar la condena de ejecución condicional, porque el sistema penitenciario no ha logrado recuperar individual y socialmente al sentenciado. Para efectos de su otorgamiento, la personalidad del procesado debe analizarse frente a valores corrientes, no simplemente por la existencia de sindicaciones o anotaciones prontuariales, ni aún de manera automática por sentencia judicial. Sentencia Casación.- 92-04-24.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Darío Cárdenas Martínez y María del Carmen Pascual de Cárdenas. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 094. Fuente Formal: Artículo 68 C.P. 706

DETENCION ARBITRARIA - Obligación en caso de captura ilegal o prolongación ilícita de privación de la libertad. Cuando la captura es ilegal o la privación de la libertad se torna ilícita y el funcionario judicial pretende formalizarla, desconoce el derecho del aprehendido y se hace incurso en detención arbitraria. Auto Segunda Instancia.- 92-04-24.- Confirma parcialmente providencia.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Luis Alfonso Ramos de La Hoz y Otra - Jueces 1o. de Instrucción Criminal de Sabanalarga. Delito: Detención arbitraria. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 095. Fuente Formal: Artículo 273 C.P. 722

PERJUICIO - Es el hecho punible el que genera el perjuicio / PARTE CIVIL - Carece de personería cuando persigue absolución. Si no hay hecho punible, no puede existir titular de la acción civil o indemnizatoria.

Pags.

Auto Recurso de Hecho.- 92-04-27.- Declara bien denegado el recurso.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s). Manuel Alfredo Acosta Abello. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Extracto No. 076. Fuente Formal: Artículo 37 C. de P.P..... 734

COPIAS - Naturaleza de la providencia que las ordena. La orden de expedir copias para que se decida sobre la procedencia de una investigación, no es decisión de carácter interlocutorio. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega Cesación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 097. Fuente Formal: Artículo 199 C. de P.P..... 745

PRESCRIPCION DE LA ACCION - Término Adicional para empleado público / TRANSITO DE LEGISLACION. En el actual Código Penal se redujo el término de prescripción de la acción a la mitad, pero frente a la ejecutoria de la resolución acusatoria es imperioso el agregado del término adicional cuando el delito es cometido por empleado público. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro - Magistrados Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 100. Fuente Formal: Artículo 84 C.P..... 745

PECULADO / COMPLICE - En el tipo penal de sujeto calificado. En el delito de peculado es autor quien tenga la calidad legal, pero las personas que no están en esa condición pueden participar como cómplices. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro. Magistrados Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 099. Fuente Formal: Artículo 25 C.P..... 745

PREVARICATO - Elementos subjetivo y objetivo / JUEZ - Prelación en procesos con detenido. El elemento objetivo o material del tipo de prevaricato por omisión es diferente al elemento subjetivo de la culpabilidad. El Juez debe dar prelación a las investigaciones cuando se encuentren personas capturadas o detenidas. Auto Segunda Instancia.- 92-04-28. Confirma providencia.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Martha Lucía Rebolledo de Oñoro - Juez 5o. de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.* Extracto No. 101. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 770

Págs.

ACCION DE TUTELA - Funcionario que la resuelve / JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Competencia en la acción de tutela. Es el superior jerárquico del autor de la decisión atacada con la acción de tutela el competente para su trámite, incluidos los Funcionarios Judiciales de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-06.- Dirime colisión de competencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Gabriel Angel y Otro. Delito: Acción de tutela. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 102. Fuente Formal: Decreto 2591 de 1991..... 780

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO - Uso / COMPETENCIA - Uso del documento falso. El uso del documento público falso es un evento posterior a la consumación, que no sirve para fijar la competencia.- Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Melgar (Tol.). Procesado(s): Luz Mila Neira Ortiz. Delito: Falsedad y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto: No. 103. Fuente Formal: Artículo 220 C.P..... 787

CONGRESO - Inviolabilidad y opinión. Los Senadores y Representantes son ajenos a cualquier responsabilidad penal por las opiniones que expresen en el ejercicio de su cargo. Auto Unica Instancia.- 92-05-13.- No inicia investigación- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Enrique Gómez Hurtado - Senador de la República. Delito: Calumnia e Injuria. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 104. Fuente Formal: Artículo 185 C.N..... 791

DEMANDA DE CASACION. Es deber del recurrente precisar el momento en que pudo cometerse el error de adecuación típico, debiendo demostrarlo con suficiencia en el terreno probatorio y jurídico. Sentencia Casación. 92-05-13. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Medellín. Procesado: Rodrigo Javier Sanín Posada. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 105. Fuente normal: artículo 501 del C. de P.P..... 796

NOTIFICACION - En la sentencia no es procedente hacerla doblemente / NULIDAD - Debe declararla la Corte en sede de Casación. Si la sentencia ha sido notificada personalmente a todos los sujetos procesales, no puede repetirse el procedimiento por edicto. El Tribunal no adquiere competencia cuando esto ocurre en el Juzgado de Instancia y, por consiguiente la Corte deberá declarar la nulidad de la actuación así cumplida. Sentencia Casación.- 92-05-13.- Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Pedro Julio Muñoz Rincón. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 106. Fuente Formal: Artículo 179 C. de P.P..... 808

Pags.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción y demás eventualidades. La Ley sistematiza de manera estricta el fenómeno de la objeción, mientras que marca discrecionalidad en el Juez para las demás eventualidades. Sentencia Casación.- 92-05-14.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Iván Muriel García. Delito: Acceso Carnal Abusivo con incapaz de resistir. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 107. Fuente Formal: Artículo 276 C. de P.P. 817

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Tratamiento penitenciario /REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación imperiosa. El juicio que realiza el fallador para establecer la procedencia del subrogado, depende de la serie de exigencias que integran el factor subjetivo, pero en vigencia de la nueva Constitución Nacional, revocar el beneficio implica hacer más gravosa la situación del procesado. Sentencia Casación.- 92-05-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Gustavo Cárdenas Rodríguez. Delito: Acceso carnal Violento. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Extracto No. 108. Fuente Formal: Artículos 68 C.P. y 31 C.N. 830

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Naturaleza / (ACLARACION DE VOTO). Es un beneficio excepcional que sólo en casos extraordinarios y especiales debe otorgarse. Sentencia Casación.- 92-05-19. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Extracto No. 109. Fuente Formal: Artículo 68 C.P. 837

DOCUMENTO PUBLICO / FALSEDAD IDEOLOGICA / JUEZ.- Intervención. El Juez tiene el deber de dar fe sobre los otros que en su presencia se realizan, si falta a la verdad en esa atestación comete el delito de falsedad ideológica en documento público. Auto Segunda Instancia.- 92-05-19.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Lucy Eneida Rodríguez Eguizábal - Juez Promiscuo Municipal de El Patía. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 110. Fuente Formal: Artículo 219 C.P. 839

POLICIA JUDICIAL - Etapas en que interviene / INDAGACION PREMILINAR-Diligencias de Policía Judicial. La Policía Judicial goza de cierta autonomía para adelantar, en la etapa preprocesal las diligencias necesarias ante situaciones que de manera objetiva reflejen la ocurrencia de un delito. Sentencia Casación.- 92-05-19.- Casa parcialmen-

Pags.

te.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Oliver Benítez Madroñedo. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 111. Fuente Formal: Artículo 334 C. de P.P 851

ASESORAMIENTO ILEGAL. Se atenta contra la Administración Pública, cuando el funcionario asume comportamientos propios de quien ejerce la profesión de Abogado. Auto Unica Instancia.- 92-05-20.- Se abstiene de abrir investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alba Esther Tavera López - Procuradora Seccional del Guaviare. Delito: Asesoramiento Ilegal. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 112 865

ACUMULACION - Diferentes procedimientos / NULIDAD - La ruptura de la unidad procesal no siempre la causa. Sólo constituye nulidad el trámite separado de delitos conexos, cuando se desconoce el derecho de defensa. Podría operar la acumulación aún en procesos ordinarios y sumarios. Sentencia Casación.- 92-05-25.- No Casa.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): José Ricardo Jiménez García. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 113. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P 869

FUERO / CONGRESO. Los Congresistas elegidos para el período constitucional 1990-1994, fueron despojados en forma definitiva de todas las funciones oficiales propias de su cargo. Auto Unica Instancia.- 92-05-27.- No repone auto. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Izquierdo de Rodríguez - Representante a la Cámara de Representantes. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 114. Fuente Formal: Artículo 235 C.N 891

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO / COLISION DE COMPETENCIA - Actividad rebelde. La Constitución Nacional extinguió la segregación con la Justicia ordinaria. Si la pretención económica resulta inescindible de la actividad rebelde, la competencia es del Juez de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-27.- Dirime Colisión de Competencia.- Juez de Orden Público Código 11. Procesado(s): Marco Antonio N. (Alias el periodista) y Otros. Delito: Extorsión. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 115. Fuente Formal: Decreto 2271 de 1991 904

Págs.

RECURSO Oportunidad / PARTE CIVIL.- Reconocimiento. El recurso formulado antes del reconocimiento como Parte Civil, permite la posibilidad de impugnar la decisión. Auto Recurso de Hecho.- 92-05-27.- Concede el recurso de apelación.- Tribunal Superior de Cartagena. Procesado(s): Carmen Rengifo Sanguino. Delito: Prevaricato por acción. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 116. Fuente Formal: Artículo 196 C. de P.P. 910

IMPEDIMENTO - En acción de tutela / ACCION DE TUTELA - Naturaleza. La decisión de una acción de tutela no revela, en todo caso, que el criterio jurídico haya quedado comprometido frente a las decisiones que se tomen en el proceso penal. Auto impedimento.- 92-05-28.- No acepta impedimento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Dr. Julio Ojito Palma - Magistrado Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado Ponente *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 117. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 915

COMPETENCIA - Factores. La competencia por los factores objetivo y funcional se inspira en razones de interés público, mientras que el factor territorial sirve el interés privado de las partes. Auto Unico Instancia.- 92-06-03.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Jaime Enrique Vargas y Otros - Magistrados y Conjuez Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 118. Fuente Formal: Artículo 74 C. de P.P. 919

PENA - Eximente / JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Colaboración eficaz. La eximente exige que se logre el esclarecimiento de los hechos y se determine la responsabilidad penal de los copartícipes. Sentencia Casación.- 92-06-05.- No Casa - Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Eulogio Reina Figueroa. Delito: Rebelión. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 119. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988. 926

DERECHO DE DEFENSA / DEFENSOR - De oficio. El derecho de defensa impera frente a la facultad que tiene el Juez para designar apoderado de oficio. Auto Segunda Instancia.- 92-06-09.- Revoca resolución de acusación.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Pedro María Rodríguez Montealegre - Juez Superior de Pitalito. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 120. Fuente Formal: Artículo 130 C. de P.P. 944

Págs.

JUEZ - Presencia en las diligencias. Para los funcionarios judiciales que presiden y suscriben una diligencia, la ley les impone de manera alternativa el deber de estar presentes en su realización o la obligación de dirigirla. auto Unica Instancia.- 92-06-12.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Helena Gutiérrez de Romero y Otros. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 121. Fuente Formal: Artículo 163 C. de P.P..... 959

CONGRESO - Legislatura. De acuerdo al artículo 4o. transitorio de la Constitución Nacional, después de su vigencia los dos periodos diferentes de sesiones conforman una sola legislatura. Auto Unica Instancia.- 92-06-16.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Integrantes del Congreso y del Consejo de Estado. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 122. Fuente Formal: Artículo 138 C.N..... 966

CONJUEZ / IMPEDIMENTO / PREVARICATO. Es desacertado afirmar que las situaciones impedientes no operan para esos Jueces ocasionales. No incurren en el delito de prevaricato cuando estiman que no los comprende causal alguna de impedimento o, cuando existiendo, no lo advierten oportunamente. Auto Unica Instancia.- 92-06-17.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alvaro Ibraín Casas Ortíz - Conjuez Tribunal Superior de Neiva. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 123. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 969

PRUEBA Apreciación. Aspectos sustanciales sobre la naturaleza y consideración de la prueba. Sentencia Casación. 92-06-17.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Mariano de Jesús Moreno Vega. Delito: Delitos contra el patrimonio económico. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 124. Fuente Formal: Artículo 252 C. de P.P..... 975

COLISION DE COMPETENCIA - Segundo incidente. Después de asumir el conocimiento ante el planteamiento de un nuevo incidente, ya con otros elementos de juicio, el procedimiento a seguir es el de iniciar un nuevo conflicto. Auto Colisión.- 92-06-18.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 1o. de Garzón (Huila). Procesado(s): Teodoro Soto Buitrago. Delito: Secuestro y corrupción. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 125. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P..... 996

Pags.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Suspensión y destitución. No es necesario que la providencia que ordene la medida de aseguramiento esté ejecutoriada para que se proceda a la suspensión de los Alcaldes, mientras que sí opera la exigencia en el caso de destitución. Auto Unica Instancia.- 92-06-24.- No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Augusto Beltrán Parcja - Gobernador Departamental de Bolívar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Extracto No. 126. Fuente Formal: Ley 78 de 1988..... 1.002

TENTATIVA - Actos de ejecución. Sólo cuando el intento criminoso se convierte en actividad inequívoca dirigida al bien propuesto, puede hablarse de tentativa penalmente reprochable. Sentencia Casación.- 92-06-26.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Luis Carlos Murillo y Otros. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 127. Fuente Formal: Artículo 22 C.P..... 1.012

INDICE ALFABETICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

PRIMER SEMESTRE DE 1992

Pags.

ABUSO DE CONFIANZA. El aspecto del engaño tiene trascendencia en torno a la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Gonzalo Ortega Duque y Otros. Delito: Fraude Procesal y Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 047. Fuente Formal: Artículo 358 C.P..... 330

ACCION DE TUTELA - Funcionario que la resuelve. Es el superior jerárquico del autor de la decisión atacada con la acción de tutela el competente para su trámite, incluidos los Funcionarios Judiciales de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-06.- Dirime colisión de competencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Gabriel Angel y Otro. Delito: Acción de tutela. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 102. Fuente Formal: Decreto 2591 de 1991..... 780

ACCION DE TUTELA - Naturaleza. La decisión de una acción de tutela no revela, en todo caso, que el criterio jurídico haya quedado comprometido frente a las decisiones que se tomen en el proceso penal. Auto Impedimento.- 92-05-28.- No acepta impedimento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Dr. Julio Ojito Palma - Magistrado Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 117. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P..... 915

ACCION DISCIPLINARIA. La Sala mayoritaria ha admitido la operancia de la causal de impedimento, sobre la base de que la opinión vertida

Págs.

por el funcionario que adelanta la investigación criminal, cuando conoció del trámite disciplinario, ciertamente es vinculante y constitutiva de causal de impedimento. Auto Impedimento.- 92-01-22.- Declara fundada la recusación.- Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): José Rafael Angarita Serpa - Magistrado Sala Penal. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Aclaración de voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 002. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 14

ACCION DISCIPLINARIA / (ACLARACION DE VOTO). No existe incompatibilidad alguna entre las acciones penal y disciplinaria que surgen de la comisión. Auto Impedimento.- 92-01-22.- Procesado(s): Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Aclaración de Voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 003. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 18

ACCION DISCIPLINARIA - Competencia por recusación. La Constitución Nacional señala la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, en el caso de recusación en proceso disciplinario. Auto Acción Disciplinaria.- 92-04-09. Se abstiene de resolver recusación.- Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Wiston de Jesús Araújo Rodríguez - Juez 1o. de Instrucción. Delito: Disciplinario. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 078. Fuente Formal: Decreto 2652 de 1991. 583

ACCION DISCIPLINARIA - Revocación de la indagación preliminar. Revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario, ni contrario a la Ley. La jurisprudencia no es fuente de derecho en igualdad con la Ley. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Germán Navarro Palau - Procurador Departamental del Cesar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 074. Fuente Formal: Decreto-Ley 1888 de 1989. 563

ACCION PENAL. Extinción. Exigencias para declarar extinguida la acción en un proceso penal no terminado. Auto Segunda Instancia.- 92-03-20.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s):

Pags.

Augusto Ramírez Porras y Otro. Delito: Hurto y Otros. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 063. Fuente Formal: Decreto 213 de 1991. Extracto No. 065. Fuente Formal: Decreto 213 de 1991. 483

ACUMULACION - Diferentes procedimientos. Sólo constituye nulidad el trámite separado de delitos conexos, cuando se desconoce el derecho de defensa. Podría operar la acumulación aún en procesos ordinarios y sumarios. Sentencia Casación.- 92-05-25.- No Casa.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): José Ricardo Jiménez García. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 113. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P. 869

APELACION. El Recurso de Apelación, a pesar de su naturaleza ritual, no llega a significar una exigencia demasiado técnica. Auto Unica Instancia.- 92-03-16.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): René Ramírez Rivera, Eduardo Barriga Suárez y Efrén Bustos Roa - Magistrados Tribunal Superior de Ibagué. Delito: Homicidio culposo. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 055. Fuente Formal: Artículo 207 c. de P.P. 410

APELACION - Sustentación. Es indispensable que en la sustentación se expresen las razones del disentimiento con la providencia que se recurre y éstas obviamente tienen que ser de fundamentación jurídica o probatoria. Sentencia Casación.- 92-03-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Carlos Julio Torres Hernández. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 063. Fuente Formal. Artículo 207 C. de P.P. 461

ARBITRO Competencia para su juzgamiento. Como en el caso de jueces, tampoco los árbitros podrán ser investigados ni juzgados por sus funcionarios que se les supediten jerárquicamente. Auto Segunda Instancia.- 92-04-01.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Fernando Zuñiga y Otros - Arbitros del Tribunal Obligatorio. Delito: Falsedad y Otros. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 068. Fuente Formal. Ley 23 de 1991 520

ARMA - Tatuaje, factores que inciden en su formación. El tatuaje dejado por un arma de fuego es consecuencia de numerosos factores, incluidos la conservación y la clase de pólvora, por esa razón sólo al juez corresponde analizarlos y aceptar o rechazar el dictamen pericial. Sen-

Págs.

tencia Casación.- 92-04-22.- No casa. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Misael Orjuela Villalobos. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.* Extracto No. 088. Fuente Formal: Artículo 302 C. de P.P. 664

ASESORAMIENTO ILEGAL. Se atenta contra la Administración Pública, cuando el funcionario asume comportamientos propios de quien ejerce la profesión de Abogado. Auto Unica Instancia.- 92-05-20.- Se abstiene de abrir investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alba Esther Tavera López - Procuraduría Seccional del Guaviare. Delito: Asesoramiento Ilegal. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia.* Extracto No. 112 865

AUTO INHIBITORIO. La persona en cuyo favor se dictó el auto inhibitorio y el denunciante o querellante pueden designar abogado que los represente. Auto Segunda Instancia.- 92-02-10.- Confirma la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jorge Otoniel Bermeo Manrique - Juez 27 de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia.* Extracto No. 019. Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P. 136

AUTO INHIBITORIO. Las cuestiones de "intencionalidad", voluntariedad, etc., deben esperar al examen de la culpabilidad, vedado en tratándose de auto que se abstiene de abrir investigación. Auto Segunda Instancia.- 92-02-26.- Revoca auto - Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Rosa Elvia Orjuela Vega - Juez 21 Superior. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 037. Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P. 260

AUTO INHIBITORIO / (SALVAMENTO DE VOTO). El modelo técnico del tipo debe descansar en el examen de los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento vedado. Auto Segunda Instancia.- 92-02-26. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Salvamento de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 038. Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P. 271

CAMBIO DE RADICACION. El Cambio de Radicación como medida extraordinaria que es, impone a quien la propone el planteamiento de argumentaciones serias y coincidentes con la necesidad imperiosa de preservar la recta administración de justicia. Auto Cambio de Radicación.- 92-02-19.- Niega cambio de radicación.- Tribunal Supe-

Pags.

rior de Florencia. Procesado(s): José Antonio Salazar C. y Otros. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 029. Fuente Formal: Artículo 78 C. de P.P..... 213

CARCEL - Alcances de nuestro sistema penitenciario. Son numerosos los motivos para institucionalizar la condena de ejecución condicional, porque el sistema penitenciario no ha logrado recuperar individual y socialmente al sentenciado. Para efectos de su otorgamiento, la personalidad del procesado debe analizarse frente a valores corrientes, no simplemente por la existencia de automática o anotaciones ni aún de manera automática por sentencia judicial. Sentencia Casación-. 92-04-24.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Darío Cárdenas Martínez y María del Carmen Pascual de Cárdenas. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 094. Fuente Formal: Artículo 68 C.P..... 706

CASACION. La Sala considera que, atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651 de 1991, a la finalidad que debe perseguir y a las facultades que permitieron su expedición, el artículo 51 del mismo, no comprende el recurso de Casación en materia penal. En el mismo sentido providencia del 12 de julio de 1992 - Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación.- 92-01-31.- No Casa.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Carlos Arturo Ortiz Rojas y Otro. Delito: Fraude procesal y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 013..... 66

CASACION. No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia. Sentencia Casación.- 92-02-10.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): José Gerardo López. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 021. Fuente Formal: Artículo 358 C. de P.P..... 147

CASACION. El Recurso de Casación califica si la decisión judicial se profirió en armonía con la normatividad; el de Revisión se convierte en un remedio postrero que desquicia la cosa juzgada. Auto Revisión.- 92-02-11.- Declara desierto el recurso.- Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá. Procesado(s): Camilo Arturo Castaño Quique. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 023. Fuente Formal: Artículos 226 y 233 C. de P.P..... 158

Pags.

CASACION. El indicio no sólo debe tener fortaleza suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, sino que debe poseer una solidez tal que el hecho indicador debe estar plenamente probado. Sentencia Casación.- 92-03-24.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): David Garibello Osorio y Otros. Delito: Secuestro. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 066. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 192

CAUSAL PRIMERA. Si el subrogado supone que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, deja a juicio del fallador sopesar la procedencia de su otorgamiento, interrogante que no puede hacerse bajo el amparo de una violación directa. Sentencia Casación.- 92-03-12. - Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Hincapié Pemberty. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 050. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 370

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. En la celebración indebida de contratos lo más saludable es escoger a los ejecutores de la cosa pública entre aquellos que estén desprovistos de toda clase de ataduras, nexos, compromisos y tendencias. Sentencia Unica Instancia.- 92-02-10.- Absuelve.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Graciela Ortíz de Mora - Comisario Especial del Guainía. Delito: Celebración indebida de contratos. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 020. Fuente Formal: Artículo 144 C.P. 139

CIERRE DE INVESTIGACION. El problema del tránsito de legislación se bifurca en presencia del cierre de investigación con posterioridad a segundo sobreseimiento temporal. Sentencia Casación.- 92-02-14.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Uwe Jans Rancke. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 027. Fuente Formal: Artículo 677 C. de P.P. 179

COLISION DE COMPETENCIA. Los conflictos de competencia que surjan entre Jueces de Familia o de Menores, cuando los funcionarios que se disputan la competencia pertenecen a distintos Distritos Judiciales, deben ser resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Auto Colisión.- 92-02-12.- Se abstiene de dirimir colisión.- Juzgado 4o. de Familia de Cúcuta. Procesado(s): Wilmer Ramos. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Salvamento de Voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extracto No. 030. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989 219

Pags.

COLISION DE COMPETENCIA. En un delito contra el Patrimonio Económico, se debe mirar en dónde, físicamente se produjo la apropiación ilegal. Auto Colisión.- 92-02-28.- Dirime colisión de competencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Carlos Orlando Gómez Pardo. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.* Extracto No. 041. Fuente Formal: Artículo 95 C de P.P..... 278

COLISION DE COMPETENCIA. La modificación del mundo exterior es la guía para ampliar el factor territorial, como en el delito de Hurto en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de su custodia. Auto Colisión.- 92-04 20.- Dirime colisión.- juzgado 2o. de Instrucción. Procesado(s): Diego L. Duque Gómez. Delito: Hurto y Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.* Extracto No. 064. Fuente Formal: Artículo 74 C. de P.P..... 626

COLISION DE COMPETENCIA / (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando dos Jueces de menores penales de distinto Distrito Judicial cuestionan su competencia, debe conocer la Sala de Casación Penal de la Corte. Auto Colisión.- 92-02-19. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Salvamento de Voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extracto No. 031. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989..... 222

COLISION DE COMPETENCIA - Actividad rebelde. La Constitución Nacional extinguió la segregación con la Justicia ordinaria. Si la pretención económica resulta inescindible de la actividad rebelde, la competencia es del Juez de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-27.- Dirime Colisión de Competencia.- Juez del Orden Público Código 11. Procesado(s): Marco Antonio N. (Alias el periodista) y Otros. Delito: Extorsión. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 115. Fuente Formal: Decreto 2271 de 1991..... 904

COLISION DE COMPETENCIA-Segundo incidente. Después de asumir el conocimiento ante el planteamiento de un nuevo incidente, ya con otros elementos de juicio, el procedimiento a seguir es el de iniciar un nuevo conflicto. Auto Colisión.- 92-06-18.- Dirime colisión de competencia - Juzgado 1o. de Garzón (Huila). Procesado(s): Teodoro Soto Buitrago. Delito: Secuestro y corrupción. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Extracto No. 125. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P..... 996

COMPETENCIA. La Estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito. Auto Colisión.- 92-03-18.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 4o. de Instrucción de Sincelejo. Procesado(s): Arcadio Romero Pérez. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz.* Extracto No. 060. Fuente Formal: Artículo 356 C.P..... 442

Págs.

COMPETENCIA / (SALVAMENTO DE VOTO). El recurso de casación se rige por el principio de limitación y, en consecuencia los efectos que derivan del tránsito de normas a favor del procesado, le están asignados al Juez que profirió la sentencia de primera instancia. Sentencia Casación.- 92-02-06. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Correa Luengas*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 018. Fuente Formal: Artículo 31 CN..... 133

COMPETENCIA / (SALVAMENTO DE VOTO). Los efectos que se derivan del tránsito de normas para favor del procesado y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados centro del principio de la doble instancia al juez que profirió la sentencia de primer grado. Sentencia Casación.- 92-02-10. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 022. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 155

COMPETENCIA - Delegada. Los Jueces Penales Municipales deben pronunciarse sobre apertura de investigación en delitos de conocimiento de los Jueces del Circuito o Superiores. La Ley señala las indicaciones en materia de competencia originaria y delegada. Sentencia Casación.- 92-04-23.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Berlilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 093. Fuente Formal: Artículo 72 C. de P.P..... 697

COMPETENCIA - Factores. La competencia por los factores objetivo, subjetivo y funcional se inspira en razones de interés públicos, mientras que el factor territorial sirve al interés privado de las partes. Auto Unica Instancia. 92-06-03.- No inicia investigaciones.- Corte Suprema de Justicia Procesado(s): Jaime Enrique Vargas y Otros - Magistrados y Conjuez Tribunal Superior de Villavicencio. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 118. Fuente Formal: Artículo 74 C. de P.P..... 919

COMPETENCIA - Uso del documento falso. El uso del documento público falso es un evento posterior a la consumación, que no sirve para fijar la competencia. Auto Colisión.- 92-05-12.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Melgar (Tol.). Procesado(s): Luz Mila Neira Ortiz. Delitos Falsedad y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 103. Fuente Formal: Artículo 220 C.P..... 787

Págs.

COMPLICE - En el tipo penal de sujeto cualificado. En el delito de peculado es autor quien tenga la calidad legal, pero las personas que no están en esa condición pueden participar como cómplices. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega casación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro - Magistrados Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 099. Fuente Formal: Artículo 25 C.P. 745

CONCURSO. El "uso" que estructure el tipo del artículo 221 del Código Penal no es tan amplio como para permitir que se ejecuten otros hechos punibles que no resulten penados. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Juan Carlos Leal Rodríguez. Delito: Falsedad en documento privado y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de Voto: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extracto No. 052. Fuente Formal: Artículo 221 C.P. 391

CONCURSO - Empresa criminal. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten. Sentencia Casación.- 92-03-18.- No Casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Héctor Vidal Yépes Casas. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 056. Fuente Formal: Artículo 324 C.P. Extracto No. 056. Fuente Formal: Artículo 324 C.P. 417

CONCUSION - Elementos. Haya una mayor riqueza descriptiva con respecto a la Concusión, en la medida en que incluye elementos que particularizan el comportamiento en relación con la Extorsión, cuyo contenido es más genérico. Auto Colisión. 92-04-09. Dirime colisión de competencia.- Juzgado 5o. de Instrucción Criminal de Pamplona. Procesado(s): Mario Alba Trujillo y Otro. Delito: Concusión. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 079. Fuente Formal: Artículos 140 y 353 C.P. 586

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Al conocer en Casación de una sentencia, como la situación jurídica del procesado no se ha consolidado, es imperioso aplicar el artículo 31 de la Constitución Nacional, en relación con la condena de ejecución condicional. Sentencia Casación.- 92-01-23.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fernando Panzón Avila. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jor*

Págs.

ge Enrique Valencia Martínez. Salvamento Parcial de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 008. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 36

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. - Si el subrogado supone que el condenado no requiere de tratamiento penitenciario, deja a juicio del fallador sopesar la procedencia de su otorgamiento, interrogante que no puede hacerse bajo el amparo de una violación directa. Sentencia Casación.- 92-03-12.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Fernando Hincapié Pemberty. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 050. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 370

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. Cuando el recurrente pretende el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional acudiendo a la violación indirecta de la ley, equivoca la vía de la impugnación. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Jorge Iván Valencia Ruiz. Delito: Incendio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 054. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 405

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Consideraciones en torno a la personalidad del procesado. Son numerosos los motivos para institucionalizar la condena de ejecución, porque el sistema penitenciario no ha logrado recuperar individual y socialmente al sentenciado. Para efectos de su otorgamiento, la personalidad del procesado debe analizarse frente a valores corrientes, no simplemente por la existencia de sindicaciones o anotaciones prontuariales, ni aún de manera automática por secuencia judicial. Sentencia Casación.- 92-04-24.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Darío Cárdenas Martínez y María del Carmen Pascual de Cárdenas. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 094. Fuente Formal: Artículo 68 C.P. 706

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Naturaleza / (ACLARACION DE VOTO). Es un beneficio excepcional que sólo en casos extraordinarios y especiales debe otorgarse. Sentencia Casación.- 92-05-19. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Extracto No. 109. Fuente Formal: Artículo 68 C.P. 837

Págs.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - No es decisión arbitraria. La condena de ejecución condicional no es decisión discrecional del juez que dependa de su arbitrariedad o capricho, sino del juicio razonable que se forme. Sentencia Casación.- 92-04-01.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fernando Maya White. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 069. Fuente Formal: Artículo 68 C.P. 532

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL - Tratamiento penitenciario. El juicio que realiza el fallador para establecer la procedencia del subrogado, depende de la serie de exigencias que integran el factor subjetivo, pero en vigencia de la nueva Constitución Nacional, revocar el beneficio implica hacer más gravosa la situación del procesado. Sentencia Casación.- 92-05-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Gustavo Cárdenas Velandia. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Extracto No. 108. Fuente Formal: Artículos 68 C.P. y 31 C.N. 830

CONFESION. Para que la Confesión se considere como fundamento de la sentencia adversa, es necesario que el procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia. Sentencia Casación.- 92-03-19. No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Daniel Rodríguez. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 064. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 476

CONGRESO. Cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que cometieron, mientras eran miembros del Congreso y que no tienen nexo alguno con sus funciones oficiales, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal. Auto Unica Instancia. 92-03-18. Se abstiene de conocer - Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Horángela Izquierdo de Rodríguez. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 057. Fuente Formal: Artículo 186 C.N. 427

CONGRESO. Los Congresistas elegidos para el período constitucional 1990-1994, fueron despojados en forma definitiva de todas las funciones oficiales propias de su cargo. Auto Unica Instancia.- 92-05-27. No repone auto.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Izquierdo de Rodríguez - Representante a la Cámara de Representantes. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 114. Fuente Formal: Artículo 235 C.N. 891

Págs.

CONGRESO / (SALVAMENTO DE VOTO). Del delito que comete el Congresista mientras tenga la investidura foral conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia. Auto Unica Instancia.- 92-03-18. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 058. Fuente Formal: Artículo 186 C.N..... 432

CONGRESO - Cesación en el ejercicio del cargo / (SALVAMENTO DE VOTO). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas. Auto Unica Instancia.- 92-04-03. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 076..... 575

CONGRESO - Cesación en el ejercicio del cargo / (SALVAMENTO DE VOTO). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresista. Auto Unica Instancia.- 92-04-09. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Juan Carreño Luengas. Extracto No. 081. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N..... 596

CONGRESO - Condición del Congresista en época de receso. El receso del Congreso dispuesto por el artículo 3o. Transitorio de la Constitución Nacional, no es igual al que comienza después del período ordinario de sesiones. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- Se abstiene de aprender el conocimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): José Ramón Navarro Mojica - Miembro del Senado de la República. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 075. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N..... 571

CONGRESO - Inviolabilidad y opinión. Los Senadores y Representantes son ajenos a cualquier responsabilidad penal por las opiniones que expresen en el ejercicio de su cargo. Auto Unica Instancia.- 92-05-13.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Enrique Gómez Hurtado - Senador de la República. Delito: Calumnia e Injuria. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 104. Fuente Formal: Artículo 185 C.N..... 791

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros. El fuero para que los miembros del Congreso sean juzgados ante la Corte Suprema de Justicia, es garantía coetánea con el ejercicio del cargo y por delitos cometidos

Págs.

durante el período para el cual fueron elegidos. Auto Unica Instancia.- 92-04-01.- Se abstiene por incompetencia.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Felipe de Jesús Namen Rapalino. Delito: Injuria. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 070. Fuente Formal: Artículo 186 y 235 C.N. 543

CONGRESO - Juzgamiento de sus miembros / (SALVAMENTO DE VOTO). Del delito que se atribuye al Congresista mientras tenga la investidura foral, conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia. Auto Unica Instancia.- 92-04-01. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 071. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N. 547

CONGRESO - Legislatura. De acuerdo al artículo 4o. transitorio de la Constitución Nacional, después de su vigencia los dos períodos diferentes de sesiones conforman una sola legislatura. Auto Unica Instancia.- 92-06-16.- No inicia investigación. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Integrantes del Congreso y del Consejo de Estado. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 122. Fuente Formal: Artículo 136 C.N. 968

CONGRESO - Naturaleza de sus funciones. Cuando los hechos imputados tengan relación con las funciones desempeñadas, el fuero del Congresista se mantiene una vez dejado el cargo.- En el mismo sentido providencia, con salvamento de voto en proceso 7379, (abril 8 de 1992). Auto Unica Instancia.- 92-04-09.- Niega petición para avocar conocimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ricaurte Lozada Valderrama - Senador de la República. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 080. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N. 592

CONJUEZ. Es desacertado afirmar que las situaciones impedientes no operan para esos jueces ocasionales. No incurren en el delito de prevaricato cuando estiman que no los comprende causal alguna de impedimentos o, cuando existiendo, no lo advierten oportunamente. Auto Unica Instancia.- 92-06-17.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Alvaro Efraín Casas Ortiz - Conjuez Tribunal Superior de Neiva. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 123. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 969

Págs.

CONSULTA. Una cosa es que a una sentencia consultable no se le dé ese trámite, y otro muy diferente que remitido el proceso a la autoridad competente, ésta defina mediante providencia motivada que en ese evento no hay lugar a grado jurisdiccional. Sentencia Casación.- 92-01-31.- Casa y decreta nulidad - Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Eduardo Arenas Correa. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 011. Fuente Formal: Artículo 247 C. de P.P. 53

CONTRAVENCION. La variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito de los recursos extraordinarios. Auto Revisión.- 92-02-20.- Se abstiene de desatar el recurso. Juzgado 20 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Gustavo Adolfo Prada Ortega. Delito: Fraude mediante cheque. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 035. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 245

CONTRAVENCION. La Corte conoce la acción de Revisión en sentencia ejecutoriada por Delitos, no por Contravenciones. Los delitos contra la propiedad y, concretamente el Hurto. Simple son infracciones en las que si la cuantía no excede de diez salarios mínimos, constituyen contravención. Auto Revisión.- 92-02-26.- Rechaza demanda de revisión.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Gerardo Ospina Tovar. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 039. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 272

COPIAS - Naturaleza de la providencia que las ordena. La orden de expedir copias para que se decida sobre la procedencia de una investigación, no es decisión de carácter interlocutorio. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro - Magistrados Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 097. Fuente Formal: Artículo 199 C. de P.P. 745

CORPORACION PUBLICA - Voto. A todo empleado oficial le está prohibido postularse y someterse al voto popular para acceder a las Corporaciones Públicas. Auto Unica Instancia.- 92-02-03.- Cesa procedimiento. Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ely Gómez Ortega y Gorgonio Palacios Cuesta - Magistrado y Conjuez Tribunal Superior de Quibdó. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 014. Fuente Formal: Artículo 158 C.P. 90

Págs.

CULPABILIDAD. Las cuestiones de "intencionalidad", voluntariedad, etc., deben esperar al examen de la culpabilidad, veriado en tratándose del auto que se abstiene de abrir investigación. Auto Segunda Instancia.- 92-02-26.- Revoca auto.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Rosa Elvia Orjuela Vega - Juez 21 Superior. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruíz*. Salvamento de Voto: Dr. Guillermo Duque Ruíz. Extracto No. 037 Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P..... 260

DEBIDO PROCESO. No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia. Sentencia Casación.- 92-02-10. Casa.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): José Gerardo López. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 021. Fuente Formal: Artículo 358 C. de P.P..... 147

DEBIDO PROCESO. No es posible confundir las formas propias del juicio y los grados probatorios. Sentenc a Casación. 92-02-12.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Franklin y Mauricio Díaz Pinto. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 024. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 162

DEFENSOR - De oficio. El derecho de defensa impera frente a la facultad que tiene el Juez para designar apoderado de oficio. Auto Segunda Instancia.- 92-06-09.- Revoca resolución de acusación.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Pedro María Rodríguez Montealegre Juez Superior de Pitalito. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 120. Fuente Formal: Artículo 130 C. de P.P..... 944

DEFENSOR Obligaciones. El Abogado en el ejercicio de su profesión goza de toda amplitud en la formulación de estrategias. Por ministerio de la Ley y en materia criminal su ejercicio requiere de intervenciones obligatorias, otras son apenas facultativas. En sede de Casación no puede conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa no existió. La Corte reitera su doctrina. Sentencia Casación.- 92-04-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Carlos Arturo Padilla. Delito: Falsedad en Documentos y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 089. Fuente Formal: Artículos 139 y 180 C. de P.P..... 679

Pags.

DELITO - Denominacion Jurídica. Así se esté en la etapa del juicio, se pueden producir determinados hechos propios del sumario, como sucede cuando se cambia por el superior la denominación jurídica de la infracción. Auto Impedimento - 92-08-18. Declara que asiste razón.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Juan Guillermo Jaramillo Díaz, Martha Elena Jaramillo P. y Carmen Palacio Palacio. Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 039. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 435

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO. En un delito contra el Patrimonio Económico, se debe mirar en dónde, físicamente se produjo la apropiación ilegal. Auto Colisión.- 92-02-28.- Dirime colisión de competencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Carlos Orlando Gómez Pardo. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 041. Fuente Formal: Artículo 95 C. de P.P. 278

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO - Cuantía. La corte conoce la acción de Revisión en sentencias ejecutoriadas por Delitos, no por contravenciones. Los delitos contra la propiedad y, concretamente el Hurto Simple son infracciones en las que si la cuantía no excede de diez salarios mínimos, constituyen contravención. Auto Revisión.- 92-02-26.- Rechaza demanda de revisión.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Gerardo Ospina Tovar. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 039. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 272

DEMANDA DE CASACION. La Corte debe respetar el pensamiento del actor, restando la posibilidad de complementar o corregir las fallas del libelo. Sentencia Casación.- 92-01-22.- No casa.- Tribunal Superior de Manizales. Procesado(s): Omer de Jesús Duque Muriel. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 001. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P. 7

DEMANDA DE CASACION. No es posible confundir las formas propias del juicio y los grados probatorios. Sentencia Casación.- 92-02-12.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Franklin y Mauricio Díaz Pinto. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 021. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 162

DEMANDA DE CASACION. En los menesteres de la Casación, cuando el fallo de segundo grado no repudia de manera abierta la argumentación del primero, es dable, por su unidad, considerar insertos en esa

Págs.

ulterior sentencia todo ese volumen conceptual. Sentencia Casación.- 92-02-12.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Alfredo Lozano Osorio. Delito: Privación ilegal de la libertad. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 025.- fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 169

DEMANDA DE CASACION. La Demanda de Casación es un escrito jurídico que conforma una estructura lógico-conceptual, que debe realizarse con la observancia delos requisitos esenciales. Auto Casación.- 92-02-19. Rechaza demanda.- Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Luis Alberto Jurado Carvajal. Delito: Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Délimo Páez Velandia*. Extracto No. 032. 225

DEMANDA DE CASACION. Hay falta de coherencia y de lógica en la presentación de los cargos, si el censor plantea situaciones jurídicas excluyentes, como el planteamiento de una legítima defensa de la propia vida o de un tercero y, al mismo tiempo, la actuación en estado de ira. Sentencia Casación - 92-01-30.- No Casa.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Marco Aurelio Moreno Angel. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 010. 46

DEMANDA DE CASACION - Requisitos. Es objetivo del recurso extraordinario realizar un juicio de legalidad sobre los fallos de segunda instancia que admiten tal impugnación y está limitada la potestad de la Corte a los planteamientos que se presenten a su consideración. Auto Casación.- 92-01-31.- Rechaza demanda de casación.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Nicolás Alberto Muñoz Rojas. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 012. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P. 60

DEMANDA DE CASACION - Técnica. Precisiones en torno al aspecto técnico y de prioridad en la demanda de Casación. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No Casa.- Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado(s): Ludwing Alvarez Hernández. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente. *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 046. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P. 324

DEMANDA DE CASACION - Técnica. Es antitécnica la demanda cuando el libelista habilidosamente se cuida de utilizar expresión alguna que indique cuestionamiento de utilizar expresión alguna que indique cuestionamiento probatorio, pero de su lectura se evidencia que la

Págs.

inconformidad es de ese carácter. Sentencia Casación.- 92-03.25.- No casa. Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): José Olmedo Sarria. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 067. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P.... 512

DEMANDA DE CASACION - Técnica. La atipicidad de la conducta exige su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial, conduciendo a fallo absolutorio, mientras que la errónea adecuación halla camino en la nulidad. Sentencia Casación.- 92-04-23.- No Casa. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 091 Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 697

DEMANDA DE CASACION. Es deber del recurrente precisar el momento en que pudo cometerse el error de adecuación típico, debiendo demostrarlo con suficiencia en el terreno probatorio y jurídico. Sentencia Casación. 92-05-13. Casa parcialmente. Tribunal Superior de Medellín. Procesado: Rodrigo Javier Sanín Posada. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 105. Fuente Normal: artículo 501 C. de P.P..... 796

DERECHO DE DEFENSA. El derecho de defensa impera frente a la facultad que tiene el Juez para designar apoderado de oficio. Auto Segunda Instancia.- 92-06-09.- Revoca resolución de acusación.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Pedro María Rodríguez Montealegre - Juez Superior de Pitalito. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 120. Fuente Formal: Artículo 130 C. de P.P..... 944

DERECHO DE DEFENSA - Naturaleza. El Abogado en el ejercicio de su profesión goza de toda amplitud en la formulación de estrategias. Por ministerio de la Ley y en materia criminal su ejercicio requiere de intervenciones obligatorias, otras son apenas facultativas. En sede de Casación no puede conformarse el actor con la sola alegación abstracta de que la defensa no existió. La Corte reitera su doctrina. Sentencia Casación. 92-04-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Carlos Arturo Padilla. Delito: Falsedad en Documentos y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 089. Fuente Formal: Artículos 139 y 180 C. de P.P..... 679

DESCONGESTION JUDICIAL. La Sala considera que, atendiendo a una interpretación sistemática del Decreto 2651 de 1991, a la finalidad que debe perseguir y a las facultades que permitieron su expedición, el acti-

Pags

culo 31 del mismo, no comprende el recurso de Casación en materia penal. En el mismo sentido providencia del 12 de julio de 1992 - M. P. *Dr. jorge Carreño Luengas*. Sentencia Casación.- 92-01-31. No Casa. Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Carlos Arturo Ortíz Rojas y Otro. Delito: Fraude procesal y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 013..... 66

DETENCION ARBITRARIA.- Obligación en caso de captura ilegal o prolongación ilícita de privación de la libertad. Cuando la captura es ilegal o la privación de la libertad se torna ilícita y el funcionario judicial pretende formalizarla, desconoce el derecho del aprehendido y se hace incurso en detención arbitraria. Auto Segunda Instancia.- 92-04-24.- Confirma parcialmente providencia.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Luis Alfonso Ramos de La Hoz y Otra - Jueces 10o. de Instrucción Criminal de Sabanalarga. Delito: Detención arbitraria. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 095. Fuente Formal: Artículo 273 C.P. 722

DICTAMEN PERICIAL. El tatuaje dejado por un arma de fuego es consecuencia de numerosos factores, incluidos la conservación y la clase de pólvora, por esa razón sólo al Juez corresponde analizarlos y aceptar o rechazar el dictamen pericial. Sentencia Casación.- 92-04-22.- No casa.- Tribuna. Superior de Bogotá. Procesado(s): Misael Orjuela Villalobos. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 088. Fuente Formal: Artículo 302 C. de P.P..... 664

DICTAMEN PERICIAL. - Objeción y demás eventualidades. La Ley sistematiza de manera estricta el fenómeno de la objeción, mientras que marca discrecionalidad en el Juez para las demás eventualidades. Sentencia Casación.- 92-05.-14.- No Casa. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Juan Muriel García. Delito: Acceso Carnal Abusivo con incapaz de resistir. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto NO. 107. Fuente Formal: Artículo 276 C. de P.P..... 817

DOCUMENTO PUBLICO. Se protege la veracidad de los documentos públicos, a fin de que el funcionario exprese la realidad. Auto Segunda Instancia.- 92-02-06.- Revoca la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jesús Antonio Silva Urriago y Guillermo Montealegre - Juez y Secretario - Tercero Penal Municipal de Garzón. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 016. Fuente Formal: Artículo 219 C.P..... 108

Pags

DOCUMENTO PUBLICO. El Juez tiene el deber de dar fe sobre los actos que en su atestación comete el delito de falsedad ideológica en documento público. Auto Segunda Instancia.- 92-05-19.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Lucy Eneida Rodriguez Tguizábal Juez Promiscuo Municipal de El Patía. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto NO. 110. Fuente Formal: Artículo 219 C.P..... 839

DOLO. El Prevaricato por Omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que es necesario establecer el aspecto subjetivo. Sentencia Segunda Instancia.- 92-03-11.- Confirma sentencia absolutoria.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Hugo Rosanía Barros - Ex-Juez Once Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 049. Fuente Formal: Artículo 150 C.P..... 355

ERROR DE HECHO. Hipótesis de error de hecho. Sentencia Casación.- 92-03-12. No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Izzat Hernández Ossa. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 051. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 384

ERROR DE HECHO. Si se arguye el error de hecho corresponde al demandante probar que el testimonio se tergiversó de tal modo que se encaran quiebre ostensible de la lógica que debe presidir la sana crítica. Sentencia Casación.- 92-03-04.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Victor Julio Cortés Vega y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 042. Fuente Formal: Artículo 226 C de P.P..... 284

ESTAFA. El aspecto del engaño tiene trascendencia en torno a la causa de la entrega del bien y hay de manera precedente o concomitante, una intención dolosa para hacerse a ese bien ajeno. Sentencia Casación. 92-03-11.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Gonzalo Orrego Duque y Otros. Delito: Fraude Procesal y Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 047. Fuente Formal: Artículo 358 C.P..... 330

ESTAFA. La estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho ilícito. Auto Colisión - 92-03-18.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 4o. de Instrucción Criminal de Sincelejo. Procesado(s): Arcadio Romero Pérez. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 060. Fuente Formal: Artículo 356 C. P..... 442

Page.

EXTORSION - Elementos. Hay una mayor riqueza descriptiva con respecto a la Concusión, en la medida en que incluye elementos que particularizan el comportamiento en relación con la Extorsión, cuyo contenido es más genérico. Auto Colisión.- 92-04-09.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 3o. de Inscriminal de Pamplona. Procesado(s): Mario Alba Trajillo y Otro. Delito: Concusión. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 079. Fuente Formal: Artículos 140 y 355 C.P. 586

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. El "uso" que estructura el tipo del artículo 221 del Código Penal no es tan amplio como para permitir que se ejecuten otros hechos punibles que no resulten penados. Sentencia Casación.- 92 03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s). Juan Carlos Leal Rodríguez. Delito: Falsedad en documento privado y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento no Voto: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extracto No. 052. Fuente Formal: Artículo 221 C.P. 391

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO / (SALVAMENTO DE VOTO). En el Código Penal actual, el uso del documento pasa a ser elemento integrante del tipo y ha dejado de estructurarse autónoma e independientemente. Sentencia Casación.- 92-03-12. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Salvamento de Voto: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Extracto No. 052. Fuente Formal: Artículo 221 C.P. 401

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO - Uso. El uso del documento falso es un evento posterior a la consumacion, que no sirve para fijar la competencia. Auto Colisión. 92-05-12.- Dirime colisión de competencia.- Juzgado 32 de Inscriminal de Melgar (Tol.). Procesado(s): Luz Mila Neira Ortiz. Delito: Falsedad y Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 103. Fuente Formal: Artículo 220 C.P. Extracto No. 103. Fuente Formal: Artículo 220 C.P. 787

FALSEDAD IDEOLOGICA. Se protege la veracidad de los documentos públicos, a fin de que el funcionario exprese la realidad. Auto Segunda Instancia.- 92 02-06.- Revoca la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jesús Antonio Silva Urriago y Guillermo Montealegre - Juez y Secretario - Tercero Penal Municipal de Garzón. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 016. Fuente Formal: Artículo 219 C.P. 108

Págs.

FALSEDAD IDEOLOGICA. El Juez tiene el deber de dar fe sobre los actos que en su presencia se realizan, si falta a la verdad en esa atestación comete el delito de falsedad ideológica en documento público. Auto Segunda Instancia. 92-05-19.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Lucy Eneida Rodríguez Eguizábal - Juez Promiscuo Municipal de El Patía. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 110. Fuente Formal: Artículo 219 C.P. 839

FAVORABILIDAD. La favorabilidad opera cuando las normas procesales tienen un contenido material, o sea que consagran derechos, más no cuando consagran meras ritualidades o "formas" de juzgamiento, como acontece cuando a cambio del jurado de conciencia se coloca el Juez de derecho. Sentencia Casación.- 92-01-22. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez.- Pág. 15. Extracto No. 105. 27

FLAGRANCIA. Para que la Confesión se considere como fundamento de la sentencia adversa, es necesario que el procesado en estado de flagrancia. Sentencia Casación.- 92-03-12.- No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Daniel Rodríguez. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 064. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 476

FUERO. Es un sofisma, pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida y bienes de los ciudadanos, está al margen del servicio policial y por lo tanto, que su juzgamiento no corresponda a la Justicia Penal Militar. Sentencia Casación.- 92-03-10.- No Caso.- Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Germán Cendales Peñarete y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 044. Fuente Formal: Artículo 221 C.N. 305

FUERO. Cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que cometieron mientras eran miembros del Congreso y que no tienen nexo alguno con sus funciones oficiales, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal. Auto Unica Instancia.- 92-03-18.- Se abstiene de conocer - Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Florángela Izquierdo de Rodríguez. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Didimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 057. Fuente Formal: Artículo 186 C.N. 427

Pags

FUERO. Como en el caso de jueces, tampoco los árbitros podrán ser investigados ni juzgados por sus funcionarios que se les supeditan jerárquicamente. Auto Segunda Instancia.- 92-04-01.- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Fernando Zúñiga y Otros - Arbitros del Tribunal Obligatorio. Delito: Falsedad y otros. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 068. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 320

FUERO. El fuero para que los miembros del Congreso sean juzgados ante laCorte Suprema de Justicia, es garantía coetánea con el ejercicio del cargo y por delitos cometidos durante el periodo para el cual fueron elegidos. Auto Unica Instancia.- 92-01-01.- Se abstiene por incompetencia.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Felipe de Jesús Namen Ropalino. Delito: Injuria. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 070. Fuente Formal: Artículo 186 y 235 C.N 513

FUERO. El receso del Congreso dispuesto por el artículo 8o. Transitorio de la Constitución Nacional, no es igual al que comienza después del periodo ordinario de sesiones. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- Se abstiene de aprender el conocimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): José Ramón Navarro Mojica - Miembro del Senado de la República. Delito: Falsedad en documento público. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 075. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N 571

FUERO. Cuando los hechos imputados tengan relación con las funciones desempeñadas, el fuero del Congresista se mantiene una vez dejado el cargo. En el mismo sentido providencia, con salvamento de voto en proceso 7379, (abril 8 de 1992). Auto Unica Instancia.- 92-04-09.- Niega petición para avocar conocimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ricaurte Lozada Valderrama - Senador de la República. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 080.- Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N 592

FUERO. Los Congresistas elegidos para el periodo constitucional 1990-1994, fueron despojados en forma definitiva de todas las funciones oficiales propias de su cargo. Auto Unica Instancia.- 92-03-27.- No repone auto.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): María Izquierdo de Rodríguez

Pags.

- Representante a la Cámara de Representantes. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 114. Fuente Formal: Artículo 235 C.N. 891

FUERO / (SALVAMENTO DE VOTO). Del delito que se atribuye al Congresista mientras tenga la investidura foral, conoce privativamente la Corte Suprema de Justicia. Auto Unica Instancia.- 92-04-01. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 071. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N. 547

FUERO / (SALVAMENTO DE VOTO). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas. Auto Unica Instancia.- 92-04-03. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 076. 575

FUERO / (SALVAMENTO DE VOTO). La expresión cesación en el cargo solamente es aplicable a quienes al momento del juzgamiento no sean altos funcionarios del Estado o Congresistas. Auto Unica Instancia.- 92-04-09. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 081. Fuente Formal: Artículos 186 y 235 C.N. 596

HOMICIDIO. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten. Sentencia Casación.- 92-03-18.- No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Héctor Vidal Yépes Casas. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 056. Fuente Formal: Artículo 324 C.P. 417

HURTO. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han aplicado la tesis de que existiendo un acuerdo sobre la comisión de un delito de Hurto y de manera tácita se preparan ante la posibilidad de incurrir en Homicidio, son todos responsables de los actos que ejecuten. Sentencia Casación.- 92-03-18. No casa.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Héctor Vidal Yépes Casas. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 056. Fuente Formal: Artículo 324 C.P. 417

Págs.

HURTO-Momento consumativo. La modificación del mundo exterior es la guía para ampliar el factor territorial, como en el delito de Hurto en el momento en que la cosa se extrae de la esfera patrimonial o de su custodia. Auto Colisión.- 92-04-20. Dirime colisión.- Juzgado 2o. de Instrucción Criminal. Procesado(s). Diego F. Duque Gómez. Delito: Hurto y Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 084. Fuente Formal: Artículo 74 C. de P.P. 626

IMPEDIMENTO. La Sala mayoritaria ha admitido la operancia de la causal de impedimento, sobre la base de que la opinión vertida por el funcionario que adelanta la investigación criminal, cuando conoció del trámite disciplinario, ciertamente es vinculante y constitutiva de causal de impedimento. Auto Impedimento.- 92-01-22.- Declara fundada la recusación.- Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): José Rafael Angarita Serpa - Magistrado Sala Penal. Delito: Recusación. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Aclaración de Voto: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 002. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 14

IMPEDIMENTO. El Juez o Magistrado por fuerza ha de elaborar un criterio personal sobre las leyes, pero esta labor jurídica no puede interpretarse como causa de una posible perturbación de su ánimo. Auto Impedimento.- 92-02-05.- Declara infundado el impedimento.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Julio Lancheros Lancheros - Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 015. Fuente Formal: Artículo 103 de P.P. 104

IMPEDIMENTO. El concepto que puede comprometer el criterio del funcionario para conocer la opinión "extraproceso". Auto Impedimento.- 92-02-27.- Declara infundado el impedimento.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Julio Ojito Palma Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 040. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 275

IMPEDIMENTO. Así se esté en la etapa del juicio, se pueden producir determinados hechos propios del sumario, como sucede cuando se cambia por el superior la denominación jurídica de la infracción. Auto Impedimento.- 92-03-18.- Declara que asiste razón.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Juan Guillermo Jaramillo Díaz, Martha Elena Jaramillo P. y Carmen Palacio Palacio - Magistrados Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 059. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 435

Págs.

IMPEDIMENTO. Es desacertado afirmar que las situaciones impedientes no operan para esos Jueces ocasionales. No incurren en el delito de prevaricato cuando estiman que no los comprende causal alguna de impedimento o, cuando existiendo, no lo advierten oportunamente. Auto Unica Instancia.- 92-06-17.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Neiva. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 123. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 969

IMPEDIMENTO - En acción de tutela. La decisión de una acción de tutela no revela, en todo caso, que el criterio jurídico haya quedado comprometido frente a las decisiones que se tomen en el proceso penal. Auto Impedimento.- 92-05-28.- No acepta impedimento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Dr. Julio Ojito Palma Magistrado Tribunal Superior de Barranquilla. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 117. Fuente Formal: Artículo 103 C. de P.P. 915

IMPEDIMENTO-No manifestación en Sala de Tribunal. El impedimento no se conforma cuando se decidió sobre cuestiones accesorias. Si se guarda silencio sobre el mismo, no se afecta la eficacia de la actuación cumplida. Auto Impedimento. - 92-06-03.- No acepta impedimento.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Marco Elías Arévalo Rozo - Magistrado Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 077. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 578

IMPEDIMENTO - Sala. Conduce al impedimento la determinación que tenga relación con el hecho, la responsabilidad y los perjuicios derivados del delito. Auto Impedimento.- 92-01-22.- Declara improcedente el impedimento.- Tribunal Superior de Buga. Procesado(s): José Alirio Cruz Perdomo, Arnulfo Guerrero y Norbel Mejía Rendón - Magistrados Sala Penal. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 004. Fuente Formal: Artículo 535 C. de P.P. 21

IMPUTABILIDAD - Reconocimiento médico. La nulidad que se pueda derivar de la falta de reconocimiento médico, cuando se refleja la inimputabilidad, no puede quedar supeditado al criterio del acusado, en cuanto decida permanecer ausente o concurrir al proceso. Sentencia Casación.- 92-04-21.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Eduardo Forero Romero y Otro. Delito: Homicidio y Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extracto No. 085. Fuente Formal: Artículo 31 C.P. 629

Págs.

IMPUTABILIDAD - Reconocimiento médico / (SALVAMENTO DE VOTO). La falta de reconocimiento médico, aún en el caso del procesado ausente, no es propiamente la ocurrencia de un vicio que cometido por las partes, pueda dejar de ser alegado en su favor. Sentencia Casación.- 92-04-21. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra. Extracto No. 086. Fuente Formal: Artículo 31 -C.P. 648

INDAGACION PRELIMINAR - Diligencias de Policía Judicial. La Policía Judicial goza de cierta autonomía para adelantar, en la etapa preprocesal las diligencias necesarias ante situaciones que de manera objetiva reflejen la ocurrencia de un delito. Sentencia Casación. 95-05-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s). Oliver Benítez Madroñero. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 211. Fuente Formal: 331 C. de P.P. 851

INDICIO. El indicio no sólo debe tener fortaleza suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, sino que debe poseer una solidez tal que el hecho indicador debe estar plenamente probado. Sentencia Casación.- 92-03-24.- No casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): David Caribello Osorio y Otros. Delito: Secuestro. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 066. Fuente Formal: 226 C. de P.P. 492

INDULTO. Exigencia para declarar extinguida la acción en un proceso penal no terminado. Auto Segunda Instancia. 92-03-20- Revoca providencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Augusto Ramírez Forres y Otro. Delito: Hurto y otros. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas*. Extracto No. 065. Fuente Formal: Decreto 213 de 1991. 483

INJURIA. Para concluir que el funcionario ha cometido delito de Prevaricato, no basta que la decisión a la que llegó, luego de realizar algunas inferencias, haya resultado equivocada. Auto Segunda Instancia.- 92-02-19.- Confirma providencia.- Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Eduardo Uribe Porreta - Juez Quinto de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 033. Fuente Formal: Artículo 149 C. de P.P. 229

INTERVENCION EN POLITICA. A todo empleado oficial le está prohibido postularse y someterse al voto popular para acceder a las Corporacio-

Pags.

nes Públicas. Auto Unica Instancia.- 92-02-03.- Casa procedimiento.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ely Gómez Ortega y Gorgonio Palacios Cuesta - Magistrado y Conjuez Tribunal Superior de Quibdó. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 034. Fuente Formal: Artículo 158 C.P..... 90

JUEZ PENAL MUNICIPAL - Debe pronunciarse sobre iniciación de investigación. Los Jueces Penales Municipales deben pronunciarse sobre apertura de investigación en delitos de conocimiento de los Jueces del Circuito o Superiores. La Ley señala las indicaciones en materia de competencia originaria y delegada. Sentencia de Casación.- 92-04-23.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 393. Fuente Formal: Artículo 72 C. de P.P..... 697

JUEZ - Intervención. Se protege la veracidad de los documentos públicos, a fin de que el funcionario exprese la realidad. Auto Segunda Instancia.- 92-02-06.- Revoca la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jesús Antonio Silva Urriago y Guillermo Montealegre Juez y Secretario - Tercero Penal Municipal de Garzón. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.* Extracto No. 036. Fuente Formal: Artículo 219 C.P..... 108

JUEZ - Intervención. El Juez tiene el deber de dar fe sobre los actos que en su presencia se realizan, si falta a la verdad en esa atestación comete el delito de falsedad ideológica en documento público. Auto Segunda Instancia.- 92-05-19.- revoca providencia.- Tribunal Superior de Popayán. Procesado(s): Lucy Eneida Rodríguez Eguizábal - Juez Promiscuo Municipal de El Patía. Delito: Falsedad en Documento Público. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia.* Extracto No. 110. Fuente Formal: Artículo 219 C.P..... 839

JUEZ - Prelación en procesos con detenido. El elemento objetivo o material del tipo de prevaricato por comisión es diferente al elemento subjetivo de la culpabilidad. El Juez debe dar prelación a las investigaciones cuando se encuentren personas capturadas o detenidas. Auto Segunda Instancia.- 92-04-28.- Confirma providencia.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Martha Lucía Rebolledo de Oñoro - Juez 5o. de Inscriminal. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel.* Extracto No. 161. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 770

Págs.

JUEZ. Presencia en las diligencias. Para los funcionarios judiciales que presiden y suscriben una diligencia, la ley les impone de manera alternativa el deber de estar en su realización o la obligación de dirigirla. Auto Unica Sentencia.- 92-06-12.- No ha lugar a iniciar investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Helena Gutiérrez de Romero y Otros - Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 121. Fuente Formal: Artículo 163 C. de P.P. 959

JURADO DE CONCIENCIA. La favorabilidad opera cuando las normas procesales tienen un contenido material, o sea que consagren derechos, mas no cuando consagran meras ritualidades o "formas" de juzgamiento, como acontece cuando a cambio del jurado de conciencia se coloca el Juez de derecho. Sentencia casación.- 92-01-22. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*.- Salvamento de Voto. Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez.- Pág. 15. Extracto No. 005. 27

JURADO DE CONCIENCIA / (SALVAMENTO DE VOTO). Donde la Ley rada segunda audiencia se realiza con intervención del jurado en vigencia del Decreto 1861 de 1989, no se quebranta el principio del debido proceso.- 92-01-22. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Drs. Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez.- *Pág.* 18. Extracto No. 006. 32

JURISDICCION DE FAMILIA. Los conflictos de competencia que surjan entre Jueces de Familia o de Menores, cuando los funcionarios que se disputan la competencia pertenecen a distintos Distritos Judiciales, deben ser resueltos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Auto Colisión.- 92-02-19.- Se abstiene de dirimir colisión.- Juzgado 4o. de Familia de Cúcuta. Procesado(s): Wilmer Ramos. Delito: Falsedad. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extracto No. 030. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989. 219

JURISDICCION DE FAMILIA / (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando dos Jueces de Menores Penales de distinto Distrito Judicial cuestionan su competencia, debe conocer la Sala de Casación Penal de la Corte. Auto Colisión.- 92-02-19. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Salvamento de Voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Extracto No. 031. Fuente Formal: Decreto 2737 de 1989. 222

Pags.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. La Constitución Nacional extinguió la segregación con la Justicia ordinaria. Si la pretención económica resulta inescindible de la actividad rebelde, la competencia es del Juez de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-27.- Dirime Colisión de Competencia.- Juez de Orden Público Código 11. Procesado(s): Marco Antonio N. (Alias el periodista) y Otros. Delito: Extorsión. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 115. Fuente Forma : Decreto 2271 de 1991 904

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Colaboración eficaz. La eximente exige que se logre el esclarecimiento de los hechos y se determine la responsabilidad penal de los coparticipes. Sentencia Casación. 92 06-05.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Eulogio Rena Figueroa. Delitos: Rebelión. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 119. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988 926

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO - Competencia en la acción de tutela. Es el superior jerárquico del autor de la decisión atacada con la acción de tutela el competente para su trámite, incluidos los Funcionarios Judiciales de Orden Público. Auto Colisión.- 92-05-06. Dirime colisión de competencia.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): Gabriel Angel y Otro. Delito: Acción de tutela. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 102. Fuente Formal: Decreto 2591 de 1991 780

JURISPRUDENCIA - Elemento auxiliar y no obligatorio. Revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario, ni contrario a la Ley. La jurisprudencia no es fuente de derecho en igualdad con la Ley. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Germán Navarro Palau - Procurador Departamental del Cesar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Paez Velandia*. Extracto No. 074. Fuente Formal: Decreto-Ley 1888 de 1989 563

JUSTICIA PENAL MILITAR. Es un sofisma, pretender que todo acto que esté por fuera de la obligación de proteger la vida y bienes de los ciudadanos, está al margen del servicio policial y por lo tanto, que su juzgamiento no corresponda a la Justicia Penal Militar. Sentencia Casación.- 92 03-10.- No Casa.- Tribunal Superior Militar. Procesado(s): Germán Condales Peñarete y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 044. Fuente Formal: Artículo 221 C.N. 305

Págs.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Suspensión y destitución. No es necesario que la providencia que ordena la medida de aseguramiento esté ejecutoriada para que se proceda a la suspensión de los Alcaldes, mientras que sí opera la exigencia en el caso de destitución. Auto Unica Instancia.- 92-06-24.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Augusto Beltrán Pareja - Gobernador Departamental de Bolívar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 126. Fuente Formal: Ley 78 de 1988..... 1003

MINISTERIO PUBLICO - Recurre con pretensiones de defensa. La Corte fija el alcance interpretativo de las expresiones "agravar la pena impuesta", para significar no sólo el incremento punitivo, sino también la condena de ejecución condicional, la procedencia en casos de fallos condenatorios y absolutorios y la indicación de que el procesado como único recurrente está constituido también por el Ministerio Público, cuando actúa con pretensiones de defensa. Sentencia Casación.- 92-04-09.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Vicente Cruz Cruz y Otro. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 032. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 599

NARCOTRAFICO - Calidad de la sustancia. La calidad de la sustancia no es ya factor determinante de la entidad de la pena imponible en un caso determinado. Sentencia Casación.- 92-01-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Manizales. Procesado(s): Omar de Jesús Duque Muriel. Delito: Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 007. Fuente Formal: Ley 30 de 1986..... 7

NOTIFICACION - En la sentencia no es procedente hacerla doblemente. Si la sentencia ha sido notificada personalmente a todos los sujetos procesales, no puede repetirse el procedimiento por Edicto. El Tribunal no adquiere competencia cuando esto ocurre en el Juzgado de instancia y, por consiguiente la Corte deberá declarar la utilidad de la actuación así cumplida. Sentencia Casación.- 92-05-13.- Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Pedro Julio Muñoz Rincón. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 106. Fuente Formal: Artículo 179 C. de P.P..... 808

NOTIFICACION - Por conducta concluyente. Los planteamientos relacionados con el saneamiento de la nulidad y con el cumplimiento de los efectos perseguidos, le ceden el paso a la notificación por conducta concluyente. Sentencia Casación. 92-03-18.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): John Jairo García Pinzón. Delito: Homicidio y Porte Ilegal de Armas. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 061. Fuente Formal: Artículo 181 C. de P.P..... 447

Pags.

NULIDAD. No basta limitarse a afirmar que no se investigó con igual celo lo favorable y lo desfavorable, pues además de demostrar que ese hecho es cierto, debe precisar cuál es su trascendencia. Sentencia Casación.- 92-02-10.- Casa.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): José Gerardo López. Delito: Homicidio y Lesiones Personales. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 021. Fuente Formal: Artículo 358 C. de P.P..... 147

NULIDAD - Debe declararla la Corte en sede de Casación. Si la sentencia ha sido notificada personalmente a todos los sujetos procesales, no puede repetirse el procedimiento por Edicto. El Tribunal no adquiere competencia cuando esto ocurre en el Juzgado de Instancia y, por consiguiente la Corte deberá declarar la nulidad de la actuación así cumplida. Sentencia Casación. 92-05-13.- Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Pedro Julio Muñoz Rincón. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto: No. 106. Fuente Formal: Artículo 179 C. de P.P..... 808

NULIDAD - La ruptura de la unidad procesal no siempre la causa. Sólo constituye nulidad el trámite separado de delitos conexos, cuando se desconoce el derecho de defensa. Podría operar la acumulación aún en procesos ordinarios y sumarios. Sentencia Casación.- 92-05-25.- No Casa.- Tribunal Superior de Orden Público. Procesado(s): José Ricardo Jiménez García. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 113. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P..... 869

NULIDAD - Omisión de prueba. La omisión en la práctica de algunas pruebas no es suficiente, por sí sola, para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o quebrantamiento del debido proceso. Sentencia Casación.- 92-04-02 - No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Abraham Toro Alvarez. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 073. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P..... 556

NULIDAD - Procede cuando se alega errónea adecuación. La atipicidad de la conducta exige su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial, conduciendo a fallo absolutorio, mientras que la errónea adecuación halla camino en la nulidad. Sentencia Casación - 92-04-23.- No Casa. Tribunal Superior de Ibague. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 091. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 697

Págs.

NULIDAD - Reconocimiento médico e inimputabilidad. La nulidad que se pueda derivar de la falta de reconocimiento médico, cuando se refleja la inimputa- bilidad, no puede quedar supeditada al criterio del acusado, en cuanto decida permanecer ausente o concurrir al proceso. Sentencia Casación.- 92-04-21.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Luis Eduardo Forero Romero y Otro. Delito: Homicidio y Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas. Extracto No. 085. Fuente Formal: Artículo 31 C.P..... 629

NULIDAD - Reconocimiento médico e inimputabilidad / (SALVAMENTO DE VOTO). La falta de reconocimiento médico, aún en el caso del procesado ausente, no es propiamente la ocurrencia de un vicio que cometido por las partes, pueda dejar de ser alegado en su favor. Sentencia Casación.- 92-04-21. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Salvamento de Voto: Dr. Edgar Saavedra. Extracto No. 086. Fuente Formal: Artículo 31 C.P..... 648

PARTE CIVIL. - Carece de personería cuando persigue absolución. Si no hay derecho punible, no puede existir titular de la acción civil o indemnizatoria. Auto Recurso de Hecho.- 92-04-27.- Declara bien denegado el recurso.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Manuel Alfredo Acosta Abello. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 096. Fuente Formal: Artículo 37 C. de P.P..... 734

PARTE CIVIL. - Reconocimiento. El recurso formulado antes del reconocimiento como Parte Civil, permite la posibilidad de impugnar la decisión. Auto Recurso de Hecho.- 92-05-27.- Concede el recurso de apelación.- Tribunal Superior de Cartagena. Procesado(s): Carmen Rengifo Sanguino. Delito: Prevaricato por acción. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 116. Fuente Formal: Artículo 196 C. de P.P..... 910

PATRIA POTESTAD - Suspensión. Para establecer su conducencia se debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena. Sentencia Casación.- 92-02-20.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Ramón Hernán Ibáñez Vergel. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 036. Fuente Formal: Artículo 44 C.N..... 251

PECULADO. En el delito de peculado es autor quien tenga la calidad legal, pero las personas que no están en esa condición pueden participar como cómplices. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedi-

Págs.

miento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelblondo y Otro - Magistrados Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 099. Fuente Formal. Artículo 25 C.P. 745

PECULADO - Restitución. En la restitución parcial debe establecerse la imposibilidad de retornar el volumen total, por causas no imputables al reo. Sentencia Casación.- 92-05-11.- No casa.- Tribunal Superior de Quibdó. Procesado(s): Yuber de Jesús Ledesma Lozano. Delito: Falsedad en documento público y Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 048. Fuente Formal: Artículo 139 C.P. 348

PENA. Para establecer su consecuencia se debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena. Sentencia Casación.- 92-02-20.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cúcuta. Procesado(s): Ramón Hernán Ibáñez Vergel. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 036. Fuente Formal: Artículo 44 C.N. 251

PENA. En la restitución parcial debe establecerse la imposibilidad de retornar el volumen total, por causas no imputables al reo. Sentencia Casación.- 92-03-11.- No casa.- Tribunal Superior de Quibdó. Procesado(s): Yubeer de Jesús Ledesma Lozano. Delito: Falsedad en documento público y Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 048. Fuente Formal: Artículo 139 C.P. 348

PENA. Para que la Confesión se considere como fundamento de la sentencia adversa, es necesario que el procesado no haya sido sorprendido en estado de flagrancia. Sentencia Casación.- 92-03-19. No casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): José Daniel Rodríguez. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 064. Fuente Formal: Artículo 301 C. de P.P. 475

PENA - Accesoria. Es el juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad. Sentencia Casación.- 92-03-30. No Casa.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Tulio Castro Fierro y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 045. Fuente Formal: Artículo 42 C.P. 316

PENA. Eximente. La eximente exige que se logre el esclarecimiento de los hechos y se determine la responsabilidad de los copartícipes. Sentencia Casación.- 92-06-05.- No Casa.- Tribunal Superior de Orden Público.

Págs.

Procesado(s): Eulogio reina Figueroa. Delito: Rebelión. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Duque Sánchez*. Extracto No. 119. Fuente Formal: Decreto 2490 de 1988..... 926

PERJUICIO - Es el hecho punible el que genera el perjuicio. Si no hay hecho punible, no puede existir titular de la acción civil o indemnizatoria. Auto Recurso de Hecho.- 92-01-27.- Declara bien denegado el recurso.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Manuel Alfredo Acosta Bello. Delito: Estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 096. Fuente Formal: Artículo 37 C. de P.P..... 734

POLICIA JUDICIAL - Etapas en que interviene. La Policía Judicial goza de cierta autonomía para adelantar, en la etapa preprocesal las diligencias necesarias ante situaciones que de manera objetiva reflejen la ocurrencia de un delito. Sentencia Casación.- 92-05-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Oliver Benítez Madroñero. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 111. Fuente Formal: Artículo 334 C. de P.P..... 851

PRESCRIPCION DE LA ACCION - Término adicional para empleado público. En el actual Código Penal se redujo el término de prescripción de la acción a la mitad, pero frente a la ejecutoria de la resolución acusatoria es imperioso el agregado del término adicional cuando el delito es cometido por empleado público. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedimiento.- Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro - Magistrado Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 100. Fuente Formal: Artículo 84. C.P..... 743

PREVARICATO. Para concluir que el funcionario ha cometido delito de Prevaricato, no basta que la decisión a la que llegó, luego de realizar algunas inferencias, haya resultado equivocada. Auto Segunda Instancia.- 92-02-19. Confirma providencia - Tribunal Superior de Medellín. Procesado(s): Luis Eduardo Uribe Porreta - Juez Quinto de Instrucción. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 033. Fuente Formal: Artículo 149 C. de P.P..... 229

PREVARICATO. Es desacertado afirmar que las situaciones impedientes no operan para esos Jueces ocasionales. No incurren en el delito de prevaricato cuando estiman que no los comprende causal alguna de impedimento o, cuando existiendo, no lo advierten oportunamente. Auto Unica Instancia.- 92-06-17.- No inicia investigación.- Corte Su-

Pags.

prema de Justicia. Procesado(s): Alvaro Efraín Casas Ortiz - Conjuez Tribunal Superior de Neiva. Magistrado Ponente: *Dra. Patricia Dugue Sánchez*. Extracto No. 123. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 969

PREVARICATO - Elementos subjetivo y objetivo. El elemento subjetivo o material del tipo de prevaricato por omisión es diferente al elemento subjetivo de la culpabilidad. El Juez debe dar prelación a las investigaciones cuando se encuentren personas capturadas o detenidas. Auto Segunda Instancia.- 92-04-28.- Confirma providencia.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Martha Lucía Rebolledo de Cíñoro - Juez 5o. de Inscriminal. Delito: Prevaricato por omisión. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 101. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 770

PREVARICATO - Materia Civil. Es complejo el punto jurídico, porque han surgido diversas opiniones sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que admite o rechaza la demanda civil. Auto Unica Instancia.- 92-04-22.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Ariel Salazar Ramírez - Magistrado Tribunal Superior de Bogotá. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 090. Fuente Formal: Artículo 149 C.P..... 692

PREVARICATO - No es en sí misma la orden de revocar una indagación preliminar. Revocar una orden de indagación preliminar en proceso disciplinario, no es acto arbitrario, ni contrario a la Ley. La jurisprudencia no es fuente de derecho en igualdad con la Ley. Auto Unica Instancia.- 92-04-03.- No inicia investigación.- Corte Suprema de Justicia. Procesado(s): Germán Navarro Peláu - Procurador Departamental del Cesar. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Dídimo Páez Velandia*. Extracto No. 071. Fuente Formal: Decreto-Ley 1888 de 1989..... 563

PREVARICATO - Por omisión. El Prevaricato por Omisión solamente admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que es necesario establecer el aspecto subjetivo. Sentencia Segunda Instancia.- 92-03-01. Confirma sentencia absolutoria.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): Hugo Rosanía Barros - Ex-Juez Once Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 049. Fuente Formal: Artículo 150 C.P..... 355

PREVARICATO - Su naturaleza. Para establecer si existió el delito de Prevaricato, no es necesario fijar si la determinación o el procedimiento están o no conforme a derecho. Auto Segunda Instancia.- 92-04-10.

Pags.

Confirma providencia.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Gladys Evelia Mendieta Moturoy. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 083. Fuente Formal: Artículo 149 C.P. 67

PRINCIPIO DE LIMITACION. La Corte debe respetar el pensamiento del actor, restando la posibilidad de complementar o corregir las fallas del libelo. Sentencia Casación.- 92-01-22.- No Casa.- Tribunal Superior de Manizales. Procesado(s): Omar de Jesús Duque Muriel. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 001. Fuente Formal: Artículo 224 C. de P.P. 7

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. Hay falta de coherencia y de lógica en la presentación de los cargos, si el censor plantea situaciones jurídicas excluyentes, como el planteamiento de una legítima defensa de la propia vida o de un tercero y, al mismo tiempo, la actuación en estado de ira. Sentencia Casación.- 92-01-30.- No Casa.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Marco Aurelio Moreno Angel. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 010. 46

PROCESADO - Consecuencia cuando es único recurrente en la sentencia. La Corte fija el alcance interpretativo de las expresiones "agravar la pena impuesta", por significar no sólo el incremento punitivo, sino también la condena de ejecución condicional, la procedencia en casos de fallos condenatorios y absolutorios y la indicación de que el procesado como único recurrente está constituido también por el Ministerio Público, cuando actúa con pretensiones de defensa. Sentencia Casación.- 92-04-09.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Vicente Cruz Cruz y Otro. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 082. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 599

PRUEBA - Apreciación. Aspectos sustanciales sobre la naturaleza y consideración de la prueba. Sentencia Casación.- 92-06-17.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Mariano de Jesús Moreno Vega. Delito: Delitos contra el patrimonio económico. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 124. Fuente Formal: Artículo 252 C. de P.P. 975

PRUEBA - Omisión en su práctica. La omisión en la práctica de algunas pruebas no es suficiente, por sí sola, para configurar un motivo de nulidad por violación del derecho de defensa o quebrantamiento del debido proceso. Sentencia Casación.- 92-04-02.- No casa.- Tribunal Supe-

Pags.

rior de Ibagué. Procesado(s). José Abraham Toro Alvarez. Delito: Homicidio y Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 073. Fuente Formal: Artículo 305 C. de P.P..... 556

RECURSO DE HECHO - Sustentación. Por "sustentar" el recurso de hecho debe entenderse el planteamiento de las objeciones o reparos que el impugnante tenga en relación con la providencia que le negó el recurso. Auto Recurso de Hecho.- 92-03-18.- Desecha recurso de hecho.- Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado(s): María Emilce Henao Jiménez - Juez Promiscuo Municipal de Palmar de Varela. Delito: Abuso de Autoridad. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 062. Fuente Formal: Artículo 213 C. de P.P..... 460

RECURSO EXTRAORDINARIO. La variación de naturaleza de hecho punible a hecho contravencional refleja consecuencias de favorabilidad que sobrepasan el ámbito de los recursos extraordinarios. Auto Revisión.- 92-02-20.- Se abstiene de desatar el recurso.- Juzgado 20 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): Gustavo Adolfo Prada Ortega. Delito: Fraude mediante cheque. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 035. Fuente Formal: Ley 23 de 1991..... 245

RECURSO - Oportunidad. El recurso formulado antes del reconocimiento como Parte Civil, permite la posibilidad de impugnar la decisión. Auto Recurso de Hecho.- 92-05-27.- Concede el recurso de apelación. Tribunal Superior de Cartagena. Procesado(s): Carmen Rengifo Sanguino. Delito: Prevaricato por acción. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 116. Fuente Formal: Artículo 196 C. de P.P..... 910

REFORMATIO IN PEJUS. Al conocer en Casación de una sentencia, como la situación jurídica del procesado no se ha consolidado, es imperioso aplicar el artículo 31 de la Constitución Nacional, en relación con la condena de ejecución condicional. Sentencia Casación.- 92-01-23.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Fernando Pinzón Avila. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento Parcial de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 008. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 36

REFORMATIO IN PEJUS. Para los fines del precepto constitucional, basta que la instancia superior desmejore, empeore o haga más severa la situación punitiva del condenado cuando es apelante único. Sentencia Casación.- 92-02-06.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá.

Pags.

Procesado(s): Adolfo Durán Santos. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 017. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 121

REFORMATIO IN PEJUS. Cuando se desconozca el principio de la reformatio in pejus, se alacará en casación como violación directa de la ley sustancial. Sentencia Casación.- 92-04-01.- Casa Parcialmente.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Alberto Morera Lizcano y Otros. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Cómez Velásquez*. Extracto No. 072. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 550

REFORMATIO IN PEJUS / (SALVAMENTO DE VOTO). El recurso de casación se rige por el principio de imitación y, en consecuencia los efectos que derivan del tránsito de normas a favor del procesado, le están asignados al Juez que profirió la sentencia de primera instancia. Sentencia Casación.- 92-02-06. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Salvamento de voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 018. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 133

REFORMATIO IN PEJUS / (SALVAMENTO DE VOTO). Los efectos que se derivan del tránsito de normas para favor del procesado y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia al juez que profirió la sentencia de primer grado. Sentencia Casación. 92-02-10. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 022. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 155

REFORMATIO IN PEJUS / (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO). En el tránsito de la Casación, la nueva tasación de la pena en ejercicio de la Reformatio in pejus, no tiene otro alcance que el propio de lo provisional o corregible, pero no es posible sobrepasar de allí la competencia. Sentencia Casación.- 92-01-23. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Salvamento Porcial de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruíz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 009. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 12

REFORMATIO IN PEJUS - Alcance. La Corte fija el alcance interpretativo de las expresiones "agravar la pena impuesta", para significar no solo el incremento punitivo, sino también la condena de ejecución condicional, la procedencia en casos de fallos condenatorios y absolutorios y

Pags.

la indicación de que el procesado como único recurrente está constituido también por el Ministerio Público, cuando actúe con pretensiones de defensa. Sentencia Casación.- 92-01-09.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): José Vicente Cruz Cruz y Otro. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Extracto No. 082. Fuente Formal: Artículo 31 C.N. 399

REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación imperiosa. El juicio que realiza el fallador para establecer la procedencia del sustituto, depende de la serie de exigencias que integran el factor subjetivo, pero en vigencia de la nueva Constitución Nacional, revocar el beneficio implica hacer más gravosa la situación del procesado. Sentencia Casación.- 92-05-19.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Cundinamarca. Procesado(s): Gustavo Cárdenas Rodríguez. Delito: Acceso carnal violento. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia*. Aclaración de Voto: Dr. Jorge Enrique Valencia M. Extracto No. 108. Fuente Formal: Artículos 68 C.P. y 31 C.N. 830

REVISION. El Recurso de Casación califica si la decisión judicial se profirió en armonía con la normatividad; el de Revisión se convierte en un remedio postrero que desquicia la cosa juzgada. Auto Revisión. 92-02-11.- Declara desierto el recurso.- Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá. Procesado(s): Camilo Arturo Castaño Quique. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 023. Fuente Formal: Artículos 226 y 233 C. de P.P. 158

REVISION. La Corte conoce la acción de Revisión en sentencias ejecutoriadas por Delitos, no por Contravenciones. Los delitos contra la propiedad y, concretamente el Hurto Simple son infracciones en las que si la cuantía no excede de diez salarios mínimos, constituyen contravención. Auto Revisión - 92-02-26.- Rechaza demanda de revisión.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Gerardo Ospina Tovar. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Extracto No. 039. Fuente Formal: Ley 23 de 1991 272

REVISION. La labor incompatible con la naturaleza y la razón del recurso extraordinario, el deseo de revivir la valoración y apreciación de aspectos que ya fueron materia de examen durante el juicio. Auto Revisión. 92-03-05.- Rechaza Demanda.- Juzgado 9o. Superior de Bogotá. Procesado(s): Gregorio Rosas Rojas. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 043. Fuente Formal: Dr. Jorge Carreño Luengas. Extracto No. 042. Fuente Formal: Artículo 233 C. de P.P. 301

Págs.

REVISION - No procede en contravenciones. La vía extraordinaria de Revisión ha sido establecida para las sentencias que se profieren por la comisión de delitos, que son los hechos punibles que conocen los Jueces. No es pertinente en Contravenciones. Auto Revisión.- 92-04-21.- Rechaza demanda de revisión.- Juzgado 13 Penal Municipal de Bogotá. Procesado(s): José Libardo Quiroga E. Delito: Delito contra el Patrimonio Económico. Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Saavedra Rojas.* Extracto No. 087. Fuente Formal: Artículo 233 C. de P.P. 660

REVISION - Requisitos. La sentencia goza de la presunción de acierto y de legalidad, lo que sólo se aniquila con sujeción estricta a las vía que para tal efecto indica la ley. Auto Revisión.- 92-02-18.- Rechaza demanda.- Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio. Procesado(s): Alvaro Ramírez Castaño. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez.* Extracto No. 028. Fuente Formal: Artículo 231 C. de P.P. 206

SENTENCIA. Una cosa es que a una sentencia consultante no se le dé ese trámite, y otra muy diferente que remitido el proceso a la autoridad competente, ésta defina mediante providencia motivada que en ese evento no hay lugar a grado jurisdiccional. Sentencia Casación.- 92-03-31.- Casa y decreta nulidad.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Eduardo Arenas Correa. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Gilbert Rangel.* Extracto No. 014. Fuente Formal: Artículo 247 C. de P.P. 53

SENTENCIA. En los menesteres de la Casación, cuando el fallo de segundo grado no repudia de manera abierta la argumentación del primero, es dable, por su unidad, considerar insertos en esa ulterior sentencia todo ese volumen conceptual. Sentencia Casación.- 92-02-12.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Alfredo Lozano Osorio. Delito: Privación ilegal de la libertad. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez.* Extracto No. 025. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P. 169

SUJETOS PROCESALES - Su intervención. La persona en cuyo favor se dictó el auto inhibitorio y el denunciante o querellante pueden designar apoderado que los represente. Auto Segunda Instancia.- 92-02-10.- Confirma la providencia.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Jorge Otoniel Bermeo Manrique.- Juez 27 de Instrucción Criminal. Delito: Prevaricato. Magistrado Ponente: *Dr. Didimo Páez Velandia.* Extracto: No. 019. Fuente Formal: Artículo 352 C. de P.P. 136

Pags.

SUMARIO - Calificación. El problema del tránsito de legislación se bifurcó en presencia del cierre de investigación con posterioridad al segundo sobreimiento temporal. Sentencia Casación.- 92-02-14.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Uwe Jans Rancke. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 027. Fuente Formal: Artículo 677 C. de P.P..... 179

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. Es al juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad. Sentencia Casación.- 92-03-10.- No Casa.- Tribunal Superior de Florencia. Procesado(s): Julio Castro Fierro y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: *Dr. Guillermo Duque Ruiz*. Extracto No. 045. Fuente Formal: Artículo 42 C.P..... 316

TENTATIVA - Actos de ejecución. Sólo cuando el intento criminoso se convierte en actividad inequívoca dirigida al bien propuesto, puede hablarse de tentativa penalmente reprochable. Sentencia Casación.- 92-06-26. No Casa.- Tribunal Superior de Ibague. Procesado(s): Luis Carlos Murillo y Otros. Delito: Estafa. Magistrado Ponente. *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 127. Fuente Formal: Artículo 22 C.P..... 1.012

TERMINO - Ampliación. El suceso que afecta el libre discurrir de la parte afectada, ha de tener importancia y gravedad, de tal manera que, de no haber existido, la perturbación no se hubiera producido. Auto Casación.- 92-02-19.- Deniega ampliación de término. Procesado(s): Ricardo Talero Cruz. Delito: Hurto. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 031. Fuente Formal: Artículo 169 C. de P.P..... 241

TESTIMONIO. Si se arguye el error de hecho corresponde al demandante probar que el testimonio se tergiversó de tal modo que se encara un quiebre ostensible de la lógica que debe presidir la sana crítica. Sentencia Casación.- 92-03-04.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Valledupar. Procesado(s): Victor Julio Cortés Vega y Otro. Delito: Homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz. Salvamento de Voto: Dres. Dídimo Páez Velandia y Jorge Enrique Valencia Martínez. Extracto No. 042. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 284

TRANSITO DE LEGISLACION. El problema de tránsito de legislación se bifurcó en presencia del cierre de investigación con posterioridad al segundo sobreimiento temporal. Sentencia Casación.- 92-02-14.- No Casa.- Tribunal Superior de Bogotá. Procesado(s): Uwe Jans Rancke. Delito: Abuso de Confianza. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez*. Extracto No. 027. Fuente Formal: Artículo 677 C. de P.P..... 179

Pags.

TRANSITO DE LEGISLACION. En el actual Código Penal el término de prescripción de la acción a la mitad, pero frente a la ejecutoria de la resolución acusatoria es imperioso el agregado del término adicional cuando el delito es cometido por empresario público. Sentencia Casación.- 92-04-28.- Niega cesación de procedimiento. Tribunal Superior de Pasto. Procesado(s): Yesid Castelbondo y Otro - Magistrado Sala Penal. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 100. Fuente Formal: Artículo 84 C.P..... 745

TRANSITO DE LEGISLACION / (SALVAMENTO DE VOTO). Los efectos que se derivan del tránsito de normas para favor del procesado y tienen repercusión en el fallo definitivo, le están asignados dentro del principio de la doble instancia al juez que profirió la sentencia de primer grado. Sentencia Casación.- 92-02-10. Magistrado Ponente: *Dr. Ricardo Calvete Rangel*. Salvamento de Voto: Dres. Guillermo Duque Ruiz, Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda. Extracto No. 022. Fuente Formal: Artículo 31 C.N..... 155

VIOLACION DIRECTA. Cuando el recurrente pretende el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional acudiendo a la violación indirecta de la ley, equivoca la vía de la impugnación. Sentencia Casación.- 92-03-12.- Tribunal Superior de Antioquia. Procesado(s): Jorge Iván Valencia Ruiz. Delito: Incendio. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Carreño Luengas*. Extracto No. 054. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 405

VIOLACION DIRECTA - Cuando no se aplica el principio de Reformatio in Pejus. Cuando se desconozca el principio de la reformatio in pejus, se atacará en casación como violación directa de la ley sustancial. Sentencia Casación.- 92-04-01.- Casa parcialmente.- Tribunal Superior de Neiva. Procesado(s): Alberto Morera Lizcano y Otros. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Gustavo Gómez Velásquez*. Extracto No. 072. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 550

VIOLACION DIRECTA - Debe preponerse por conducta atípica. La atipicidad de la conducta exige su proposición dentro de la violación directa de la ley sustancial, conduciendo a fallo absolutorio, mientras que la errónea adecuación halla camino en la nulidad. Sentencia Casación.- 92-04-23.- No Casa.- Tribunal Superior de Ibagué. Procesado(s): Bertilda Estrada Benavides. Delito: Peculado. Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*. Extracto No. 091. Fuente Formal: Artículo 226 C. de P.P..... 697