REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXXIII SEGUNDO SEMESTRE NUMERO 2472

VOLUMEN I

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 1994

IMPRESO EN COLOMBIA - PRINTED IN COLOMBIA
PENICENTRAL DE COLOMBIA - TALLER DE ARTES GRAFICAS

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

SALA PLENA

Doctor Ricardo Calvete Rangel, Presidente
Doctor Carlos Estéban Jaramillo Scholss, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuan, Secretaria General

SALA LABORAL

Doctor Ernesto Jiménez Díaz
Doctor Ramón Zúñiga Valverde, Presidente
Doctora Luz Emilia Jiménez de Molina, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Méndez Arango
Manuel Enrique Daza Alvarez
Francisco Escobar Henríquez
Ernesto Jiménez Díaz
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA CIVIL

Doctor Pedro Lafont Pianeta, Presidente
Doctor Luis Antonio Montañez Soto, Secretario
Doctor Héctor Moreno Aldana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Francisco Javier Tamayo Jaramillo
Carlos Estéban Jaramillo Scholss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra

SALA PENAL

Doctor Edgar Saavedra Rojas, Presidente
Doctor Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Nilson Pinilla Pinilla
Guillermo Duque Ruiz
Gustavo Gómez Velásquez
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Dídimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Juan Manuel Torres Fresneda
Jorge Enrique Valencia Martínez

RELATORES:

SALA LABORAL

Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz

SALA CIVIL

Doctora Liliana Polanía Alvarez

SALA PENAL

Doctora Ayda Lucy López de Giraldo

TUTELAS

Doctora Piedad Arcila Espinosa
Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CIVIL: *Doctora Liliana Polanía Alvarez*
SALA LABORAL: *Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz*
SALA PENAL: *Doctora Ayda Lucy López de Giraldo*
TUTELAS: *Doctora Pedad Arcila Espinosa*
Doctora Beatriz Eugenia Cortés Becerra

Tomo CCXXXIII - Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia - Año 1994 - Número 2472

SALA DE CASACION PENAL

PECULADO POR EXTENSION

La Sala tiene sentado que lo importante frente a la posible configuración del delito, en la modalidad de apropiación, es la utilización que en últimas se les dé a los auxilios oficiales por parte de sus destinatarios, y no el trámite administrativo surtido para la aprobación y otorgamiento de los mismos, cuestión ésta última más propia de una investigación disciplinaria que penal.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 68.

Vistos:

Decide la Sala sobre la pertinencia de abrir investigación o inhibirse de hacerlo, en las presentes diligencias.

Antecedentes procesales:

Los ciudadanos Víctor Velásquez Reyes e Israel Morales Portela, el 4 de marzo de 1993, presentaron ante la Fiscalía General de la Nación denuncia penal contra todos los miembros del Concejo de Bogotá, principales y suplentes, desde el año de 1976 y hasta el año de 1990, imputándoles la comisión de los delitos de prevaricato y peculado por haber otorgado auxilios oficiales durante sus respectivos períodos.

Esta denuncia fue asignada a la Fiscalía 250 de la Unidad de Investigaciones Especiales con sede en Santafé de Bogotá, la que mediante Resolución fechada 7 de abril de 1993, dispuso la práctica de diligencias preliminares.

El 19 de mayo del mismo año se decretó la práctica de otras diligencias previas, decisión que se repitió el 17 de junio siguiente.

Posteriormente, el mismo despacho fiscal, con base en las facultades consagradas en el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, ordenó la práctica de nuevas pruebas.

Finalmente, por auto del 18 de enero del año que transcurre, el Fiscal que venía adelantando la indagación preliminar dispuso remitir a esta Corte copias de la actuación, a fin de que adelantase la investigación respecto de los actuales Congresistas que a continuación se mencionan, quienes se desempeñaron como Concejales de Bogotá durante la época señalada en la denuncia, en virtud de la atribución conferida por el artículo 235-3 de la Nueva Constitución Nacional. Ellos son: los Representantes a la Cámara JAIME ARIAS RAMIREZ, ROBERTO CAMACHO WEVERBERG, MELQUIADES CARRIZOSA AMAYA, MARCO TULIO GUTIERREZ MORAD, RAMIRO LUCIO ESCOBAR, MARIA CRISTINA OCAMPO DE HERRAN Y TELESFORO PEDRAZA ORTEGA, y los Senadores REGINA BETANCOURT DE LISKA, ARMANDO ECHEVERRY JIMENEZ, RICAURTE LOSADA VALDERRAMA, ALVARO PAVA CAMELO, GUSTAVO RODRIGUEZ VARGAS, ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO, LUIS GUILLERMO SORZANO OSPINA y JULIO CESAR TURBAY QUINTERO.

Recibidas las diligencias en la Secretaría de la Sala, fueron repartidas a este Despacho y mediante auto del 9 de marzo del año que transcurre se dispuso acreditar en debida forma la calidad de Congresista de los imputados y llamar a los denunciantes para que bajo juramento concretaran los cargos formulados en su denuncia.

Cumplido lo anterior han vuelto las diligencias al Despacho para tomar la presente decisión.

Consideraciones de la Sala:

El cuestionamiento que de manera abstracta y general se le hace a todas las personas que ejercieron el cargo de Concejal del cabildo capitalino desde 1976 y hasta 1990, consiste exclusivamente en haber otorgado auxilios que anualmente se incluían dentro del presupuesto distrital sin que hubieran sido autorizados legalmente, motivo por el cual, en opinión de los denunciantes, incurrieron en los delitos de prevaricato y peculado.

Inicialmente es necesario precisar que los hechos denunciados tuvieron ocurrencia en vigencia de la Constitución anterior, bajo la cual era legalmente posible otorgar auxilios oficiales a entidades sin ánimo de lucro y para fines de interés social.

Además, debe recordarse que mediante Sentencia de noviembre 19 de 1969, esta Corporación declaró inexequible el ordinal 2o. del artículo 14 del Decreto Extraordinario 3133 de diciembre 26 de 1968, en cuanto prohibía al Concejo Distrital de Bogotá "votar auxilios de cualquier clase" y dado que sus efectos son *erga omnes*, dicha jurisprudencia tiene carácter obligatorio.

En su parte pertinente la citada sentencia es del siguiente tenor:

"Resulta claro así que no existe prohibición constitucional a los concejos, como administradores del Municipio, entidades encargadas de votar los gastos locales, y por ende de aprobar los planes y programas de desarrollo económico y social, para votar auxilios o ayudas para actividades dignas de los mismos, todo según la normación superior de

la ley. Esta, pues, no puede prohibirlos en forma absoluta; lo que puede es, se repite limitarlos, por ejemplo por su cuantía o naturaleza, por sus finalidades, por la calidad de las entidades o personas que hayan de recibirlos, por la exigencia del Control Fiscal en sus inversiones y de garantías adecuadas, en fin por la determinación de que no se otorguen sino para ciertas finalidades y enmarcados generales de desarrollo, elaborados y adoptados también según las prescripciones de ley".

A esto se agrega que el artículo 2o. del mismo Decreto 3133 de 1968, dispuso que "Las atribuciones administrativas que confiere la Constitución y las leyes a las Asambleas y a las Gobernaciones se entienden conferidas al Concejo y al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo pertinente".

Pues bien, según la certificación suscrita por el Jefe de la División de Ejecución y Control de la Secretaría de Hacienda de Bogotá (folio 96 del cuaderno de anexos), los auxilios otorgados por los Concejales de Bogotá durante los períodos comprendidos entre los años 1976 y 1985, fueron incorporados en listados que hacían parte del Acuerdo Distrital respectivo mediante el cual se aprobaba el presupuesto de la ciudad para el año fiscal correspondiente, motivo por el cual no se expedían Decretos autorizando cada una de las partidas; en tanto que los auxilios otorgados entre 1986 y 1990, si debieron ser autorizados mediante Decretos expedidos por el Alcalde Mayor de la Capital.

Por consiguiente, no es cierta la afirmación según la cual los auxilios cuestionados fueron otorgados sin autorización legal previa, pues como se vió, la inclusión de los mismos en el presupuesto respectivo sólo se producía después de que habían sido autorizados por la autoridad administrativa competente, de donde resulta sin fundamento la imputación por el delito de prevaricato.

De otro lado, la imputación de peculado tampoco tiene asidero real y serio, si se tiene en cuenta que los propios denunciantes expresaron bajo juramento ante esta Corte no tener reparos en torno a la utilización final dada a esos auxilios, precisando que su cuestionamiento iba dirigido exclusivamente contra la aprobación y otorgamiento de los mismos, sin importarles quiénes fueron sus beneficiarios y cómo se invirtieron o gastaron.

Sobre este tema la Sala tiene sentado que lo importante frente a la posible configuración del delito de peculado por extensión, en la modalidad de apropiación, es la utilización que en últimas se les dé a los auxilios oficiales por parte de sus destinatarios, y no el trámite administrativo surtido para la aprobación y otorgamiento de los mismos, cuestión esta última más propia de una investigación disciplinaria que penal.

Y como quiera que, de un lado, los denunciantes nada han concretado sobre posibles malos manejos de los auxilios cuya aprobación cuestionan, y de otro lado, la Corte no tiene información ni elemento de prueba alguno indicativo de que a los mismos se les hubiere dado una utilización indebida, resulta imperativo concluir que en la actualidad no existe mérito para abrir sumario contra los Congresistas involucrados, debido a que la conducta que se les atribuye es atípica. Y, por tanto, se proferirá auto inhibitorio en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Abstenerse de iniciar instrucción contra los miembros del Congreso de la República involucrados en las presentes diligencias.

En firme esta decisión archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, *Secretario.*

ESTAFA / COLISION DE COMPETENCIA

Establecer la competencia, en esta clase de procesos (estafa por razón de rifas), no ha dejado de ofrecer problemas ya porque las modalidades de la conducta suelen ser variadas y complejas, ya porque los aspectos de cuantía y territorialidad no dejan de propiciar criterios diferentes y encontrados, todo lo cual, repercute en la parálisis de las averiguaciones, o en dificultades procesales de las mismas, o en desprotección de víctima o víctimas y, en fin en aliento de quienes han escogido esta fácil forma de hacer abundante dinero, los mismos que a la postre, resultan indemnes o muy tardía o benévolamente sancionados. /Lo adverso de esta situación se muestra más de bulto cuando se advierte el desconocimiento e inaplicación de criterios jurisprudenciales, que debieran ser más conocidos y respetados, expuestos y repetidos para tratar de ofrecer soluciones a estas inquietudes y evitar las consecuencias nocivas señaladas. /Cuando la rifa, lotería, sorteo, etc. se ha llevado a efecto señalando a uno o varios ganadores, este reducido grupo de personas y no todos los que adquirieron su comprobante, boleta, billete, talón, papeles, cédula, etc., para participar en las mismas, debe ser considerado como sujeto pasivo de esa acción delictiva. Por tanto, la cuantía será la del valor ofrecido como premio o premios y que ya tienen dueños o beneficiarios específicos, y nunca el valor recaudado de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego. Aquí ya todos han tenido su retribución conforme a lo que fue motivo de su asentimiento y todos tuvieron ocasión de figurar como favorecidos. No hay propiamente, desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento, o sea, el haber concurrido a un sorteo, el mismo que se ha efectuado y ha concluido en señalar uno o varios ganadores. Aquellos, a los cuales el azar no les amparó, tuvieron respuesta adecuada a su aporte y es etapa ya cerrada sobre la cual para nada cuentan las vicisitudes posteriores del pago de los premios o recompensas anunciados, las anteriores irregularidades legales advertibles en el proceso

de formalización del juego, etc., todo lo cual lo que está indicado es la consumación de la estafa en perjuicio de los favorecidos. Si todos pudieran reclamar, esto es, los que resultaron ganadores y todos los demás que adquirieron boletas, se estaría indicando que no hubo un ganador y que no se efectuó un sorteo que finalizó con la escogencia de ese grupo de favorecidos. Estos, en concreto, son los que han recibido el daño de la actividad ilícita desplegada y la cuantía que debe ser tenida en cuenta, en esta infracción patrimonial, la constituye el monto económico de las cosas, bienes, dinero reclamados. /Si la cuantía de la estafa se está señalando en relación con el valor del premio, es porque el lugar de adquisición de la boleta no tiene la significación que, en este punto, quiere atribuírsele. ¿Por qué no pensar, a este respecto, en la adquisición de un boleto en paraje por el cual, ocasionalmente, se pasó, que no representa posibilidad de nueva frecuentación, pretendiéndose con la combatida tesis que el ofendido vuelva allí, únicamente para formular su denuncia? A la víctima no se le puede dificultar su acción ni causarle este nuevo agravio ni cargarle adicionales erogaciones. De ahí entonces, que deba operar un criterio preventivo, tanto más pausible cuando se advierte que esta clase de conducta cubre un vasto y disímil espacio, en donde constantemente se está cumpliendo una actividad estafadora, que puede afectar a uno o varios, que atrae como propios numerosos lugares en los cuales se disemina los elementos de comprobación, etc., debiéndose entonces decir que el lugar de comisión se muestra incierto, por lo menos, art. 80 del C. de P.P., y posibilita su concreción mediante la respectiva denuncia, la cual establece, quien debe conocer del respectivo proceso. Hay que admitir esta capacidad para escoger el lugar donde se quiere excitar la intervención del organismo penal y esto lejos de ofender o menoscabar a nadie, representa un criterio de amplia y respetable conveniencia. /Distinto, totalmente diferente, es el caso de programar una rifa en la cual nunca se tendrá un sorteo y por lo tanto no se definirá uno o varios ganadores. En este evento, la estafa múltiple se refiere a todos aquellos adquirientes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de estos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 68.

De plano, procede la Corte a resolver la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Penal del Circuito de Sahagún (Departamento de Córdoba) y el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo (Departamento de Sucre), en este proceso que por el delito de estafa se adelanta contra DAIRO ALONSO CONTRERAS RIVERO y MARIELA DEL CARMEN VILLADIEGO.

Antecedentes:

1. La Fiscalía Cuarta Especializada Patrimonio Económico de Sincelejo mediante providencia calendada el 12 de octubre de 1993, formuló acusación contra Dairo Alonso Contreras y Mariela del Carmen Villadiego, por el delito de estafa cometido en contra del patrimonio económico de Miguel Alfonso Hoyos Zapata, y dispuso que ejecutoriada dicha determinación el proceso fuera enviado "por razón de competencia al señor Juez Penal del Circuito de Turno de esta ciudad" (fls. 340 a 355).

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, al que le correspondió por reparto el proceso, teniendo en cuenta "que los hechos originales tuvieron ocurrencia en el municipio de Pueblo Nuevo Córdoba" (*sic*), ordenó que se remitiera "el expediente al Juzgado Promiscuo del Circuito de Turno de Planeta Rica, Córdoba (*sic*) para lo de su competencia" (fl. 365), el cual lo devolvió porque el municipio de Pueblo Nuevo no pertenece a dicho Circuito sino al de Sahagún (fl. 366).

2. El Juzgado Penal de este último Circuito consideró que el delito de estafa se consumó el día en que se realizó la rifa cuyo premio mayor le fue negado a Hoyos Zapata (comprador de la boleta gananciosa), lo cual ocurrió en el municipio de Sincelejo, *"donde evidentemente se*

materializó y concretizó la acción delictiva que originó este proceso". Consecuente con este planteamiento lo devolvió a la oficina de origen, "proponiéndole desde ahora colisión de competencia (*sic*) negativa".

3. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo considerando que el delito de estafa "existe cuando el culpable se vale de medios engañosos o de artificios, suficientes para reducir la voluntad, producir error y vencer la posible resistencia del ánimo. Adquiere vida jurídica, nace para el derecho penal en el momento de ejecutarse los supuestos necesarios que lo tipifican, se ejecuta gradualmente hasta llegar a culminar con la obtención del provecho, en el cual radica la consumación", llegó a la conclusión de que "el lugar de su realización no puede ser sino aquel donde se puso en movimiento la mentira". Como este lugar, en su sentir, fue el Municipio de Pueblo Nuevo, aceptó la colisión propuesta y envió el proceso a esta Corporación (fls. 370 y ss.).

Consideraciones de la Corte:

Establecer la competencia, en esta clase de procesos, no ha dejado de ofrecer problemas ya porque las modalidades de la conducta suelen ser variadas y complejas, ya porque los aspectos de cuantía y territorialidad no dejan de propiciar criterios diferentes y encontrados, todo lo cual, repercute en la párálisis de las averiguaciones, o en dificultades procesales de las mismas, o en desprotección de la víctima o víctimas y, en fin, en aliento de quienes han escogido esta fácil forma de hacer abundante dinero, los mismos que, a la postre, resultan indemnes o muy tardía y benévolamente sancionados.

Lo adverso de esta situación se muestra más de bulto cuando se advierte el desconocimiento e inaplicación de criterios jurisprudenciales, que debieran ser más conocidos y respetados, expuestos y repetidos para tratar de ofrecer soluciones a estas inquietudes y evitar las consecuencias nocivas señaladas.

La Sala volverá, entonces, a reiterar el criterio que sobre los dos importantes temas, incidentes en la cuestión, ha destacado desde antaño:

a) La cuantía.

Con ponencia del M. Luis Enrique Romero Soto, se dijo en sentencia del 16 de septiembre de 1976: "...En cuanto a la censura que dentro de esta misma causal se expresa con base en la cuantía que el demandante atribuje al perjuicio, al decir que sólo monta al valor de la boleta, o sea cincuenta pesos, tampoco resulta aceptable porque al ganar la denunciante el premio lo que en un principio era una mera expectativa, se convirtió en un derecho concreto cuyo valor venía a ser el mismo del dicho premio, o sea, en el caso de autos, de ciento cuarenta y cinco mil ($145.000.oo) pesos.

"Esta cantidad fue, en consecuencia, el valor que dejó de percibir la ofendida y no obsta a la existencia del delito que el bien no hubiera estado antes en el patrimonio de la víctima sino que se haya impedido su entrega al mismo como ocurrió en el caso de autos, pues el perjuicio económico característico de la estafa no consiste sólo en un desplazamiento patrimonial en el sentido de que se pierda, como consecuencia del fraude, algo que se ha tenido sino que también pudo darse cuanto deja de entrar al patrimonio algo que debería ingresar a él, no por cumplimiento de una simple pretensión jurídica proveniente de un contrato o de cualquier otra causa reconocida por la ley, como ocurre en el presente caso.

"En otras palabras el daño que se considera propio del delito de estafa consiste en toda lesión patrimonial ya sea porque se produzca una disminución del patrimonio o bien porque se deja de percibir un acrecimiento o aumento del mismo que de no presentarse el engaño, hubiera tenido lugar.

"Más aún: el daño puede consistir en la agravación de una situación patrimonial con tal que el perjuicio sea efectivo y no una mera posibilidad ya que la estafa es un delito de daño y no de peligro.

"De todo lo anterior se concluye que en el caso de autos hubo daño y que la cuantía del mismo no se redujo al precio de la boleta de la rifa sino que su monto es el mismo del bien que la denunciante se ganó o sea la cabaña y que no le fue entregada...".

Y, en fallo de 24 de febrero de 1994, con ponencia del M. Dídimo Páez Velandia, la Corte en un caso en el cual por la mente del gestor de la rifa, no pasó la idea de pagar los premios publicitados, distinguió la situación de quienes compraron una o varias boletas y la de la persona o personas favorecidas, para entender que en el primero de los eventos la cuantía la determinaba el valor de aquello que permitía entrar en el juego, deduciendo tantas estafas como número de adquirentes, y, en el segundo, por el monto del premio o premios ofrecidos y que, por el sorteo, ya se señalaba un cierto número de jugadores triunfantes. Sobre este segundo aspecto, la Sala ahora, rescata como valoración válida la siguiente: "...Contrariamente, no acaeció lo mismo respecto de la boleta 'ganadora'. En este caso las maniobras engañosas alcanzaron a los adquirentes para menguar su patrimonio en la cuantía del premio ganado conforme lo ofrecido pero que no les entregó el 'empresario' de la rifa, aquí procesado.

"Recuérdese que él nunca compró los bienes a rifar, que carecía de posibilidades económicas para hacerlo, que no vendió sino un ínfimo número de boletas en comparación a las que anunciaba en el plan –luego no podía con el producto de la venta de las boletas comprar los premios para pagarlos–; y, que viéndose afectado en su salud –aceptando esa parte de sus explicaciones de la injurada– durante tan extenso lapso de tiempo –cinco meses– no aplazó oportunamente la rifa en forma que demostrara buena fe. El aplazamiento apenas lo anunció un día antes y el día del Sorteo Extraordinario de Navidad de 1989 con un aviso incrustado en la página de los clasificados de dos diarios de circulación nacional (fls. 47, 54 y 55), de todo lo cual lo único lógico a inferirse, es que su intención era no pagar el premio prometido en su clandestina rifa en el evento de que cayese en poder de alguno de los compradores, lo que se confirma, al recibir de éstos, el mismo día de la rifa momentos antes de verificarse ésta, el valor restante de la boleta que le adeudaban, sin enterarlos obviamente del aplazamiento.

"Los dos engañados compradores consocios de la boleta ganadora, inducidos en error accedieron a participar en la rifa con un interés patrimonial concreto: el álea de ser ganadores en un jugoso premio, y éste ingresó a su peculio formalmente desde el momento en que el número de su boleta coincidió con el del sorteo de la lotería oficialmente autorizada como era el Extraordinario de Navidad de 1989. El vendedor les prometió

una ganancia si accedían a comprarle la boleta, y ellos la compraron sólo pensando en esa ganancia y plenamente convencidos que todo era legítimo, y no que existía un cúmulo de irrealidades impreso en la propaganda y la boleta. Su intención no era celebrar un contrato con todas las formalidades legales con el vendedor de la boleta sino hacerse a un premio que fácil de ganar se les hizo ver, y al resultar ganadores, lo natural era que exigieran el pago. Aceptar, como lo hace la Procuraduría, que el valor del objeto rifado sólo debe tenerse en cuenta cuando siendo legal la rifa se impaga el premio, es aceptar como delito el simple incumplimiento de una obligación de hacer. Cuando en una rifa fraudulenta una boleta resulta ganadora, la cuantía es la del objeto ofrecido como premio por ser la boleta premiada título negociable por quienes desconocen el fraude.

"Pero el vendedor no tenía intención de pagar pues su insolvencia desde cuando propuso el plan era absoluta y no podía adquirir los premios que prometía; tampoco con el producto de las boletas podía comprarlos porque sólo vendió 45; pero, ello no desnaturaliza el hecho pues su riesgo de jugador –como que para idear y ejecutar proyectos de la índole de que es materia de la investigación descubre una personalidad proclive a esa actividad– lo llevó a confiar que el premio no quedara entre los compradores de sus boletas y a no pagar con el ardid del aviso clasificado en caso de que su cálculo fallara, y así sucedió; vale decir, el dolo antecedió al incumplimiento del pago.

"Así pues, la estafa que cometió respecto de los denunciantes, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala para casos como el aquí examinado, lo fue en cuantía del valor del premio impagado –diez millones de pesos ($10.000.000.oo)– que resolvieron acertadamente las instancias; no del valor de la boleta vendida a los ganadores como lo sostiene el actor, ni del precio global de todas las boletas vendidas como lo afirma la Procuraduría, por lo que la competencia para el asunto no ha de sufrir variación en cuanto el proceso se tramitó por la autoridad legalmente indicada".

La Sala persiste en la tesis sostenida en los apartes transcritos, pues entiende que, cuando la rifa, lotería, sorteo, etc. se ha llevado a efecto señalando uno o varios ganadores, este reducido grupo de personas y no todos los que adquirieron su comprobante, boleta, billete, talón, papeleta,

cédula, etc. para participar en las mismas, debe ser considerado como sujeto pasivo de esa acción delictiva. Por tanto, la cuantía será la del valor ofrecido como premio o premios y que ya tienen dueños o beneficiarios específicos, y nunca el valor recaudado de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego. Aquí, ya todos han tenido su retribución conforme a lo que fue motivo de su asentimiento y todos tuvieron ocasión de figurar como favorecidos. No hay, propiamente, desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento, o sea, el haber concurrido a un sorteo, el mismo que se ha efectuado y ha concluído en señalar uno o varios ganadores. Aquellos, a los cuales el azar no les amparó, tuvieron respuesta adecuada a su aporte y es etapa ya cerrada sobre la cual para nada cuentan las vicisitudes posteriores del pago de los premios o recompensas anunciados, las irregularidades legales advertibles en el proceso de formalización del juego, etc., todo lo cual lo que está indicando es la consumación de la estafa en perjuicio de los favorecidos. Si todos pudieran reclamar, esto es, los que resultaron ganadores y todos los demás que adquirieron boletas, se estaría indicando que no hubo un ganador y que no se efectuó un sorteo que finalizó con la escogencia de ese grupo de favorecidos. Estos, en concreto, son los que han recibido el daño de la actividad ilícita desplegada y la cuntía que debe ser tenida en cuenta, en esta infracción patrimonial, la constituye el monto económico de las cosas, bienes, dinero reclamados.

b) La territorialidad.

En este tema, la Corte revalúa las manifestaciones contenidas en los autos de 14 de enero de 1987 y más recientemente en reproducción que se hiciera en el proveído de 27 de septiembre de 1988, con ponencia del M. Guillermo Duque Ruiz y, aprovecha la ocasión para circunscribir a su más clara concepción lo indicado en proveído de 9 de noviembre de 1982, con ponencia del M. Gustavo Gómez Velásquez.

Las peculiaridades de la acción comentada, tan variadas en su forma de realización, da para pensar en múltiples hipótesis como solución a la cuestión controvertida, así: el lugar en donde se compró la boleta, o el asiento principal de los negocios de la persona natural o jurídica que promocionó el juego, o el lugar de la seccional, agencia o sucursal que distribuyó la boletería y debía cubrir el premio en esa zona, o el sitio en

donde se efectuó el sorteo, etc. Pues bien, una vez determinada una persona o grupo de personas como ganadores, hay numerosos sitios que pueden tomarse razonablemente como el propio para fijar la competencia por el aspecto territorial, pero ninguno de ellos satisface plenamente este logro, al punto de excluír a los demás por improcedentes. No es dable inclinar el criterio, de manera rotunda y preferencial, hacia uno de esos factores; la estimación jurídica abstracta, al respecto, sólo llega a recomendar varias posibilidades, las más sensatas y más sustancialmente relacionadas con el asunto, pero ciertamente que se imposibilita con la caracterización de excluyente una singularización entre ellas. Cada punto exhibe elementos en favor pero también en contra. Valga comentar, solamente, lo del sitio en donde se adquirió la boleta, al recordar que allí alguien disminuyó su patrimonio a expensas de ilícitas maniobras engañosas. Con esto se pasa por alto que esta persona, no favorecida con el sorteo, ha dejado de importar en mucho en la consiguiente investigación, y, se vacila en cuanto a establecer el preciso momento en que el fraude toma su defintiva entidad, pues con posterioridad deviene el sorteo y se niega el pago de los premios, mediante nuevas tretas de dilación. Tan cierto es lo último, que si la cuantía de la estafa se está señalando en relación con el valor del premio, es porque el lugar de adquisición de la boleta no tiene la significación que, en este punto, quiere atribuírsele. ¿Por qué no pensar, a este respecto, en la adquisición de un boleto en paraje por el cual, ocasionalmente, se pasó, que no representa posibilidad de nueva frecuentación, pretendiéndose con la combatida tesis que el ofendido vuelva allí, únicamente, para formular su denuncia?. A la víctima no se le puede dificultar su acción ni causarle este nuevo agravio ni cargarle adicionales erogaciones. De ahí, entonces, que deba operar un criterio preventivo, tanto más plausible cuando se advierte que esta clase de conducta cubre un vasto y disímil espacio, en donde constantemente se está cumpliendo una actividad estafadora, que puede afectar a uno o a varios, que atrae como propios numerosos lugares en los cuales se diseminan los elementos de comprobación, etc., debiéndose entonces decir que el lugar de comisión se muestra incierto, por lo menos, art. 80 del C.P.P., y posibilita su concreción mediante la respectiva denuncia, la cual establece, quién debe conocer del respectivo proceso. Hay que admitir esta capacidad para escoger el lugar en donde se quiere excitar la intervención del organismo penal y esto lejos de ofender o menoscabar a nadie, representa un criterio de amplia y respetable conveniencia. Esto

fue lo que se quiso decir en el pronunciamiento últimamente citado cuando hacia el final del mismo se anotó: "Conviene reiterar que lo trascendente, en estos eventos, es conocer cuándo se ha producido el artificio o engaño que ha inducido o mantenido en error a una persona, sin que deba considerarse, para la cuestión que se comenta, dónde, cómo y en qué forma se desplegó el gran aparato de la estafa, que sirvió para soprender a cada uno de los incautos y despojarlos de sus bienes o dineros. *La situación viene a concretarse en la correspondiente denuncia criminal.* Surge, entonces, la competencia preventiva, la misma que señala al funcionario que debe conocer del respectivo proceso.

"Así se facilita la investigación y se alejan situaciones de conflicto que pueden entorpecerla hasta el punto de provocar la impunidad del comportamiento delictuoso, con la aparición de innecesarios conflictos de competencia. No debe olvidarse que la ley procedimental establece factores que propician la averiguación y juzgamiento oportunos, alejando dilaciones y perplejidades. Las facilidades, en este ámbito, deben contar para las víctimas y no para los victimarios, quien al difundir y diseminar su comportamiento, asumieron todos los futuros rigores e incomodidades de la averiguación penal".

En el caso presente de la colisión, la cuantía del premio daba para fijar la competencia, por este motivo, en los Juzgados Penales de Circuito y la denuncia se promovió en Sincelejo, lugar escogido por la víctima para este efecto. De ahí, entonces, que no se advierta ninguna anomalía que llame a corrección en lo actuado en el Distrito Judicial de Sincelejo. Así se resolverá.

Distinto totalmente diferente, es el caso de programar una rifa en la cual *nunca* se tendrá un sorteo y por tanto no se definirá uno o varios ganadores. En este evento, la estafa múltiple se refiere a todos aquellos adquirentes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de éstos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, declara que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, a donde

se remitirán las diligencias. Dése aviso de esta decisión al Juzgado Penal del Circuito de Sahagún (Córdoba), agregándole la copia de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas (con salvamento de voto), *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz* (salvo el voto), *Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Díaz Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ESTAFA / CONCURSO DE DELITOS
(SALVAMENTO DE VOTO)

"a) Cuando los artificios y engaños" que contempla el artículo 356 del C.P. tuvieron por finalidad el fingimiento de la celebración del sorteo, porque desde que se planeó el delito y se principiaron a vender las boletas era claro para el estafador que éste jamás se llevaría a cabo. Es decir, cuando no existe posibilidad de que alguno de los suscritos a la rifa pueda resultar ganancioso, ya que sólo se les vendió una ilusión, la de que podrían ganarse un premio, que ni existía, ni se pretendía sortear jamás. "b) Cuando los 'artificios y engaños' tuvieron por finalidad desconocer el premio que realmente sí se sorteó, esto es, cuando se engaña al ganador haciéndosele creer que a pesar de que la suerte lo favoreció, el premio no puede serle entregado por alguna circunstancia mentirosa o falsa, convenciéndolo, por ejemplo, de que la boleta es espuria, o equivocado el número que como ganador registraron los medios de comunicación. "A pesar de que en estas dos hipótesis se presenta un delito de estafa, éste no tiene las mismas características en ambas. "En la primera, los sujetos pasivos del delito son todos y cada uno de los compradores de boleta, ya que a todos ellos se les hizo creer, engañosamente, que iban a participar en un sorteo que jamás se efectuaría y que en consecuencia nunca podrían ganarse. "En la segunda hipótesis, en cambio el único sujeto pasivo de la estafa es el tenedor del boleto ganancioso, puesto que a los demás en nada se les engañó: se les vendió la oportunidad de concurrir a un sorteo y efectivamente en él participaron, pero no ganaron".

De nuevo nos vemos obligados a salvar el voto, porque seguimos convencidos de la corrección de nuestra tesis, plasmada así, en oportunidad anterior (Rad. 8355):

"1. Que sólo se trate de un problema eminentemente civil, si es que todo se reduce al simple incumplimiento de la obligación contraída, caso

en el cual serán los jueces de esta especialidad los encargados de dirimir el conflicto.

"2. Que el reclamante haya sido víctima de una estafa. En este caso es preciso distinguir dos hipótesis:

"a) Cuando los 'artificios y engaños' que contempla el artículo 356 del C.P. tuvieron por finalidad el fingimiento de la celebración del sorteo, porque desde que se planeó el delito y se principiaron a vender las boletas era claro para el estafador que éste jamás se llevaría a cabo. Es decir, cuando no existe posibilidad de que alguno de los suscritos a la rifa pueda resultar ganancioso, ya que sólo se les vendió una ilusión, la de que podrían ganarse un premio, que ni existía, ni se pretendía sortear jamás.

"b) Cuando los 'artificios y engaños' tuvieron por finalidad desconocer el premio que realmente sí se sorteó, esto es, cuando se engaña al ganador haciéndosele creer que a pesar de que la suerte lo favoreció, el premio no puede serle entregado por alguna circunstancia mentirosa o falsa, convenciéndolo, por ejemplo, de que la boleta es espuria, o equivocado el número que como ganador registraron los medios de comunicación.

"A pesar de que en estas dos hipótesis se presenta un delito de estafa, éste no tiene las mismas características en ambas.

"En la primera, los sujetos pasivos del delito son todos y cada uno de los compradores de boleta, ya que a todos ellos se les hizo creer, engañosamente, que iban a participar en un sorteo que jamás se efectuaría y que en consecuencia nunca podrían ganarse. El delito quedaría consumado en el momento mismo de hacerse la disposición patrimonial (cancelación de la boleta), que es también el momento a tenerse en cuenta para determinar la cuantía del ilícito; la fecha anunciada para el fingido sorteo no tendría ninguna trascendencia para la estructuración del delito, pudiendo servir en algunos casos, a lo sumo, como indicio de responsabilidad. Si antes de llegar el día de la rifa se descubre toda la patraña, es claro que el ilícito estaba consumado en

relación con todos los adquirentes de la boletería, por lo cual, reitérase, la anunciada fecha del sorteo es del todo indiferente al ilícito cometido. El valor del premio o premios ofrecidos tampoco tiene incidencia alguna en la estructura del delito, ni en la determinación de su cuantía, como que éstos jamás existieron ni se pensaron sortear, constituyéndose, por tanto, sólo en un incentivo más, engañosamente dispuesto por el estafador para atraer a sus víctimas. La cuantía de la estafa, en este caso, sería el valor total de las boletas vendidas, que fue lo que el sujeto activo del delito 'obtuvo', con el correlativo perjuicio económico que sufrieron los adquirentes de los boletos.

"En la segunda hipótesis, en cambio, el único sujeto pasivo de la estafa es el tenedor del boleto ganancioso, puesto que a los demás en nada se les engañó: se les vendió la oportunidad de concurrir a un sorteo y efectivamente en él participaron, pero no ganaron. No sucede lo mismo con el triunfador. El también participó en el sorteo y por este aspecto tampoco sufrió defraudación alguna. Pero en cambio sí vio afectado su derecho al premio porque a pesar de que resultó favorecido, mediante engaños y artificios se le convenció de que no tenía derecho a él. Aquí la fecha del sorteo sí tiene alguna significación, en el sentido de que es preciso que dicha fecha llegue para que pueda presentarse la estafa. Y la cuantía del delito también en esta hipótesis es distinta a la del caso anterior. En este evento lo que se obtiene del ganador, mediante artificios y engaños, desde luego, es que buenamente acepte que a pesar de serlo, no tiene derecho a reclamar el premio del cual se lucra ilícitamente el estafador, en detrimento, obvio, del patrimonio económico de la víctima, que se ve disminuido en la misma medida en que el del primero se incrementa. En este caso el ganador es 'despojado', por decirlo de alguna manera, del premio merecido, constituyéndose, por tanto, su valor, en la cuantía del delito, para efectos de determinar la competencia y dosificar la sanción".

II. Y aunque parece ser que en la decisión mayoritaria se acogió el anterior criterio, como que de manera explícita se advirtió que en "el

caso de programar una rifa en la cual nunca se tendrá un sorteo", se presentaría una "estafa múltiple", en relación con "todos aquellos adquirentes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de éstos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal", la verdad es que a esta premisa simplemente se aludió, pero a la hora de la verdad no se le dio aplicación alguna, porque se partió de la base de que el sorteo anunciado para el 17 de octubre de 1982 efectivamente se realizó en esa fecha.

En nuestro sentir, el sorteo que sí se efectuó en la precitada fecha fue el correspondiente a la Lotería del Libertador, pero no el concerniente a "Rifas e Inversiones La Nueva", que dio origen a la formación de este proceso. El equívoco puede ser causado porque esta última rifa jugaba con el premio mayor de la mencionada lotería, razón por la cual no era necesario hacer ningún otro sorteo adicional, ya que la lotería, en circunstancias normales, siempre juega. Si se hubiera requerido de un sorteo adicional, propio y exclusivo para "Rifas e Inversiones La Nueva", obviamente que éste no lo habrían realizado sus responsables, porque su fin era no pagar el premio, con el pretexto de que no hubo sorteo. Todo indica que la voluntad de los acusados era la de no pagar el premio, dilatando la fecha del sorteo, sin importar el nombre del beneficiario.

Así las cosas, y como quiera que para nosotros en este caso se trata de una "estafa múltiple", el juez para conocer de este proceso sería, a prevención (art. 80 del C. de P.P.), el de cualquiera de los lugares en que se cometió el delito (si se quiere hablar de unidad delictiva), o los plurales delitos de estafa, si se prefiere darle aplicación a las normas sobre concurso delictual, que de todas maneras ordenan la unidad procesal para investigar y juzgar, conjuntamente, los delitos conexos (art. 88 del C. de P.P.).

En estos términos dejamos plasmadas las razones que nos impidieron acompañar a la mayoría de la Sala en su pronunciamiento.

Guillermo Duque Ruiz, Magistrado; *Edgar Saavedra Rojas,* Magistrado.

CASACION OFICIOSA

Es verdad que el artículo 228 del C. de P.P. al establecer el principio de limitación faculta a la Corte por vía de excepción para declarar oficiosamente la causal tercera de nulidad, pero supeditado lo anterior a que ésta surja de manera evidente y ostensible en autos o de las alegaciones de las partes, sin que el juez de casación pueda suplir al demandante y ejecutar la labor que a éste corresponde.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobada Acta número 73.

Vistos:

Mediante sentencia del 28 de septiembre de 1992, el Juzgado Trece Penal del Circuito de Bogotá, condenó a HAROLD EDER BARRETO BUSTAMANTE, DONALDO ORTEGA MANTILLA, ERWIN PORTO ROMERO y ADRIANA MARIA DEL PILAR CELIS, a la pena principal de veintiséis meses de prisión y multa de cinco mil pesos, como autores responsables de los delitos de FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS Y ESTAFA.

Recurrida la anterior decisión, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante fallo del 26 de enero del año de 1993, confirmó la sentencia en cuanto condenó a los procesados como responsables de los delitos de falsedad documental, pero la revocó en relación con la condena por los delitos de estafa, por considerar que dada la cuantía de estos comportamientos, se trataba de contravenciones cuyo juzgamiento corresponde a las autoridades de Policía. Obrando de conformidad con lo anterior, el Tribunal dedujo la pena principal privativa de la libertad a veinte meses de prisión, concedió a los sentenciados

la condena de ejecución condicional y dispuso la expedición de las copias correspondientes.

Contra la anterior decisión se interpuso el recurso extraordinario de casación, por las abogadas defensoras de Donaldo Ortega Mantilla y Erwin Porto Romero.

Agotado el trámite de rigor se procede a resolver el recurso, previa advertencia de que la acción penal no se halla prescrita.

Episodio procesal:

En la sentencia que es objeto de impugnación extraordinaria, se compendiaron con acierto y precisión los hechos objeto de juzgamiento de la siguiente forma:

"...Juan Bautista Castillo Navarrete, representante de Incocrédito, denunció que aproximadamente a las 6:00 p.m. del 11 de agosto de 1988, fue informado que en el interior del almacén Paguemenos de la carrera 7a. No. 16-69 de esta ciudad se hallaban unas personas que pretendían comprar con una tarjeta de crédito reportada como perdida en esta misma fecha, motivo por el cual comunicaron al F-2..., quienes fueron enterados que HAROLD EDER BARRETO, ERWIN PORTO, DONALDO ORTEGA y ADRIANA CELIS FAJARDO, querían pagar mercancía por $41.592.oo utilizando el primero de éstos la C. de C. No. 11.430.470 de Bogotá y la tarjeta de crédito del Banco Cafetero No. 4541-001321-487, pertenecientes a Nelson Eberto Galvis Triana. Procedieron a la requisa de los sujetos hallándoles en su poder los doce comprobantes de venta con imitación de la firma del cuentahaciente, fechados el 11 de agosto/88, por una cifra en total de $234.875 al igual que parte de las mercancías recién adquiridas por ese medio, así:

"1. Jairo Eder Barreto, dos comprobantes de calzado Dianilly: No. 9519766 por $10.600.oo y No. 3795361 por $13.600.oo; No. 3899156 de Joyería City por $38.000.oo; No. 3203604 de Calzado Moderno por $22.900 y 128960 de Paguemenos por $41.592, última compra realizada.

"2. Elbin Porto Romero: No. 5009598 de Relojería Lucerna por $12.900.oo; No. 3865918 de Almacén Ya No. 5 por $21.980; No. 433568 de Brasa Colombiana por $6.500.oo; No. 6541655 de Almacén Valher Roberto Debal $26.477 y la cédula de ciudadanía No. 79398783 a nombre de Luis Antonio Alvarado.

"3. Donaldo Ortega Martínez: No. 3865919 del Almacén Ya, suc. 5 por $20.520; No. 8042940 de Joyería Frida por $1.000; No. 4274356 de Calzado Spring $11.298.oo; dos relojes para caballero marcas Seico No. 535558 y Citizen No. 8046588 y uno para dama.

"4. Adriana del Pilar Celia Fajardo: tres (3) chaquetas: a) Negra Mon, doble faz, azul, Alcón (*sic*), con la etiqueta Code Bleu y c) Monzi, beige; cinco (5) camisas: 1 Marlboro y 4 Caribú; una falda y dos overoles Caribú (fl. 7)".

Las demandas de casación:

Sendas demandas de casación fueron presentadas a nombre de los sentenciados Donaldo Ortega Mantilla y Erwin Porto Romero, por las abogadas encargadas de su defensa.

En el libelo presentado a nombre de Ronaldo Ortega Mantilla, realiza previamente el señor defensor un análisis de la prueba que sirvió de fundamento a la sentencia de condena y con base en la causal primera de casación del art. 220 del C. de P.P. acusa el fallo del Tribunal de ser violatorio de la ley sustancial, arts. 2, 5, 23, 24 y 221 del C.P. por error de hecho consistente en la tergiversación o distorsión del sentido de las pruebas, "...logrando hacer producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto, lo que ha incidido en la parte resolutiva del fallo...".

En la fundamentación de la causal sostiene la casacionista, que se quebrantó el art. 247 del C. de P.P. que exige la plena prueba para condenar, que no se aplicó el art. 295 *ibídem* que consagra el principio del *in dubio* pro reo, que no se apreció la prueba testimonial en la forma como lo señala la ley, y que el funcionario instructor no investigó con igual celo las circunstancias que establecían la responsabilidad del acusado como aquellas que demostraban su inocencia.

Expresa la recurrente que si bien el juzgador examinó la totalidad de las pruebas obrantes en el plenario, lo hizo de manera "...inexacta e incompleta..." porque de ellas dedujo la plena responsabilidad que corresponde a las cuatro personas vinculadas a la investigación, cuando de dicha prueba testimonial no surge la certeza sino la duda.

Expresa, que no es exacto que en todos los almacenes que fueron objeto de atentados contra el patrimonio económico, hubiesen entrado sólo los cuatro sentenciados, cuando Inés Ceballos Isaza, da a entender en su versión que iban cinco personas, cuatro hombres y una mujer, afirmación que igualmente corrobora Margarita Sarmiento Martínez, quienes no son muy precisas cuando tratan de identificar a los delincuentes por sus rasgos físicos. Que estos testigos al contradecirse con otros declarantes sobre el número de personas que realizaban la conducta ilícita, siembran la duda sobre la culpabilidad de los sentenciados.

Dentro del mismo cargo sostiene la actora, que aunque el informe rendido por las autoridades de policía, que capturaron a los acusados cuando realizaban la conducta ilícita y luego los pusieron a disposición del jefe de turno de la Unidad Judicial, es un documento público, dicha prueba no podía ser apreciada por el juzgador "... por cuanto no se brindó al sindicado la oportunidad de controvertirla, derecho consagrado en el art. 29 de la Constitución Nacional...". Agrega, que a dicha prueba no se le dio la publicidad requerida y por ello, el procesado no tuvo la oportunidad de objetarla, discutirla y analizarla, y que de los agentes que rinden el informe sólo uno de ellos fue llamado para su ratificación juramentada.

Finalmente, arguye la recurrente que no está demostrado que las mismas personas hubiesen concurrido a los diversos almacenes que fueron estafados con el uso de las tarjetas de crédito que no pertenecían a los presuntos compradores, y que lo anterior unido a la deficiente identificación que se hizo a los procesados, impedía proferir sentencia condenatoria, porque a nadie se le puede condenar por una responsabilidad meramente objetiva. Solicita en consecuencia a la Corte, casar la sentencia y absolver al acusado de toda responsabilidad penal.

Bajo el epígrafe "CAUSALES NO INVOCADAS", insinúa la recurrente a la Corte, que si observa en la actuación alguna irregularidad generadora de nulidad, así lo declare con fundamento en lo dispuesto en el art. 228 del C. de P.P.

En la segunda demanda presentada por la defensora de Erwin Porto Romero, se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial de manera indirecta "... por error de hecho originado en la errónea apreciación de las pruebas allegadas al plenario, porque las mismas demuestran que solamente se infringió el art. 356 del C.P. y de manera alguna se violó el art. 221 del mismo estatuto, por cuanto el fallador le dio a una misma conducta revestimiento delictual y contravencional. Insiste el recurrente que el uso de las tarjetas de crédito y de las cédulas de ciudadanía falsas, fue erróneamente apreciado por el juzgador para configurar el delito de falsedad documental, cuando las pruebas demuestran que sólo existe un delito contra el patrimonio que será juzgado como contravención por las autoridades de policía.

Solicita en consecuencia a la Corte, que se case la sentencia y se absuelva a su asistido del delito de falsedad documental por el cual fue condenado en segunda instancia.

El concepto de Procuraduría:

Refiriéndose a la primera demanda, es decir, la presentada a nombre del sentenciado Donaldo Ortega, manifiesta el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que no obstante que el recurrente ataca la demanda por presuntos errores de hecho en la apreciación de la prueba, es lo cierto que se limita a efectuar una crítica probatoria nueva, que opone a la que se hizo en la sentencia. Los argumentos del censor, agrega la Procuraduría, considerando que no existe la prueba requerida para condenar, refuerzan lo dicho en el sentido de que se trata de un criterio sobre el valor dado a la prueba por el sentenciador, pero no una distorsión objetiva de los elementos de juicio.

Pone de presente la Delegada, que la mayor inquietud del libelista es que a todos los partícipes en el hecho se les hubiese considerado como autores de los delitos de falsedad, cuando fue uno solo de ellos, quien

suscribió los comprobantes de compra, valiéndose para ello de las tarjetas y cédulas falsas, y al respecto anota, que "...el delito es un acto atribuíble a todos por razón de la participación física en la tarea de comprar y seleccionar mercancías para que uno de ellos usara la tarjeta y firmara falsamente los comprobantes, acompañada del conocimiento de la forma de actuar y consintiendo que uno de los integrantes del grupo fuera el que falseara de manera directa. Es el problema de la coautoría de un delito en grupo, en virtud del cual el hecho es propio de todos y cada uno de quienes están subjetivamente de acuerdo y materialmente cooperan en la fase externa de aparentar las compras de forma legítima, a fin de facilitar el resultado final.

Sobre la solicitud del recurrente en el sentido de que la Corte oficiosamente examine el proceso en búsqueda de irregularidades que puedan invalidarlo, considera la Delegada que ello no debe considerarse siquiera, porque "a contrario de lo que afirma el memorial de impugnación, la petición de una nulidad en la Corte debe señalarse rigurosamente, indicando el motivo de la nulidad y su incidencia en el proceso, pero no en la manera genérica como se pide a la Sala. Por estas razones, considera la Procuraduría que la demanda no puede prosperar...".

Igual suerte en concepto del Ministerio Público debe correr la segunda demanda, presentada a nombre del sentenciado Erwin Porto Romero, por los evidentes errores de técnica de que adolece. Plantea una violación indirecta por error de hecho y sin embargo discute la violación del principio del *non bis in idem*, que es un tema de derecho y no de prueba y agrega:

"...Es obvio que el argumento ya de por sí equivocado, resulta completamente descaminado en la casación de un fallo que sólo se refiere a falsedad documental y en nada comprende la contravención mencionada. Ahora bien, si se admitiera el tema, se estaría ocupando el recurso de una sentencia que aún no se produce sobre la contravención de estafa, lo cual obviamente rompe todo criterio técnico y lógico en relación con la casación. Indirectamente se está planteando la casación sobre una hipotética sentencia condenatoria de estafa, que hasta ahora no existe y que de todos modos no existe... No puede impugnarse un simple criterio judicial que no se refleja en la sentencia de mérito", y agrega: "Recuérdese

que la recurrente no discute el tema de la falsedad y la sentencia que recayó sobre ella, sino que pretende que las copias compulsadas enerven el fallo de falsedad, sin un sólido argumento en este caso".

Pide en consecuencia a la Corte, no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Asiste toda la razón a la Procuraduría, en sus acertadas glosas a las demandas presentadas a nombre de los sentenciados.

En la primera demanda el cargo se concreta en la existencia de errores de hecho en la apreciación probatoria, que sustenta con argumentos que son inadmisibles. El recurrente no demuestra el error expresado y el contenido de la sentencia no da lugar a las afirmaciones o deducciones que presenta la demandante, quien se limita a expresar que no existe en el proceso la plena prueba para condenar y para arribar a esta conclusión parte de un personal reexámen de los medios de convicción, resaltando ligeras contradicciones entre los declarantes, sobre el número de las personas que realizaron la conducta ilícita, para plantear una duda que en ningún momento existió en la mente de los falladores, en crítica que está muy lejos de acreditar como era lo debido el ostensible y manifiesto error de hecho que pregona en su libelo.

También, bajo el ropaje de un presunto error de hecho, y de manera totalmente equivocada, critica la recurrente, el valor otorgado por el fallador al informe de las autoridades de policía que realizaron la captura de los acusados, afirmando que no se le dio la publicidad que exige la ley para que los comprometidos en el hecho punible tuvieran la oportunidad de conocerlo para contradecirlo refutarlo.

Inexplicable es esta censura, si se tiene en cuenta que dicho informe se conoció desde los albores de la investigación, ya que integra los folios 5o. y 6o. del sumario y a él se refirieron en diversas oportunidades no sólo los juzgadores sino también los abogados encargados de la defensa, quienes tuvieron amplísima oportunidad para objetarlo y rebatirlo si lo consideraban necesario. Además, la ley no dispone para esta clase de prueba correr traslado alguno, ni ponerlo de manera especial en

conocimiento de las partes. El documento existió en el proceso, siempre estuvo a disposición de las partes y no se encuentra en consecuencia irregularidad alguna que pueda afectar su validez.

Debe tenerse igualmente en cuenta, que este informe de las autoridades de Policía, que capturaron a los delincuentes dentro del almacén "Paguemenos" último de los centros comerciales visitados por los acusados en su actividad delictuosa, y que decomisaron los documentos falsos por ellos usados así como las mercancías adquiridas ilícitamente, se halla corroborado por otros medios de prueba como la denuncia y las declaraciones de Martha Martínez y Flor González dependientes del almacén donde se realizó la captura.

En relación con la crítica que se formula a la sentencia sobre ausencia de plena prueba para condenar e insuficente identificación de los acusados, es suficiente con recordar que ellos fueron capturados en flagrancia, en posesión de sus verdaderos documentos de identidad, aspecto que se halla respaldado con medios de prueba irrefutables y dignos de toda credibilidad.

Analizadas las sentencias que forman una unidad jurídica indisoluble se aprecia que el juzgador hizo un análisis conjunto del abundante caudal probatorio, para deducir de allí no sólo la materialidad de la infracción sino también la responsabilidad de todos los acusados, a quienes con acierto consideró como coautores del delito de falsedad documental, porque todos concurrieron con unidad de pensamiento y acción a la realización de las diversas conductas ilícitas, con una adecuada distribución del trabajo para el logro de un objetivo común.

No se trata entonces, de que el sentenciador le haya otorgado a la prueba un alcance que no tiene o la haya tergiversado en su sentido. En estas condiciones, aquello que la demandante llama errores de hecho, no son más que opiniones suyas que por respetables que sean no pueden oponerse a las que llevaron al juzgador a proferir la sentencia de condena. No es válido contraponer la personal apreciación y valoración probatoria a la del juzgador que debe prevalecer por estar amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. En estas condiciones, no puede prosperar la censura.

Como lo insinúa la Procuraduría, no se ocupará la Corte de la petición de la recurrente en el sentido de que Corporación oficiosamente se dedique a examinar el proceso en busca que posibles irregularidades que puedan invalidarlo. Es verdad que el artículo 228 del C. de P.P. al establecer el principio de limitación faculta a la Corte por vía de excepción para declarar oficiosamente la causal tercera de nulidad, pero supeditado lo anterior a que ésta surja de manera evidente y ostensible en autos o de las alegaciones de las partes, sin que el Juez de casación pueda suplir al demandante y ejecutar la labor que a éste corresponde.

Segunda demanda:

En la segunda demanda, también se aduce como causal de casación la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación probatoria. Sin embargo en el desarrollo del cargo no hace la recurrente la más leve alusión a la prueba que dejó de ser estimada, o a los hechos que se dieron por acreditados sin sustento probatorio, o a los elementos de juicio que fueron distorsionados en su alcance o contenido material, para dedicarse a elaborar una crítica sobre una posible violación al principio del *non bis in idem* y de la unidad procesal, argumentación del todo ajena al motivo de la causal invocada, lo cual constituye evidente error de técnica en la formulación del cargo.

Sostiene la recurrente, que el Tribunal al hacer la apreciación de las pruebas en el momento de dictar el fallo, erró en la apreciación de las mismas, al darle a unos mismos hechos significaciones jurídicas diferentes (delito y contravención) con rompimiento "...de la exigencia de la unidad de imputación delictiva", y con perjuicio para el procesado por una doble sanción penal.

A la incorrecta formulación del cargo, suficiente por sí sola para su desestimación (pues el reproche más podría ubicarse en una violación directa de la ley sustancial que la demandante no aduce ni siquiera insinúa), debe agregarse que aquél no guarda armonía con la sentencia impugnada.

En realidad, como lo anota la Procuraduría Delegada, a los procesados sólo se les condenó en la sentencia de segundo grado por un concurso

homogéneo de delitos de Falsedad en documentos privados, que el juzgador encontró suficientemente configurado en el proceso, no sólo en cuanto se relaciona con la materialidad de la conducta, sino también respecto a la antijuridicidad y culpabilidad en el comportamiento. No se les ha condenado por un delito contra el patrimonio económico, disponiendo tan sólo el fallador que se tome copia de lo pertinente, para que las autoridades de policía decidan lo que estimen conveniente, en relación con posibles contravenciones.

En estas condiciones, a la Corte le está vedado anticipar conceptos y menos adoptar decisiones en relación con la existencia o no de posibles comportamientos que puedan ser violatorios de la ley y sobre los cuales no existe pronunciamiento en la sentencia recurrida, y por ello no pueden ser objeto de impugnación.

No puede decirse en consecuencia, que exista una protuberante inexactitud en la apreciación de las pruebas por parte del juzgador que lo haya conducido a una conclusión del todo reñida con la realidad procesal. Es lo cierto, que en la sentencia se ha hecho una valoración total de la prueba y como resultado se ha concluido con apoyo en ella, pregonando la existencia del delito de falsedad documental que se perfila con absoluta nitidez en el caso juzgado.

En estas condiciones, la demanda no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en total acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, de fecha, naturaleza y origen ampliamente consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONA / SANA CRITICA / TESTIMONIO

El hecho de que no se hubiera efectuado una verdadera diligencia judicial de reconocimiento, en manera alguna afecta la validez del testimonio del denunciante, ni tampoco impide que pueda dársele credibilidad a su dicho. Pensar que si porque la víctima de un delito, antes de presentar la denuncia y precisamente para ello, logra por cualquier medio lícito la identificación de su victimario, es necesario descalificar su testimonio, es una conclusión completamente equivocada que no encuentra ningún fundamento en la ley. Lo que el fallador en estos casos debe hacer, es analizar el testimonio del ofendido y teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el señalamiento extraprocesal, determinar luego de confrontarlo con los otros elementos de juicio aportados al proceso, el valor probatorio que merece, teniendo en cuenta siempre y para todo ello, las reglas de la sana crítica.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz*

Aprobada Acta número 73.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de julio de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó a los ex-agentes de la Policía Nacional, GERSAIN MERA MARTINEZ y JAVIER SOLIS VARGAS BELTRAN, a 26 meses de prisión por el delito de concusión.

Antecedentes:

1. Los hechos investigados los relató el Tribunal Superior Militar de la siguiente manera:

"Historian las páginas de este expediente que para el día cuatro (4) de octubre de 1991, los Agentes Gersain Mera Martínez y Javier Solis Vargas Beltrán, adscritos a la Vigésima Estación de Policía, CAI No. 84 de esta capital, se encontraban prestando tercer turno de vigilancia en los miradores ubicados en la avenida a la Calera; pero en lugar de cumplir la noble misión de velar por la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, hicieron todo lo contrario, porque a eso de las 8:40 de la noche, cuando el joven Mauricio Olmos Ruiz estaba en el primer mirador, en su vehículo marca Datsun, color cereza, de placas EA-5249, en compañía de su novia Golda Soraya Sánchez Londoño, se le acercó una persona de civil apuntándole con un arma, a la vez que le manifestaba que se bajara, y por los lados del vehículo se acercaron dos uniformados que la investigación ha identificado como los Agentes antes nombrados, el primero de los cuales les apuntó con su revólver y el segundo se lanzó encima del capó; de inmediato uno de ellos les dijo que siguieran para el CAI, subiéndose al carro con el arma en la mano, siendo seguido por otro automotor, y antes de llegar al CAI, en un sitio oscuro lo hicieron detener y les dijeron que si los llevaban eran 24 horas de retención porque ellos dirían que los habían encontrado haciendo el amor en el vehículo, y al anotarles que eso era mentira, que no habían cometido falta alguna y tenían todos los papeles en regla, les contestaron que era su palabra contra la de ellos; a renglón seguido le dijeron a Mauricio que sacara la billetera y la desocupara, entregándoles la suma de cuatro mil pesos que tenía, habiéndole solicitado también una cadena de oro que portaba en el cuello, y ante su negativa le fue arrebatada, diciéndoles 'que se perdieran', ésto es que se fueran, y que lo sucedido quedaba entre ellos, que no dijeran nada, pues de los contrario ya sabían lo que les podría suceder" (fls. 261).

A la mañana siguiente Olmos Ruiz, acompañado de unos amigos, localizó al Comandante de la referida Estación, Teniente Rafael Antonio Camargo Aguirre, con quien fueron hasta el CAI donde Olmos Ruiz reconoció inmediatamente a los mencionados policiales como sus asaltantes.

2. Formulada por Olmos Ruiz la correspondiente denuncia, los imputados fueron aprehendidos ahí mismo. El Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar abrió investigación, amplió la denuncia y escuchó en

declaración a Camargo Aguirre y Golda Soraya Sánchez Londoño, quienes ratificaron los hechos (fls. 20 y 21). Al ser los sindicados escuchados en indagatoria, negaron cualquier participación en los hechos, cuya ocurrencia dijeron desconocer enteramente.

3. Proferido auto de detención y practicadas unas pruebas, la investigación fue clausurada, convocándose a Consejo de Guerra a los procesados por el delito de concusión tipificado en el artículo 198 del Código Penal Militar, mediante Resolución No. 013 de 5 de febrero de 1992 (fls. 152 y ss.). El Consejo se llevó a cabo el 19 de marzo (fls. 204 y ss.), cumplido lo cual el Comandante de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, Juez de primer grado, dictó sentencia de 26 de marzo de 1992 (fls. 185 y ss.), por medio de ella, en armonía con la mencionada convocatoria, los acusados fueron condenados, cada uno, a 26 meses de prisión, a las penas accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e interdicción de derechos y funciones públicas, negándoseles la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor de Mera Martínez, el Tribunal, mediante el suyo que recurrieron en casación los procesados, lo confirmó enteramente (fls. 261 y ss.).

Se declaró ajustada la demanda presentada a nombre de Mera Martínez, y como en relación con Javier Solis Vargas Beltrán no se presentó libelo, a su respecto se declaró desierta la impugnación (fls. 3 del cuaderno de la Corte).

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación (art. 220-1), el actor afirma que se incurrió en error de hecho. "En efecto –dice–, si analizamos detenidamente el fallo acusado, fácilmente podemos concluir que desde el fallo de primera instancia, toda la prueba de cargo giró, sobre los testimonios del ofendido y denunciante Maurició Ruiz Olmos y el de su novia Golda Soraya Sánchez Londoño, a quienes los falladores de las instancias, les dieron absoluta credibilidad, haciendo de tales testimonios una ponderación, en sumo grado de sinceridad en sus afirmaciones, y por no encontrar en ellos motivo alguno de perjudicar a nadie, porque no

había motivo suficiente para hacerlo" (fls. 324). Agrega líneas adelante el casacionista que "el grado de credibilidad que se le dio a esos testimonios" (fls. 325), tiene soporte en una diligencia de reconocimiento "extrajudicial" que los ofendidos hicieron antes de formular la denuncia, diligencia que "naturalmente no obra en este proceso" y que se hizo "sin orden de autoridad judicial y sin sentar un acta, violando todas las garantías procesales para los implicados".

Reitera que ese "reconocimiento", que fue la base de la acusación testimonial y del fallo impugnado, se llevó a cabo "arbitrariamente y sin los requisitos de ley" (fls. 327).

Insiste en que sobre ese "reconocimiento" se producen los testimonios de Mauricio Olmos Ruiz y Golda Soraya Sánchez Londoño, "a los que los falladores de las respectivas instancias, dieron toda credibilidad, incurriendo en una violación de la ley sustancial por error de hecho por apreciación errónea de la prueba, porque el sentenciador le dio un alcance diferente a una prueba, como fue el grado de certeza, que atribuyó a los testimonios de las personas ya citadas" (fls. 330).

Menciona jurisprudencia "en torno al valor probatorio del testimonio del ofendido" y solicita que se case el fallo, absolviendo a su representado.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal dice en primer término, que el casacionista no indica la "norma sustantiva presuntamente transgreida" y que además alega un error de derecho por falso juicio de convicción, el cual no es de recibo en casación ante la ausencia de tarifa legal y la vigencia de la sana crítica como sistema para valorar las pruebas.

Se refiere luego al "reconocimiento extrajudicial" que el denunciante hizo de los procesados y anota: "Pero si bien es cierto que la inconformidad del libelista es en lo relativo al procedimiento antes consignado, también lo es que en criterio nuestro el mismo no constituye el elemento sobre el que se edificaron los fallos de instancia ya que si revisamos detenidamente la providencia del *ad-quem* encontramos que constituyó prueba de la identificación de los agentes del delito (*sic*), y en

cuanto a los otros elementos estructurales y circunstanciales de la conducta delictiva se analizaron y valoraron, además, otros elementos de juicio, que en su conjunto produjeron en la mente de los sentencidores certeza sobre la autoría y responsabilidad de los procesados, grado de conocimiento suficiente para confirmar el fallo condenatorio de primer grado" (fls. 19 y 20 *ibídem*).

Por otra parte, señala que el actor no se refiere a la totalidad de la prueba que se tuvo en cuenta para condenar, como se exige en estos casos de violación indirecta de la ley.

"Así las cosas –concluye la Delegada–, al haber incurrido el recurrente en insalvables errores consignados, como son: el no señalar la proposición jurídica completa, plantear un falso juicio de convicción y un falso juicio de legalidad sin la virtualidad suficiente como para quebrar el fundamento total del fallo atacado, esta Procuraduría Delegada, comedidamente solicita a la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, no casar la sentencia recurrida..." (fls. 20 y 21).

Se considera:

1. Dígase en primer lugar (para hacer ver que no se trata de un lapsus o cosa parecida) que el casacionista reitera que se cometió un error de hecho en la apreciación de las pruebas. Empero, por parte alguna desarrolla esa premisa (cuya naturaleza seguramente desconoce o confunde), con base en la cual es posible aducir falso juicio de existencia, cuando la prueba se ignora o se inventa, o falso juicio de identidad, cuando la prueba se desfigura en su sentido objetivo, haciéndosele decir lo que no dice. Se repite que nada de ello argumenta el actor, no obstante el error que adujo.

2. También tiene razón la Delegada al acotar que el actor no menciona la ley sustancial violada ni tampoco el concepto de esta violación.

3. En cambio, si se mira bien el libelo presentado, se constata que en el fondo el casacionista alega lo siguiente: a) Un disenso con la manera como el fallador asumió la prueba testimonial de cargo, lo cual constituiría

un error de derecho por falso juicio de convicción, actualmente de no recibo, por la libertad que el sentenciador tiene en ese sentido, imponiéndose únicamente el respeto a la sana crítica (art. 254 C. de P.P.); b) Un error de derecho por falso juicio de legalidad en lo que concierne al "reconocimiento" llevado a cabo en el CAI, pero es necesario indicar que ese reconocimiento no obra en el proceso, como lo admite el casacionista, por lo cual, en caso de que el mismo haya determinado la condena de los procesados, tal cosa debería alegarse como error de hecho por suposición de prueba no obrante en autos.

Al aludir a la prueba para condenar, el Juez de primer grado dijo en la sentencia que esa prueba la regula el artículo 488 del Código Penal Militar, y que en este caso ella está constituida por las declaraciones de las víctimas Mauricio Olmos Ruiz y Golda Soraya Sánchez Londoño, y por "una serie de circunstancias presentadas después de los hechos y que constituyen indicio grave en contra de los sindicados" (fls. 196), como son el que días después de ocurridos los hechos los procesados enviaron a "unas señoras" (seguramente sus mujeres), quienes le pidieron al denunciante que no fuera a perjudicar a los acusados y que se retractara de sus sindicaciones. También se tuvo como indicio el hecho de que uno de los sindicados se entrevistó con un compañero del denunciante "en busca de ayuda" (fls. 197). Para nada el actor se refiere a estos razonamientos.

Ahora bien: sobre el "reconocimiento" dijo el juzgador: "Total de que éste no fue un reconocimiento ordenado previamente por nadie, sino que las circunstancias hicieron que los sindicados fueran señalados de la forma como hizo Olmos Ruiz y este episodio dio origen para que el ofendido instaurara el denuncio. Pero de todas maneras el hecho tenía que ser puesto en conocimiento de las autoridades, así fuera por el ofendido o por el oficial, cuando tuvo conocimiento de ello, porque por el contrario podría caer en el terreno del encubrimiento, como ya se dijo" (fls. 200).

En verdad, desde punto de vista alguno puede afirmarse que en la mañana del 5 de octubre de 1991 Olmos Ruiz llevó a cabo un reconocimiento, si por éste se entiende –como debe hacerse– la diligencia prevista en los artículos 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal, la cual sí debe ser ordenada por el funcionario instructor cuando un testigo incrimine a una persona determinada y afirme que está en capacidad de identificarla o reconocerla.

De ahí que con razón se ha dicho que esa diligencia no es sino un complemento del testimonio, o un perfeccionamiento del mismo.

Pero el hecho de que no se hubiera efectuado una verdadera diligencia judicial de reconocimiento, en manera alguna afecta la validez del testimonio del denunciante, ni tampoco impide que pueda dársele credibilidad a su dicho. Pensar que si porque la víctima de un delito, antes de presentar la denuncia y precisamente para ello, logra por cualquier medio lícito la identificación de su victimario, es necesario descalificar su testimonio, es una conclusión completamente equivocada que no encuentra ningún fundamento en la ley. Lo que el fallador en estos casos debe hacer, es analizar el testimonio del ofendido y teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el señalamiento extraprocesal, determinar, luego de confrontarlo con los otros elementos de juicio aportados al proceso, el valor probatorio que merece, teniendo en cuenta siempre y para todo ello, las reglas de la sana crítica.

Lo anterior fue lo que hicieron los juzgadores en la caso *sub-judice*, razón por la cual ningún error se advierte en su actuación.

En fin, como no se demostró el error aducido por el recurrente, el fallo impugnado no se casará.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

***Carlos Alberto Gordillo L.**, Secretario.*

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Olvida el señor defensor demandante que indicar los fundamentos de la causal alegada para procurar la revocación del fallo de segunda instancia en sede de casación a través de la causal 1a. del artículo 220 C.P.P., por motivo de errores de evaluación probatoria del sentenciador, comporta la obligación de demostrar, esto es, evidenciar con razonamientos respaldados en el proceso y en la ley, los errores de apreciación de toda la prueba definitoria del caso.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobada Acta número 73.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado FLORO HERNANDO BEJARANO, contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de cinco años y seis meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable de tentativa de homicidio en la persona de Helio Jesús Martínez y, se adoptan otras determinaciones pertinentes.

Hechos y actuación procesal:

Exaltado en su ánimo aparentemente a causa de las bebidas alcohólicas que en compañía de Helio Jesús Martínez Eraso había estado ingiriendo en la tarde del 12 de marzo de 1989 en un restaurante del barrio El Chapal al sur de la ciudad de Pasto, FLORO HERNANDO BEJARANO disparó contra aquél, ocasionándole graves heridas en el

vientre y huyendo del lugar. Conducido a la clínica local de los Seguros Sociales, el lesionado fue inmediatamente atendido de urgencia y al día siguiente sometido a una intervención quirúrgica con resultados normales a partir de la cual se le suministró alimentación por vía parenteral y se le practicó drenaje con sondas, sin manifestación orgánica anormal; pero acaeció que el día 26 de los mismos mes y año expulsó pus en el drenaje, manteniéndose esta patológica situación no obstante el suministro de antibióticos, por lo que el *14 de abril subsiguiente* –ya desde el día 4 había comenzado a presentar taquicardia– fue sometido a nueva operación en cuyo decurso sufrió paro cardíaco y falleció.

Con fundamento en la denuncia de Rita Montesuma presentada dos días después de la agresión, el Juzgado Penal Municipal de Pasto inició el 27 de marzo de 1989 proceso penal por el delito de *lesiones personales*, pero noticiado del deceso del ofendido, remitió la actuación al Juzgado 14 I.C., el que avocó conocimiento y continuó la investigación por el homicidio. Este Despacho vinculó mediante emplazamiento a BEJARANO y al calificar el mérito sumarial lo comprometió en juicio por *homicidio simple* en resolución acusatoria que apelada, el Tribunal Superior del Distrito confirmó a integridad.

En el término de la causa, el procesado, que había sido capturado, rindió indagatoria y se practicaron numerosas pruebas, entre ellas, inspección judicial a la historia clínica del paciente y peritaje médico-legal para establecer la causa definitiva de la muerte. Realizada la audiencia pública, en que la defensa abogó por la absolución aduciendo la inexistencia de relación causal entre la agresión de su cliente y el resultado muerte, y que ésta se debió a la culpa de los médicos de la Clínica que lo atendió, el implicado fue condenado por *tentativa de homicidio*, en fallo que también el Tribunal acogió, al prohijarlo en todas sus consideraciones y determinaciones, mediante la sentencia que ha sido impugnada extraordinariamente por la defensa. (fls. 13, 15, 32, 162-174, 190-209, 300 cd. ppl. 1; 534-536 cd. ppl. 2; 757 y ss., 823-838, 858-894, 900 y ss. cd. rec. cas.).

La demanda:

Dos cargos, uno como principal y el otro como subsidiario, formula el casacionista a la sentencia de segunda instancia:

Primero. –Es violatoria de los artículos 60 y 68 C.P.–, por falta de aplicación, debido, según precisa, "al error en la apreciación de la prueba testimonial con la cual se demostró que el procesado obró en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación...". El reconocimiento de esta atenuante implica la casación parcial del fallo con la consiguiente redosificación punitiva y, el otorgamiento del sustituto de la ejecución condicional.

En lo que parece ser el desarrollo del planteamiento analiza algunos testimonios allegados al proceso, tales el del propio occiso *y los de Artemio Enrique Cucardo, Elvia Bonilla, Eugenio Martínez, Orlando Yate y Dagoberto Recio.*

De estas pruebas extrae, que al dicho del *primero*, en que le atribuye actividad solamente al implicado en los hechos, no puede dársele credibilidad; que el segundo de los citados declarantes –*Cucardo*, cuyo dicho, dice el actor ser la principal prueba de cargo– "revela poseer una gran fantasía que muestra tendencia a la ficción" y, que estando su testimonio plagado de imprecisiones la Corte debe desestimarlo; que al testimonio de *Elvia Bonilla*, que refleja la falta de veracidad de Cucardo en algunos de los detalles del incidente en el cual el acusado propinó al occiso las lesiones, debe la Corte otorgarle plena credibilidad.

En cuanto al testimonio de *Eugenio Martínez*, que en sentir del actor fue desperdiciado por el instructor en la medida en que no profundizó en la versión que contenía, consistente en que el occiso en un momento dado agarró del cuello al procesado siendo entonces cuando se produjeron los disparos, afirma que revela *duda* sobre si hubo forcejeo entre los protagonistas de los hechos. Respecto de *Orlando Yate*, que al igual que el anterior relató cómo el occiso provocó al procesado amenazándolo con el ahorcamiento y, que además dio cuenta de las elevadas exigencias monetarias de los parientes de aquél, la investigación debió profundizar en tales aserciones "y no dejarlas como algo aislado del proceso. El señor instructor debió ver en ellas algo tan esencial, que de comprobarse cambiaría en 180 grados el curso del proceso", pero no lo hizo. También el investigador debió interesarse en el dicho de *Dagoberto Recio*, porque al igual que los dos precedentes, refería los actos de provocación de la víctima al acusado.

A continuación, acudiendo a pasajes textuales de los planteamientos defensivos en las instancias, que considera válidos en el actual momento procesal en vista de "la negativa a su reconocimiento" y de la incidencia que puedan tener en el recurso, se dedica el profesional a comparar los antecitados testimonios con algunas de las otras pruebas allegadas a la investigación. Es así como, en referencia *al del occiso* advierte que ya se hallaba en estado terminal, y sinembargo el Tribunal "no deparó (*sic*) en el resumen médico y hospitalario que acompaña esta causa" para conferirle equivocadamente credibilidad. También se equivocó al conferir crédito al inicial dicho *de Cucardo* que califica como "inverosímil", y no fue reiterado frente a otros testigos en la inspección judicial. Respecto de este testimonio, afirma que el Tribunal incurrió en "apreciación errónea ó falta de apreciación, al otorgarle 'asidero' probatorio cuando en realidad está cargado de contradicciones que se hace preciso desechar".

Por otra parte, erró al apreciar el testimonio de *Elvia Bonilla*, porque en vez de haberlo tenido como aval de los del occiso y Cucardo, debió interpretarlo como ratificatorio de los de *Eugenio Martínez, Orlando Yate y Dagoberto Recio*, porque se orientaba más a confirmar el dicho de éstos. Además, también erró al "desestimar" el testimonio del citado Martínez porque su deber era apreciarlo.

Tras reiterar el predicado yerro de evaluación de los testimonios que considera confirmatorios de la ocurrencia de la atenuante reclamada en favor de su poderdante, recuerda que reconocida la aludida figura jurídica, éste es acreedor al subrogado de la ejecución condicional.

Segundo.- Subsidiariamente, pero con fundamento en los anteriores argumentos a los cuales expresamente remite, el actor pregona la transgresión por el sentenciador, del artículo 445 C.P.P., porque en su sentir, lo menos que emerge de las pruebas criticadas, es la duda respecto de la circunstancia diminuente aducida, que debe resolverse a favor del acusado.

El Ministerio Público:

En concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, la sentencia impugnada no debe ser casada. La demanda, explica, hace una "genérica

e indiscriminada formulación" para solicitar la aplicación de la atenuante, en cuyo desarrollo el censor analiza a su manera los testimonios que menciona, confundiéndola con un alegato propio de las instancias, anteponiendo "su personal apreciación y valoración de la prueba testimonial, al prolífico estudio que de ella hiciera el Tribunal... constituyéndose éste en un procedimiento que no encuentra apoyo en ninguna de las causales que para la impugnación extraordinaria se han previsto en la ley". De la pretención del segundo cargo se aparta porque en su criterio, ni siquiera constituye un "cargo jurídico contra la sentencia" explicando a continuación la razón de esta descalificante.

Consideraciones de la Corte

Olvida el señor defensor demandante que *indicar* los fundamentos de la causal alegada para procurar la revocación del fallo de segunda instancia en sede de casación a través de la causal 1a. del artículo 220 C.P.P., por motivo de errores de evaluación probatoria del sentenciador, comporta la obligación de demostrar, esto es, evidenciar con razonamientos respaldados en el proceso y en la ley, los errores de apreciación de toda la prueba definitoria del caso. En efecto:

El discurso del *primer cargo* de la demanda se limita a cuestionar la interpretación y el alcance dados por el Tribunal a determinadas pruebas para establecer la responsabilidad sin atenuantes del acusado al disparar contra el ofendido y a la vez la ineficacia que por falta de credibilidad en algunos aspectos atribuyó a otras, pero sin precisar, ni menos demostrar, cuáles fueron los yerros de evaluación ni en qué consistieron. Simplemente, aboga por un diferente enfoque de las pruebas referidas, con la pretensión de dar entidad al estado de obnubilación anímica del acusado al momento de los hechos, suficiente para estructurar la circunstancia atenuante de la ira consagrada en el artículo 60 C.P. y de que la Corte así lo reconozca junto con el derecho al subrogado de la ejecución condicional de la pena, sustentándose la posición del demandante exclusivamente en su particular óptica e interpretación de los hechos materia de la investigación y de la prueba recaudada en su decurso, por cuya prevalencia sobre el criterio del fallador, obviamente, se inclina.

No indica el impugnador los errores en que incurrió el Tribunal en el estudio de todos y cada uno de los testimonios glosados en su demanda para arribar a la convicción plasmada en la sentencia. El discurso se diluye en comentarios sobre la posible razón del ofendido para mentir, la divergencia entre el dicho de uno de los testigos de cargo y los de descargo que el actor estima ser los dignos de plena aceptación, la posibilidad de interpretar el dicho de Elvia Bonilla como apoyo de los testimonios que en su sentir ponen en evidencia la circunstancia de la ira de que se habla y, la ineptitud del instructor para ahondar en la investigación.

Pero además de la falta de precisión anotada, la demanda revela confusión conceptual, pues en el único intento que hace el censor por señalar el error cometido, se refiere al testimonio de Enrique Cucardo, para pregonar que respecto de él hubo "apreciación errónea, o falta de apreciación, al otorgarle 'asidero' probatorio cuando en realidad está cargado de contradicciones".

La disyuntiva expresión está indicando que para su autor la apreciación errónea difiere de la falta de apreciación, cuando en realidad aquélla involucra a ésta, que no es más que una de sus formas. La errada apreciación bien puede provenir de la ignorancia de una prueba obrante en el proceso (falta de apreciación), o de invención de una prueba, o de distorsión de una prueba en su contenido objetivo, que son las conocidas manifestaciones de error de hecho aducible en casación; o bien, originarse en falsos juicios de legalidad de la prueba –error de derecho–; y en ningún caso puede automáticamente identificarse con el otorgamiento de determinada interpretación o alcance a la prueba, o con la credibilidad –'asidero probatorio' en palabras del censor– por el Juez a la misma, aunque eventualmente, como lo afirma el actor, esté "cargado de contradicciones".

Para que pueda pregonarse la errada apreciación de una prueba en estas condiciones se hace menester especificar el error –entre los relacionados– que determinó esa interpretación o esa credibilidad; si tal error no es identificable porque su poder de convicción provino de un racional proceso analítico de ella misma y de todo el restante acervo, efectuado por el sentenciador en ejercicio de la facultad-deber de estudiar la prueba a la luz de la sana crítica, y, simplemente trata el demandante de oponer su punto de vista al del funcionario, el reclamo pierde su entidad

como sustento del recurso de casación porque lo que en últimas procura es que el Juez extraordinario –y con un replanteamiento probatorio a su arbitrio–, desconozca los principios rectores de la prueba para aniquilar el criterio del fallador de las instancias, tal como acontece en este particular caso.

Visto el aspecto técnico de la censura, *su improsperidad es manifiesta*, como lo destaca la Procuraduría.

Pero además, si de lo intrínseco del reclamo se trata, el estudio del proceso revela su total falta de razón. La coherencia, imparcialidad y objetividad de los testimonios de *Cucardo y Elvia Bonilla* sobre la secuencia de lo sucedido y la actitud de cada uno de los protagonistas dejan por fuera la posibilidad de ocurrencia de los actos propios de la diminuente de la ira que con fundamento en los demás testimonios glosados en la demanda, la defensa proclama demostrados.

En ningún momento existió la provocación grave e injusta de la ira por parte de la víctima al procesado, aunque es cierto, hubo un amago de pelea entre ellos por causas triviales y efecto de las libaciones que se calmó aparente y momentáneamente, pues a los pocos instantes éste extrajo su arma, lo que acarreó que aquél le comentase que eso no le asustaba, reacción ante la cual el acusado le disparó a quemarropa al tiempo que le espetaba: "haber (*sic*) si esto sí te asusta" para luego repetir el acto a dos pasos de distancia. El forcejeo de que dan cuenta los otros testigos: Martínez, Yate y Recio y que la defensa interpreta como indicativo de la provocación de la ira, fue el mismo advertido por los otros deponentes, cualificado con alguna variante, pero de ninguna manera suficiente para estructurar la atenuante, ello es lo que se infiere de su contenido. De tal manera sucedidos los hechos, lo único predicable, es el acierto de la decisión condenatoria por la tentativa del homicidio sin reconocimiento de la circunstancia reclamada y la *improsperidad total del cargo*.

En lo tocante con el *segundo reparo*, en el que se aduce subsidiariamente la irrupción de la duda en torno a la existencia de la diminuente del artículo 60 C.P. con fundamento en las versiones testificales cuya favorable interpretación depreca en el primer cargo el actor, en verdad el

reproche no pasa de ser un comentario huérfano de sustentación. No precisados ni acreditados los errores de evaluación probatoria que hubieran impedido el reconocimiento de la dicha circunstancia por parte del Tribunal, no puede la Corte, por una parte, remediar la falencia argumental de la demanda, y por la otra, deducir caprichosamente un estado de perplejidad, de una tan clara situación probatoria como la que exhibe el proceso con su muy bien llevada investigación y a cuyas pruebas fundamentales se ha hecho referencia con antelación.

El cargo no prospera y por consiguiente, se mantendrá la decisión *ad quem*.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. En firma, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISION DE COMPETENCIA

La competencia para el conocimiento de las infracciones al Decreto 3664 de 1984, incorporado ahora como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, se determina como norma en blanco que es, no solamente por el precepto del artículo 9o.-4 de la Ley 81 de 1993, sino además con remisión a la clasificación que de las armas de fuego y municiones hace la ley, entre aquellas de uso personal y de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. /La ausencia o no de dolo en la conducta incriminada es consideración extraña al tema de la competencia, porque con dirimirla apenas se pretende determinar el funcionario competente que ha de definir sobre la realidad del hecho. Valorar la reprochabilidad penal y la responsabilidad del imputado son aspectos privativos del funcionario del conocimiento y de un momento procesal preciso y muy distinto del incidente sobre colisión.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobada Acta número 73.

Vistos:

De plano dirime la Sala el conflicto negativo de competencia que enfrenta a un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá con el 31 Penal del Circuito de la misma ciudad respecto del conocimiento de las presentes diligencias adelantadas en contra de HUMBERTO ARIAS CARMONA por infracción al artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986, convertido en Legislación permanente mediante Decreto 2266 de 1991.

Antecedentes:

El 22 de enero de 1992 la Juez 79 de Instrucción Criminal practicó un allanamiento a la vivienda ubicada en la Carrera 104 No. 29-62 Barrio Fontibón de esta ciudad, hallando en uno de los muebles de la habitación de Rosa María Wilches un revólver DAN WESSON ARMS 357 MAGNUM CGT. No. 261663 junto con 55 cartuchos calibre 38, seis vainillas del mismo calibre y 28 cartuchos, que de acuerdo al dictamen del perito en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo folio 19, correspoonden a magnum 3.57 cuya energía cinética oscila entre 420 y 740 libras pie en la boca de fuego. La aprehendida en la diligencia de indagatoria manifestó que el arma se la había dado a guardar su novio HUMBERTO ARIAS CARMONA.

La actuación pasó por reparto al Juzgado 30 de Instrucción Criminal, despacho que en enero 29 de 1992 optó por enviarlas por competencia a los Jueces de Orden Público. Oído en indagatoria ARIAS CARMONA aceptó ser el dueño del arma y de las municiones, por lo cual el funcionario de Instrucción de Orden Público emitió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva como infractor a las disposiciones consagradas en el literal e) artículo 2o. del Decreto 2003 de 1982, en concordancia con el literal a) del artículo 4o. del citado Decreto y artículo 2o. del Decreto 3664 de 1984.

En Agosto 19 de 1992 la Fiscalía Regional ordenó un nuevo peritazgo al arma incautada con el fin de determinar si era o no de uso privativo de las Fuerzas Armadas. El Grupo de Balística de la Dirección de Policía Judicial mediante oficio 9242692 determinó lo siguiente: el cañón del revólver Magnum 357 es de 6,4 cms.; los cartuchos incautados 357 y 38 largo fueron disparados con la mencionada arma en el polígono, y si bien ninguno de ellos muestra en su ojiva huecos u orificios; ni cambios en su estructura original; la munición 357 tiene una energía cinética de 450 L/P, que de acuerdo con el Decreto 2003 de 1982 en su artículo 2o. son de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Folio 112.

La Fiscalía Regional Especializada de Terrorismo el 9 de diciembre de 1992 ordenó el cierre de la investigación. El 16 de noviembre de 1993 calificó su mérito mediante resolución de acusación en contra de

HUMBERTO ARIAS CARDONA (el segundo apellido es CARMONA), al considerarlo autor del porte ilegal de un arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas, descrita en el artículo 2o. del Decreto Legislativo 3664 de 1986, el cual se convirtió en legislación permanente por el Decreto extraordinario 2266 de 1991 artículo 1o. A Rosa María Wilches la benefició con preclusión de la investigación.

En firme la anterior providencia, el acusado invocando el artículo 3o. de la Ley 81 de 1993 solicitó se dictara sentencia anticipada, para la cual se llevó a cabo la respectiva diligencia ante la Dirección Regional de Fiscalías el 7 de febrero de 1994; en ella el imputado aceptó los cargos que se le habían formulado en la resolución de acusación. El proceso entonces se envió al Juez Regional para lo de su cargo, despacho que se inhibió para tomar una decisión de fondo por estimarse incompetente, ya que el revólver incautado no era de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Las diligencias regresaron a la Fiscalía Regional, que a su vez se las devolvió al Juez Regional el 24 de marzo de 1994 por considerar que al quedar ejecutoriada la resolución de acusación proferida, había perdido competencia para introducirle cualquier modificación.

El Juzgado Regional mediante auto de abril 11 siguiente se abstuvo de avocar el conocimiento del asunto, y en lugar de fundamentar su apreciación, se remitió a su providencia de febrero 14 de 1994; proponiéndole al Juez Penal del Circuito –Reparto– colisión negativa de competencia. A ese funcionario le atribuyó el conocimiento de las mismas con base en el artículo 10 de la Ley 81 de 1993, agregando que el competente para instruir y calificar el mérito sumarial sería el Fiscal ante los Juzgados del Circuito, y que el proceso se encontraba viciado de nulidad a partir del auto que dispuso el cierre de la investigación, invocando el principio rector del artículo 11 del Código Penal.

En su providencia de febrero 17 de 1994 (no del 14 como erradamente lo señala), expuso el colisionante estos tres argumentos adicionales:

1o. El arma incautada alterna dos vertientes de encuadramiento típico según la munición que se utilice. Si en el tambor contiene cartuchos 357, será considerada como de uso privativo de las Fuerzas Armadas al

tenor de lo establecido en el artículo 2o. concordante con el artículo 4o. del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del Decreto 1663 de 1979; en razón a que su energía cinética al usar esta clase de munición, sobrepasaría las 350 libras/pie. Pero si en el tambor se encontraban cartuchos 38 largo, pasa a ser de uso de defensa personal.

Según el acta de la diligencia de allanamiento añade, se encontraron 55 cartuchos para revólver 38 y 28 cartuchos para revólver calibre 357, pero no se especificó si el arma contenía munición en su tambor.

2o. El literal e) del artículo 4o. del Decreto 2003 de 1982 no establece que la munición 357 sea de uso privativo de las Fuerzas Militares, y de acuerdo al estudio técnico los cartuchos no habían sido variados en su composición original. En consecuencia, el arma y las municiones 357 están catalogadas como de uso de defensa personal, pero su acoplamiento hace que incursione en la clasificación de armas de uso privativo, y

3o. "... la directriz de interpretación para la aplicación de las normas de excepción por parte de la justicia regional deben estar en un todo de acuerdo con las motivaciones que fueron razón de su origen, valga decir el estado crítico del orden público por todos conocidos. Este introito para señalar, que los autos muestran a la justicia que hubo ausencia de dolo en la posible vulneración del bien jurídico de la 'seguridad pública' en este específico caso, pues una visión subjetiva indica que el actor adquirió el arma para su defensa personal; inexistente prueba que predique la intención de afectación al orden públio, con ello no se quiere decir que indefectiblemente en todo suceso de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas ha de demostrarse la intención de vulneración del bien jurídico de la seguridad pública, toda vez que el simple porte de un arma de esta naturaleza guarda el ajuste típico necesario para la existencia del hecho, lo que se quiere demostrar es que en un momento dado el sujeto actor de la conducta tenía en custodia dos tipos de cartuchos unos de los cuales hacían más letal el alcance del arma, lo que podría sustentar que efectivamente el arma puede considerarse de uso privativo, pero el sujeto no portaba el arma sino que la tenía en depósito donde su novia. Así mismo en la hipotética situación que se hubiese demostrado que el arma contenía cartuchos 38 L. indefectiblemente habrían variado las

consecuencias, es decir no se puede imponer que la simple conservación del arma y las municiones 357 tengan como consecuencia fatal la consideración de uso privativo. El anterior planteo elide (*sic*) un pronunciamiento de fondo por parte del Despacho, en razón a que tomados en forma separada los elementos del tipo penal básico serían del estribo de la justicia ordinaria. No entra el Juzgado a considerar la tipicidad o atipicidad de la conducta, pues ello es del resorte en forma privativa del funcionario que ostente la competencia para conocer de esta clase de conductas".

El Juzgado Regional termina estas apreciaciones afirmándose incompetente para conocer del presente asunto.

El Juzgado 31 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá mediante auto de junio 8 de 1994, no aceptó los argumentos del Juez Regional por cuanto en su sentir, el Decreto 3664 de 1986 en sus artículos 1o. y 2o. sanciona tanto el porte ilegal de armas de defensa personal como el de uso privativo de las Fuerzas Militares.

En el presente caso añade, podría darse que el revólver que tenía el procesado sin autorización legal correspondiera a los aptos para defensa personal; pero es igualmente cierto que guardaba o conservaba munición –28 proyectiles–, cuya energía cinética sobrepasa las 350 libras/pie, circunstancia ésta que por sí sola ubica la competencia en el señor Juez Regional; por ser ese tipo de proyectiles de uso exclusivo de las fuerzas armadas. Así las cosas, es indiferente el que se haya o no establecido que la munición pudiera ser disparada con el revólver 38 largo decomisado.

Así mismo y de acuerdo al concepto pericial que obra a folio 110, la munición cuya energía cinética es de 450 L/P puede ser utilizada o percutida por un revolver "DAN WEAAON" (*sic*) motivo de la investigación. De otra parte, aunque el Decreto 2535 de 1993 fijó normas y requisitos para la tenencia y porte de armas y municiones; explosivos y sus accesorios, e hizo la clasificación de las armas, el juez colisionado considera que el revólver en cuestión no renúne a cabalidad las características señaladas en el artículo 11 al cual remite el artículo 8o.; como tampoco los 28 mencionados proyectiles. En tales condiciones, en atención a lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Procedimiento

Penal, artículo 13 de la Ley 81 de 1993 y Decreto 2266 de 1991, la competencia para conocer de este proceso radica en el Juzgado Regional de esta ciudad.

Consideraciones de la Corte:

La competencia para el conocimiento de las infracciones al Decreto 3664 de 1984, incorporado ahora como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, se determina como norma en blanco que es, no solamente por el precepto del artículo 9o.-4 de la Ley 81 de 1983, sino además con remisión a la clasificación que de las armas de fuego y municiones hace la ley, entre aquellas de uso personal y de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas.

Para dirimir, entonces, conflictos como el ahora planteado, bastará con cotejar las características del arma y los cartuchos incautados frente a su clasificación legal, para de allí inferior si la razón le asiste al Juzgado Regional o al Penal del Circuito al ocuparse del conocimiento de la causa, presupuesto que conlleva a las siguientes consideraciones:

La descripción pericial del revólver decomisado se refiere a un arma calibre 357 magnum y a munición para la misma, parte de la cual, correspondiendo a su calibre, ofrece una capacidad de energía cinética en la boca de fuego aproximada entre 420 y 740 libras-pie, dictamen ampliado para ratificar que las características de esta clase de munición correspondía al privativo uso militar, según expresa previsión del Decreto 2003 de 1982.

Así, cuando la Fiscalía proveyó la calificación del mérito sumarial (noviembre 16 de 1993), enderezó el cargo por el delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, pero singularizando en la parte motiva que se trataba del "arma y la munición para la misma" porque en una y otra se "sobrepasan ampliamente la energía cinética de 350 libras/pie".

En efecto, para la fecha de ocurrencia de los hechos (mes de enero de 1992), la disposición legal vigente clasificatoria de las armas y municiones era el Decreto 2003 de 1982, cuyos artículos 4o. y 2o.

precisaban como de uso privativo militar, las pistolas y revólveres así como sus respectivas municiones, siempre que la energía cinética en la boca de fuego sobrepasara las 350 libras/pie, advertencia comprensible por la mayor capacidad de daño y letalidad que puede ocasionar un tal grado de potencia, presupuesto bajo el cual la competencia no era discutible.

Sin embargo, sustituida con posterioridad a la decisión calificatoria esa legislación por el Decreto 2535 de 1993, la situación en esencia se varía, pues siendo todavía vedados para el uso meramente defensivo los proyectiles cuya energía en la boca de fuego sobrepase las 350 libras/pie por su *mayor fuerza expansiva*, (característica de 28 de los cartuchos motivo de incautación y cargo), esa mayor potencia no da ahora pie para la clasificación del arma y de su munición entre elementos de dotación militar o de defensa, sino que guardando silencio al respecto, la nueva disposición –artículo 49– simplemente prohibe que esta clase de munición pueda ser objeto de licencia para detentación o uso.

Independientemente de la decisión final que bajo ese tránsito de normas haya de adoptarse, puede verse ahora sin dificultad que la competencia para la decisión que corresponda pasa al conocimiento de los jueces ordinarios, conclusión que en nada obsta para reprocharle al Juzgado Regional que sin una definible fuente científica ni jurídica, y sí en cambio dejando entrever más bien un apurado ánimo de desprenderse del asunto, haya recurrido a razones enteramente impropias del preciso tema planteado que ni se avienen con la objetividad de una discusión de competencia, ni mucho menos con las características del caso:

Inadmisible resulta, por ejemplo, la confusión que hace el Juzgado Regional entre los dos conceptos de arma y municiones que independientemente maneja la legislación de la materia, entrando a sostener que una pistola o un revólver serán de restrictivo uso militar cuando se carguen con cartuchos no disponibles para defensa personal, noción extraña a los Decretos 1663 de 1979, 2003 de 1982 y 2525 de 1993, que independientemente clasifican por sus características las armas de las municiones, en una clara correspondencia con los artículos 201 y 202 del Código Penal y los Decretos 3664 de 1986 y 2266 de 1991, que los sustituyeron y al describir los tipos, diferencian el *arma de fuego* como instrumento que emplea «como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por

expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química", de *las municiones* o "carga de las armas de fuego necesarias para su funcionamieno".

También resulta criticable el desconocimiento evidente de la resolución de acusación que refiriendo tanto al arma como a la munición, so pretexto de la inadmisión de competencia pretende restringirse, como si el cargo se hubiese limitado al revólver desatendiéndose de la munición, o no hubiese existido un dictamen clasificatorio de la segunda como material de exclusivo uso militar.

En otro aspecto, la ausencia o no de dolo en la conducta incriminada es consideración extraña al tema de la competencia, porque con dirimirla apenas se pretende determinar el funcionario competente que ha de definir sobre la realidad del hecho. Valorar la reprochabilidad penal y la responsabilidad del imputado son aspectos privativos del funcionario del conocimiento y de un momento procesal preciso y muy distinto del incidente sobre colisión.

Pero además, si lo que se quería por el señor Juez Regional era poner en duda su conocimiento por falta en el actor de un ánimo o móvil terrorista, equivocó de nuevo su razonamiento, pues como en tal sentido lo había esclarecido la doctrina de esta Sala (*Cfr.* auto de septiembre 15 de 1988) con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas, existen dentro de la legislación inicialmente llamada de orden público

"...dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ellas...".

Esclarecido a suficiencia el conocimiento del asunto por la naturaleza del delito imputado y el tránsito de normas, en cabeza de los señores jueces ordinarios, al despacho del 31 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá regresará el expediente, previa noticia de la decisión al Juzgado Regional.

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

Resuelve:

Primero: Dirimir el conflicto negativo de competencia planteado entre el Juzgado Regional y el 31 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, adjudicando el conocimiento del asunto al segundo de ellos, a cuyo despacho habrá de remitirse el expediente.

Segundo: Dese noticia de esta determinación al Juzgado Regional colisionante.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

HOMICIDIO CULPOSO / PRESCRIPCION

El delito de homicidio culposo está sancionado en el artículo 329 con pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, lo que implica que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 del estatuto punitivo, la acción penal por esta conducta ilícita prescribe en el lapso de seis (6) años. Sin embargo el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la ejecutoria del "auto de proceder" o su equivalente (art. 84 C.P.), para reiniciarse a contar por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80, que no podrá ser inferior a cinco años.

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

Magistrado Ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobada Acta número 73.

Vistos:

El defensor del procesado presentó ante esta Corporación demanda de revisión del proceso que se adelantara en contra de *José Luis Arias Avila* por el delito de Homicidio, y a resolverlo entrará la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Actuación procesal:

El accionante presentó demanda de revisión del juicio atrás aludido, y a ella acompañó copias de las sentencias condenatorias ejecutoriadas, proferidas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992); y la confirmatoria de

ésta emana de Sala de decisión del Tribunal Superior de Ibagué que lleva fecha del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Como causal de la acción, alegó el libelista la consagrada en el numeral segundo contemplado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la sentencia se dictó después de haberse presentado una causal de extinción de la acción penal.

Admitida la acción por auto del dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), y sin haberse practicado pruebas por no considerarse pertinente, se escuchó la opinión del Procurador Tercero Delegado en lo Penal quien solicitó se declara sin valor la sentencia atacada y se ordenará la libertad inmediata del condenado.

El criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Luego de precisar las fechas de la actuación trascendente para efectos de la prescripción y los plazos de la misma en relación con el homicidio culposo termina solicitando se deje sin valor la sentencia atacada con la siguiente argumentación:

> "Forzoso es concluir, entonces, que la acción penal en el presente asunto podía ejercitarse válidamente, a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, hasta el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), fecha en la que se cumplirían los cinco años en que ha sido fijado el término prescriptivo.

Ahora bien, si la sentencia de segunda instancia quedó ejecutoriada el día veintinueve (29) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), se tiene que para esta fecha la acción penal se encontraba prescrita y, por consiguiente, procedente resulta la acción de revisión intentada.

Argumenta que es verdad que la sentencia de primera instancia se pronunció el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) y que para esa fecha no se había operado el fenómeno de prescripción de la acción y por ello, el proferimiento de la sentencia no

se puede tener como suficiente para enervar su consolidación, en tanto que la acción penal no se agota con la decisión señalada, sino con la ejecutoria del fallo correspondiente, por lo que es ese el momento procesal que pone fin a la acción penal.

Consideraciones de la Sala:

Razón les asiste al libelista y al Procurador Tercero Delegado en lo Penal para cuestionar la validez de la sentencia, en la cual se le dedujo responsabilidad penal al procesado José Luis Arias Avila, como autor del delito de Homicidio Culposo. Ello obedece a que, al momento de haberse proferido la sentencia de segunda instancia, la acción penal había prescrito.

En efecto, el delito de homicidio culposo está sancionado en el artículo 329 con pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, lo que implica que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 del Estatuto Punitivo, la acción penal por esta conducta ilícita prescribe en el lapso de seis (6) años.

Sin embargo, el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la ejecutoria del "auto de proceder" o su equivalente (art. 84 C.P.), para reiniciarse a contar por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80, que no podrá ser inferior a cinco años.

Los hechos objeto de la investigación ocurrieron el día quince (15) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986), el mérito del sumario fue calificado por el Juzgado Primero Superior de Honda, el treinta y uno de julio (31) de mil novecientos ochenta y siete (1987) con auto de llamamiento a juicio, habiéndosele notificado al procesado el veinte de agosto del citado año.

Dentro del término legal el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación contra el pliego de cargos, el cual fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué con pronunciamiento que lleva fecha del diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), habiendo quedado ejecutoriado el anterior proveído el día 26 de noviembre del mismo año, tal como obra a folio 373 Vto.

Tramitado el período del juicio, la sentencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda (Tol.) el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y dos.

Apelada que fuera la anterior decisión, el Tribunal al desatar el recurso interpuesto concluyó con la confirmación parcial de la condena con pronunciamiento que lleva fecha del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), habiéndose notificado a los sujetos procesales por edicto, el 28 de febrero siguiente y quedado en firme el día 30 de marzo del mismo año (Folio 19 C. del Tribunal).

Así las cosas, cuando fue proferida la sentencia de segunda instancia, ya la facultad punitiva del Estado se había extinguido, por cuanto ésta fenecía el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Por lo anterior, no queda otra posibilidad que la de declarar la extinción de la acción penal por la conducta por la cual se llegó a dictar sentencia condenatoria contra José Luis Arias Avila por el delito de Homicidio Culposo, disponiendo la invalidación de las sentencias proferidas en esta actuación. Así mismo, se ordenará la libertad inmediata del sentenciado, sin someterlo a compromiso ni caución alguna, por cuanto la acción se ha extinguido.

No puede esta Corporación dejar pasar por alto que la mora de los funcionarios que conocieron de la actuación en la etapa de juzgamiento fue la que ocasionó la prescripción de la acción penal, razón por la cual se ordena que por Secretaría se compulsen las copias pertinentes con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para que se investigue la posible falta en que estos pudieron incurrir.

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

Resuelve:

Declarar inválidas las sentencias proferidas por el Juzgado Tercero Penal del Circuito el día quince (15) de octubre de mil novecientos noventa

y dos (1992) y la confirmatoria de ésta emanada de Sala de decisión del Tribunal Superior de Ibagué que lleva fecha del veinticinco (25) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993), por cuanto la acción penal en este caso, ha prescrito y, en su lugar, *ordenar la cesación de este procedimiento.*

Ordenar la libertad inmediata e incondicional del procesado José Luis Arias Avila, librando el oficio correspondiente al establecimiento carcelario en donde se encuentra privado de la libertad.

Compúlsense las copias a que se refiere la parte motiva de este pronunciamiento, con el destino allí indicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS / TESTIMONIO

La diligencia de reconocimiento no constituye prueba autónoma, pues por su naturaleza es parte del testimonio de quien verifica el señalamiento, constituyendo uno de los compromisos de quien luego de presenciar una infracción queda en capacidad de señalar al responsable. Sin embargo, y por la trascendencia que tiene la individualización del sospechoso a través de este medio, fortaleciendo la versión directa con la que está íntimamente vinculada, mal podría tratarse de un medio informal o ajeno a requisitos mínimos y sustanciales para su validez. Protegiendo la importancia del reconocimiento, fija la ley como ritualidad condicionante de su legalidad una serie de exigencias que la vez amparan el debido proceso y la defensa, al exigir que el reconocimiento se rinda bajo juramento, en presencia del defensor del procesado, rigiendo la apariencia e indumentaria del sospechoso y el número de personas que han de acompañarlo y la ubicación del testigo en un lugar oculto, exigencias uniformes y coincidentes en los tres estatutos procesales que han regido durante los últimos veinte años. Constituye sin embargo, diferencia importante, la previsión contemida en los Decretos 409 de 1971 y 2700 de 1991, no prevista en el Decreto 50 de 1987, de la descripción previa del imputado a reconocer por parte del testigo. Salvo una coma, el aparte que se transcribe es idéntico en los Códigos de 1971 y 1991 (incisos segundo y primero de los artículos 407 y 368 respectivamente): "...quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de quien se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen". Así, entonces, si este requisito no se exigía en vigencias del Decreto 050 de 1987, es comprensible que el funcionario que entre el primero de julio de 1987 y el treinta de junio de 1992 debiera realizar reconocimientos en fila de personas, no estuviera obligado a exigir en ese acto y previo al reconocimiento del sospechoso su entera descripción,

así que esa omisión o falta de constancia en el acta respectiva no pretermitía las condiciones esenciales de validez o existencia de la diligencia, ni por lo mismo podía luego aducirse como falso juicio de legalidad. El Decreto 050 de 1987 contenía una exigencia similar, pero como parte del interrogatorio en la recepción del testimonio (art. 294), para aquellos eventos en que el deponente incriminase a una persona. /Sin duda las versiones sucesivas de una misma persona rendidas bajo juramento integran su testimonio para fines de valoración probatoria.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 73.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado CESAR AUGUSTO VALENCIA contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales el 12 de febrero de 1993, decisión que respaldó el fallo de condena proferido por el delito de hurto en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, corrigiendo un error aritmético en la pena principal, para imponer como definitiva a los acusados la pena de 39 meses de prisión.

Hechos y actuación procesal:

Cerca de las siete de la noche del 1o. de noviembre de 1991 a la residencia y lugar de actividades del comerciante en oro HECTOR JAIME RAMIREZ HENAO, localizada en la Calle 21 No. 25-26 de Manizales, irrumpió un grupo de siete u ocho personas armadas, y después de someter a los allí presentes se apoderó de dinero, oro, objetos de uso personal y dos revólveres, elementos avaluados en dieciocho millones de pesos.

Con base en la denuncia formulada ante la Unidad de Policía Judicial, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal inició la indagación preliminar,

recepcionando algunos testimonios, entre ellos el de Julio César Ramírez Henao, quien afirmó haber reconocido en una fotografía publicada en el diario "La Patria" entre los asaltantes de la miscelánea "Alaska" al mismo sujeto que lo encañonó el día del atraco al negocio de su hermano, y visto en el Juzgado que adelanta la nueva investigación el maletín de cuero que le quitaron a Jaime Arias. Con esta información se practicó el correspondiente reconocimiento en fila de personas con resultado positivo para el señalamiento de JOSE DIEGO BETANCUR, y seguidamente los de CESAR AUGUSTO VALENCIA GRISALES y EDUARD ALBERTO CANO RINCON como parte de los sujetos que acompañaron a BETANCUR el día de los hechos. El Juzgado abrió entonces la investigación y la adelantó hasta culminar con resolución acusatoria del 9 de junio de 1992, encausando a los antecitados como responsables del delito de hurto agravado y calificado.

Ante el Tribunal de esa ciudad, vigente ya el Decreto 2700 de 1991, la confirmó adicionándole la circunstancia genérica de agravación punitiva del ordinal 1o. del artículo 372 del Código Penal.

La etapa del juicio la adelantó el Juzgado Tercero Penal del Circuito, despacho que profirió la sentencia condenatoria del 27 de noviembre de 1992 imponiendo a los tres encausados sendas penas de treinta y siete meses de prisión, sin beneficio de ejecución condicional, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y la obligación de cancelar los perjuicios materiales ocasionados con la infracción por valor de dieciocho millones de pesos.

Apelada la sentencia por los defensores de los procesados, correspondió conocer en segunda instancia al Tribunal Superior de Manizales, desatando la impugnación en sentencia del 12 de febrero de 1993 mediante confirmación de la proferida por el *a-quo*, aclarando que por error aritmético el Juzgado había totalizado treinta y siete (37) meses de prisión, cuando la suma correcta era de treinta y nueve (39) meses.

Inconformes con la decisión, tanto el defensor de VALENCIA GRISALES como el de BETANCUR RODRIGUEZ, la impugnaron en casación, pero solamente el primero presentó demanda, mientras que al segundo el Tribunal le aceptó el desistimiento del recurso.

La demanda:

Desde un inicio anuncia el casacionista la formulación de un cargo como principal, y el segundo como subsidiario. Ocupándose de aquel invoca la causal primera de casación para aducir una violacióon indirecta de la ley sustancial por errores manifiestos de hecho en los que recayó el juzgador, cuando al apreciar la prueba le dio un valor que no tenía, incurriendo en tergiversación de su sentido y vulnerando así las normas contenidas en los artículos 282, 367 y 368 del Código de Procedimiento Penal.

Concretándose a la diligencia de reconocimiento en fila de personas practicada por el instructor, en que la madre del denunciante, señora Inés Henao de Ramírez, descartó a CESAR AUGUSTO VALENCIA GRISALES como uno de los autores del asalto, el Tribunal se equivocó en su apreciación pues con la afirmación "el cuarto de izquierda a derecha se me parece sólo que el otro era más alto" la declarante expresaba que carecía de certeza.

Desconoció también el Tribunal –se agrega–, los informes del Juzgado Quinto Penal Municipal y de la Fiscalía Especializada de esa ciudad sobre cesación de procedimiento y preclusión de la investigación proferidas en favor del defendido, deduciéndole sindicaciones ahora inexistentes, al desconocer que aquellas determinaciones equivalen a sentencias absolutorias.

Concluye el cargo solicitando a la Corte que case la sentencia impugnada, por lo menos en cuanto a VALENCIA GRISALES se refiere, porque los errores cometidos no le permitieron al Tribunal ver la equivocación en que incurrió el denunciante al señalar a este acusado como uno de los autores del reato, cuando la madre del mismo ofendido lo tenía descartado.

Como cargo subsidiario, invocando de nuevo la causal primera acusa el libelista una violación indirecta de la ley sustancial, esta vez por error de derecho consistente en admitir y valorar como prueba un medio de convicción irregularmente aportado, por omisión de las formalidades legales que correspondían, dando lugar a la vulneración de los artículos

1o., 13, 20, 246, 247, 251, 254, 282, 294, 367, 368 del Código de Procedimiento Penal. De no ser por el yerro anotado, agrega, la sentencia hubiera sido absolutoria, pues el Tribunal debió tener en cuenta que el reconocimiento de VALENCIA en fila de personas por parte del denunciante Héctor Jaime Ramírez Henao, violaba los presupuestos del artículo 367 *ibídem*, porque el aspecto físico del imputado no correspondía a la descripción que de los agresores hizo en la denuncia, siendo el resultado de la divulgación de las fotografías de los tres procesados publicadas por el diario "La Patria".

Sin más acotaciones remata solicitando a la Corte que frente a la eventual improsperidad del cargo principal, case la sentencia como resultado de la inconformidad expresada en subsidio.

Concepto del Ministerio Público:

En criterio de la Procuraduría Tercera Delegada el primer cargo adolece de insalvables fallas técnicas, por no haber confrontado el censor las pruebas con la valoración que hicieron los sentenciadores, único medio eficiente para concretar la tergiversación; omitir la demostración de la trascendencia de los errores en el fallo y la forma como quebrantaron la ley sustancial, y dejar así el reproche en el plano de los simples enunciados, sin conclusiones precisas, deficiencia que no puede completar o suplir la Corte, como insinúa el actor, por impedírselo el principio de limitación.

Ingresando, sin embargo, al análisis de las inquietudes del casacionista, en torno del reconocimiento que del procesado VALENCIA GRISALES hizo Inés Henao de Ramírez, considera que pese a la efectiva ocurrencia del error de hecho proveniente de la desacertada valoración del Tribunal, pues a la expresión dubitativa de aquella se le dio el carácter de plena identificación, concluye en que como el libelista no expuso "con claridad y precisión" la incidencia del yerro en la sentencia, el reclamo no amerita su prosperidad.

Pasando a referirse luego a la supuesta distorsión de las comunicaciones en las que varios despachos judiciales dieron cuenta de las determinaciones de cesación y preclusión de otras imputaciones, afirma

la Delegada que el censor se equivocó al creer que tenían la misma fuerza de la sentencia absolutoria, pero como además el Tribunal las consideró simple demostración de "la vida disipada del sentenciado" y no antecedentes delictivos, el cargo resulta infundado por inexistencia de error, además de que la única forma de discrepancia posible sería en torno de la importancia de las sindicaciones, como "error de derecho por falso juicio de convicción que, hoy por hoy, no es procedente".

Sobre el mismo tema, hace ver que no todas las sindicaciones reseñadas en el expediente concluyeron en la forma anunciada, pues sobre la "del Juzgado Trece de Instrucción Criminal de Manizales... por delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas, que fue remitida a la jurisdicción de orden público de Medellín" no se allegó constancia en tal sentido.

Al segundo cargo también se le endilgan deficiencias técnicas, como la de no precisar ni demostrar la vulneración de norma sustantiva, haciendo únicamente mención de "una prueba irregularmente aportada al proceso" pero sin concretar la anomalía, ni percibirse en el acta de reconocimiento la pretermisión de las formalidades exigidas. En cuanto a que el testigo no haya descrito anticipadamente al reconocido, se trata de exigencia del artículo 368 del actual Código de Procedimiento Penal, más no del precepto vigente cuando la prueba fue practicada (Decreto 50 de 1987). De todos modos, en la denuncia aparecía "una breve descripción de los sindicados, la que no perdió vigencia probatoria", circunstancia que lleva a la desestimación del reproche y a la sugerencia de que la Corte no case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala:

Comparte la Corte las observaciones del Ministerio Público alusivas al incumplimiento por parte del actor de sustanciales requisitos para que la impugnación en sede de casación prospere, pues el deber del casacionista, después de ubicar la censura en el marco de la violación indirecta, era el de demostrar (en cada cargo) con argumentos convincentes, cuál fue el error manifiesto, señalando las normas vulneradas y estableciendo su incidencia en la parte resolutiva de la sentencia recurrida. Las deficiencias que en este campo se presentan no

pueden pasar inadvertidas para la Sala, como tampoco pueden remediarse de oficio, pues el principio de limitación que rige esta acción extraordinaria circunscribe la actividad de la Corporación al contenido y desenvolvimiento de la demanda, sin que le sea dable complementarla o suplirla en sus vacíos.

Ingresando, sin embargo, al estudio de los cargos, tiénese que en el *primero*, planteado como principal, el casacionista se conforma con enunciar la prueba afectada por el yerro sin demostrar de qué manera se dio su tergiversación, tampoco su incidencia sobre el fallo, pues el escrito se conformó con afirmar que la diligencia en que intervino la señora Inés Henao de Ramírez no revestía certeza, porque en lugar de reconocer al acusado lo descartó al afirmar que a pesar del parecido "...el otro era más bajito...".

A la falta de argumentos que acrediten la deformación del contenido de este medio debe agregarse la manifiesta inconducencia de un ataque tan parcial, pues cuando la demanda versa sobre el error de hecho, su éxito depende del desquiciamiento de la totalidad y no de una parte de los medios de convicción que sirvieron de apoyo a la sentencia, pues de llegar a mantenerse incólumes piezas esenciales de la estructura probatoria, por carencia de reproches o insuficiencia de los intentados, el proceso de evaluación ya decantado por la profusa labor de reflexión que representa su análisis en dos instancias, sigue siendo válido, determinando su vigencia la inanidad de la pretensión demandatoria.

Es de anotar, por lo demás, que la diligencia objetada tampoco constituía la prueba exclusiva sobre responsabilidad, ni la única determinante de la condena. Su valoración fue exacta al tenerla el juzgador como explicación de un "parecido" de VALENCIA con uno de los asaltantes, lo que no podía calificarse de coincidencia ante el reconocimiento que hizo el denunciante del mismo acusado en rueda de personas, su aprehensión en tenencia de elementos mal habidos y la desvirtuación de sus excusas, tras catalogar de acomodadas las versiones encaminadas a demostrar su presencia el día de los hechos en lugares distantes de aquel donde los hechos ocurrieron; apreciación que no inquietó la acuciosidad del casacionista, pese haberse reiterado la orden

de investigar a quienes faltaron a la verdad por tratar de proteger a los acusados y concluir que la falacia constituía elemento indicador en su contra.

En cuanto a la consideración de otras sindicaciones en la sentencia impugnada, jamás se les dio a ellas el carácter de antecedentes penales, como cree verlo el casacionista, categoría reservada por la propia Constitución a las sentencias condenatorias en firme (artículo 248). Su presencia en el proceso se resalta como simple acotación valorativa en el análisis de la personalidad y andanzas de los acusados, de quienes se sostuvo que habían "llevado una vida un tanto disipada, inclinados más por el vicio y la vagancia que por las buenas costumbres". Pero de esa afirmación no se derivó la decisión determinante de condena, ni un incremento de la pena, pues la sentencia de primer grado no mencionó estas constancias, y en la de segunda la aclaración del cuantum de la pena apenas si rectificó un error aritmético, sin variación de las razones ni las circunstancias de la sanción, quedando descartada la incidencia de dicha información por simple sustracción de materia.

El *segundo cargo*, subsidiario del anterior, adolece como aquel de insalvables y similares fallas técnicas, porque para invocar la violación indirecta por error de derecho consistente en falso juicio de legalidad, no basta la simple afirmación de un desacierto, como que muy a pesar de su ocurrencia ha de demostrarse que la prueba considerada jurídicamente ineficaz se refleja en la sentencia, no como elemento supletorio o adjetivo de otro, sino con tanta influencia que sin ella perdería el fallo su fundamento probatorio.

En este caso, la irregularidad se hace radicar en que la diligencia de reconocimiento en fila de personas por parte de Héctor José Ramírez Henao a CESAR AUGUSTO VALENCIA GRISALES, no cumplió con el requisito de la previa descripción por el testigo de la persona a reconocer. Esta exigencia, sin embargo, no la imponía la legislación vigente a la fecha del acto procesal, reapareciéndo apenas –tomada del Código de 1970– en el Decreto 2700 de 1991. Además de procurar con tal proposición un contraste meramente artificioso elaborado sobre falsos presupuestos como el desconocimiento del principio de legalidad, vuelve a caer el censor en el error de parcializar su ataque sobre medios apenas

complementarios que al lado de otros trascendentes formaron el verdadero convencimiento judicial.

Por otra parte, la diligencia de reconocimiento no constituye prueba autónoma, pues por su naturaleza es parte del testimonio de quien verifica el señalamiento, constituyendo uno de los compromisos de quien luego de presenciar una infracción queda en capacidad de señalar al responsable. Sin embargo, y por la trascendencia que tiene la individualización del sospechoso a través de este medio, fortaleciendo la versión directa con la que está íntimamente vinculada, mal podría tratarse de un medio informal o ajeno a requisitos mínimos y sustanciales para su validez.

Protegiendo la importancia del reconocimiento, fija la ley como ritualidad condicionante de su legalidad una serie de exigencias que a la vez amparan el debido proceso y la defensa, al exigir que el reconocimiento se rinda bajo juramento, en presencia del defensor del procesado, rigiendo la apariencia e indumentaria del sospechoso y el número de personas que han acompañarlo y la ubicación del testigo en un lugar oculto, exigencias uniformes y coincidentes en los tres estatutos procesales que han regido durante los últimos veinte años. Constituye sin embargo, diferencia importante que el actor equívocamente aquí explota, la previsión contenida en los Decretos 409 de 1971 y 2.700 de 1991, no prevista en el Decreto 50 de 1987, de la descripción previa del imputado a reconocer por parte del testigo.

Salvo una coma, el aparte que se transcribe es idéntico en los códigos de 1971 y 1991 (incisos segundo y primero de los artículos 407 y 368, respectivamente):

> "...quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona de quien se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen".

Así, entonces, si este requisito no se exigía en vigencia del Decreto 050 de 1987, es comprensible que el funcionario que entre el 1o. de julio de 1987 y el 30 de junio de 1992 debiera realizar reconocimientos en fila de personas, no estuviera obligado a exigir en ese acto y previo al reconocimiento del sospechoso su entera descripción, así que esa omisión

o falta de constancia en el acta respectiva no pretermitía las condiciones esenciales de validez o existencia de la diligencia, ni por lo mismo podía luego aducirse como falso juicio de legalidad.

El Decreto 050 de 1987 contenía una exigencia similar, pero como parte del interrogatorio en la recepción del testimonio (artículo 294), para aquellos eventos en que el deponente incriminase a una persona. En el caso que ocupa la atención de la Sala, tal requisito se cumplió como así consta en la denuncia formulada bajo juramento que rindió Héctor Jaime Ramírez Henao cuando, a la pregunta "Haga una descripción de los asaltantes, datos morfológicos, vestimenta", respondió suministrando detalles como la edad, el color del cabello, la estatura y la contextura de tres de los agresores, afirmando además que podía reconocerlos de llegar a verlos en persona en otro sitio o en fotografías.

Sin duda las versiones sucesivas de una misma persona rendidas bajo juramento integran su testimonio para fines de valoración probatoria, y así ocurrió con la denuncia de Ramírez Henao, su posterior ampliación y el reconocimiento en fila de personas de dos de los procesados, diligencias que individualmente cumplieron con los requisitos legales y consideradas como unidad, constituyeron para las instancias prueba bastante de incriminación contra los reconocidos, entre ellos CESAR AUGUSTO VALENCIA GRISALES, sin que el infructuoso ataque del actor haya logrado su desestabilización, a través de un cargo fundado en andamiaje tan precario y falto de razón.

Como forma singular de entender el reconocimiento de una persona, finalmente plantea el demandante que el señalamiento de VALENCIA GRISALES por parte del denunciante provino de la fotografía publicada en un periódico y no de la retentiva del testigo; no repara el crítico en que una identificación casual no excluye la práctica del reconocimiento en fila de personas, pues ésta diligencia se torna imprescindible sea para descartar una posible confusión, ora para concretar judicialmente la incriminación. Ello ocurrió en este mismo proceso cuando Julio César Ramírez Henao llegó al Juzgado a informar que en la prensa había visto una gráfica de quien el día de los hechos lo intimidó con un arma. El instructor no tenía mecanismo distinto de verificación que realizar la diligencia de reconocimiento para confrontar esa afirmación, pero no

exclusivamente ante la persona del sospechoso –lo que hubiera constituído un error–, sino conformando la fila que en rigor correspondía para despejar cualquier duda no solamente en favor de la investigación sino de otros partícipes del nuevo hecho que nada tenían que ver con el anterior y aparecían en la fotografía.

Los cargos propuestos no fueron demostrados. La censura no puede prosperar.

Han resaltado la Delegada y la Corte que en el fallo de segunda instancia, matemáticamente se incrementó la pena para el apelante único, lo que podría interpretarse como aparente transgresión al principio superior previsto en el artículo 31 de la Constitución Política.

Sin embargo y bien miradas las cosas, ese presunto yerro no se dio, pues a todo lo que llegó el *ad-quem* fue a la corrección de un error numérico que de no haber sido rectificado en segunda instancia, aún oficiosamente podía subsanarlo el juez que ejecutase la sentencia, pues cuando el juzgador de primer grado se ocupó de tasar la pena precisó la base de esa imposición (26 meses) y en términos de meses y de días el incremento por concurso de circunstancias de agravación (4 meses y 10 días, y 8 meses 20 días), lo que daba un total de treinta y nueve (39) meses, pese a lo cual sumo tan sólo treinta y siete (37). Esta pretermisión podía recogerse sin límites en el tiempo, a solicitud de parte o de oficio (art. 211 C.P.P.), y como de tal prerrogativa se hizo uso, que no del arbitrio o la ilegalidad, tampoco podría ahora pretenderse su invalidación mediante el mecanismo oficioso consagrado en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

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 impugnada, de fecha, origen y contenido consignados en esta providencia.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Lo que constituye falta de consonancia entre la acusación y el fallo, es que en éste se tome por sorpresa a alguno de los sujetos procesales, por no corresponder la sentencia a los precisos parámetros de la resolución acusatoria.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 073.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de febrero 24 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a CARLOS JULIO MANCIPE PINZON a 2 años de prisión por el delito de Homicidio culposo.

Hechos y actuación procesal:

1. A la media noche del 1o. de junio de 1991 Nelson y Ricardo Mora Narváez, acompañados de un amigo, llegaron embriagados a la cigarrería de Carlos Julio Mancipe Pinzón, ubicada en la Calle 6-A No. 53-09 de esta ciudad, con quien tuvieron problemas por haberse negado a venderle fiado aguardiente. Riñeron y Mancipe Pinzón logró sacarlos y cerrar la puerta. Esos tres individuos procedieron entonces a golpear la puerta y ventanas, rompiendo unos vidrios de las mismas, ante lo cual, y con el fin de asustarlos y de que "no siguieran acabando con el establecimiento", Mancipe Pinzón disparó el revólver aprovechando uno de los espacios dejados por dicha ruptura. Hizo el disparo hacia el andén, la bala rebotó y fue a impactar en el abdomen a Rodolfo Fernando Mora Narváez, quien hablaba con su compañera y había corrido hacia el dicho

establecimiento. A consecuencia de dicho disparo, Rodolfo Fernando falleció en el hospital de Kennedy.

2. Capturado esa misma noche Mancipe Pinzón rindió indagatoria en el Juzgado 34 de Instrucción Criminal, diligencia en la cual aseveró que disparó para defenderse y para evitar que destruyeran su cigarrería.

Se practicaron otras pruebas pedidas por el defensor del acusado y con fecha 11 de junio se dictó auto de detención contra el sindicado por homicidio culposo (fls. 61 y ss.-1); luego el apoderado de la parte civil solicitó otras diligencias y éstas se llevaron a cabo.

Cerrada la investigación se calificó el sumario con resolución acusatoria por el delito mencionado (art. 329 C.P.). Apelada esa providencia por ambos apoderados (el de la parte civil para que se convirtiera el delito en doloso, y el defensor con miras al reconocimiento de la legítima defensa), el Tribunal, por medio de auto de febrero 13 de 1992, la confirmó (fls. 18 y ss.-2).

3. El Juzgado 22 Superior asumió la causa y en el período probatorio de ésta se practicaron unas pruebas pedidas por el defensor (fls. 199 y ss.-1), celebrándose audiencia pública el 11 de noviembre de 1992 (fls. 350 y ss.-1).

Se dictó sentencia el 1o. de diciembre (fls. 391 y ss.-1), mediante la cual se absolvió al procesado por estimarse que obró dentro de un caso fortuito (art. 40-1 C.P.).

Consideró el Juzgado que el acusado únicamente quería asustar a los agresores y precisa: "Todo el análisis efectuado hasta este momento a lo largo de las consideraciones lleva al Despacho a concluir fundadamente que Carlos Julio Mancipe Pinzón, dadas sus intenciones y las agresiones de que era víctima la noche de autos, al disparar hizo uso del legítimo ejercicio de defender sus derechos" (fl. 403-1), precisando más adelante que no hubo imprudencia de su parte, ya que el procesado enfrentó "circunstancias apremiantes", dentro de las cuales "la conciencia permite utilizar un medio peligroso –arma de fuego– pero así mismo utilizarlo con mesura –disparando al piso–, no puede endilgarse al agente un delito culposo por daño que se

ocasiona a un tercero que aparece inesperadamente en la escena de los hechos, al punto que no pudo ser visto por el propio procesado. Se hace palpable en consecuencia la existencia de la causal de inculpabilidad enmarcada en el numeral 1o. del artículo 40 del Código Penal, por CASO FORTUITO..." (fl. 405-1, mayúsculas del original).

Ese fallo fue apelado por el apoderado de la parte civil y el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el defensor del acusado, lo revocó y condenó a este a la pena principal de 2 años de prisión y multa de mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, concediendo el subrogado penal respectivo (fls. 62 y ss.-2).

Sustancialmente, consideró el Tribunal que "no puede ser más patética la omisión de cuidado, pues si se tiene en cuenta que el andén es de cemento, cualquier persona puede prever que la bala pega y rebota, sin que para esto se necesiten conocimientos técnicos, pues además si disparó hacia la calle, bien puede ocurrir, siendo también previsible por cualquier sujeto, que alguien transite por la vía o sencillamente se interponga en la trayectoria final del proyectil y resulte lesionado o muerto, según el caso" (fls. 70 y 71-2). Luego anota: "El señor Mancipe Pinzón hubiese podido hacer uso del arma disparando en dirección distinta, donde no creara riesgo para la vida de nadie, o acudir a otros medios para que los hermanos Mora Narváez –quienes ya habían causado el daño, si de eso se trataba–, pero además, contaba con la compañía de una persona que podía conjurar cualquier peligro..." (fl. 71 cit.).

El recurso de casación se concedió el 14 de abril de 1993 (fl. 80-2). Luego el procesado dio poder a una abogada que el 7 de junio presentó la respectiva demanda. Sin embargo, al parecer el 1o. de julio (el término para dicho efecto venció el 8 de junio, fl. 98-2) presentó otra demanda de casación, la cual, por razones obvias, la Sala no considerará.

La demanda:

Afirma la actora que se violó el debido proceso porque el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra el fallo absolutorio dictado por el Juzgado, no se sustentó debidamente.

Aduce "violación del principio de contradicción", afirmando desconocidos los artículos 29 de la Carta Política y 10 del Código de Procedimiento Penal. Alega que en cuanto a algunas de las pruebas solicitadas por el apoderado de la parte civil, el Juzgado hizo las citaciones correspondientes sin fijar fecha y hora. Por este sutil pero habilidoso mecanismo –dice la censora– "se impidió a la defensa acudir a esas diligencias para contrainterrogar a los testimoniantes" (fl. 90-2).

Asevera que hubo en el proceso "inobservancia de la plenitud de las formas propias del proceso", indicando que se violaron los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal: 246 (necesidad y legalidad de las pruebas), 254 (apreciación de la prueba). "Se ignoró la alteración, la angustia y el miedo que estaba sintiendo por las agresiones violentas, injustas y continuadas que padecía y que fueron factor determinante de su reacción con 'animus defendendi'", dice la impugnante; 333 (sobre la investigación integral. "a que la conducta dolosa de los atacantes fue ignorada por el fallo...", precisa la censora) y 294, referente a la apreciación del testimonio. Finalmente agrega que se desconoció el principio *in dubio pro reo*.

"La sentencia no está en consonancia con los cargos de la resolución acusatoria". Bajo esta titulación la demandante afirma que en el referido pliego de cargos no se dice que el disparo fue posterior a las agresiones, cosa que sí se dijo en la sentencia.

Por último, alude a las "causales de nulidad" planteadas, y pide a la Corte que case el fallo para "decretar la nulidad por los vicios denunciados y que violaron el derecho a la defensa" (fls. 93 y 94-2).

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal empieza por sostener que en sede de casación no es permitido presentar "un escrito libre", así se trate de nulidad, en la cual tampoco se "libera al impugnante de las cargas que la propia ley le ha señalado para que su intento salga triunfante".

Dice que en el presente caso es perceptible que el cargo de no sustentación del recurso de apelación interpuesto por el apoderado

de la parte civil contra el fallo absolutorio, "aparte de la mención del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal que se estimó infringido y la alusión a lo que por sustentación entiende la censora, ningún otro argumento se muestra en respaldo de una petición que es necesario adivinar. No se indica en modo alguno en qué medida y por qué razón ese supuesto inadecuado trámite logra quebrar la estructura misma del proceso o afectar el derecho a la defensa del acusado; tampoco se define el momento en el que surgió la causal de nulidad alegada ni la manera como debe proceder la Corte para corregir, si ello fuere posible, la irregularidad sustancial que sirve de fundamento a la acusación" (fl. 12 cdno. Corte).

En cuanto a la no oportunidad para contradecir las pruebas y en relación al debido proceso como derecho, considera la Delegada que la situación "no mejora", pues no se acreditó que las alegadas irregularidades "fueran de naturaleza sustancial, ni que por alguna vía, hubieran afectado el derecho a la defensa del incriminado o hubieran quebrantado otra cualquier garantía constitucional que aconseje la reposición de lo actuado para preservar la legitimidad del juicio" (fls. 12 y 13).

En punto a la valoración de la prueba testimonial, estima que tal cosa es arguible al amparo de la causal de nulidad, además de que "ni siquiera se especificó la causal que se aduce para pretender la ruptura del fallo y en la que incluso la cita de las disposiciones legales presuntamente infringidas por el sentenciador, resulta incorrecta a la luz de sus contenidos" (fl. 13).

En relación con la falta de concordancia entre la acusación y el fallo impugnado, anota que esta alegación es contradictoria "en tanto que reclama la emisión de una sentencia de reemplazo y al mismo tiempo la anulación del proceso" (fl. cit.).

Sin perjuicio de lo señalado, la Delegada se refiere así a los siguientes puntos:

Por lo que toca al "indebido trámite del recurso de apelación", dice que tal impugnación sí fue debidamente sustentada, y precisa: "Lo que

persigue la ley con la exigencia de sustentación del recurso es evitar que se postulen impugnaciones con un ánimo meramente dilatorio o de obstaculización de la actuación procesal y obligar a los sujetos procesales a que indiquen los puntos concretos de su inconformidad, como una forma de señalar al juzgador un camino más claro y expedito –que no obligatorio ni limitante– para la toma de la decisión respectiva" (fl. 14).

Con respecto a que no se observó el principio de contradicción probatoria acota la delegada que "lo fundamental es que los medios de convicción sean conocidos por los sujetos procesales y que sobre ellos puedan dirigirse todas las críticas que se estimen oportunas o adecuadas a la defensa de los intereses particulares de cada uno de los sujetos procesales..." (fl. 15), añadiendo que en todo caso el respectivo sujeto procesal puede solicitar que se cite nuevamente al testigo, si es que no tuvo por cualquier razón oportunidad de asistir a su primigenio testimonio.

En cuanto a la "inobservancia de la plenitud de las formas propias del proceso", dice que este es un reproche en el cual la actora "lo que cumple es una tarea irrespetuosa de la técnica al incluir en su afanoso libelo expresiones generales que debían ser motivo de causales diferentes, por supuesto con su precisa demostración" (fl. 15), anotando que la demandante además "incurrió en maniobras aún más incorrectas como la consistente en criticar el grado de credibilidad dado por el *ad quem* a ciertos testimonios –que ni siquiera nombró–, sin advertir que con ello irrumpe contra el principio de la libre apreciación de las pruebas que gobierna la actividad del juez" (fl. 16).

Pide, pues, no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte:

Antes de entrar a examinar los cargos (que en su alegato la demandante no califica ni separa), debe la Sala hacer las siguientes glosas:

1. La actora por parte alguna cita la causal de casación a que acude, y sólo por el desarrollo de los reproches deja ver que invoca nulidades.

2. Mezcla indebidamente los reparos, pues cuando se refieren éstos a las pruebas indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar, es obvio que la protesta se introduce en otra causal (violación indirecta) que estuvo muy lejos de arguir en la demanda.

3. No indica en modo alguno el alcance de las fallas que le enrostra al proceso, su trascendencia ni efectos concretos, dejando a la Sala en una neta perplejidad al respecto. Olvida la actora que en casación el demandante debe demostrar –o al menos tratar de hacerlo– que las irregularidades aducidas comportan idoneidad para, de alguna manera, cambiar el sentido del fallo. Cuando, como en este caso, se mencionan supuestas falencias sin señalar su incidencia, sencillamente la Corte, de verdad que por sustracción de materia, quédase sin poder hacer las réplicas correspondientes. De hecho, no tiene a qué contestar.

Como anotó la Delegada, si bien es cierto que la nueva normatividad (Carta Política y Código de Procedimiento Penal) eliminó algunos requisitos en la elaboración del escrito de impugnación, ello de modo alguno significa que ésta haya dejado de ser de carácter extraordinario y que esté sujeta a determinadas exigencias de forma y de fondo, constituyendo lo primero no meras ritualidades –como se ha querido entender por algunos– sino verdaderas pautas del debido proceso, principio éste consagrado en el artículo 29 de la referida Constitución.

Primer cargo.- Afirma la casacionista que el apoderado de la parte civil no sustentó debidamente el recurso de apelación interpuesto contra el fallo absolutorio.

Esa aseveración no es cierta. En efecto, a folios 412 y ss.C.-1 se puede apreciar que en dicho disenso el apoderado de la parte civil aludió primero a las consideraciones hechas en la resolución acusatoria; hace también una breve referencia a un doctrinante patrio –sobre el caso fortuito– y en relación con el punto concreto señala que "es indispensable recordar que cuando se produjo el disparo por Carlos Mancipe Pinzón, el presunto ataque de que era víctima ya había pasado, por cuanto que por demás, los presuntos atacantes ya se hallaban fuera del establecimiento y

no era necesario que el sindicado hubiese obrado en la forma como lo hizo". Agrega el citado escrito:

> "Por otra parte, si el disparo se produjo para 'asustarlos', ha debido hacerse no en dirección al grupo de personas que se hallaban en la calle, sino en otra dirección, y por cuanto era muy fácil prever que se podía causar la muerte de alguna de las mismas, como efectivamente ocurrió.
>
> "No existe el caso fortuito propuesto por el Juzgado ya que existió culpa en la conducta desplegada por el señor Mancipe Pinzón el día de autos".

Esas argumentaciones sin duda que son una sustentación, ya que impugnan las consideraciones que hizo el Juzgado para arribar al caso fortuito. Esto, aparte de que los juzgadores de instancias tienen cierta libertad para apreciar la conducencia o inconducencia de las sustentaciones, debiendo, sí, seguir la lógica y la razonabilidad que cada caso amerita, lo que aquí cumplió la instancia respectiva.

No prospera entonces el reproche.

Segundo cargo.- Sostiene la demandante que se violó el principio de contradicción, porque al citar ciertos testigos sin fecha y hora, se le impidió a la defensa controvertir la prueba.

Véase qué sucedió en ese sentido.

A unas pruebas solicitadas por el apoderado de la parte civil (fls. 94 y ss.-1), el Juzgado citó a unos agentes de policía mediante telegrama No. 1269 de 23 de julio de 1991, el cual dirige al Comandante de la Estación VII de Policía, así: "Atentamente solicítole hacer comparecer este Despacho días horas hábiles distintos agentes... respectivamente, fin practicar diligencia penal" (fl. 96-1).

Teniendo en cuenta el específico servicio que adelantan los policiales, cuesta de verdad trabajo citarlos a fecha y hora fijos. Además, en el proceso consta que el defensor siempre estuvo actuante y que incluso

alcanzó a protestar por dicha "indeterminación" en las citaciones que se hicieron a dichos testigos. Como bien dijo la Delegada, si luego el defensor encontró algún vacío o deficiencia en las declaraciones de esos policiales, bien pudo pedir ampliación de sus testimonios, más no lo hizo.

Lo propio cabe decir de las citaciones que se hicieron a los testigos Nelson Mauricio Mora Narváez y Mercedes Ordóñez Cruz (fl. 99-1), aunque aquí si hubiera resultado más ágil y conveniente la determinación que echa de menos la actora. Con todo, es obvio que en este punto tampoco se impidió al defensor intervenir o repudiar de algún modo esos testimonios.

No prospera el cargo.

Cargos tercero y cuarto.- Se estudian ambos conjuntamente por ser atañederos a la prueba: el primero dice relación a la necesidad y legalidad de la misma, precisando que no fueron tenidos en cuenta la angustia ni el estado de miedo del procesado, y que este sí se defendió justamente. El segundo cargo, también alude a dicho aspecto probatorio, pues la falta de consonancia entre el pliego de cargos y el fallo la pretende encontrar la demandante en que en aquel no se dice que el disparo fue posterior a la agresión, al paso que en la sentencia sí.

Aparte de que tal cosa no es cierta (siempre se dijo que cuando Mancipe Pinzón disparó, ya sus iniciales agresores estaban afuera y que incluso la puerta de la cigarrería se había cerrado), discutir así la prueba al amparo de la nulidad es del todo incorrecto y debe rechazarse. Ya inicialmente se anotó que estos tópicos deben ineludiblemente ventilarse (si como en este caso de evaluación probatoria se trata) dentro del marco de la causal primera de casación, cuerpo segundo.

Ahora, en rigor, lo que constituye falta de consonancia entre la acusación y el fallo, es que en este se tome por sorpresa a alguno de los sujetos procesales, por no corresponder la sentencia a los precisos parámetros de la resolución acusatoria, cosa que aquí no ha acontecido, como que se juzgó al procesado por homicidio culposo y por este delito se le condenó.

No sale avante, pues, la demanda y el fallo permanecerá intacto.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR / DOLO

Exhibe el actor una ostensible confusión teórica cuando equipara repetidamente la riña y el dolo de ímpetu a la diminuente de la ira. No: bien puede existir riña y dolo de ímpetu y no asomar por ningún lado la ira. Esto, porque no es inherente a la riña un comportamiento ajeno grave e injusto.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 073.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de marzo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó a GUSTAVO MORALES RIVEROS a 10 años de prisión por el delito de Homicidio.

Hechos y actuación procesal:

1. La noche del domingo 29 de julio de 1990 varias personas se encontraban en la tienda ubicada en la vereda El Herrero, comprensión municipal de Fosca (Cundinamarca). De pronto entró José Raúl Quevedo Rey y –parece que accidentalmente– escupió junto a los pies de Vitelmo Rey. Estas dos personas discutieron y finalmente se desafiaron a pelear; intervino entonces Gustavo Morales Riveros y empujó a José Raúl, apareciendo entonces uriel Quevedo en defensa de su hermano y fue herido con cuchillo por Morales Riveros (14 días de incapacidad). Ante ello, Luis Eberto Quevedo Quevedo (hermano mayor de los referidos Quevedo) dio un botellazo a Morales Riveros, quien replicó causándole en la zona del tórax tres heridas que le causaron la muerte. Morales Riveros fue capturado seguidamente.

2. El Juzgado Promiscuo Municipal de Fosca, abrió investigación, recibió unas declaraciones y escuchó en indagatoria a Morales Riveros (fls. 66 y ss.-1) quien dijo que al ver alegando a Raúl Quevedo con Vitelmo Rey, intervino, pero igualmente arribó Uriel Quevedo, a quien empujó, llegando entonces Eberto Quevedo y "me agarró a botella" (fl. 67-1), por lo cual él sacó cuchillo, Eberto también, "y lo piqué de frente", igual que a Uriel.

En su indagatoria Vitelmo Rey sostiene que nada tiene que ver con la muerte y las heridas causadas (fl. 76 y ss.-1), y José Raúl Quevedo Rey en su declaración dice que sí discutía con Vitelmo cuando apareció el procesado Morales Riveros (fls. 59 y 168).

3. Dictado auto de detención respecto de Morales Riveros por homicidio y lesiones personales (fls. 96 y ss.-1) y absteniéndose el Juzgado de proferir medida de aseguramiento en relación con Vitelmo Rey, el expediente pasó al Juzgado 108 de Instrucción Criminal de Cáqueza. Se posesionó el hoy casacionista como defensor de Morales Riveros, y éste amplió indagatoria (fls. 197 y ss.-1), diligencia en la cual se dice agredido por la víctima Eberto Quevedo, de quien afirma lo ofendió de palabra y obra esgrimiendo además un cuchillo.

La investigación se clausuró, calificándose la misma con resolución acusatoria por homicidio. En cuanto a las lesiones personales, se constató que constituían contravención y se expidieron las copias del caso (auto de 28 de enero/91, fls. 275 y ss.-1). El defensor interpuso recurso de reposición y subsidiariamente apelación; el Juzgado no repuso y concedió la alzada, impartiendo entonces el Tribunal confirmación al auto (fls. 5 y ss.2).

El Juzgado 2o. Penal del Circuito de Cáqueza celebró audiencia pública el 14 de enero de 1993 (fls. 368 y ss.-1) y dictó sentencia el 27 de dicho mes, por medio de la cual en consonancia con la acusación, condenó al procesado Morales Riveros a la pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios y se le negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor del justiciable, el Tribunal, por medio del auto que aquél recurrió en casación, lo confirmó (fls. 16 y ss.-2).

La demanda:

Acude el censor a la violación indirecta de la ley por error de hecho, arguyendo que "el Tribunal, por decirlo así, deformó, tergiversó o distorsionó el hecho inicialmente juzgado cuando valoró en forma errada la prueba testimonial que inexorablemente llevaba a la inequívoca convicción de que la atenuante o diminuente de responsabilidad –art. 60 C.P.– sí era de recibo..." (fl. 43-A-2).

Más adelante acusa la sentencia "por cuanto ha desechado el criterio de conducta por favorecer el interés jurídicamente protegido –vida por encima de todo análisis de conducta–; ni la conducta de las víctimas provocativas o los dos hermanos Quevedo Quevedo fue analizada ni la dirección de conducta o comportamiento de los dos hermanos Morales Riveros fue tenida en cuenta al dictar semejante sentencia de condena" (fl. 44-2), enrostrándole al fallador haber "subestimado la gravedad de la ofensa proveniente o emanada de las dos víctimas provocativas o hermanos Quevedo Quevedo. Por haberla subestimado vino la sentencia de condena sin el reconocimiento de la atenuante" (fl. 46-2).

Se refiere a la personalidad del acusado (campesino analfabeta) y de la gravedad de la ofensa de que fue víctima; reitera que se dan los requisitos de la ira para más adelante agregar que el fallo impugnado tergiversó y distorsionó las declaraciones de Vitelmo Rey, Luis Alberto Morales Osorio, Pompilio Barbosa y Néstor Uriel Quevedo, señalando que de acuerdo con esos testimonios la víctima Eberto Quevedo Quevedo hirió con botella y luego amenazó con cuchillo al procesado. "De no haber esgrimido primero mi cliente su arma, el occiso hubiera asesinado al procesado" (fl. 52-2), y dice que el occiso y Néstor Uriel Quevedo "provocaron" al acusado y enfatiza que se trata de una "riña imprevista" y de "dolo de ímpetu".

También alude al testimonio de Mariana Barbosa de Pérez, quien dice que el occiso tenía un cuchillo en la mano.

Por otro lado, alega falso juicio de existencia en relación con la indagatoria de Morales Riveros, diligencia que apenas mencionó, reprochándole el casacionista al Tribunal: "Ni una sola de las respuestas

dadas por el procesado en forma clara y coherente, seria y no dubitativa fue estudiada con el cuidado necesario ante la presencia de la ira" (fl. 57-2). En seguida alude a la "versión del imputado como medio de prueba y asevera que éste 'armoniosamente' explica su presencia en el lugar de los hechos y la súbita aparición de Néstor Uriel en términos amenazantes: en la escena del conflicto inicial sólo estaba Vitelmo Rey, Raúl y mi poderdante, groseramente y en forma desafiante irrumpe en la escena un aparecido o intruso. Se trata de Néstor Uriel, la víctima provocativa por excelencia. A pesar de la irrupción de esa víctima mi poderdante apenas se limitó a empujarlo; creyó seguramente mi cliente que iba a ser atacado y en efecto sucedió así; llegó luego la lluvia de botellazos y como consecuencia natural la reacción del atacado" (fl. 58-2).

Anota que no obstante el sentenciador admitir la existencia de "una súbita o improvisada trifulca, a la postre se deniega justicia excluyendo el anhelado estado emocional de la ira" (fl. 60-2), y sostiene luego que a pesar de reconocerse en el fallo impugnado que la víctima tenía en la mano un cuchillo, "de inmediato salta en su defensa enrostrándole a mi cliente toda culpa o provocación".

Repite que el procesado no actuó con "dolo malo o dolo deliberado" y precisa que este proceso arroja un caso de "riña imprevista o estado de ira". Hace algunas consideraciones sobre las clases de dolo, afirmando que el acusado procedió con dolo de ímpetu, para concluir:

> "Y como quiera que para justificar los efectos del acomodamiento o tergiversación de la prueba se ocultaron las heridas de mi poderdante en su cabeza, como quiera que jamás se rompió el nexo de causalidad entre el acto criminal de la provocación proveniente de los cuatro atacantes ya señalados y a la acción o reacción inmediata de aquél, como quiera que se pudo probar hasta la saciedad que Morales Riveros no podía obrar de manera diferente, atendiendo razones de equidad y justicia..." (fl. 73-2).

En esos términos, pues, pide que se case parcialmente el fallo y se conceda la ira.

"Nosotros sólo aspiramos a la diminuente o rebaja de pena", dice finalmente el censor (fl. 76).

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Deleado en lo Penal dice primeramente que el escrito de impugnación se muestra como "simple relación de la actuación, opiniones, criterios personales, cita de todo orden, que por contera sólo enuncian supuestos vicios del fallador, pero sin demostración acerca de su existencia ni de su trascendencia, tornando el libelo precario de seriedad" (fl. 17 cdn. Corte), señalando que incluso el casacionista, no obstante haber alegado violación indirecta, se adentra en la violación directa al quejarse de que el Tribunal "desechó el criterio de conducta para ocuparse privilegiadamente del interés jurídicamente protegido por la norma que consagra el tipo penal de homicidio" (fl. 18).

Observa que el recurrente deja ver que "el estado de ira o riña imprevista" (que son dos conceptos diversos, dice la Delegada) anulan la culpabilidad dolosa, que no es cierta. Dice luego la Procuraduría:

> "Olvidó el impugnante que dentro del sistema de la sana crítica el Juez tiene autonomía para apreciar las pruebas, con libertad dentro de la lógica, razón y la experiencia, las distintas probanzas y darles el valor que merezcan, para lograr clarificar la verdad de lo ocurrido y estructurar la base fáctica de la sentencia para la posterior aplicación del derecho.
>
> "En tal labor fue entonces como los juzgadores de instancias encontraron la certeza del hecho punible y subsiguiente responsabilidad del procesado con base en las versiones rendidas por Pompilio Barbosa e Isidro Ladino y en las indagatorias dadas por Gustavo Morales Riveros y Vitelmo Rey" (fl. 19).

Frente a ello, enfatiza la Delegada, nada tienen que hacer las "simples apreciaciones personales" del censor, resultando entonces razonable el rechazo de la atenuante por ira ya que "las circunstancias que rodearon el suceso no ameritaban tal opción, pues la trifulca iniciada y luego asumida como propia por parte del procesado (que si bien recibió el

botellazo fue por su actitud desafiante), no lo autorizaba para reaccionar contra la vida de las personas, cuando en verdad sobre él no se había ejercitado una actitud con los visos de gravedad que reclama la ley" (fl. 21).

Finalmente, dice la Delegada que, contrario a lo que afirma el casacionista, el fallador sí consideró la indagatoria del procesado Morales Riveros, "a punto que se constituyó en pilar del sentenciador para establecer luego cómo en la ampliación el procesado quiso variar diametralmente su relato de los hechos, versión que estimada como no ajustada a la realidad privaría de inmediato el poderse referir a la primera como confesión y de allí pedir sus consecuencias; trasladándose así la censura al error de derecho por falso juicio de convicción" (fl. 23), concluyendo que, en fin, lo que hace el actor es "proponer un novísimo examen de cuestiones fácticas ya debatidas para buscar una panorama diverso al entendido por los juzgadores que las definieron después de haberlas apreciado conforme a los patrones de la sana crítica" (fl. 24).

Sugiere entonces no casar la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

1. Cabe decir primeramente que el casacionista apenas lanza afirmaciones del error de hecho que invoca, pero deja sin sustento las mismas. En efecto: por parte alguna demuestra que en los testimonios que menciona el sentenciador haya hecho decir a los testigos algo diferente a lo declarado, yerro en que consiste la tergiversación aducida. Se trata en este supuesto (error de hecho por falso juicio de identidad) de una desfiguración netamente material, detectable con sólo comparar la declaración del testigo con la referencia que a la misma hace el fallador.

Véase cómo descartó el sentenciador de primer grado la pretendida aminorante de pena (art. 60 C.P.): "No puede hablarse en este asunto de un estado de ira.. Baste escuchar los descargos de Morales Riveros para darse cuenta de la conciencia y frialdad con que actuó, puesto que inclusive percibió el momento mismo en que dizque "los piquó", y cita una jurisprudencia de esta Sala.

Por su lado, el Tribunal de Cundinamarca dijo que si bien puede pensarse que el occiso portara arma (según la testigo María Barbosa de Pérez, mencionada por el casacionista), "de la inicial indagatoria del procesado se infiere que él se aprovechó de la situación, porque el obitado se encontraba agachado buscando el cuchillo, según lo sostuvo el encartado, instante en el cual le propinó la puñalada" (fl. 23-2), agregando que la reacción del procesado "fue desproporcionada a las circunstancias, como quiera que se trataba de una pelea entre personas distintas a sus intereses personales, ya que el sindicado se metió en una discusión de personas ajenas a sus propios conflictos, es decir se adueñó del problema como suyo, sin ser el directo afectado por las ofensas esgrimidas por el pleito entre Vitelmo Rey y Raúl Quevedo" (fl. 24-2). En seguida agrega:

> "La trifulca presentada no tiene en sí capacidad suficiente para producir un estado de ira en una persona que voluntariamente decidió tomarla como propia, o sea, el protagonismo que asumió no le daba ningún derecho para atentar contra la vida de las personas".

Esencialmente, el sentenciador se apoyó en las declaraciones de Pompilio Barbosa y de Isidro Ladino Rey. El primero dijo: "... en esas fue que Eberto, al ver a su hermano herido, se puso disgustado y le echó botella a Gustavo, yo miré que le mandó pero no supe si le pegó o no y en esas volvió y se le arrimó Eberto a Gustavo y Gustavo le hizo un viaje con la misma arma que había lesionado a Uriel..." (fl. 51-1). El segundo declaró: "...volví a mirar y llegó Uriel Quevedo ahí y atajó a Gustavo y le dijo quieto que no molestara, y entonces cuando miré la vaina así, seguí para adentro y no me di cuenta de más sino cuando volví a mirar fue que Gustavo hacía así (el declarante hace el ademán de lanzar un cuchillo con la mano hacia adelante) o sea hacía viajes con el cuchillo hacia donde estaban Uriel y Eberto..." (fl. 54-1).

Se ve entonces que al rechazar la ira el Tribunal no tergiversó prueba alguna, pues los testigos (específicamente los dos acabados de mencionar) colocan al procesado primero atacando al hermano de la víctima (Uriel) y luego, cuando ésta arribó, atacarla también con el mismo cuchillo.

Entonces está muy lejos de encararse un "comportamiento ajeno grave e injusto" que haya producido en el procesado Morales Riveros el estado emocional que pretende el censor se le reconozca.

Todo hace ver, por el contrario, que aquél lo que persigue es que salga avante su personal modo de ver el panorama procesal, lo cual no es de recibo frente a las consideraciones del sentenciador, amparadas por la doble presunción de legalidad y acierto.

Ahora bien: en cuanto al falso juicio de existencia en relación con la indagatoria de dicho acusado, tampoco acierta aquí el actor, ya que esa diligencia y la ampliación de la misma sí fueron analizadas por el fallador. Al respecto precisó el juzgador de primera instancia: "...nos ocuparemos de la confesión suministrada por el mismo Gustavo Morales Riveros, la cual tergiversó cuando mal encaminada su defensa decidió ampliar la indagatoria y mentir aduciendo que actuó amparado bajo legítima defensa, pero nada más lejos de la realidad procesal..." (fl. 392-1). El Tribunal por su parte anotó: "Efectivamente, Morales Riveros en su injurada inicial indicó que intervino para apoyar a Vitelmo y por eso empujó a Uriel desafiándolo a pelear..." (fl. 22-2), analizando después la ampliación de injurada en la cual –estimó también el Tribunal– "tergiversó su versión inicial".

Lo anotado es más que suficiente para concluir por qué esos reparos no pueden prosperar.

2. Otra observación: no obstante alegar violación indircta de la ley, el casacionista hace indebidas incursiones en la violación directa, al censurar al Tribunal que haya desechado "el criterio de conducta", aspecto conceptual éste que nada tiene que ver con el tópico probatorio base de la impugnación. Igual cosa ocurre cuando discurre sobre "la gravedad de la ofensa".

3. Exhibe el actor una ostensible confusión teórica cuando equipara repetidamente la riña y el dolo de ímpetu a la diminuente de la ira. No: bien puede existir riña (o "trifulca", como en este caso) y dolo de ímpetu y no asomar por ningún lado la ira. Esto, porque no es inherente a la riña un comportamiento ajeno grave e injusto.

De suerte que la "trifulca" o "riña", aquí admitida reiteradamente por el fallador, no conduce, de suyo, al estado emocional atenuante que plantea el casacionista.

Por último, el actor se refiere varias veces a la "riña imprevista", figura también deminuente que traía el anterior Código Penal (el de 1936) en su artículo 384; innovación de esa figura que hace el casacionista para hacer surgir de por sí la ira, que, en verdad, se excluía mutuamente con dicha riña, como que si se da la provocación ajena grave e injusta, ya la tal riña deja de ser "imprevista" o sorpresiva.

El fallo, entonces, no se casará.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada. En firme, vuelva la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel "no", *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA TRASLADADA / SANA CRITICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / DICTAMEN PERICIAL

No tratándose de prueba de proceso o diligenciamiento penal diferente, o proveniente de jurisdicción distinta, no tenía la autoridad judicial que en definitiva asumió la investigación, por qué conferir calidad de prueba trasladada a la practicada por el juzgado castrense, ni motivo para darle el tratamiento que para ésta prevé el ordenamiento procesal. Bastábale como lo hizo en el auto de febrero de 1990, dictado meses después de que el informativo adelantado por el juzgado instructor Militar fue remitido al juzgado (...) de instrucción criminal, dar ingreso al dicho diligenciamiento, como fundamento del auto de iniciación del proceso penal. Ciertamente, este precepto (art. 252 del C.P.P. de 1987), que describía la "legalidad de la prueba", imponía para que pudiera ser apreciada, el haber sido "ordenada o admitida" mediante auto que así lo dispusiera. Y no otra cosa fue lo que acaeció en el caso en estudio: las dichas pruebas fueron recaudadas por el instructor militar, es cierto, sin auto que las ordenara, pero, al proceso fueron admitidas por el juzgado (...) de Instrucción Criminal que dio ingreso a todo el informativo castrense, con lo que se avaló la legalidad de la prueba y se abrió su posibilidad de estudio. /No puede olvidarse que la prueba pericial, como cualquiera otra de las que contempla la ley para la investigación, está sujeta a la sana crítica por parte del juez.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 073.

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado LUIS ALFREDO RIAÑO FARFAN contra la sentencia emitida el 2 de marzo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que, mediante confirmación de la de primera instancia, se le condena a la pena principal de dieciséis años de prisión como autor responsable del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Abraham Pinedo Estupiñán.

Hechos y actuación procesal:

El 5 de febrero de 1989, siendo aproximadamente las nueve y media de la noche, el vehículo conducido por Emiro Pinedo Jiménez, en el que también se movilizaban su hijo, Abraham Pinedo Estupiñán y la esposa de éste, que transitaba por la avenida El Dorado a la altura de la Avenida Boyacá de la capital de la República, fue súbitamente estrellado por otro automotor en el que se transportaban tres individuos. El incidente provocó que se apearan todos y se iniciara una gresca generalizada en medio de la cual los ocupantes del segundo vehículo esgrimieron armas de fuego y uno de ellos disparó contra sus oponentes ocasionándole la muerte a Pinedo Estupiñán y lesiones a Emiro Pinedo, para emprender luego la huída; y aunque fueron perseguidos por una patrulla policial lograron escapar, pero sólo para ser uno de ellos identificado meses después, cuando concurrió a solicitar un informe a la Secretaría General de la Policía Nacional. Allí trabajaba el padre del occiso y al verlo lo reconoció como el homicida, resultando ser el Oficial de esa institución, My. LUIS ALFREDO RIAÑO FARFAN.

Con base en la diligencia de levantamiento del cadáver el Juzgado 19 I.C. de Bogotá inició diligencias preliminares, las que se hallaban en curso cuando también por su parte, la Justicia Penal Militar, Juzgado 53 Instructor, inició investigación de esa naturaleza con apoyo en la denuncia que ante ella formulara el señor Pinedo. Unificadas las diligencias en el Juzgado primeramente mencionado, abrió investigación contra RIAÑO FARFAN y su escolta, el agente *Luis Antonio Gómez Gómez.*

El mérito sumarial fue calificado con resolución acusatoria en la que se formuló cargo por homicidio agravado al Oficial y se reabrió investigación respecto del otro procesado, a la vez que se dispuso la

expedición de copias para investigar a los demás presuntos copartícipes de los delitos. Esta calificación fue sostenida por el Tribunal Superior del Distrito, que la confirmó en proveído del 25 de octubre de 1991. Rituada la fase del juicio, el Juzgado 70 Penal del Circuito profirió sentencia de condena por el mismo cargo contra el acusado, imponiéndole las penas antes referidas, que fueron confirmadas en la segunda instancia por el Tribunal, al conocer en apelación ese pronunciamiento, médiante el fallo que ha sido impugnado en casación (fls. 1 y ss., 72, 486 y ss. cd. ppl.1, cds.cd. Tr.res.ac.; cd.I.P.M., fls. 175 y ss. cd. 2 ppl., cd. rec. cas.).

La demanda:

Sostiene la señora defensora del sentenciado, que el fallo de segundo grado es violatorio, en forma indirecta, de los artículos 324-7 C.P. y 445 C.P.P., debido a los errores de derecho y de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de algunas de las pruebas, a través de las cuales dio por establecidas las exigencias para condenar conforme al artículo 247 C.P.P., en vez de darse aplicación al principio favorable de la duda, que imponía la absolución.

Afirma que el testimonio de Emiro Pinedo, el reconocimiento en fila de personas que éste realizó, y los testimonios de María Cristina Caldas, Alberto Armando Toro y Carmen Arteaga, pruebas todas estas recaudadas por el Juzgado 53 de Instrucción Penal Militar dentro de las diligencias preliminares que este Despacho adelantó con base en la denuncia del primero, están viciadas de doble error de derecho por falso juicio de legalidad, y por lo tanto, no debieron ser consideradas en la sentencia acusada y menos con el alcance incriminatorio que se les imprimió.

En primer término, dice, no existe dentro del proceso, auto ordenando la incorporación del mencionado testimonio de Pinedo reconociendo al procesado como quien ocasionó la muerte de su hijo, lo que demuestra el desconocimiento de lo previsto en los artículos 246 y 250 C.P.P. y de los principios de contradicción y publicidad de las normas 251 y 252 del mismo Estatuto. Tratándose de *prueba trasladada* era imperativo su ingreso en legal forma al proceso, y con mayor razón, no habiendo existido la controversia de rigor en el diligenciamiento militar. Refuerza su argumento evidenciando la incidencia de la prueba en cuestión en los

fallos de las instancias, transcribiendo al texto fragmentos de las consideraciones pertinentes.

Añade que además del error de incorporación referido, también la prueba está viciada en su producción, porque el reconocimiento en fila de personas del 14 de septiembre de 1989 ante el Juzgado 53 I.P.M. se realizó sin la observancia de los artículos 161 y 368 C.P.P., pues el procesado no estuvo asistido por su defensor, lo que comporta la inexistencia de la diligencia conforme al artículo 29 de la C.N.

Del mismo vicio de inexistencia están también afectados los testimonios de María Cristina Caldas, Alberto Armando Toro y Carmen Arteaga, porque para su recaudo no medió previo auto del juzgado castrense.

Siendo tal la situación de las pruebas en alusión, quedan desvirtuados los aspectos de autoría y responsabilidad en el delito que se hicieron recaer sobre su patrocinado, y se abre campo *la duda*, que debe resolverse a favor del acusado, mediante la absolución, y, que no fue advertida por el fallador a causa de los errores de derecho antes referidos.

Agrega que también de error de derecho se halla afectada la pericia de balística con la cual se dio por establecido que el arma con que se dispararon los proyectiles durante los hechos a que refiere la sentencia fue la de propiedad del acusado, pues esa prueba se practicó sin la observancia de los requisitos del artículo 267 C.P.P., y, para demostrar el aserto dedica largos párrafos a señalar las omisiones e imprecisiones en que a su juicio incurrió el perito, concluyendo consecuentemente, que no hay prueba de que "las vainillas del crímen formaron parte alguna vez de la recámara de la pistola" de su poderdante.

De igual manera, cuestiona la prueba de indicio de mentira, afirmando que respecto de ella el Tribunal incurrió en *ostensible error de hecho* por falso juicio de identidad, pues la encontró estructurada a partir de las versiones del procesado respecto de las actividades a que se dedicó la noche de los hechos y, de su empeño en hacer creer que el accidente que reportó de su vehículo ocurrió en fecha distinta a la de los hechos.

Califica de "ilógica" la inferencia de que el acusado mintió sobre las actividades que realizó la noche del homicidio porque varió la versión que sobre el particular había suministrado en su indagatoria respecto de la que luego vertió en la ampliación de la diligencia, y, considera que lo que hizo fue "coplementar y ya en concreto" el punto, pues el tiempo transcurrido entre una y otra intervención explica satisfactoriamente las inexactitudes de que habla el Tribunal, que al no tener en cuenta esa circunstancia, incurrió en error de hecho por "falso juicio de identidad en la apreciación de las manifestaciones defensivas" del procesado.

Así mismo, en error de hecho, esta vez, por distorsión del contenido de la prueba, incurrió el Tribunal al deducir que el procesado mintió en relación con la fecha del accidente de su vehículo señalándola como posterior a los hechos. Reconociendo que el indicio se estructuró con diversos testimonios, entre ellos los de los agentes Ricardo Soto y Benancio Barroso, afirma que el dicho de este último deponente fue distorsionado porque él no precisó la fecha del accidente del vehículo, sino que refirió haber tenido conocimiento de que el vehículo del implicado fue estrellado en el mes de febrero de 1989, sin precisar fecha.

Pero reconociendo que además de los citados testimonios, el indicio de mentira se estructuró con los de José Javier Dueñas, Héctor Gutiérrez, Amanda Leguizamón y Alvaro Baquero, tomados en el Juzgado de Instrucción Penal Militar, encuentra la casacionista que el Tribunal incurrió además, en nuevo yerro evaluativo, al incorporar en su análisis pruebas *inexistentes* porque tal calidad tenían las recaudadas por el juzgado castrense.

En estas condiciones, surge también la *duda* probatoria en torno a la fecha de ocurrencia del accidente del vehículo del acusado, duda que "no quiso (*sic*) reconocer demostrada el juzgador de instancia", para reforzar lo cual, conjetura la profesional sobre los motivos que hay para admitir que el accidente del vehículo ocurrió en lugar distinto del de los hechos de la sentencia.

A los anteriores errores añade dos más también de hecho: el Tribunal omitió evaluar el boletín emitido por la Estación Cien de Policía que reportaba la persecución, el 5 de febrero de 1989, de un vehículo de marca

diferente a la del automotor del procesado, siendo éste un aspecto importante, frente a la duda que sobre el particular expresó el mismo Tribunal desde la resolución acusatoria y que se transmitía a la autoría misma del homicidio. También omitió el Tribunal evaluar el examen médico al procesado que dio por establecida la carencia de patologías que le imprimieran una forma especial de caminar, siendo ésta una de las señas dadas por el denunciante sobre el autor del hecho punible.

Considerando demostrados los errores de apreciación probatoria cometidos por el fallador, generadores de duda aplicable en favor del imputado, luego de explicar el concepto y alcance de la impugnación, la actora solicita la casación, para que en fallo sustitutivo se le absuelva en esta sede extraordinaria.

El alegato apreciatorio de la parte civil:

El representante de la parte civil discrepa de las razones de la demanda y las considera inaceptables. Afirma que el derecho a contradecir sí fue respetado a lo largo del proceso, pues la defensa tuvo la oportunidad de conocer las pruebas practicadas por el Juzgado Instructor Penal Militar y de controvertirlas, además de que previamente a su práctica se profirió auto decretándolas. Añade que el reconocimiento del implicado por el denunciante, que es diligencia tendiente a establecer sin duda la identidad del autor de un delito, pero no la única para lograr ese objetivo, realmente no se produjo en la diligencia a la que para ese fin fue citado aquel previo decreto del juzgado, sino, que ya había ocurrido cuando el denunciante lo identificó al verlo en la dependencia en donde éste trabajaba, por características particulares tales como su manera de caminar y su voz; y, aunque admite que ciertamente se realizó sin la presencia del defensor, considera que siendo abogado el acusado, de haber considerado irregular el procedimiento lo habría objetado.

Contrarresta las objeciones de la demanda a las pruebas de balística y de indicio de mentira afirmando que la identidad del arma con la que se ocasionó el homicidio quedó plenamente establecida en la pericia, y, refiriéndose a las censuras relacionadas con la prueba de indicios afirma que el fallador no incurrió en yerro evaluativo ninguno, sino que por el contrario, su inferencia, extraída del análisis conjunto de la prueba, fue

correcta. Y en lo relativo a la fecha del accidente del vehículo del acusado, lo que el Tribunal hizo, fue descartar por falta de credibilidad unos testimonios.

El Ministerio Público:

En su concepto el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, se opone al cargo que conforma la demanda así:

Advierte, en primer término, que la prueba practicada por el Juzgado de I.P.M. e incorporada al proceso, carece de la calidad de trasladada, pues su recopilación se hizo con fundamento en los mismos hechos de éste, sólo que llegados a conocimiento de la autoridad por medios distintos, lo que ocasionó el paralelismo en la indagación previa con objetivo común, que tanto este Despacho como el Juzgado 19 I.C. adelantaba, tanto así, que establecido por aquel juzgado que el caso no era de su competencia, lo remitió a éste, en el que quedó integrando la misma averiguación preliminar. Luego de explicar en qué consiste la prueba trasladada, el funcionario afirma que en el caso en debate la proveniente del Juzgado castrense no estaba sujeta al rito del artículo 255 C.P.P. que reclama la actora.

Aludiendo a la alegada violación de los principios de publicidad y contradicción de la prueba, encuentra que no se desconocieron, pues el proceso se inició con fundamento en las pruebas practicadas por el Juzgado Penal Militar, ante el cual se hicieron las primeras sindicaciones del autor del punible, y en la actuación, nada indica que se hubiese ocultado a la defensa la dicha prueba o que se le hubiese impedido el derecho de contradecirla, sino que contrariamente, existe evidencia de que este derecho se ejercitó a plenitud.

En relación con el reconocimiento en fila de personas, encuentra que ciertamente el Juzgado omitió el requisito de la presencia del defensor, transgrediendo así el artículo 368 C.P.P. y que en esta condiciones esa diligencia se torno *inexistente* y no podía ser apreciada por el fallador; al hacerlo en verdad se incurrió en el yerro de que habla la demandante, sin embargo de lo cual la sentencia *no debe ser casada* porque la prueba en mención no ocupó lugar prevalente en las deducciones del fallador, que

optó por concederle la preeminencia al reconocimiento extraproceso que al tener frente a sí al autor del hecho hizo el denunciante ante sus compañeros de trabajo y en las intervenciones dentro de la investigación, y las que considera, "por sí solas en este punto sostienen el fallo recurrido, independientemente del contenido de la prueba atacada".

Desestima el ataque por la inexistencia de auto previo ordenado la recepción de los testimonios de María Cristina Caldas, Alberto Armando Toro y Carmen Arteaga, no sólo porque esa inexistencia no impidió el ejercicio de los derechos de publicidad y contradicción de la prueba, sino porque, a la luz del actual C.P.P., cuando fueron allegados, la legalidad de la prueba no puede medirse por la mera observancia de esa formalidad sino por la efectiva protección de los mencionados derechos.

A los cuestionamientos que se hacen a la prueba de balística se opone, resaltando cómo las falencias que podrían evidenciar inobservancia de los requisitos del artículo 267 C.P.P., que la demandante enfatiza respecto del primer dictamen, fueron superadas con la ampliación del mismo, en la que el perito respondió a las preguntas de los sujetos procesales. Recuerda, además, que la prueba pericial está sujeta como las demás contempladas en la ley, a su racional apreciación por el juez y, advierte que la de autos brinda suficientes motivos para su aceptación como acertada, indicando seguidamente en ponderada explicación, los supuestos que así lo permitieron, y con base en los cuales concluye que ningún vicio afecta la legalidad de dicha prueba.

También rechaza las objeciones a la prueba de indicios, pues considera que las reflexiones de la casacionista cuestionando las inferencias del Tribunal no pasan de ser el intento por oponer al criterio de éste el suyo propio, sin respaldo en reales errores que demeriten la apreciación judicial. Y en lo concerniente a la fecha del accicdente del vehículo del incriminado, observa que este reclamo, que hace parte de la crítica a las demás pruebas practicadas en el juzgado castrense, carece de fundamento, frente al análisis global y racional que adelantó el fallador del cúmulo probatorio, como igual sucede con los pregonados errores de hecho por falso juicio de existencia que se adujeron, y que quedaron en el mero enunciado. Sugiere, en consecuencia la no casación impetrada.

Consideraciones de la Corte:

En verdad, como lo afirman el señor Procurador Delegado y la parte civil, la demanda carece de vocación de prosperidad, lo que indica que el fallo impugnado permanecerá incólume. En efecto:

En loable esfuerzo dialéctico, la distinguida profesional defensora pretende desquiciar la eficacia y contundencia de los supuestos fácticos que sustentan la sentencia para instalar *la duda* como fundamento absolutorio, cuestionado la evaluación probatoria adelantada por el Tribunal; pero el examen de ésta frente a ellos, lo único que hace es evidenciar la falta de razón de sus objeciones como pasa a verse:

Triple error de derecho atribuye al *ad quem* en su examen probatorio en relación con las pruebas practicadas por el Juzgado Penal Militar con base en las cuales dio por establecida la autoría y la responsabilidad del hecho punible en cabeza del implicado, partiendo de que estos aspectos se extrajeron primeramente del señalamiento que el padre del occiso realizó respecto del procesado como la persona homicida.

El primero de tales yerros deviene, en su sentir, de haber sido recibido el testimonio básicamente incriminante e incorporado al proceso con las demás diligencias preliminares de la justicia Castrense sin que previamente así se hubiera ordenado mediante auto no obstante tratarse de pruebas trasladadas, lo que impedía ser apreciadas y que por tanto, carentes de incidencia en el fallo.

El segundo de los errores de derecho consistió, según afirma, en que en la diligencia de reconocimiento cumplida para identificar al acusado, éste careció de la representación de un defensor; y como la ley prevé entre las formalidades de esta diligencia la de la asistencia profesional al por reconocer, la prueba es *inexistente* y tampoco podía ser apreciada por el fallador.

Habría consistido el tercer error de derecho, en la apreciación de los testimonios de María Cristina Caldas, Alberto Armando Toro y Carmen Artejo, recaudados por el juzgado castrense sin auto previo que así lo ordenase, circunstancia que los hacía inexistentes y por tanto no apreciables, aspecto que soslayó al Tribunal.

Pues bien. Cumple advertir, como atinadamente lo hace el Ministerio Público, que las diligencias adelantadas por el Juzgado 53 de Instrucción Penal Militar, fueron de indagación preliminar y relacionadas con los mismos hechos denunciados por don Emiro Pinedo, de los que, por otro conducto, también el Juzgado 19 de Instrucción Criminal tuvo conocimiento y respecto de los cuales abrió, como era su deber, la indagación necesaria. Empeñados ambos Despachos en establecer lo sucedido, idéntico en todos los elementos configurativos, y preventivamente competentes para ello dada la condición de miembro de las Fuerzas de Policía del acusado desconocida por el Juzgado de I.C. pero sabida por el de I.P.M., la prueba recaudada por uno y otro con las formalidades propias, era válida, cualquiera fuera en definitiva el competente.

No tratándose de prueba de proceso o diligenciamiento penal diferente, o proveniente de jurisdicción distinta, *no tenía* la autoridad judicial que en definitiva asumió la investigació, por qué conferir calidad de prueba trasladada a la practicada por el juzgado castrense, ni motivo para darle el tratamiento que para ésta prevé el ordenamiento procesal. Bastábale, como lo hizo en el auto del 8 de febrero de 1990, dictado meses después de que el informativo adelantado por el Juzgado Instructor Militar fue remitido al Juzgado 19 de Instrucción Criminal (fls. 142 cd. I.P.M. y 72 cd. ppl. 1), dar ingreso al dicho diligenciamiento, como fundamento del auto de iniciación del proceso penal.

Así pues, la objeción por el aspecto en estudio, carece de eficacia.

Por cuanto hace al reconocimiento en fila de personas que se realizó en vigencia del anterior C.P.P., el 14 de septiembre de 1989, dentro de las diligencias previas que adelantaba el Juzgado Instructor Castrense (fls. 132-134 cd. I.P.M.) sin que el acusado estuviese asistido por su defensor, *aunque* no cabe duda sobre su *inexistencia* jurídica al tenor del artículo 165 de ese Estatuto, pues esta disposición sancionaba con esa descalificante toda diligencia surtida con la presencia del procesado y *sin* la de su defensor, sin que logren excusar la irregularidad el que se tratara de investigación preliminar y el que el acusado ostentase la calidad de abogado, *es lo cierto* que el error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de la prueba viciada en su producción, carece de la trascendencia que la señora casacionista pretende imprimirle.

La contundencia y eficacia de la prueba de testimonio-denuncia del denunciante y su ampliación (fls. 1 y ss., 13 y ss., cd. I.P.M.) unida a la de la prueba indiciaria nacida en la deleznable coartada que se ofreció sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar del accidente del vehículo del implicado y, de la identidad del arma empleada para los disparos contra el occiso con la de su propiedad establecida en la pericia de balística, eran suficientes elementos de juicio para sostener la acusación e impartir la sentencia de condena, como se verá. Resulta entonces que aún extrayendo del cúmulo probatorio ese reconocimiento confirmativo del testimonio, subsisten las conclusiones del fallador de instancia en su ponderado y atinado estudio de la suma probatoria.

Por el aspecto en estudio, la censura *carece también de eficacia.*

Ahora bien, en lo atinente al error de derecho por falso juicio de legalidad consistente en la práctica por el Juzgado Instructor Castrense de los testimonios de María Cristina Caldas, Alberto Armando Toro y Carmen Artejo –corroborativos del testimonio del denunciante sobre la identificación extraproceso que hizo del homicida de su hijo–, sin previo auto que los ordenara, encuentra la Corte *inane* el reclamo, frente al artículo 252 del C.P.P. de 1987, bajo cuyo imperio se recaudaron esas pruebas y se incorporaron al proceso como integrantes del diligenciamiento preliminar.

Ciertamente, este precepto, que describía la «legalidad de la prueba», imponía para que pudiera ser apreciada, el haber sido «ordenada o *admitida*» mediante auto que así lo dispusiera. Y no otra cosa fue lo que acaeció en el caso en estudio: las dichas pruebas fueron recaudadas por el instructor militar, es cierto, sin auto que las ordenara, pero, al proceso fueron *admitidas* por el Juzgado 19 de Instrucción Criminal mediante auto del 8 de febrero de 1990 (fl. 72 cd.ppl.1) que dio ingreso a todo el informativo del juzgado castrense, con lo que se avaló la legalidad de la prueba y se abrió su posibilidad de estudio.

Tampoco el reclamo relacionado con la experticia de balística tiene posibilidad de éxito, en efecto: Desde la resolución acusatoria, para cuando ya obraba en el proceso tanto el dictamen como su ampliación de folios 118 y 404-408 cd.ppl.1, el Tribunal, con racional apreciación de

su contenido, no encontró alternativa distinta a proclamar que el arma con que los disparos mortales fueron hechos, era la misma de propiedad del acusado. Así lo encontró indiscutible, considerados de manera especial los aspectos establecidos mediante el microscopio de comparación y revelados por la microfotografía, empleados en la experticia: "detalles de marcas dejadas por el arma tanto en las vainillas incriminadas como en aquella obtenida como patrón... atendidas las huellas tanto de desviación del percutor, como aquellas que muestra en su base la vainilla incriminada y que también presenta la patrón" (fl. 71 cd.Tr.res.ac.).

Y esta conclusión, cobró mayor entidad en los fallos de las instancias, que atentos a las críticas formuladas por la defensa analizaron en la evaluación de la prueba –en la que ocupó prevalente campo la ampliación del dictamen–, los aspectos objetados por la defensa y, que son en esencia los mismos que en que hoy se sustenta la censura en estudio para afirmar la ilegalidad en la producción de la prueba.

No debe olvidarse que la prueba pericial, como cualquiera otra de las que contempla la ley para la investigación, está sujeta a la sana crítica por parte del juez, de ahí la razón que asiste al Procurador cuando advierte, concretándose al caso, que "aspectos tales como los diferentes fabricantes de las vainillas confrontadas, los estudios realizados por el experto, los métodos de obtención y análisis de la información, si bien requieren ajustarse a reglas técnicas propias de cada sector del conocimiento humano, han de ser estimadas por el sentenciador de conformidad con criterios racionales y sin parámetros fijos que aten en forma determinante sus deducciones a las conclusiones que le presenta el perito, pues de no hacerlo así, se tendría que concluir que el dictamen se convierte en prueba de pleno valor probatorio de conformidad con los dictados del sujeto que produce la prueba"; y, cuando concluye, en consideración que la Sala hace suya por su objetividad, que:

"El dictamen pericial, como también fue analizado en las instancias, brinda suficientes elementos de juicio como para permitir el estudio concreto de la situación y avalar las conclusiones del perito como acertadas: por un primer aspecto, contiene las microfotografías tomadas a las vainillas comparadas... que evidencian su coincidencia de marcas dejadas por el arma en el caso de las vainillas para un arma de 9 mm. y la

uniprocedencia de las correspondientes al arma del calibre 7.65 mm; se especificó, también, que la vainilla patrón fue tomada de unos disparos de prueba que hizo el perito, lo que permite concluir que el arma se hallaba en buen estado de funcionamiento y que la vainilla patrón procede de ella; en su ampliación el perito explicó el método utilizado para el examen... y respondió a los demás interrogantes que le fueron formulados, con consideraciones serias y concretas que permiten aseverar la veracidad de las conclusiones".

Por lo demás, no debe olvidarse que en el presente caso la experticia de balística que cuestiona la censora constituyó apenas *uno de los pilares del fallo de condena* –no el único–. De manera que en la hipótesis de hallarse vaciada como lo pregona la demanda y tener que exceptuarse de los elementos de juicio, el fallo subsistiría porque la denuncia y los indicios no permitirían conclusión diferente a la condenatoria adoptada.

Así la situación, todos los errores de derecho pregonados, *carecen de eficacia*.

Ahora bien, la situación en cuanto a los errores de hecho en que también pretende fundar la demandante la duda tendiente a la absolución de su cliente, *no es diferente*.

La profesional considera que el fallador apreció contra toda lógica, los hechos indicadores de la mentira y así dedujo ésta. Sin embargo, lejos de demostrar el aserto, brinda su propia evaluación de los mismos y obviamente, su propia conclusión, respaldándola además, en el trillado argumento –ya desvirtuado– de que las declaraciones de algunos policiales tomadas como punto de partida de la conformación del indicio de mentira fueron allegadas en el diligenciamiento preliminar del Juzgado 53 I.P.M. viciado de ilegalidad.

Sobre el particular, retorna la Sala a su anterior planteamiento: tales testimonios fueron *admitidos* implícitamente en el auto cabeza de proceso porque formaban parte del informativo castrense; si su legalidad así fue instaurada (art. 252 C.P.P. de 1987), podían ser acogidos en las consideraciones probatorias.

Finalmente, la omisión que destaca como falso juicio de existencia del reporte de persecución por una patrulla policial de un vehículo de marca distinta a la del de propiedad del acusado la noche de los hechos, y del examen médico que a éste se le practicó y mediante el cual se estableció que no presentaba defectos de locomoción, *carece de trascendencia* como para remover el fallo de segundo grado.

La denuncia y la prueba indiciaria evidenciaban con creces el compromiso penal del acusado, y además, el denunciante enfatizó fue una peculiar forma de caminar suyo que pudo apreciar la noche de los hechos, no malformaciones corporales que implicaran lo indispensable de la prueba médica y menos su detenido estudio.

En definitiva, tampoco los errores de hecho alegados asumen eficacia frente a la sentencia objetada por la casacionista, y debe por tanto afirmarse la *improsperidad de todos y cada uno de los reparos de la demanda.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. En firme, *devuélvase* el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Según el numeral 3o. del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es requisito formal de la demanda de casación que el actor aduzca los fundamentos de la causal invocada y que lo haga en forma clara y precisa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 73.

Mediante la presente providencia la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada a nombre del procesado RAMIRO PULGARIN BENJUMEA.

Antecedentes:

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Belén de Umbría, mediante sentencia de 18 de noviembre de 1993, condenó a Ramiro Pulgarín Benjumea a 10 años de prisión por el delito de homicidio, fallo que fue confirmado por el Tribunal de Pereira por medio del suyo de 24 de enero último, contra el cual el defensor de aquél interpuso recurso de casación.

Los hechos objeto de la sentencia impugnada sucedieron aproximadamente a las 10 de la mañana del 24 de mayo de 1992, cuando Pulgarín Benjumea mató de varios disparos de revólver a Hernando Osorio, quien se encontraba en la cafetería Bocarí del citado municipio risaraldense.

Pulgarín Benjumea fue visto cuando huía del sitio de los hechos portando un revólver y luego cuando abordaba un vehículo de servicio público, a cuyo conductor le dijo "que había cometido una embarrada". Los proyectiles que entraron en el cuerpo de Osorio corresponden a un

revólver calibre 38 largo, clase de arma que le fue autorizada a Pulgarín Benjumea por la industria militar.

La demanda:

Invoca el casacionista la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Luego cita el artículo 5o. del Código Penal y afirma que la culpabilidad del procesado no se encuentra probada ya que ninguna prueba "es clara para señalar a Ramiro Pulgarín Benjumea como el que mató a Hernando Osorio Rodas, nadie lo vio disparando, se oyeron comentarios acerca de él, que estaba caminando por el lugar de los hechos y de aquí se ha querido decir que la culpabilidad radica en Ramiro Pulgarín Benjumea..." (fls. 262).

Pide, entonces, que se case el fallo "para que se produzca el resultado que debe venir, la absolución del sindicado" (fls. 263).

Se considera:

Según el numeral 3o. del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es requisito formal de la demanda de casación que el actor aduzca los fundamentos de la causal invocada y que lo haga en forma "clara y precisa".

Es ostensible que tal exigencia ha sido desoída aquí por el censor, pues si bien anuncia la causal primera de casación, por parte algna dice que se trata de violación directa o indirecta de la ley sustancial, la cual tampoco indica como violada. En segundo término, del desarrollo del "cargo" tampoco es posible deducir qué es lo que alega el casacionista en pro del recurso interpuesto, pues se limita a reiterar que no está probada la culpabilidad de su representado, argumentando que nadie lo vio disparar, pero sin referirse en momento alguno al caudal probatorio ni a las consideraciones del fallo que ataca por esta vía extraordinaria.

De otro lado, el actor deja ver que confunde la culpabilidad (aspecto subjetivo del hecho) con la atribución material –por decirlo así– de la conducta. En rigor, para que fuera coherente la impugnación, tendría que admitir el censor que el procesado sí mató (atribución del hecho), pero

que lo hizo sin dolo, sin preterintención o sin culpa, cosa que, como se ha visto, no hace, sino que se aplica a sostener que no está probado que Pulgarín Benjumea fue quien disparó.

Se concluye, claramente, entonces, que de modo alguno el casacionista fundamenta la alegación, lo cual obliga a declarar inadmisible el libelo y desierta la impugnación (art. 226 del C. de P.P.).

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

Resuelve:

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Ramiro Pulgarín Benjumea. En consecuencia, se declara *desierto* el recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIAS

El art. 71 del C. de P.P., modificado por lo dispuesto en el art. 9o. de la Ley 81 de 1993 atribuye a los jueces regionales la competencia para conocer del delito de porte de armas "...con excepción del porte de armas de defensa personal...". El Decreto 2535 de 1993 por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos, considera en su art. 11 como armas de defensa personal "...las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas".

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 73.

Vistos:

Se decide de plano y al tenor de lo dispuesto en el art. 68 del C. de P.P. la colisión de competencias negativas suscitada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Andes (Antioquia) y un juez regional de Medellín, para conocer de la causa que por el delito de porte de armas se adelanta contra el señor Jaime de Jesús Osorio Torres.

Dan cuenta los autos que en el establecimiento denominado "El Tanguito", fue capturado por las autoridades de Policía Jaime Osorio Torres en cuyo poder fue encontrado un "changón" o trabuco calibre veinte con un cartucho para dicha arma que no se hallaba amparada con salvoconducto. Del mismo modo, le fue hallada una pequeña dosis de bazuco.

Después de practcar algunas diligencias, la Fiscalía Primera Delegada de Andes dictó medida de aseguramiento contra Osorio Torres y más tarde mediante auto del dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y tres, profirió contra el sindicado Resolución Acusatoria por violación al Decreto 3664 de 1986 por el delito de Porte de Armas de Fuego de Defensa Personal. Se dispuso que por parte de las autoridades de Policía se investigará el posible quebranto a la Ley 30 de 1986.

Adelantada la causa, el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Penal del Circuito de Andes y después de celebrada la audiencia pública, resolvió mediante providencia del 14 de abril del año en curso, remitir el expediente al Juez Regional de Medellín, proponiéndole colisión de competencias, afirmando que el changón no está contemplado como arma de defensa personal dentro de la enumeración que contempla el art. 1o. del Decreto 3664 de 1986 y por tanto debe considerarse como arma de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública.

El señor Juez Regional de Medellín, no aceptó la competencia que le atribuye el Juez del Circuito de Andes por considerar que lo dispueto por este funcionario carece de todo fundamento jurídico, debido a que las normas en que apoya su posición fueron derogadas por lo dispuesto en el Decreto 2535 de 1993, que señala como arma de uso civil o de defensa personal, el changón o trabuco decomisado al acusado.

Se considera:

1o. El art. 71 del C. de P.P., modificado por lo dispuesto en el art. 9o. de la Ley 81 de 1993, atribuye a los jueces regionales la competencia para conocer del delito de porte de armas "...con excepción del porte de armas de defensa personal...".

2o. El Decreto 2535 de 1993 por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos, considera en su art. 11 como armas de defensa personal "...C. Las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas".

3o. Se desprende de lo demostrado en el proceso, que el arma hallada en poder del acusado es un arma al parecer hechiza, changón o trabuco,

calibre veinte, de cañón corto (trabuco de cacha de madera, con cuerpo del arma y cañón de hierro, oxidado) que en ningún momento puede considerarse como una escopeta con longitud de cañón superior a 22 pulgadas.

4o. En estas condiciones, el arma decomisada al acusado, no puede ser considerada por su naturaleza o características, como arma de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública.

Ante tal situación, es innegable que de conformidad con la ley vigente, más favorable a los intereses del acusado (Decreto 2535 de 1993), la competencia para conocer de este proceso corresponde al señor Juez Penal del Circuito de Andes.

Por lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, *dirime* la presente colisión atribuyendo la competencia para conocer del proceso al señor Juez Primero Penal del Circuito de Andes (Antioquia) a quien se le remitirá el expediente. Hágase conocer esta decisión al señor Juez Regional de Medellín

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD CONDICIONAL / PREVARICATO POR ACCION

La libertad provisional es un derecho que la ley concede al procesado para no ser privado de su libertad de locomoción por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o para recobrarla si fue privado de ella, la que se concede mediante caución prendaria o juratoria, en los casos expresamente determinados (art. 415 C.P.P.). Tiene por finalidad esta institución, velar por la garantía de los derechos del acusado a favor de quien pende de la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento de sentencia en la cual se deje desvirtuado tal principio, momento a partir del cual entran en juego las otras instituciones como sustento de liberación. No es por capricho del legislador que se dispone que sea únicamente al momento de dictar sentencia, no antes, ni después, que se estudie la posibilidad de suspender condicionalmente la pena, porque es justamente en ese estadio procesal que examina, con riguroso criterio científico, los medios de información acopiados al proceso y a tiempo que adquiere conocimiento, en grado de certeza, sobre la existencia real del hecho y la responsabilidad del acusado, también asume sobre bases ciertas, si la pena a imponer al justiciable merece suspenderse condicionalmente por darse las condiciones del artículo 68 del C.P., vale decir, que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión y que del estudio que se haga sobre su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, resulte que no requiere de tratamiento penitenciario. / El subrogado penal de la libertad condicional, supone el pronunciamiento de la sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista

pronóstico sobre su adaptación social. Luego aunque las tres instituciones tienen en común la libertad del procesado y que ella es restringida porque está sometida a determinadas condiciones, cuyo quebrantamiento entraña su revocatoria, son exactas también las marcadas diferencias que las identifican. Así por ejemplo, mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la sentencia impuesta; y en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional, en la readaptación social del condenado. /Se encuentra que la jusriprudencia y la doctrina ya han dejado averiguado que en tanto la ignorancia es la falta de ciencia, o sea, la ausencia total de conocimientos acerca de algo, el error viene a ser la discordancia o disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. La falibilidad del ser humano, precisamente ha llevado a que se estime como prevaricación la simple resolución que contradiga el texto legal, porque en ese evento puede haber una simple aplicación equivocada del derecho; susceptible de correción a través de las impugnaciones. Si fuera lo contrario, cualquier decisión revocada por el superior daría lugar a adelantamiento de proceso contra el juez que la dictó por un delito contra la administración pública, lo cual repugnaría al buen sentido y la razón. Pero si bien es verdad que no toda discordancia entre lo decidido y la ley comportam infracción penal, si se atenta en materia grave contra la administración pública, se viola la rectitud, la legalidad y la honestidad en los actos propios de administrar justicia, cuando entre lo resuelto y la afrenta a la ley media conocimiento del

juez de que su proceder corresponde a la hipótesis abstractamente formulada en el tipo penal no empece lo cual corre en las contingencias que su acción apareja.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 074.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora 101 en lo Judicial y el imputado, contra la sentencia de fecha catorce de abril del año en curso, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué condenó al doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ a la pena principal de doce (12) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por hallarlo responsable del delito de prevaricato por acción, cometido cuando se desempeñaba como Juez 9o. Penal Municipal de Ibagué, y como pena accesoria la pérdida de empleo', concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y actuación procesal:

En sentencia del 24 de septiembre de 1985, el Juzgado 9o. Penal Municipal de Ibagué falló el proceso que adelantaba por lesiones personales contra BERNABE GUIZA y otros, condenándolo, como Contumaz, a la pena de 24 meses de prisión, denegándole el subrogado penal de la condena de ejecución condicional porque el pronóstico que hizo en torno a su personalidad no resultó favorable, decisiones que fueron integralmente confirmadas por el superior cuando conoció del proceso por vía de apelación.

Posteriormente, ya como titular del Juzgado el doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ y habiendo sido capturado el condenado BERNABE GUISA, por auto del 14 de diciembre de 1988, sobre la base

de que estaba ante sentencia ejecutoriada, que no se reunían los presupuestos del artículo 72 del C.P. y que no había descontado aún las dos terceras partes de la pena impuesta (fue aprehendido el 14 de noviembre de ese año), despachó negativamente la petición de liberación formulada, medida que fue confirmada por el *ad-quem* (fl. 136 Cdno. 1). En resolución del 30 de marzo de 1989 (fl. 47 Cdno. 1), atendiendo la Ley 48 de 1987 que autorizaba rebajar la pena impuesta hasta en una sexta parte, dispuso rebajarla hasta en la mitad, o sea a doce (12) meses y, finalmente, en auto del 20 de abril del año en cita (fl. 50 Cdno. 1), resolvió: "...S U S P E N D E R la ejecución de la sentencia proferida contra Bernabé Guiza, que viene purgando por un delito de lesiones personales, por un período de prueba de dos (2) años en razón al reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional...".

Llegada a conocimiento de la Procuraduría Regional del Tolima la actuación anterior, tras el adelantamiento del proceso pertinente, solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué la imposición de sanción al doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ por haber infringido el Decreto 052 de 1987, resolviendo la Sala Disciplinaria de dicha Corporación absolverlo en proveído del 30 de noviembre de 1990, pero ordenó la expedición de copias para que se investigara independientemente el posible delito en que pudiera haber incurrido (fl. 61 Cdno. 1).

La Sala Penal del Tribunal Superior dispuso la apertura de investigación sumarial (fl. 77), oyó en indagatoria al acusado (fl. 84) y luego, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior, en virtud a la puesta en vigor del nuevo estatuto procesal, calificó el mérito del sumario pronunciando resolución de acusación por prevaricato por acción (fl. 246), la cual fue confirmada por la Unidad de Fiscalía ante la Corte (fl. 28 Cdno. 2).

Durante el acto de la audiencia pública se recepcionaron por el Tribunal Superior los testimonios de MYRIAN RESTREPO DE CASTRO (fl. 92 Cdno. 2), doctor JAIRO CUENCA (fl. 104 Cdno. 2), doctora TERESA ALDANA (fl. 132 Cdno. 2), EDUARDO OVIEDO CASTRILLON (fl. 134 Cdno. 2) y doctor ALIRIO CEDANO ROLDAN (fl. 138 Cdno. 2), poniéndose fin a la instancia con el pronunciamiento del fallo concebido en los términos indicados al comienzo.

Fundamentos de la sentencia:

El Tribunal fallador encontró del estudio que hizo del proceso que el ex-juez acusado incurrió en el delito de prevaricato por acción, por cuanto al suspender mediante decisión judicial la ejecución de la pena que venía descontando el condenado BERNABE GUIZA, lo hizo contrariando la ley, pues la sentencia ya se encontraba ejecutoriada y de esa manera la reformó, desconociendo el precepto que prohíbe la modificación del fallo por quien lo pronunció.

No encontró admisibles las explicaciones del ex-juez en cuanto a que lo que resolvió fue una solicitud de libertad fundado en la rebaja de pena consagrada en la Ley 48, en la personalidad del condenado, en el tiempo de privación de la libertad y los efectos rehabilitadores de la misma, no queriendo de esa manera modificar la sentencia. Estimó la Corporación que, dados los antecedentes consignados en el proceso, el ex-funcionario tenía cabal conocimiento sobre las circunstancias en las cuales se posibilitaba la concesión de la libertad provisional, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional y por tanto no resultaba válido el error, como causal de inculpabilidad, alegado, siendo así su conducta, además de típica, antijurídica, es culpable, a título de dolo.

Razones de la apelación:

La señora Procuradora 101 en lo Judicial, impugnante del fallo, sostiene que si bien cuando alegó de conclusión con motivo de la clausura de la investigación peticionó que se dictara contra el doctor DIAZ RODRIGUEZ resolución de acusación porque en verdad se estaba ante una decisión judicial contraria a la ley, acción típica del punible de prevaricato, tal posición jurídica hubo de modificarla cuando en la audiencia pública se aportaron testimonios que predicaban que antes de resolver la solicitud de libertad consultó con colegas sobre su viabilidad encontrando criterios coincidentes de que era posible concederla, prueba sobreviniente que dio a esa agencia del Ministerio Público la convicción de que el acusado actuó con ignorancia y error en el manejo de las figuras que tratan de la libertad, dando así lugar a la causal de inculpabilidad contemplada en el artículo 40-4 del C.P., por ausencia de dolo.

El ex-Juez procesado, por su parte, sostiene que la responsabilidad en que se sustentó el fallo es meramente objetiva, puesto que no hubo evidencia de ninguna especie que condujera a la comprobación de que quiso o tuvo la intención consciente y voluntaria de quebrantar la ley. Al contrario, considera que testimonialmente quedó establecido que al dictar la providencia cuestionada hizo consultas para tratar de acertar y aunque pudo equivocarse, "...Mi actuación como lo he dicho en mi injurada e intervención pública fue un acto de buena fe, incurrir con la convicción errada e invencible de que con mi acción NO TRANSGREDIA LA LEY encontrándome dentro de la causal de INCULPABILIDAD QUE ESTABLECE NUESTRO CODIGO PENAL EN SU ARTICULO 40.4..." (Mayúsculas del texto original).

Consideraciones de la Corte:

En el caso que se somete hoy a la decisión de la Corte, nadie ha puesto en discusión que existe manifiesta contrariedad entre la resolución adoptada por el ex-Juez 9o. Penal Municipal de Ibagué, doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ con fecha 20 de abril de 1989 (fl. 50 Cdno. 1) y la ley, pues a través de ella reconoció un subrogado penal, el de la condena de ejecución condicional, cuando en las sentencias de primera y segunda instancia, ya ejecutoriadas, expresamente se le había denegado.

El aspecto que se debate por los impugnantes y se rechaza por la Fiscalía y por el Tribunal Juzgador reside en el posible error en que se dice incurrió el ex-funcionarioen la interpretación de la ley y su aplicación al caso concreto, susceptible de estructurar la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40-4 del C.P., resultante de haberse obrado "...con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal...".

Antes de que la Sala aborde el estudio de esta figura jurídica para modos de establecer si el caso que se juzga es enmarcable en la misma, resulta necesario hacer algunas tangenciales precisiones en torno a las instituciones de la libertad provisional, de la condena de ejecución condicional y de la libertad condicional, pues justamente sobre su interpretación, naturaleza y alcance se ha suscitado cierta dificultad por quienes practican las disciplinas jurídicas, según se ha dicho aquí, para darle explicación al comportamiento del ex-juez.

La libertad provisional es un derecho que la ley concede al procesado para no ser privado de su libertad de locomoción por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o para recobrarla si fue privado de ella, la que se concede mediante caución prendaria o juratoria, en los casos expresamente determinados (Art. 415 C.P.P.). Tiene por finalidad esta institución, velar por la garantía de los derechos del acusado a favor de quien pende la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento de sentencia en la cual se deje desvirtuado tal principio, momento a partir del cual entran en juego las otras instituciones como sustento de la liberación.

No es por capricho del legislador que se dispone que sea únicamente al momento de dictar sentencia, no antes ni después, que se estudie la posibilidad de suspender condicionalmente la pena, porque es justamente en ese estadio procesal que examina, con riguroso criterio científico, los medios de información acopiados al proceso y a tiempo que adquiere conocimiento, en grado de certeza, sobre la existencia real del hecho y la responsabilidad del acusado, también asume, sobre bases ciertas, si la pena a imponer al justiciable merece suspenderse condicionalmente por darse las condiciones del artículo 68 del C.P., vale decir, que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres (3) años de prisión y que del estudio que se haga sobre su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, resulte que no requiere de tratamiento penitenciario.

El subrogado penal de la libertad condicional, supone el pronunciamiento de sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista pronóstico sobre su readaptación social.

Luego, aunque las tres instituciones tienen en común la libertad del procesado y que ella es restringida porque está sometida a determinadas condiciones, cuyo quebrantamiento entraña su revocatoria, son exactas también las marcadas diferencias que las identifican.

Así, por ejemplo, mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan

para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una senteencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la pena impuesta; y, en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional en la readaptación social del condenado.

Volviendo al punto concreto en cuestión se encuentra que la jurisprudencia y la doctrina ya han dejado averiguado que en tanto la ignorancia es la falta de ciencia, o sea, la ausencia total de conocimientos acerca de algo, el error viene a ser la discordancia o disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas.

La falibilidad del ser humano, precisamente, ha llevado a que se desestime como prevaricación la simple resolución que contradiga el texto legal, porque en ese evento puede haber una simple aplicación equivocada del derecho, susceptible de corrección a través de las impugnaciones. Si fuera lo contrario, cualquier decisión revocada por el superior daría lugar a adelantamiento de proceso contra el Juez que la dictó por un delito contra la administración pública, lo cual repugnaría al buen sentido y la razón.

Pero si bien es verdad que no toda discordancia entre lo decidido y la ley comporta infracción penal, sí se atenta en materia grave contra la administración pública, se viola la rectitud, la legalidad y la honestidad en los actos propios de administrar justicia, cuando entre lo resuelto y la afrenta a la ley media conocimiento del Juez de que su proceder corresponde a la hipótesis abstractamente formulada en el tipo penal no empece lo cual corre con las contingencias que su acción apareja, como en el caso sub-judice aparece que ocurrió, a pesar de que se haya echado mano, infructuosamente, al amplísimo camino del error, a modo de excusa.

En efecto, al someterse a estudio la actuación llevada a término dentro del proceso adelantado en el Juzgado 9o. Penal Municipal de Ibagué por el delito de lesiones personales contra el ciudadano BERNABE GUIZA,

se encuentra que en la sentencia de primera instancia que culminó el proceso el fallador a la vez que imponía la pena de 24 meses en su contra, declaró que no era beneficiario de la condena de ejecución condicional, medida sobre la cual existió expresa confirmación de parte del Juzgado Penal del Circuito que revisó la sentencia (ver folios 15 y 29).

Y es evidente que el ex-juez DIAZ RODRIGUEZ no solamente tenía conocimiento cierto sobre la naturaleza del subrogado de la suspensión condicional de la pena, del momento de su reconocimiento y que no era posible considerarla una vez el fallo hubiera cobrado ejecutoria, toda vez que en decisión del 14 de diciembre, confirmada ulteriormente por su superior, específicamente hizo mención a estos factores y con relación a la libertad condicional, así se expresó:

> "...Conocido el tiempo de pena señalado en el respectivo fallo (24 meses) a purgar encontramos que es óbice su aplicación para el pretendido subrogado ya que el tope allí señalado en el artículo 72 del Código Penal norma reguladora, es precisamente el de un tiempo superior a los dos años de prisión impidiendo de esta manera que el caso actual tenga cabida en el citado precepto.

Es más, el poco tiempo de privación y su no aceptación por la razón anterior exige además el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta..." (fl. 44 Cdno. 1).

Luego, si en la mente del juzgador había total claridad de las bases sobre las cuales resultaba lícita la concesión de cualquiera de estos dos subrogados penales, como con acierto lo venía resolviendo en otros procesos según se estableció en la diligencia de inspección judicial practicada (fl. 199 Cdno. 1) es estéril cualquier esfuerzo que se haga encaminado a hacer creer que la resolución reprochada de fecha abril 20 de 1989 (fl. 50 Cdno. 1) fue producto del yerro y confusión en que se encontraba el funcionario, porque lo único que se extrae de la simple observación es que éste persistió en su empeño de violar la ley, pues inició resolviendo una solicitud de libertad provisional, y remató suspendiendo la ejecución de la sentencia, creando de su propio motivo una mixtura explicable sólo por su designio final de, a todo trance, liberar

al condenado, porque ningún caso de los aducidos se viabilizaba legalmente según reflexiones hechas atrás.

Pero lo que más persuade que era consciente de que con su comportamiento infringía la ley es que ya había adelantado pasos apuntando a ese resultado. Véase si no su proveído del 30 de marzo de 1989 (fl. 47) en el que so pretexto de reconocer la rebaja consagrada en la Ley 48 de 1987 de una sexta parte de la pena, que es el límite que consagra el artículo 1o. esa ley, sorprende, con un acto de liberalidad, descontando la mitad, siendo que no le era permitido ese extremo, sin que en este aspecto nadie haya osado buscar favorecer al imputado con el tan manido error.

La manifestación del imputado en su indagatoria en cuanto a que en dicha resolución pretendía dar respuesta a una solicitud de libertad provisional, pero por el exceso de trabajo se decidió algo distinto, no es nada convincente. Lo primero, porque por la época en que tal actuación se surtió era obligado escuchar al Agente del Ministerio Público sobre la procedibilidad de la libertad provisional y no aparece que aquí se hubiera reclamado su concepto, como se hizo constar al folio 111 del cuaderno 2o., así en su afán de favorecer al inculpado el abogado JAIRO CUENCA sostenga lo contrario (fl. 58 Cdno. 1). Lo segundo, porque los repetidos términos empleados tanto en la parte considerativa como en la resolutiva del proveído censurado no dejan duda que lo que estaba concediendo era la condena de ejecución condicional y sobre esa consciencia obró, reformando la sentencia ejecutoriada que ninguna modificación admitía, como el mismo ex-funcionario lo hizo notar en una de sus determinaciones.

Finalmente, si ha de aceptarse lo dicho por el doctor DIAZ RODRIGUEZ de que entre las personas que consultó sobre la posibilidad de conceder la libertad solicitada al condenado señor GUIZA se encontraba la doctora MYRIAM RESTREPO DE CASTRO e igualmente hay que admitir lo aseverado por ésta de que a la sazón era litigante y que tuvo a cargo la elaboración del memorial de libertad a GUIZA, debe concluirse que en el comportamiento del ex-juez un mayor grado de culpabilidad se vislumbra por examinar la manera de resolver peticiones con personas interesadas en los resultados de las mismas, por provenir de ellas la autoría intelectual.

Por eso, para la Corte no hay resquicio de duda de que el Tribunal de instancia acertó al deducir que la conducta endilgada al doctor DIAZ RODRIGUEZ era típica del punible de prevaricato por acción y que por ser antijurídica y culpable, a título de dolo, correspondía dictar en su contra sentencia condenatoria, dado que se encontraban satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 247 del C. de P.P.

Las penas principales de doce meses de prisión y de la interdicción de derechos y funciones públicas, aun cuando son benignas a juzgar por los diversos comportamientos contrarios a la ley que se consideraron como un solo hecho punible, nada puede hacerse por prohibirlo la Constitución y la ley, pues ha de considerarse como único recurrente al procesado al actuar en su beneficio el procurador judicial que igualmente impugnó. No obstante, ha de destacarse el acierto de la exclusión que al conceder el subrogado –inmodificable también en esta oportunidad– hizo el Tribunal de la pena accesoria y de la principal no privativa de la libertad impuestas para que tengan cumplimiento inmediato.

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

Resuelve:

Confirmar, en su integridad, la sentencia condenatoria apelada, impuesta al doctor NESTOR GREGORY DIAZ RODRIGUEZ, en su calidad de ex-Juez 9o. Penal Municipal de Ibagué, por el delito de prevaricato por acción.

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*, "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Plena razón le asiste al Procurador cuando conceptúa que teniendo en cuenta la alegación del actor, éste se equivocó al escoger la vía para formular su ataque contra el fallo, pues en verdad la Corte no podría dictar el fallo de sustitución, con el cual culminaría la censura en el caso de que prosperara, porque de hacerlo y condenar por un delito distinto (lesiones personales) al imputado en la resolución acusatoria (homicidio) estaría a su vez incurriendo en el segundo motivo de casación: "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la acusación" (art. 220.2 del C. de P.P.).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 74.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 17 de mayo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a LUIS ENRIQUE PEÑALOSA PAEZ, por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Antecedentes:

1. En Santafé de Bogotá, pasado el medio día del 12 de junio de 1987, los Agentes de la Policía Nacional, pertenecientes a la SIJIN –Grupo de Sangre–, José Gildardo Melo Ospina, Pedro Ignacio Fernández Rivera y Luis Gabriel Gordillo Rojas, vestidos de civil y en un taxi, cumplían la orden del Juzgado 26 de Instrucción Criminal, consistente

en capturar a los hermanos Alirio y Segundo Luis Felipe Argüello Chacón, sindicados de homicidio.

Llegaron al barrio San Martín de Loba (calle 41 sur carrera 1a.), en donde uno de ellos reconoció a Segundo Luis Felipe, procediéndose a su identificación y captura. Inmediatamente después de haber sido éste esposado, hizo su aparición un individuo, identificado luego como Luis Enrique Peñalosa Páez, miembro también de la Policía Nacional, quien, vestido de civil, disparó desde unos 20 metros de distancia contra los Agentes que cumplían el operativo, logrando herir al Agente José Gildardo Melo Opina en el mentón y en la región sub-clavicular izquierda. En desarrollo de esos hechos resultó también herido en un brazo el agresor, cuando emprendía la huída.

Con la ayuda de una patrulla de vigilancia de la Policía Nacional que fue alertada se logró la captura de Peñalosa Páez y también la retención del revólver Smith Wesson, calibre 38 largo, sin salvoconducto, arma que fue encontrada en una casa-lote, a donde fue arrojada por Peñalosa Páez en su huída.

Dicho individuo que, como se dijo, resultó ser también policía, fue llevado al Hospital Central de la Institución y luego a la XI Estación de Policía, a la cual pertenecía, de donde se evadió.

2. El Juzgado Primero de Instrucción Criminal inició proceso y escuchó en declaración a los Agentes que participaron en las capturas de Segundo Luis Felipe Argüello Chacón y Luis Enrique Peñalosa Páez, quienes ratificaron los hechos que se acaban de narrar (fls. 10, 20, 22, 26, 31, 89, 92 y 96-1).

El proceso pasó al Juzgado 45 de Instrucción Criminal, que emplazó y declaró persona ausente a Peñalosa Páez (fls. 66 y 126-1). Cerrada la investigación, se la calificó mediante providencia de 22 de agosto de 1991 (fls. 135 y ss-1), con resolución acusatoria por los delitos de homicidio tentado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (arts. 22 y 323 C.P. y 1o. del Decreto 3664 de 1986).

Apelada esa acusación por la defensora del procesado, el Tribunal la confirmó enteramente (fls. 9 y ss.-2).

3. El Juzgado 58 Penal del Circuito asumió el conocimiento del proceso, llevó a cabo la audiencia pública el 3 de marzo de 1993 (fls. 212 y ss.-1) y, en armonía con la acusación, dictó sentencia el 16 de ese mes, por medio de la cual condenó al procesado a la pena principal de 5 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios (fls. 228 y ss.-1).

Apelado el fallo por la defensora de Peñalosa Páez, el Tribunal le impartió confirmación mediante el suyo que recurrió en casación el nuevo defensor del procesado.

La demanda:

Advirtiendo que ataca exclusivamente el delito de homicidio por el cual fue condenado el procesado, el actor invoca la violación indirecta de la ley por error de hecho, "porque al actuarse de esa forma ('la interpretación errónea de la prueba, la exclusión evidente de la prueba y la suposición de prueba') se creó un juicio de existencia al reconocerse como demostrada la intención de matar por parte de Luis Enrique Peñalosa Páez, violándose de esta manera la norma sustancial contenida en el artículo 323 del C.P." (fls. 82-2).

Dice que los hechos pueden dividirse en dos episodios: a) Cuando los tres referidos policiales capturan al procesado, concurriendo al operativo "vestidos de civil y sin distintivo alguno que los señale como miembros de la Policía Nacional, siendo además desconocidos por el Agente y procesado Peñalosa Páez", quien apareció a unos 15 ó 20 metros "haciendo unos disparos y emprendiendo la huída a la carrera"; b) Cuando el procesado huye y es perseguido por el Agente Fernández Rivera y también por Melo Ospina, quien resulta herido, produciéndose además la lesión del procesado a raíz de la huída. "Lo que la prueba indica –dice el actor– es que cuando sucedió la captura de Luis Felipe Argüello Chacón e hizo su aparición Luis Enrique Peñalosa Páez haciendo los disparos, LO MENOS QUE HABIA EN SU CONDUCTA ERA PRECISAMENTE LA INTENCION DE MATAR A NADIE" (fls. 86. Mayúsculas del original), aduciendo que si su intención hubiera sido la de matar, la poca distancia que lo separaba de los policiales hubiera hecho efectivo ese propósito.

Comenta el dictamen médico referente a las lesiones del Agente Melo Ospina y dice: "La lesión recibida por el Agente Melo Ospina lo fue la correspondiente al mentón del lado izquierdo, porque la que erróneamente señala la providencia del Tribunal como herida 'que le interesó la región subclavicular', no es tal, porque se limita a una simple ABRASION o sea a un roce de un proyectil, o a lo que en lenguaje común se denomina como 'un quemón' y nada más" (fls. 88).

En cuanto al motivo que pudo tener el procesado para disparar, dice que solamente se cuenta al respecto con lo que declaró el Agente Melo Ospina que el procesado le refirió, esto es, que creyó que "eran bandidos". "De suerte que se tergiversa la prueba –dice el censor– al señalarse que el propósito de Peñalosa era liberar al capturado tomándolo como un acto de solidaridad con un delincuente..." (fls. 89 infra y 90-2).

Agrega que el sentenciador ignoró la prueba concerniente a que los Agentes que cumplían la misión estaban vestidos de civil y sin distintivo alguno que los identificara como tales, así como el hecho de que el procesado y los policiales no se conocían.

En fin –dice–, el fallador omitió considerar: a) Que el propósito del procesado era únicamente escapar "del seguimiento que se le hacía por parte de dos civiles que no sabía eran Agentes de la Sijin" (fls. 94-2); b) Que todos dispararon; c) Que Melo Ospina recibió las heridas de bala "cuando se tiró al piso" (fls. 95-2).

Señala que "suponer prueba es afirmar lo que no se encuentra probado en autos" (fls. 98-1), indicando que los agentes realmente persiguieron al procesado pero no opusieron resistencia, como equivocadamente lo asevera el Tribunal, al afirmar en el fallo que por dicha resistencia, "la conducta no se consumó".

Concluye solicitando se case parcialmente el fallo y se condene al procesado Peñalosa Páez por el delito de lesiones personales, en vez de la tentativa de homicidio materia de la sentencia, y que, en tales condiciones, se conceda al acusado la condena de ejecución condicional.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal anota inicialmente que "el libelista desarrolló cada uno de los reproches fraccionando las pruebas que deben mirarse integralmente, para con base en ese análisis promover una improcedente discrepancia valorativa que no puede autorizar la remoción del fallo atacado, el cual goza de las presunciones de acierto y legalidad" (fls. 13 cd. Corte).

Insiste la Delegada en que la alegación se reduce al "personal modo de pensar" del actor sobre el mérito probatorio, y que no obstante aducir error de hecho el casacionista entra "en cuestionamientos que son propios del error de derecho –falso juicio de convicción– pues alega inconformidades relativas a la valoración que el Juez dio a los medios de prueba. Además, considera probados hechos que no lo están y a partir de éstos formula inconformidades basadas en la actividad valorativa que realizó el sentenciador" (fls. 14).

"Una glosa más –dice la Delegada–: de aceptarse la propuesta del demandante, la Corte debería producir el fallo de sustitución condenando al inculpado por el delito de lesiones personales, con lo cual su propia sentencia tendría una ilegalidad que es recogida normativamente como causal de casación, pues el fallo no tendría armonía con la resolución de acusación" (fl. 15).

Respecto de la "abrasión" sufrida por Melo Ospina en la región subclavicular izquierda, anota que los reparos del actor, en el sentido de que ésta no fue una herida, son triviales "y sin trascendencia" pues la abrasión es por su naturaleza herida que pone en peligro el bien jurídico protegido –vida–, sea ésta –la herida– de mayor o menor entidad, evento por el que el fallador no incurre en yerro alguno cuando se refiere a dos heridas, pues ésto es lo que se contempla en el dictamen médico (fl. 16).

Reitera que es "serio y juicioso" el análisis que el sentenciador efectúa y que "el elemento intencional es el eje sobre el que giran los estudios realizados por los falladores. La no comparecencia del procesado hace que no se pueda contar con su versión de los hechos, y en caso de que este evento hubiese ocurrido (que sólo quiso 'asustar' a los Agentes,

aclara la Sala), no podríamos limitarnos a lo manifestado por él, reclamándose el estudio de la naturaleza y ubicación de las heridas, el arma utilizada, las circunstancias anteriores, posteriores y concomitantes a los hechos, para que de este conjunto se pueda deducir el elemento volitivo que determinó a Peñalosa Páez en su ilícito proceder, situaciones tenidas en cuenta en el fallo impugnado (fls. 16 infra y 17).

Recaba en que la misma víctima Melo Ospina dijo que "al pasar yo la esquina vi al individuo que perseguíamos como a media cuadra y que me estaba apuntando", y señala: "Como es ya tradicional en su escrito, en los siguientes reproches trata de acomodar los hechos para hacerlos compatibles con su tesis de la inexistencia del ánimo homicida en el proceder de Peñalosa Páez, olvidando cómo se realizaron los hechos, pues como aseveró en pasada oportunidad el libelista, el procesado huía perseguido por dos agentes, disparándose mutuamente. Así, la conducta de los agentes encaja perfectamente dentro del concepto de 'resistencia', pues efectivamente eso fue lo que éstos hicieron, repeler y resistir el inicial ataque del agresor" (fls. 18).

Pide, pues, no casar el fallo.

Se considera:

Plena razón le asiste al Procurador cuando conceptúa que teniendo en cuenta la alegación del actor, éste se equivocó al escoger la vía para formular su ataque contra el fallo, pues en verdad la Corte no podría dictar el fallo de sustitución, con el cual culminaría la censura en caso de que prosperara, porque de hacerlo y condenar por un delito distinto (lesiones personales) al imputado en la resolución acusatoria (homicidio), tal como lo pide el actor, estaría a su vez incurriendo en el segundo motivo de casación: "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la acusación" (art. 220.2 del C. de P.P.).

No obstante lo anterior, considera pertinente la Corte destacar que no advierte error alguno en los juzgadores.

En la resolución acusatoria se dijo que la intención de dar muerte se desprende en este caso de la clase de arma usada, de la ubicación de las

heridas sufridas por el Agente Melo Ospina, del hecho de que los disparos los hizo el procesado para impedir la captura de su amigo Luis Felipe Argüello Chacón, y de la "idoneidad" del procesado, como Agente de la Policía que es. "No puede menos que afirmarse –dice la acusación–, que cuando decidió esconderse el procesado, con el fin de tomar posición defensiva para repeler la acción defensiva por parte de los miembros del operativo de inteligencia, contra los cuales apuntó su revólver, sabía que obraba contrariamente a derecho y sin embargo se determinó voluntariamente a esos fines, produciendo entonces el resultado conocido a título de dolo" (fls. 142-1).

Ahora bien, en el fallo de primer grado se precisó al respecto (fls. 237-1): "Sobre esto no hay la más leve duda procesal, pues por el solo hecho de participar en la captura de un delincuente para impedir su aprehensión, Peñalosa Páez disparó el arma de fuego que portaba, de naturaleza mortífera, sobre la cabeza de la víctima, como de manera irrefragable lo acredita el reconocimiento médico-legal que obra en autos (fls. 82-1), el cual evidencia que recibió el impacto del proyectil disparado por el procesado en su propio rostro, a la altura de la región mentoniana, y que del propio modo le interesó la región subclavicular del mismo lado. El autor del delito hizo otros disparos igualmente dirigidos al cuerpo de la víctima, pero no logró dar en el blanco, por la presteza de aquélla en tirarse sobre el piso. Entonces no existe dificultad en concluir que el sujeto agente procedió con intención de matar..." (fls. 237-1).

Igual criterio fue asumido por el Tribunal cuando revisó esa sentencia, descartando que los disparos los haya hecho el procesado a personas que no conocía y como "una reacción lógica y natural ante el estado de cosas que a diario se observan", ya que a la distancia a que se dice estaba el acusado, éste, siendo policía, ha debido verificar la realidad del operativo, por todo lo cual debe aceptarse que lo que perseguía era evitar la captura de su amigo, por lo cual "debe concluirse que lo pretendido no era simplemente lesionar sino causar la muerte, por lo menos existe dolo eventual" (fls. 58-2).

Desde ningún ángulo encuentra esta Sala que al efectuar esos razonamientos los juzgadores hayan ignorado una prueba, o la hayan inventado o desfigurado el sentido material de algún elemento de juicio, forma que reviste el error de hecho que adujo.

Dígase, por último, que lo que la demanda revela es una discrepancia conceptual del actor con el Tribunal en torno a la intención del implicado. Es así como cuando precisa que el sentenciador no tuvo en cuenta o malinterpretó determinada situación (no se refiere en concreto a alguna prueba), lo que pretende es hacer prevalecer su criterio y derruir las argumentaciones del fallador acerca de la intención del agente, que no se exhiben ni mucho menos ilógicas y que, además, están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

Lo anterior es más que suficiente para que la Corte desestime el cargo y, consecuentemente, no case el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacióon 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.*

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION

El traslado a los no recurrentes se hace una vez se haya vencido el término para apelar y, naturalmente para sustentar esa apelación (art. 26 Ley 81/93), que adicionó el artículo 196 del C. de P.P.), resulta claro que la alegación del no recurrente no puede pretender sino que el *ad quem* acepte o inadmita las razones del impugnante.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 74.

Por apelación interpuesta por el defensor de REYES DEL CRISTO TOVAR ATENCIA, revisa la Sala la sentencia de 6 de diciembre de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo condenó a cada uno de los procesados FRANCISCO DEL CRISTO ALVAREZ BUENO y REYES DEL CRISTO TOVAR ATENCIA, Juez y Secretario, respectivamente, del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre), a la pena principal de 38 meses de prisión, al hallarlos responsables del delito de "falsedad ideológica en documento público". Alvarez Bueno, además, fue absuelto del delito de "prevaricato por acción", que también se le había imputado en la resolución de acusación.

Antecedentes:

1. En el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre), en donde Francisco del Cristo Alvarez Bueno se desempeñaba como Juez y Reyes del Cristo Tovar Atencia como Secretario, se adelantaba el proceso ejecutivo de menor cuantía de la Caja Agraria Industrial y Minero contra Alfonso Tito Suárez Barreto.

En dicho asunto se fijó como fecha para la diligencia de remate del bien perseguido (una casa avaluada en $70.000.oo), el 26 de agosto de 1988, indicándose en el aviso respectivo que la misma comenzaría a las 9 de la mañana y se prolongaría como mínimo durante 2 horas.

Antonia María Viloria Montiel, esposa del referido Secretario Tovar Atencia, le pidió el favor a Emiro Berdugo Alvarez –quien servía como perito en dicho Juzgado– de que le adquiriera en la Caja de Crédito Agrario un título judicial por la suma de $35.000.oo, a fin de hacer la correspondiente postura, mas finalmente Berdugo Alvarez no se hizo cargo del asunto en atención a que la Caja Agraria le exigía que su nombre figurara en el título.

Aproximadameente a las 11 de la mañana de ese mismo día, la señora Carmen Edith de Oro, que se había enterado del remate, se dirigió al Juzgado, donde le dieron la información correspondiente. De allí salió para la Caja Agraria e hizo un depósito por la suma de $40.000.oo para luego regresar al Juzgado, en donde el Secretario Tovar Atencia le manifestó que "ya se había cerrado el remate" y que el bien ya había sido adjudicado. Entonces Edith de Oro consultó con el abogado Ramiro León y García, quien le aconsejó que fuera a la Caja Agraria y pidiera que le pusieran a los dos títulos la hora de su expedición (al título de ella y al de la adjudicataria), habiendo constatado que esta última había sido la mujer del Secretario del Juzgado. A los títulos se les puso entonces como hora las 12:15.

Sólo alrededor de las 2 de la tarde se presentó Antonia María Viloria al Juzgado, mas en el acta que recoge la diligencia de remate, desde luego que faltando a la verdad, se hace constar que la dicha esposa del Secretario compareció dentro del término a la diligencia y fue la única postora, adjudicándosele la cosa rematada. Luego, mediante auto de 29 del mencionado mes, se aprobó el remate, negándose después la solicitud de Edith de Oro, de que se le adjudicara el bien porque ella había sido la mejor postora.

2. Con base en copias expedidas por el referido Juzgado Promiscuo del Circuito, el Tribunal de Sincelejo practicó algunas diligencias de tipo preliminar, entre ellas la declaración de Edith de Oro, que corrobora los

hechos. Por su parte, Antonia María Viloria dice que ella sí estuvo por la mañana en el Juzgado y en la Caja Agraria, y Narcisa del Socorro Hoyos, empleada de la Caja Agraria encargada de los títulos judiciales, dijo que si bien "se apartó" primero el título judicial a nombre de Antonia María Viloria (dada la frustrada intervención de Berdugo Alvarez), de todos modos Edith de Oro "compró primero" el título en las horas de la mañana (fls. 14, 17, 19 y 28-1).

Los respectivos títulos obran en copia o folios 24 y 25. También se allegó fotocopia de la actuación civil pertinente (cuaderno No. 4).

3. Se abrió investigación y se escuchó en indagatoria al Secretario Tovar Atencia (fls. 69), quien sostuvo que únicamente se presentó a hacer postura su mujer y que es falso lo dicho por Edith de Oro.

– El abogado León y García dijo que ante la queja de Edith de Oro, aconsejó colocarle la hora a los títulos. Agrega que dos años después apoderó a la esposa del ejecutado, quien ya había fallecido (fls. 77 y ss.-1).

– Saturnino Vergara Arrieta, Notificador del mencionado Juzgado, confirma el dicho de Edith de Oro, señalando que Antonia María Viloria se presentó al Juzgado aproximadamente a las 2 de la tarde (fls. 83 y ss.-1).

– Eliécer Vega Hernández, Edith Vergara Arrieta y Diego Fernando Acevedo Molina (fls. 91, 92 y 96-1), empleados de la Caja Agraria, ratificaron que Antonia María Viloria llegó a esa entidad alrededor de las 12:30 del día, al paso que Edith de Oro lo había hecho en las horas de la mañana.

– En su injurada, el Juez Francisco Alvarez Bueno, dijo que el remate se llevó a cabo con el lleno de la formalidades legales, corroborando en esencia lo dicho por el Secretario Tovar Atencia (fls. 97 y ss.-1).

4. Cerrada la investigación, se recibió concepto del Ministerio Público y poder del imputado doctor Francisco del Cristo Alvarez Bueno

a un abogado. El Tribunal, al decidir, decretó la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, tras considerar que al citado doctor Alvarez Bueno, a falta de abogado, se le nombró como apoderado en indagatoria a un ciudadano, y que de ahí en adelante no se le requirió "para que nombrara un profesional del derecho como defensor, ni tampoco se le designó de oficio para que asumiera su defensa en el decurso de la actuación posterior a su indagatoria, de tal suerte que no obstante la carencia de defensa técnica echada de menos, se clausuró el ciclo averiguativo de este proceso" (fls. 148-1).

Posesionado el apoderado de confianza se cerró de nuevo la investigación, pero como quiera que entró en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/91), el expediente se remitió a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, que calificó el sumario mediante auto de 20 de noviembre de 1992, con resolución de acusación para los procesados Francisco del Cristo Alvarez Bueno y Reyes del Cristo Tovar Atencia. Al primero, por los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por acción (arts. 219 y 149 C.P.). Al segundo, por el delito de falsedad.

El prevaricato que se imputó al Juez, se estimó cometido en las providencias que se dictaron después de afirmarse la falsedad en el remate.

El defensor apeló la acusación, pero no efectuó sustentación en ninguna de las instancias, motivo por el cual se declaró desierta la alzada (fls. 5 y 6-3).

5. Al regresar el proceso al Tribunal, se ordenó la práctica de algunas pruebas y se allegó copia de sendos fallos condenatorios proferidos en contra de los enjuiciados: Al Secretario Tovar Atencia, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, por medio de sentencia de 2 de octubre de 1989, lo condenó a un (1) año de prisión por el delito de falsedad en documento privado cometido cuando era todavía Secretario del Juzgado. Al Juez, el Tribunal lo condenó según fallo de 28 de agosto de 1992 a tres (3) años de prisión por el delito de falsedad ideológica en documento público, cometido cuando se desempeñaba como Juez Promiscuo Municipal de La Unión (fls. 18 y ss.-2).

6. Celebrada la audiencia pública (fls. 177 y ss.-2), se dictó sentencia el 6 de diciembre de 1993, mediante la cual, en armonía con el auto de acusación, se condenó a los procesados a 38 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios.

Del delito de prevaricato fue absuelto el Juez, con el criterio de que "aunque en el evento en examen hubo una providencia que le impartió aprobación al remate y otra rechazando la pretensión de la adjudicación del bien a quien se creyó con derecho a ello, a criterio del Tribunal son situaciones ulteriores a la conducta falsaria que no se perfilan claramente como prevaricato por acción, sino que más bien se presentan como el agotamiento del comportamiento configurativo del injusto penal contra la fe pública comentado, tendiente a alcanzar la efectividad del propósito perseguido con la referida conducta objeto de reproche, donde se observa que hubo una base no ajustada a la verdad, como fue la diligencia de remate fundamento de la falsedad, mas no específicamente la transgresión de una norma procesal civil en la tramitación que se diera a la aprobación del mismo" (fls. 266-2).

7. De esa sentencia apeló el defensor de Tovar Atencia, quien argumenta que por la numeración de los títulos judiciales puede verse que primero le fue expedido a la esposa de su defendido, María Antonia Viloria.

Por otra parte expresa que no puede darse credibilidad al abogado Ramón León y García, pues éste es "protector jurídico" del demandado en el proceso ejecutivo y además "enemigo del Secretario" Tovar Atencia. Dice: "Lo anterior nos da pie para afirmar sin hesitación ninguna que toda esta trama fue ideada por el doctor Ramón León y García para proteger, defender la labor encomendada por el señor Suárez Barreto, con la participación cómplice de los empleados de la Caja Agraria quienes estaban interesados en que el bien rematado no saliera de las manos del demandado en el proceso ejecutivo y/o se le adjudicara a Carmen Edith de Oro Ortiz, testaferra de uno de los empleados de la Caja Agraria" (fls. 297-2).

8. Vencido el término para impugnar y corrido el traslado a los no recurrentes (fls. 299-2), alegó en primer término el Procurador

168 de Asuntos Penales, quien señaló, de entrada, que "nada de lo afirmado en el escrito de apelación concuerda con la realidad procesal" (fls. 301-2). En cuanto a los títulos judiciales dice que el de Antonia María Viloria, que inicialmente quiso 'comprar' Alvarez Berdugo , "quedó abierto para cuando llegara la interesada, la verdadera y única interesada, la señora Viloria, quien, como se pregona en autos, llegó pasada la hora del remate. Las contradicciones de los procesados también abona (*sic*) a probar sin duda alguna que el título judicial 729, fue expedido después de haber finalizado el remate" (fls. 301-2).

Se apoya igualmente en el testimonio del Notificador del Juzgado y opina que el fallo en cuanto a la falsedad debe confirmarse.

Empero, se aparta del criterio del Tribunal en lo que concierne a la absolución por el delito de prevaricato, y señala que a su juicio "las providencias dictadas para inobservar los artículos 523, 528 del C. de P.C. y por ende el artículo 530, constituyen nuevas acciones, nuevas conductas que encajan dentro de la tipicidad del artículo 149 C.P." (fl. 302). Luego añade: "No puede decirse que la posterior sentencia de adjudicación del bien sea un efecto del delito de falsedad por ser éste pluriofensivo, pues si bien denota esta característica no lo es menos que para su configuración no exige resultado alguno, basta que se falsifique el documento expedido en ejercicio de las funciones propias de los acusados".

También alegó como no recurrente el defensor del doctor Alvarez Bueno, insistiendo en que se violó el derecho de defensa de dicho procesado, pues éste "nunca tuvo un defensor que velara por sus legítimos derechos e intereses", anotando luego que el interrrogatorio hecho a los testigos es deficiente. Agrega, además, que la condición de abogado del ex-Juez Alvarez Bueno no releva la obligación de que esté asistido por un defensor. Finalmente se refiere a la prueba y dice que no existe la certeza para condenar.

Se considera:

1. **Sobre el alegato de los no recurrentes.**

Como el traslado a los no recurrentes se hace una vez haya vencido el término para apelar y, naturalmente, para sustentar esa apelación (art. 26 Ley 81/93, que adicionó el artículo 196 del C. de P.P.), resulta claro que la alegación del no recurrente no puede pretender sino que el *ad-quem* acepte o inadmita las razones del impugnante.

Se acota lo anterior porque si se reexamina el alegato del defensor del procesado Alvarez Bueno, prontamente se constata que contiene ni más ni menos que la sustentación de una apelación, al alegar violación al derecho de defensa y poner en cuestión la valoración que hizo el fallador con respecto a la prueba. No podía hacer tal cosa el defensor, como que la oportunidad para apelar la sentencia le había precluido.

De otro lado, se aprovecha este punto para hacer ver que únicamente podrá la Sala revisar "los aspectos impugnados" (art. 34 Ley 81 de 1993, modificatorio del art. 217 C. de P.P.), de suerte que sólo si se encara una nulidad se pronunciará oficiosamente la Sala.

Con este preámbulo, pues, se entra a estudiar la impugnación.

2. Juridicidad del fallo.

a) El apelante –se repite que a nombre únicamente del ex-Secretario Tovar Atencia– se limita a recalcar que el No. 1113729, correspondiente al título judicial de Antonia María Viloria, es anterior al No. 1113730 que tiene el expedido a Edith de Oro (fls. 24 y 25-1), cosa que, en su sentir, está mostrando que la primera de esas damas "compró" dicho título antes que la otra, echando así por tierra la acusación de que Viloria no estuvo presente en el remate y que lo que se consignó en sentido contrario constituye la falsedad ideológica imputada.

A ello se debe responder, por un lado, que esa numeración la explica suficiente y satisfactoriamente la realidad del proceso, pues se sabe que Emiro Berdugo Alvarez, por petición de la señora Viloria, fue por la mañana a la Caja Agraria y, por decirlo así, "apartó" ese título, siendo éste el motivo por el cual a Edith de Oro le correspondió el número siguiente. En este sentido son muy claros los testimonios de los empleados de la Caja Agraria y el mismo Berdugo Alvarez (fls. 75-2).

De otro lado, sustancialmente, la prueba tenida en cuenta por el fallador para condenar está conformada por las referidas declaraciones de los empleados de la Caja Agraria y en especial por el testimonio del Notificador del Juzgado, Saturnino Vergara Arrieta (fls. 83 y ss.-1), quien sostuvo que Antonia María Viloria sólo había llegado al Juzgado aproximadamente à las 2 p.m., mientras que Edith de Oro sí había comparecido en las horas de la mañana. También se estimó que el procesado Tovar Atencia era el más interesado en que el inmueble le fuera adjudicado a su mujer, y no a quien había hecho mejor licitación, Edith de Oro.

En ese orden de ideas, flaquea el impugnante cuando critica –además sin razón alguna– la declaración del abogado Ramiro León y García, pues ésta no tuvo incidencia en la declaratoria de responsabilidad de los procesados, como que dicho profesional sólo aparece sugiriendo que se coloque la hora de expedición de los títulos judiciales, en el cuerpo de estos documentos, y dos años después aparece, en ejercicio legítimo de su profesión, apoderando a la viuda del demandado en el proceso civil. En consecuencia, deviene inane esa censura del apelante, quien, repítese, *no controvierte la prueba tenida en cuenta para condenar.*

Así, pues, la sentencia impugnada se confirmará, pues de otra parte ninguna objeción tiene que hacer la Sala a las penas impuestas ni a las demás decisiones tomadas en la misma y que fueron objeto de la impugnación.

3. La nulidad planteada.

Aunque brevemente, la Sala dirá algo en lo que atañe a la nulidad aducida por el no recurrente defensor del procesado Alvarez Bueno (fls. 304 y ss.-2).

Pues bien: es cierto que en la indagatoria, por no disponerse de abogado titulado, se designó como apoderado del procesado Alvarez Bueno al señor Ramiro Antonio Enzumcho Alvarez (fls. 97-1). Luego, para el momento precalificatorio, el procesado designó al doctor Luis Narváez García (fls. 147), y después, ambos acusados nombraron al doctor Enrique Carlos Zampayo Panizza (fls. 200), quien recurrió la resolución

de acusación pero sin sustentar en ninguna de las instancias, por lo cual esa impugnación fue declarada desierta.

Posteriormente, ya el proceso en el Tribunal, el procesado Alvarez Bueno nombró a otro abogado, quien se posesionó y pidió que se fijara fecha para la audiencia (fls. 102 y ss.-2), siendo ese mismo profesional del derecho quien con ocasión de este recurso ha alegado de la manera vista.

Como se puede ver, no ha existido violación al derecho de defensa del procesado Alvarez Bueno, como lo alega el defensor, quien además –y aquí sí influye el hecho de que ese procesado es abogado– pidió repetidamente su libertad provisional y la cesación de procedimiento (fls. 123 y ss.-2). Por otra parte, se debe resaltar que el *a-quo* fue bastante acucioso en la práctica de pruebas tanto en el sumario como en el juicio, sin que entonces se pueda echar de menos una prueba relevante que pudiera haber solicitado el defensor del procesado Alvarez Bueno, en el tiempo que no estuvo asistido por un abogado.

No existe, pues, la nulidad argüida.

4. *Del prevaricato.*

Como ya se destacó, el ex-Juez que había sido convocado a juicio por este delito, fue absuelto, y como esta parte de la sentencia no fue impugnada por ninguno de los sujetos procesales, la Sala se abstendrá de revisarla de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993.

Además, este análisis, de hacerse, podría desembocar en la revocatoria de la absolución, con manifiesta violación del artículo 31 de la Constitución Nacional y de las normas legales que le imprimen desarrollo (artículos 17, 217 –subrogado por el art. 34 de la Ley 81 de 1993– y 227 del Código de Procedimiento 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:

Confirmar la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

ACCION DE REVISION / SANA CRITICA

La FALSEDAD probatoria a que alude el legislador para efectos de la REVISION, no está relacionada con la apreciación que del medio legalmente aportado realiza el funcionario judicial. Ese presunto error en tal valoración no es propio alegarlo en sede de revisión, sino de CASACION, y esto sólo cuando se ha violentado las REGLAS DE LA SANA CRITICA.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 73 de julio 6 de 1994.

Vistos:

El Juzgado Cuarto Superior de Tunja, Boyacá, el veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), CONDENO a JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO, a la pena principal de DIECIOCHO (18) AÑOS DE PRISION por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO en la persona de Mario Lelio Sanabria Soler; igualmente a LUIS HERMOGENES PARRA CUCAITA a UN (1) año "de internación en establecimiento público o particular aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación, adiestramiento industrial, artesanal o agrícola como MEDIDA DE SEGURIDAD", como autor material de la muerte del indicado Sanabria S. Condenó, también entre otras cosas, a ambos a pagar en forma solidaria y en favor de los deudos con mejor derecho, según lo establece el Código Civil, la suma de UN MILLON NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/cte. ($1.980.000.oo), más el equivalente a cien (100) gramos oro en moneda colombiana para el momento en que el pago se efectúe, como valor de los PERJUICIOS MATERIALES y MORALES ocasionados con la infracción.

Por la vía de la CONSULTA, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, conoció del referido fallo, pronunciando el suyo a su turno el cinco (5) de diciembre de mil novecientos OCHENTA Y CUATRO (1984), mereciéndole la determinación revisada integral confirmación.

De los hechos y la actuación procesal:

Así consigna los primeros el Juzgado Cuarto Superior: "Nos informa el proceso que en la localidad boyacense de Zetaquirá, área urbana, el día siete de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, se encontraba tomando JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO con LUIS HERMOGENES PARRA CUCAITA, quien resultó INIMPUTABLE, cuando en las primera horas de la noche penetraron a la cantina de Jesús Contreras habiendo previamente insinuado el primero al segundo que llevara su cuchillo y que lo acompañara; ya en la tienda se encontraban Natividad de Contreras, Mario Lelio Sanabria Soler, Fermín Parada, Luz Aurora Soler, Luis Eduardo Plazas y otros; es cuando Mario Lelio le dedica especial atención a una de las muchachas presentes, actitud que no gusta a JAIME JOAQUIN, quien a su manera por medio de señas le indica a LUIS HERMOGENES que extraiga el cuchillo y lesione a Mario Lelio; en este momento Luz Aurora advierte el peligro y toma a Mario Lelio y lo saca de la tienda siendo seguido por LUIS HERMOGENES, quien ya afuera, cuando su víctima se encontraba en medio de los dos postes, le propina una tremenda puñalada por la espalda que lo deja agonizante, a donde llega CORONEL CAMARGO y le descarga un botellazo, retirándose luego los agresores, no sin antes manifestar JAIME JOAQUIN su satisfacción porque 'el cuchillo sí había servido'".

Y, sobre la 'ACTUACION PROCESAL', brevemente refiere el Tribunal: "El proceso fue iniciado en Zataquira y calificado posteriormente en el Juzgado Cuarto Superior, residenciando en juicio criminal y por el procedimiento ordinario a JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO en su calidad de DETERMINADOR del hecho punible por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO de cuya conducta se ocupa el artículo 324 del Código Penal, en concurrencia con el numeral 5o. y el artículo 323 *ibídem*. A LUIS HERMOGENES PARRA CUCAITA se le residenció en juicio, sin intervención de jurado de conciencia, por el delito de HOMICIDIO y en su condición de autor material por violación

de la conducta que describe el art. 323, en armonía con el art. 31 del C.P. De la demanda enjuiciatoria no se recurrió. La causa prosiguió su desarrollo normal hasta verificarse la audiencia pública con intervención de jurado para juzgar a JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO y el juzgamiento del INIMPUTABLE PARRA CUCAITA, esta última se celebró el 19 de julio del año en curso (1984), con intervención del defensor".

De la demanda:

1. Primeramente se alega la causal tercera (3a.) del artículo 232 del Decreto 2700 de 1991, esto es, "cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la INOCENCIA del condenado o su inimputabilidad".

"...Estos nuevos medios de convicción no son otros que los testimonios (extraprocesales y nuevos, tanto por la época en que se han acopiado como por las situaciones de que dan cuenta), rendidos por personas que conocen y han tratado y compartido cualquier cantidad de situaciones cotidianas de la vida y desde su niñez a PARRA CUCAITA, CAMARGO CORONEL y aún al mismo Sanabria Soler. Ellos son los de los señores Luis Alfonso Moreno Suárez, Libardo Tejedor Rodríguez y Tiberio Moreno Coronel, quienes son de suyo valiosos e incuestionables garantes (por razón del conocimiento y trato que desde la infancia han mantenido con los actores del drama) del estado de plena sanidad mental y de la altísima capacidad intelectual, volitiva, y de comprensión y entendimiento que le asisten y caben predicar respecto de PARRA CUCAITA, quien no obstante la sordomudez congénita que le asiste de siempre ha ejecutado actos y acciones o conductas de manera inteligente e inteligiblemente igual o mejor que personas completamente sanas de mente y cuerpo como lo son muchos de sus coterráneos".

Se trata de prueba aparecida después de la incorporada a los autos y apreciada en la sentencia y de la que se colige meridianamente "que las versiones inculpatorias esgrimidas contra JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO implicaron el arribar judicialmente a una injusticia (yerro judicial, de buena fe), contra mi mandante, toda vez que los nuevos medios

de convicción dan cuenta cómo en manera y momento ninguno LUIS HERMOGENES PARRA CUCAITA pudo haber obrado ilícitamente y conminado o impulsado o motivado o empujado o activado, sugestivamente, por CORONEL CAMARGO, para a su vez entender a éste como el DETERMINADOR del actuar criminoso de aquel al consumar el HOMICIDIO en la persona de Mario Lelio Sanabria Soler, aprovechando de paso la sordomudez de PARRA CUCAITA para, por señas, indicarle qué debía hacer".

Conviene precisar que, en una primera declaración injurada, "el mismo PARRA CUCAITA aceptó..., haber sido el autor (material e intelectualmente hablando) de la cuchillada mortal propinada a Sanabria Soler, en razón a que éste y otros sujetos le estaban agrediendo, ataques ante los cuales no tuvo otra forma o manera de defenderse que esgrimiendo y usando el arma cortopunzante que portaba en este momento...". La declaración de Luis Antonio Moreno Suárez, es más importante sobre este particular, pues pocos días después de los hechos, ocasionalmente se entrevistó con PARRA CUCAITA, encontrándose éste detenido, y le comentó que "si bien él hirió al hoy occiso, lo hizo por su cuenta y riesgo, sin que nadie tuviera que decirle nada para actuar, o que debía obrar de tal o cual manera". Esta es una prueba conteste con la posición que otrora adoptara en autos este sentenciado.

PARRA CUCAITA, nunca ha sido persona inmadura mentalmente o altamente sugestionable. "En efecto, de los testimonios nuevos vertidos por Moreno Suárez, Tejedor Rodríguez y Moreno Coronel, puede inferirse, sin que haya lugar a duda alguna, cómo el dicho sordomudo no obstante esa su invalidez física, siempre, desde niño, ha sido una persona muy independiente que bien se ha desempeñado en todas las cosas y aspectos de la vida..., que nunca ha tenido que depender de nadie, a no ser para que le den trabajo o comercien con él, que entiende y comprende qué es lo bueno o malo de las cosas de la vida y que fácilmente puede autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión".

Precisa el demandante que NO PRETENDE en manera alguna ni en éste ni en el otro cargo, REALIZAR UN NUEVO EXAMEN DEL ACERVO PROBATORIO ya debatido en las instancias porque bien sabe que ello es "inane o fútil frente a las exigencias que reclama tan

extraordinaria y especialísima acción. No, lo que deseo es establecer (y hacer ver con meridiana claridad) cómo a consecuencia de una estimación FALSA y aleve de los hechos por parte de varios testimoniales de los hechos, se provocó no sólo que un perito médico psiquiatra errara emitiendo un falso juicio o concepto con relación a la pretendida inmadurez mental de PARRA CUCAITA, sino que ello también incidió para que los Jueces dictaran sus sentencias sobre basamentos FALSOS".

2. Entra entonces el accionante a concretar "LA SEGUNDA CAUSAL INVOCADA, esto es, la 5a. del artículo232 del C. de P.P. que enuncia así: "cuando se demuestre que el fallo objeto de un pedimento tal se fundamentó en prueba(s) falsa(s)". Desarrolla entonces el cargo en dos secciones, siendo la primera referente a 'la FALSEDAD que asiste al dictamen médico psiquiátrico forense', sobre el que asevera que tiene un 'endeble piso jurídico' y es ajeno a 'la verdad real de la situación mental y psico-activa de dicho sentenciado a lo largo de su vida', como la presentan los nuevos testimonios que somete a consideración de la CORTE, "amén de las INCONSISTENCIAS, fácilmente detectables, QUE REGISTRAN LOS ESTIMATIVOS DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA, cuanto que no se hicieron unos debidos, necesarios y profundos análisis de las diversas declaraciones de cargo ni su exigible confrontación con los dichos de los hoy condenados y todas las circunstancias que rodearon los acontecimientos materia del proceso".

Que, como se desarrollaron las cosas, bien puede sostenerse que Natividad de Contreras y Luz Aurora Soler, SE EQUIVOCARON al afirmar que CORONEL CAMARGO, por señas, la indicaba o sugería a PARRA CUCAITA que lesionara a Sanabria Soler. Lo que cabe colegir es que, "*DE PRONTO* JAIME JOAQUIN le quiso dar a entender a LUIS HERMOGENES era que 'ojo, vea que fulano de tal –Mario Lelio– está armado y lo (o nos) puede chuzar', o yéndonos aún más lejos a la versión del sordomudo PARRA CUCAITA, de que como estaban siendo agredidos por un número grande de personas, él tuviera que verse precisado a sacar su arma –un cuchillo– para repeler, defendiéndose, ese ataque aleve e injustificado...

"La apreciación FALSA, contraria a la potencial y más lógica verdad de lo sucedido, e inculpatoria de los testigos mencionados al inicio del

párrafo anterior, se prestó para posteriormente influir tanto en la 'traducción' que de los gestos de PARRA CUCAITA hizo el 'experto' del INSOR al momento del examen psiquiátrico de dicho acusado, como en el ánimo conceptual del galeno que tal actividad cumplió". El perito coloca en boca de PARRA C. expresiones que contradicen su versión injurada original (diligencia ésta que se cumplió con el concurso de una dama del poblado que, al parecer, 'ALGO' entendía de las señas de este procesado) y que 'apoyan' lo declarado por Natividad de Contreas y Luz Auroa Soler. En este sentido debe tenerse en cuenta la versión extraprocesal de Luis Antonio Moreno Suárez, en aquello de que había herido a Sanabria Soler por su cuenta y riesgo.

Fueron las señaladas versiones de cargo, sumadas a la 'traducción' del experto del INSOR, las que "influyeron sobremanera para que, contrariando la verdad científica y los principios que deben presidir un examen de tal naturaleza... el médico psiquiatra forense en cuestión dictaminara que PARRA CUCAITA era (para entonces) un ser inmaduro mentalmente hablando, altamente sugestionable, susceptible de suyo para ser objeto de abusos por parte de terceros y, por ende, INIMPUTABLE por no estar en capacidad de comprender sus actos y de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por el solo hecho de 'padecer inmadurez psicológica en el área de la comunicación por ser un sordomudo'...".

Lo declarado por los testigos que hoy se someten a la consideración de la CORTE, *CONTRADICE LAS CONCLUSIONES A QUE LLEGO EL PERITO*. Se debió, pues, imponer el criterio de que PARRA CUCAITA es 'sujeto imputable frente a la ley penal, más aún si se considera que no obstante su carencia de instrucción en técnicas de lenguaje de los sordomudos, él mismo no mostró ni ha dado señas de alteraciones bio-psíquicas que le impidan concebir qué es bueno o malo en la vida y, por lo mismo, entender y comprender la ilicitud o no de una determinada conducta o acción humana...".

Es, además, FALSO, el multicitado dictamen porque no se entrevistó a personas que conocieran a PARRA C., que se entendieran con él y que supieran cómo era su real 'modus vivendi'. "Y es que no obstante las fallas que para establecer comunicación tuvo el 'experto' del INSOR que luego 'tradujo' los dichos de aquél al galeno respectivo, éste, contrariando

criterios científicos resulta afirmando, no sugiriendo simplemente, que PARRA CUCAITA es (era, para tal época) un individuo altamente sugestionable e influenciable, pasible de abusos por parte de otras personas. Y una aseveración tal, cuestionable desde todo punto de vista pues que sus basamentos son de suyo endebles, carentes del menor esfuerzo analítico, fue acogida sin más, como un axioma, como algo impajaritable –SIC– por los juzgadores de instancia...

El perito debió percatarse de que, desde el plano psicológico, SUGESTIONAR no es lo mismo que INDUCIR. "Y es que inducir implicaría el considerar ciertos factores, a más de la simple sugestión, como la racionalización de los motivos, de suerte que se engendre una falsa persuasión en el ánimo del futuro delincuente. Y, el estado sugestivo, no es ni más ni menos que el resultado de la supresión de la capacidad de crítica de la persona, conservándose normales todas las demás funciones psíquicas de la misma, capacidad de crítica que se halla en razón inversa del grado de afectividad y en razón directa del grado de inteligencia; lo cual nos hace comprender que cuanto más inteligente (COMO ES EL CASO DE PARRA CUCAITA, SEGUN LO REFIEREN LOS NUEVOS TESTIGOS QUE LE CONOCEN DESDE LA NIÑEZ) y menos emocionable sea una persona, tanto más difícil será sugestionarla.

"Se dirá, por razón de esto último, que así estamos frente a UN CONFLICTO ENTRE UN CRITERIO CIENTIFICIO Y UN ESTIMATIVO NO CIENTIFICO, claro está, porque no han hecho estudios de medicina, psiquiatría o psicología o de otras materias afines, de personas que apenas sí conocen o han tratado a PARRA CUCAITA. Pero es que ésta es precisamente la razón para entender que quienes en verdad conocen a dicho sentenciado, quienes en puridad de verdad pueden dar razón de si es un ser inmaduro mental, etcétera, son esas gentes que lo han conocido y tratado por y a lo laro de toda una vida y no unos científicos médicos que se basamentan en principios o parámetros que con seguridad se encuentran lejos de comprender a los seres humanos estudiados individualmente, como partes de un todo (no como el todo), en sus especiales medio ambiente y vivencias, como LUIS HERMOGENES PARRA CUCAITA, y sí más bien son criterios apoyados en estudios hechos sobre gentes citadinas y aún en extrañas a la idiosincracia colombiana o que nos es particular.

"...Todo esto da base para afirmar que si PARRA CUCAITA no fue –ni ha debido ser considerado tal– un sujeto inimputable, que, entonces, respecto de JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO no puede predicarse responsabilidad, a ningún título, en la comisión del delito de HOMICIDIO materia del proceso y, aún, en el entendimiento (en gracia de discusión) de que si efectivamente le sugirió a PARRA que esgrimiera el cuchillo que portaba, lo fue para que se defendiera. Y si no siendo ella una sugestión obnubiladora, comprendiendo que la responsabilidad penal deducible en cabeza de PARRA CUCAITA es clara, no puede entonces seguírsele considerando como inimputable y, por lo mismo, con relación a JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO, NO PUEDE CONTINUARSE PREDICANDO QUE ACTUO INCURRIENDO EN VIOLACION A LA PRECEPTIVA DEL ORDINAL 5o. DEL ARTICULO 324 DEL CODIGO PENAL Y MUCHO MENOS EN LAS RESEÑADAS EN EL ARTICULO 66 DE LA MISMA NORMATIVA, PORQUE, VALGA, DECIRLO, ¿CON CUAL COMPLICE? (para pregonar esto debe haberse probado que hubo un previo acuerdo de voluntades para la comisión de un determinado hecho punible, cosa ni siquiera sugerida a todo lo largo de este proceso), ¿COMO HIZO MAS NOCIVAS LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO PUNIBLE?...

Todas esas equivocaciones en los juicios de los falladores de instancia, producidas por las FALSEDADES contenidas en algunos de los testimonios y un dictamen médico-psiquiátrico-forense, configuraron el llamado ERROR IN IUDICANDO que, de haber sido conocido a tiempo, el fallo no habría sido de condena, "o, en el peor de los casos, sí de condena, *PERO NUNCA POR HOMICIDIO AGRAVADO*... Con todo lo anterior NO HE PRETENDIDO –lejos estoy de querer ello– DISCUTIR LA CREDIBILIDAD DE LA PRUEBA, sino destacar sus falacias frente a la verdad verdadera de los acontecimientos y las personas en ellos involucradas...".

3. "SEGUNDA PARTE.- FALSEDAD de las pruebas relacionadas con la 'demostración' de la faz objetiva del hecho punible materia del proceso". Causal invocada, la quinta (5a.) del artículo 232 del C. de P.P., esto como fundamentos de derecho, y como de hecho se tienen: "Al momento de efectuarse el LEVANTAMIENTO DEL CADAVER de Mario Lelio Sanabria Soler, se dijo que el mismo presentaba '...2 heridas en el

brazo derecho, las cuales se encontraban ya con puntos, al parecer producidas con armas cortopulsante (*sic*)... (y) una herida a travez (*sic*) en la parte baja del abdomen al lado derecho al parecer producida también con arma cortopulsante (*sic*)... No se hallaron más heridas...'(fol. 14).

"A su turno, en el HISTORIA CLINICO de Sanabria Soler (fl. 74), número 18.890 del Hospital 'Elías Olarte' de Miraflores (Boyacá), se anota que dicha persona ingresó al servicio de urgencias siendo las 22:00 horas (8 de la noche) del día 7 de noviembre de 1981, '...traído por la policía de Zetaquirá hace más o menos una hora, recibió herida con A.C.P. (arma cortopunzante) en abdomen E.F. (examen físico) T/A (tensión arterial) 90/40 F/C (frecuencia cardíaca) 68/M. Paciente obnubilado con aliento alcohólico, pálido, con mucosas escasas, ruidos cardíacos rítmicos, bien timbrados, tiene ventilación pulmonar. Abdomen herida de más o menos 8 cms. en hipocondrio izquierdo, ruidos intestinales ausentes. Herida de más o menos 2 cms. en región lumbar izquierda, sangrado abundante. I.D. (impresión diagnóstica) HERIDA CON ARMA CORTOPUNSANTE (*sic*). Se practica venodisección, diuresis clara. DIAGNOSTICOS DEFINITIVOS: HERIDA A.C.P. EN ABDOMEN (HERIDAS MULTIPLES EN YEYUNO -COLON ASCENDENTE-COLON DESCENDENTE. HEMATOMA RETROPERITONIAL (*sic*) IZQUIERDO. ANEMIA AGUDA...', (entre paréntesis notas del suscrito accionante). Es permisible advertir que en este resumen clínico no se anotó qué asistencia o cuidados clínicos se prodigaron al paciente, y si se le dio de alta, a qué horas y por qué motivos, si permaneció en ese lugar, bajo qué tratamientos y si falleció en el mismo, a qué horas (claro que ello podemos inferirlo del acta de registro civil de defunción donde se anota que lo fue hacia las siete (7) de la noche del día siguiente (8 de noviembre), es decir, a poco más de veinticuatro (24) horas de haber sido lesionado).

"Por último observemos lo que nos dice el PROTOCOLO DE AUTOPSIA, fl. 42, actuación cumplida quince (15) días después de los hechos materia del proceso y del deceso en cuestión: '...al examen... (el cadáver) presentaba la siguientes lesiones: 1.- Herida lineal en forma de ojal de aproximadamente 4 cms. a nivel de región lumbar izquierda... 2.- Herida lineal de aproximadamente 3 cms. a nivel de región abdominal mesogastrio con línea paraumbilical derecha... 3.- Hemorragia moderada

en el retroperitoneo por lesión de riñón izquierdo... 4.- Perforación de aproximadamente 2 cms. a nivel de colon transverso. 5.- Perforación de vesícula biliar con salida de materia bilial hacia el peritoneo. 6.- Herida quirúrgica mediana infraumbilical de aproximadamente 8 cms. 7.- Por la herida del numeral 2 presenta colostomía (creación de un ano artificial, avocando al exterior el colon descendente (c. lumbar) o la S ilíaca (Garnier M. y Delamare V. Diccionario de términos técnicos en medicina, 20a. edición, Ed. Norma, S.A., Madrid, 1981). CONCLUSIONES: 1.- LESIONES PRODUCIDAS POR ARMA CORTOPUNZANTE... CAUSA DE MUERTE: 1.- PERITONITIS QUIMICA RUPTURA VESICULA BILIAR... 2.- HIPOVOLEMIA... (disminución del volumen sanguíneo)... POR HEMORRAGIA EN EL RETROPERITONEO.

"De todo ello podemos apreciar, entonces, cómo es FALSA la apreciación médica en una de dos de tales certificaciones (o en ambas: el historial clínico o la autopsia), más aún cuando por parte alguna se determinó, para la condigna apreciación por parte de los juzgadores de instancia, cuál fue la verdadera causa de la muerte de Mario Lelio Sanabria Soler. Observemos: el protocolo de autopsia reseña unas lesiones que nunca se detectaron (y menos mencionaron) en el examen hospitalario (que debió ser a fondo si se tiene en cuenta que se habla de lesiones en partes de la humanidad de Sanabria Soler), luego, entonces, ¿miente el protocolo de autopsia? o, por el contrario, ¿la mentirosa es la historia clínica?, ¿cuál de las dos es falsa y cuál la verdadera? (yo me inclino a pensar, e invito a los Hs. Magistrados a que hagan lo mismo, que la UNICA CIERTA ES LA HISTORIA CLINICA, por las razones que más adelante expongo). ¿Quién, cómo y en qué momento causó la herida en la vesícula biliar? (téngase en cuenta que al primer examen en el hospital no se dictaminó ello), ¿se prestó en el mentado centro asistencial la debida, cuidadosa y diligente atención médica a Sanabria Soler durante las 24 horas en que éste permaneció en el mismo? ¿Quién en verdad puede ser catalogado como el responsable de las fatales lesiones irrogadas a Sanabria Soler?. Si consideramos todos estos interrogantes, ¿en verdad podemos decir que es indiscutible la existencia de un HOMICIDIO SIMPLE-AGRAVADO, como se asentó en los fallos, con base en tales pruebas médicas, nunca discutidas, menos analizadas y sí apenas mencionadas como un papel más dentro del proceso?, o de pronto, ¿no será que acabamos de descubrir que no hubo un delito de HOMICIDIO de tal

entidad sino de proto (y muy seguramente) uno de índole PRETER-INTENCIONAL (art. 325 del C.P.), sin agravantes, claro está, o unas meras lesiones que por descuido o negligencia en la atención médico-clínica en el Hospital de Miraflores, se infectaron para provocarse luego la peritonitis dictaminada en la autopsia?.

"Se me dirá que traer a cuento, ahora, tales inconsistencias, tal cúmulo de interrogantes, es asunto que sólo habría competido considerar y discutir en sede de CASACION, por entenderse o colegirse que causaron un falso juicio de existencia, habida consideración de que al instante de fallarse el proceso, en ambas instancias, ya obraban tales documentos. Sí, cierto, pero, reitero, los mismos nunca fueron discutidos por ninguno de los sujetos intervinientes en el proceso, menos aún analizados, a duras penas, como puede observarse en las páginas segundas de las sentencias, se les alude, se les relaciona, nada más. Por lo mismo afirmarse que hoy por hoy nada puede hacerse al respecto de tales falencias, frente a tales FALSEDADES (en cuál de tales documentos, en alguno debe serlo, lo cierto es que ese que sea FALSO incidió y mucho en la emisión de los fallos de condena contra CORONEL CAMARGO) es tanto como decir que ya no hay oportunidad procesal alguna para establecer la verdad real y que debe dejarse seguir brillando la injusticia. Sin embargo, si apartarnos de la NEGLIGENCIA que bien pudo presidir la actuación de los defensores, Agentes del Ministerio Público y Jueces intervinientes a todo lo largo del proceso, piénsese en lo injustificado que resulta para JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO el seguir aceptando, sin más, que la materialidad de un delito que él no cometió, quedó en autos suficiente, clara y meridianamente demostrada, cuando en sana lógica todo impone o concluye a pensar que si se dio en verdad el delito de HOMICIDIO, lo fue a título PRETERINTENCIONAL y, por qué no, que el caso en sí consistió en unas simples LESIONES pero el deceso de Sanabria Soler se produjo MAS BIEN a consecuencia de la NEGLIGENCIA médica y, por ende, esa muerte no es (ni ha podido serlo) endilgable a los sentenciados CORONEL CAMARGO y PARRA CUCAITA.

"Mi poderdante está imposibilitado económicamente de poder sufragar el coste de una valoración médico-legal privada de tales documentos. Lo único viable, a efecto de esclarecer esa situación, es apelar a un dictamen oficial que bien puede ordenarse y producirse en la etapa probatoria del

trámite de esta acción de revisión a efecto de, reitero, ELUCIDAR SI ES O NO FALSO EL PROTOCOLO DE AUTOPSIA, los resultados que como causa de la muerte se advierten en él y que nunca fueron mencionados en un historial clínico sino que aparecieron luego de ese primer examen cuyos asertos, reitero, me merecen toda credibilidad por ser los más frescos, si cabe emplear la expresión, con relación a los hechos.

"...Ya en la fase probatoria del diligenciamiento de esta acción PODREMOS ENTRAR A DEMOSTRAR, con ayudas científicas, médicas, psicológica, etc., adecuadas, idóneas, capaces y capacitadas, CUAL LA VERDAD DE LO SUCEDIDO, cuál la realidad de las cosas, cuál fue, en últimas, el hecho punible consumado y EN REALIDAD ATRIBUIBLE (si ello cabe de todas maneras considerarlo y definirlo) a CORONEL CAMARGO...".

Breves consideraciones de la Sala:

1. Es diáfano que el accionante reconoce que obran unas versiones inculpatorias sobre CORONEL CAMARGO y un dictamen médico legal que ubica a PARRA CUCAITA como inimputable, mas se asegura que toda esta prueba condujo al error del juzgador porque, con la testimonial que aduce a Moreno Suárez, Tejedor Rodríguez y de Moreno Coronel, se demuestra el estado de sanidad mental del último de los condenados. Es obvio, pues, que contrapone su criterio al de los juzgadores. Para éstos la prueba documental de autos y la testimonial arrojaban certidumbre sobre que CORONEL CAMARGO fue la persona que, valiéndose del inimputable LUIS HERMOGENES PARRA C. ocasionó la muerte de Sanabria Soler, esto es que fue el autor mediato o DETERMINADOR de tal homicidio. En cambio, para el accionante, esa misma prueba no permite arribar a tales conclusiones porque a ello se oponen las declaraciones extraproceso que ahora, trece (13) años largos después de los hechos, presenta para demostrar su aserto de que PARRA C., pese su sordomudez congénita y su imposibilidad de darse a entender por escrito, era IMPUTABLE.

El accidente pretende que la prueba eminentemente científica, técnica (peritaje del experto psiquiatra forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá) que documentó la sentencia de primera y segunda instancia y permitió asegurar que se estaba frente a un INIMPUTABLE queda

aniquilada por los tres declarantes ante Notario que al final de los tiempos y por obra de quien sabe qué extraños pero efectivos misterios o tejemanejes aparecen refiriendo exactamente todo aquello que se requeriría para intentar al menos la remoción de la sentencia, esto es, lo que más convenía a los intereses de la defensa o del condenado.

Se predica entonces que quienes son depositarios de la verdad integral son los tales declarantes porque ellos conocieron a PARRA CUCAITA desde la infancia y saben mejor que nadie que es una persona inteligente, capaz, mucho más inclusive que quienes no tienen sus problemas y con una extraordinaria facilidad de comunicación; por tanto, el dictamen médico legal es FALSO y se aparta totalmente de la verdad cuando allí se afirma que aquel, para cuando los hechos, "se encontraba en una situación que no podía comprender el ilícito ni podía determinarse, por padecer INMADUREZ PSICOLOGICA en el área de la comunicación".

Que también se equivocó el experto cuando adveró que "su sordomudez lo ha llevado a ser una persona SUGESTIONABLE, influenciable limitante psicofísica, que es propia para abusos de terceros". Que el perito ha debido 'percatarse' de que "desde el plano psicológico, SUGESTIONAR no es lo mismo que INDUCIR". Critica, pues, el valor probatorio que los juzgadores le concedieron al peritaje, también porque mal podía ser PARRA CUCAITA sugestionable ya que los testigos que ahora presenta a consideración de la CORTE, afirman que es una persona inteligente y como tal con capacidad de crítica y así poco sugestionable. Busca pues derruír, mediante un nuevo examen de aquella prueba su valor, valiéndose para ello del formidable valor probatorio que le otorga a la testimonial que de manera tan oportuna consiguió, sin concederle ninguna importancia al trascendente hecho de que aquellos declaran trece (13) años largos después de los acontecimientos de autos.

De verdad, que es extraño que después de tanto tiempo, y sin que pueda sostenerse que tenía un interés especialísimo en el asunto que justificara el tener tan buena memoria sobre un hecho ajeno, Morales Suárez recuerde que 'OCASIONALMENTE' se entrevistó con PARRA CUCAITA, pocos días después de los hechos, y éste le comentó (qué poder de fijación tan prodigioso y qué testimonio tan conveniente y exacto en orden a las necesidades de la defensa, SE REITERA, y váyase a saber

con motivo de qué y cómo y tan 'oportunamente' ésta, después de tantos años, dio con él) que si bien él era quien había herido al "hoy occiso, lo hizo por su cuenta y riesgo, sin que nadie tuviera que decirle nada para actuar o que debía obrar de tal o cual manera".

Y, regresando al meollo del asunto, es, pues, evidente que el censor no hace cosa distinta a enfrentar el planteamiento del sentenciador con el suyo crítico, realizando un nuevo examen del material probatorio que sirvió de fundamento a la sentencia, el que se rechaza por deleznable y falso, en tanto que se erige como extraordinario el constituido por la prueba testimonial extrajuicio. Debate probatorio revivido que no deja de cumplirse por la mera circunstancia de que el accionante asevere que no lo realiza porque es sabedor de que así la revisión no prospera.

Es pertinente también recordar que, desde tiempo atrás, esta Corporación sostuvo 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". (Determinación de mayo 30 de 1978).

En el discurrir de toda su demanda olvida el libelista que la FALSEDAD probatoria a que alude el legislador para efectos de la REVISION, no está relacionada con la apreciación que del medio legalmente aportado realiza el funcionario judicial. Ese presunto error en tal valoración no es propio alegarlo en sede de revisión, sino de CASACION, y esto sólo cuando se han violentado LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA.

2. El accionante, en la segunda causal por él invocada, esto es la quinta (5a.) del artículo 232 del C. de P. Penal, que, equivocadamente, enuncia así: "cuando se demuestre que el fallo objeto de pedimento tal (de revisión) se fundamentó en prueba(s) falsa(s)", cuando la verdadera del señalado Código está precisada de esta guisa: 'Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se

fundamentó en prueba falsa', vuelve sobre planteamientos que ya había realizado cuando decía apoyarse sobre planteamientos que ya había realizado cuando decía apoyarse en la causal tercera del mencionado artículo. ASI, LA FALSEDAD DEL DICTAMEN MEDICO PSIQUIATRICO FORENSE, al afirmar la inimputabilidad de PARRA CUCAITA y su sugestionabilidad, cuando "lo declarado por los testigos que hoy se someten a la consideración de la CORTE, contradice las conclusiones a que llegó el perito". Persevera también en su errada opinión de que la prueba testimonial en que se basaron los sentenciadores para arribar a la condena es FALSA. Pero en todo ello adrede olvida hacer cualquier referencia (por eso precisamente procedió de igual manera desde cuando previamente había aludido a la causal en que dice estriba su pedimento) a que el artículo232 del C.P.P., en su numeral quinto, clara y expresamente exige para la viabilidad de la revisión impetrada que la prueba falsa de que se trate debe haber sido declarada así en SENTENCIA EN FIRME, lo que refulge no ha acontecido en el evento sub-exámine.

Y es grave falla técnica del accionante el desviar su alegación para sostener que no puede continuarse predicando que su representado vulneró alguna de las circunstancias plasmadas en el artículo 324 del Código Penal o varias de las reseñadas en el artículo 66 de la misma normatividad porque es verdad elemental tratándose de la ACCION DE REVISION, que ella no es estadio propio para tal tipo de discusiones, o para pedimentos que con ello de alguna forma tengan que ver, pues tales circunstancias de agravación, dejan siempre perviviendo la no inocencia del condenado y esto es lo que importa acreditar cuando se acude a esta acción extraordinaria. De ahí lo impropio del demandante en orden a la prosperidad de la acción impetrada, cuando de cierta manera acepta que su cliente ha podido inclusive condenársele por HOMICIDIO, pero no por este delito en la modalidad de AGRAVADO.

3. En un tercer aparte de su escrito el accionante se refiere a la "FALSEDAD de las pruebas relacionadas con la 'demostración' de la faz objetiva del hecho punible materia del proceso". Se invoca como causal, igualmente, la quinta del artículo 232 del C. de P. Penal y, luego de transcribir apartes del acta de levantamiento del cadáver, de la historia clínica y del protocolo de autopsia, se duele de que en la historia clínica no se hubieran determinado los cuidados que se tuvieron con el paciente

y se asegura que en ella o en el acta de autopsia, o en las dos, se consignó una FALSEDAD, más cuando no se precisó cuál fue la verdadera causa de la muerte de Sanabria Soler, lo que en sentir de la CORTE sí se hizo. Se interroga también sobre quién fue el autor de la herida en la vesícula biliar y termina preguntándose si DE PRONTO no se estará ante un HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL, o unas simples lesiones personales que degeneraron en muerte por descuido o negligencia en la atención médica.

Lo primero a señalarse sobre este particular es que la pretensión no tiene un válido respaldo legal o jurídico. Y él mismo no existe porque afirmándose que se alega con fundamento en el artículo 232, numeral 5o., el accionante se limita a predicar presuntas falsedades, en hipótesis que él mismo se encarga de construir, pero que no tienen un sólido respaldo probatorio, del que se carece sustancialmente porque la norma en cuestión EXIGE UNA SENTENCIA EN FIRME SOBRE LA FALSEDAD DE LA PRUEBA FUNDAMENTO DEL FALLO. Y dos cosas definitivas hay en todo esto, primero la inexistencia de tal determinación y, segundo, que no fue en los detalles que critica el accionante de la historia clínica, ni del protocolo de autopsia, donde los sentenciadores hallaron la prueba que sirvió de fundamento al fallo condenatorio.

El mismo impugnante sabe perfectamente que su alegato no es propio de este estadio excepcional de la REVISION y que el mismo ha debido hacerse por la vía de la CASACION. Mas se empeña en lo inalcanzale y ensaya argumentos para viabilizar su petición que obstinadamente chocan contra lo que pacífica y reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia. Sería menester que la CORTE *motu proprio* cambiara las causales legales de procedencia de esta extraordinaria acción, para que la pretensión prosperara, y ello es un imposible jurídico. No es dable, reitérese, en la sede escogida realizar alegaciones que sólo comportan un enfoque diferente de la innegable responsabilidad del condenado. Por lo demás la hipótesis de un HOMICIDIO CULPOSO atribuíble a los galenos que atendieron con inmediación a los hechos a Sanabria Soler, es sólo una subjetividad nacida en la mente del accionante, dentro de sus encomiables afanes de defensa.

Así las cosas, sería absurdo que la CORTE dispusiera el trámite de una ACCION DE REVISION que sabe, fatalmente, condenada al fracaso, por imperio de la ley y del derecho.

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

Resuelve:

Desechar, por antitécnica, la demanda de revisión propuesta en favor del condenado en el proceso de HOMICIDIO de marras, JAIME JOAQUIN CORONEL CAMARGO.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia. Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*, "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

No es cualquier PRUEBA NUEVA la que el legislador erige como suficiente para constituir causal de revisión; no, necesario es que ella tenga suficiente entidad para pensar seria y fundadamente en la INOCENCIA del condenado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 74.

Vistos:

Cumplidos los trámites de rigor, decide la CORTE la ACCION DE REVISION, interpuesta mediante abogado por JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, sobre el proceso que se adelantó en su contra y que culminó en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con sentencia de marzo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992), resultando condenado por los delitos de 'HOMICIDIO' y 'PORTE ILEGAL DE ARMAS', en tanto que a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, se le absolvió y a GIOVANNI DE JESUS RODRIGUEZ GALLARDO se le condenó sólo por el primero de los indicados delitos. La señalada decisión confirmó, con modificaciones, el fallo a su turno proferido por el Juzgado Cuarto Superior de la capital del Departamento del Magdalena el nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Hechos:

Sucedieron en la población de Taganga, comprensión distrital de la ciudad de Santa Marta, el veintiuno (21) de octubre de mil novecientos

noventa (1990), en las horas de la noche, cuando los señores Luis Felipe Henao Hidalgo y Walter Dabeys Santos recibieron sendos disparos de revólver calibre 38 a la altura de la cabeza, cuyas resultas fueron la muerte inmediata del primero de los mencionados y, al día siguiente, la del último de éstos. Por esos hechos fueron capturados, oídos en indagatoria, detenidos preventivamente y llamados a responder en juicio criminal, GIOVANNI DE JESUS RODRIGUEZ GALLARDO, JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN y RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS.

Actuación procesal:

Fue en el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Santa Marta, donde el veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa (1990), se dictó el auto cabeza de proceso. Se escucharon, entonces, las indagatorias de todos los aprehendidos en la noche de los trágicos hechos y cuando viajaban de Taganga a Santa Marta. Se trajeron a los autos las actas de levantamiento de los cadáveres de quienes en vida respondían a los nombres de Luis Felipe Henao Hidalgo y Walter Dabeys Santos; se escuchó la declaración jurada, entre otras, de Miguel Angel Guerra Yepes, Belsy Beatriz Guerra Miranda, Ana Mercedes Santos Capurro. Lida Mercedes Henao Santos; la de los agentes del orden que cumplieron la captura de los implicados, entre otros, Marcos Julio Gómez Gómez, Eduardo Enrique Escobar Guerrero y la del Suboficial Raúl Enrique Arzuza Rocha. De otra parte, a los revólveres incautados se les practicó inspección judicial, determinándose las características (Smith & Wesson, 38 largo, ambos en buen estado de funcionamiento y con cinco cartuchos y una vainilla cada uno). Practicadas otras pruebas, la investigación se declaró 'cerrada' el veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), calificándose el mérito de la misma el veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), con resolución de acusación contra GIOVANNI DE JESUS RODRIGUEZ GALLARDO, JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN y RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, por los delitos de 'HOMICIDIO' y 'PORTE ILEGAL DE ARMAS DE DEFENSA PERSONAL'. A la vez se decretó cesación de procedimiento en favor de ARMANDO ALBERTO BUSTAMANTE ACOSTA, JAIRO ENRIQUE CASTRILLON CATAÑO, JAIR ANTONIO BUSTAMANTE ACOSTA, RUBEN DARIO RIVAS BARLIZA y GUILLERMO ENRIQUE RODRIGUEZ GALLARDO.

Remitido el expediente al Juzgado con competencia para tramitar la etapa de la causa, le correspondió, por REPARTO, al Cuarto Superior, siendo dicha oficina la que recibió los resultados positivos del análisis para residuos de disparo, por 'emisión atómica', practicado a las muestras tomadas a los acusados GIOVANNY de JESUS RODRIGUEZ GALLARDO y JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, examen que fue practicado por el Laboratorio de Físico-Química, Departamento de Criminalística del Instituto de Medicina Legal, ofreciendo las conclusiones señaladas para la mano izquierda del primero de los sindicados y para la mano derecha del segundo.

Se practicaron los reconocimientos en fila de personas, por parte de *EDINSON HENAO SANTOS* y *BELSY BEATRIZ GUERRA MIRANDA*, quienes manifestaron no reconocer a los homicidas por no haber presenciado el momento consumativo de los homicidios. Se recibió, también, un oficio suscrito por el Mayor Eduardo Murillo Salazar, Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Córdoba, informando que a ninguno de los enjuiciados se les ha expedido salvoconducto para portar armas.

Durante la realización de la audiencia pública, los defensores alegaron falta de pruebas en orden a la condena, criticaron los testimonios de oídas y rechazaron el dictamen sobre la absorción atómica, precisando que no era del todo confiable.

El apoderado de PADILLA RIVAS argumentó que en favor de su patrocinado se demostró cabalmente que nada tuvo que ver con los hechos materia de averiguación. El Ministerio Público a su turno consideró que sobre este mismo procesado "no existe prueba idónea y suficiente para condenar, que por lo menos hay DUDA sobre su participación criminosa".

El apoderado de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN señala que los testigos que podían dar cuenta del asunto, esto es, los que iban en el automotor que se trasladaba de Santa Marta a Taganga y que en un principio se tuvieron también como partícipes en los hechos delictivos, declararon que en ningún momento su representado, cuando se trasladaba en el citado vehículo portaba armas y que tampoco se tiró del carro para huir, sino que 'solicitó la parada en la subida a Taganga para quedarse donde una tía'. Que los agentes del

orden que declararon sobre la captura de LOPEZ R. no precisaron si las armas de marras éste las tenía "en su cintura o si estaban alrededor o en cercanías del sitio en el que él fue detenido... Por otro lado, no se estableció si esas armas, las que se encontraron cerca a JAVIER LOPEZ ROLDAN, fueron las armas con las que se produjo el homicidio de Luis Felipe Henao y Walter Davey Santos". Que cuando todavía no estaban los imputados a disposición de un Juez de la República "se practicó un reconocimiento en fila de personas que hizo el señor *ARTURO HENAO*, diligencia que obra a folio 11 del cuaderno original. Como nosotros los abogados nos limitamos a la literatura contenida en el expediente del texto de esta diligencia se desprende que *ARTURO HENAO*, no reconoce a mi representado en dicha diligencia. De acuerdo a este texto, mi representado ocupaba el puesto No. 1 que es el orden lógico en una hoja de papel, es decir de arriba hacia abajo, y las personas que el testigo reconoce ocupaban los puestos tercero y quinto. Pero como queríamos aclarar el asunto ya en las postrimerías del proceso, solicitamos y nos fue concedido un segundo reconocimiento en ronda de presos. En ese segundo acto estuvo *EDINSON HENAO* y Lida Mercedes Henao (en verdad, corrige la CORTE, quien realizó esta diligencia fue *BELSY BEATRIZ GUERRA MIRANDA*, como ya se había señalado) ...manifestaron no reconocerlo a mi representado...". Sobre el hecho de que a su representado le hubiera resultado positiva la prueba de absorción atómica señala que, como lo dijo LOPEZ R., ello obedeció a que como en Taganga se estaba en una fiesta de la Virgen del Rosario, usó boladores, buscapiés "y todos los juegos pirotécnicos que se dan en unas fiestas patronales". Es verdad, expresa la defensa, que, en la declaración de LOPEZ ROLDAN existen una serie de vacíos, pero ello "es producto del estado anéxico producido por el alcohol"; y no se puede desconocer que existe un cúmulo de DUDAS sobre la responsabilidad penal de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN que hacen que se deba proferir a su favor una sentencia absolutoria.

Vino, pues, el nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y uno, por parte del Juzgado Cuarto Superior de Santa Marta, la sentencia a que ya se ha hecho referencia que, con la modificación de la condena a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y en concreto al pago de los daños ocasionados con los hechos punibles, encontró confirmación en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

De la demanda:

Invoca como causal de la ACCION DE REVISION, la contenida en el artículo 232 del C. de P. Penal, "pues después de la condenación han aparecido PRUEBAS NUEVAS que establecen la inocencia de mi representado o por lo menos indicios graves de tal inocencia".

Bajo el epígrafe "FUNDAMENTOS DE HECHOS", la demanda fuera de algunas referencias a éstos, concreta que la sentencia de primera instancia absolvió a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS y lo hizo "prevalida de las pruebas aportadas al proceso de las que se extractaron los indicios graves que permitieron hacer el juicio de valor que convenció al Juzgado de la culpabilidad de los encartados, no sin antes añorar la declaración del señor ARTURO HENAO SANTOS único testigo presencial de los hechos en el episodio en el que se produjo la muerte de las personas mencionadas (Luis Felipe Henao y Walter Daveis Santos)".

Y, continúa la demanda, dos años después de ocurridos los hechos y en firme la sentencia de segunda instancia que, con modificaciones (las ya referidas), confirmó la de primera, *Belsy Beatriz Guerra Miranda* y *Arturo Henao Santos*, comparecieron a la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta y manifestaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que según ellos ocurrieron los hechos, exonerando de responsabilidad a JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN. "Voces del único testigo directo de los hechos nos indican la inocencia" de éste. "Por considerarlo pertinente transcribimos apartes de su testimonio":

> "'Apareció mi hermano Walter que salió a buscar a mi cuñada Belsy Guerra al verle las personas indicadas procedieron contra él, más exactamente, GIOVANNI RODRIGUEZ que sin mediar palabras le disparó a la cabeza hiriéndolo mortalmente. El murió posteriormente en el Hospital San Juan de Dios. Al oír el tiro, mi padre señor Luis Felipe Henao salió a ver qué pasaba, encontrándose con mi hermano herido y a los matadores todavía en el lugar, quienes al ver a mi padre procedieron a dispararle también. A él le disparó RODOLFO PADILLA... Ahora regreso y me cuentan que soltaron a RODOLFO PADILLA y han dejado

detenido o condenado a JAVIER LOPEZ ROLDAN, persona que no intervino en el homicidio'.

"Se trata Señores Magistrados de una prueba esencial del proceso que no pudo ser debatida en su momento; que ha surgido con posterioridad a la sentencia y que hoy llega a nuestras conciencias haciéndonos reflexionar sobre la responsabilidad del condenado. Razones que deberá sustentar el testigo indican que no pudo comparecer al proceso por circunstancias que hacían enajenar su voluntad, factores que, según él, han desaparecido, y que en un servicio a la justicia y como reato de su conciencia lo hacen comparecer para decir la verdad y sólo la verdad...".

En la demanda no se comenta como quedó visto se hace con el declarante *Arturo Henao Santos* lo relativo al testimonio de *Belsy Beatriz Guerra Miranda*, limitándose a la simple mención del mismo y a decir de manera muy general que exonera de responsabilidad a LOPEZ ROLDAN. Y lo que sí se hace también en el libelo es transcribir apartes de la sentencia de segunda instancia sobre la importancia del testimonio de *Arturo Henao Santos*.

Dispuesto el trámite de la demanda, se solicitó el proceso objeto de revisión, el cual efectivamente se remitió a esta Corporación. Y como RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS fue el procesado absuelto, se ordenó su notificación personal, y, en su defecto, que se procedería a su declaratoria de persona ausente. En esas, la Secretaría del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santa Marta, dejó constancia de que el Citador había sido informado por un hermano de PADILLA R. de que éste había fallecido en la ciudad de Barranquilla el 28 de diciembre de 1991. Se buscó, entonces, establecer en cuál de las Notarías de esta localidad se encontraba la partida de defunción, mas fue inútil. Así las cosas, hubo de procederse a declarar persona ausente a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS.

Se recepcionaron los testimonios de *Arturo Henao Santo, Edison Henao Santos*, Elleris Edimil Cantillo Mattos, *Luis Alberto Asís Maestre* y Alvaro del Rosario Gómez Mattos. No fue posible la recepción de las declaraciones de *Betsy Beatriz Guerra Miranda* y Waldir Salcedo porque la primera se ausentó del país para radicarse en Francia y, el segundo, en

la ciudad de Buenaventura, sin que se hubiera podido establecer su dirección.

Con antelación a la oportunidad legal, el apoderado de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, presentó un escrito en el que al tiempo que asegura alegar de conclusión, peticiona la libertad de su representado. La CORTE, para rodear de mayores garantías al privado de libertad, le dio trámite como si lo demandado fuera ésta; empero, su solicitud fue infructuosa.

Cuando ya era el momento propio para el alegato de conclusión, el defensor de LOPEZ R. presentó un escrito en el que acepta que por mala información alegó extemporáneamente y ruega a la CORTE se tenga por presentado en oportunidad el memorial de marras. A su turno, el defensor de RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, en dos líneas, señaló lo siguiente: "No siendo obligatorio alegar de conclusión (art. 238 del C. de P.P.), me abstengo de hacerlo en relación con mi defendido de oficio el señor... Por lo demás en nada incidirá la decisión de esa Honorable Sala".

Consideraciones de la Sala:

1. De manera cierta importa que, primeramente, se mencione lo que fue la fundamentación de la decisión del Juzgado Cuarto Superior, referente a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS y JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN. También la razón de ser de la confirmación que a tal determinación le impartió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Así, pues, sobre ese particular señaló el precitado Juzgado:

"...Con relación a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, desde los informes policivos que comunican la captura de varios individuos lo mencionan entre ellos, explicando que la captura se produce cuando se movilizaban en un vehículo Nissan Patrol modelo 1978, placas PK58-14 de propiedad de Casto Rafael Rodríguez. También le resulta al procesado PADILLA RIVAS que en la declaración jurada de Betsy Guerra ella manifiesta que cuando la discusión de Walter con Giovanny, ella vio que

estaba ahí RODOLFO PADILLA como que estuviera sacando algo del pantalón, como un arma, agrega que la gente dice que a Luis le disparó RODOLFO PADILLA.

"En el informe rendido por el S.V. Raúl Arzuza Rocha el Jefe de la SIJIN le comunica que se logró información de que el revólver de cachas de nácar o plástica es de propiedad de RODOLFO RAFAEL PADILLA POLO, según indicó la señora Esperanza Villalba Ballovena (fol. 10 C.O.).

"*Lida Mercedes Henao Santos*, señala a GIOVANNI y a PADILLA como los autores o partícipes de los hechos, pero explica que ella no vio, que se lo contó su cuñada *Betsy Guerra*. En la declaración del Sub-Ofcial de la Policía Nacional Raúl Arzuza Rocha, cuenta que después de capturar a JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, cuando llegó al CAI encontró que habían sido retenidos GIOVANNI DE JESUS RODRIGUEZ GALLARDO y RODOLFO RAFAEL PADILLA, quienes fueron llevados a la SIJIN. Agrega que la señora Esperanza Villalba Ballovena dijo que el revólver con cachas de nacar es de propiedad de PADILLA POLO RAFAEL, porque se lo había visto en varias ocasiones.

"Se pregunta el Juzgado, los anteriores cargos que le resultan a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, serán pruebas suficientes para afirmar que en el presente caso se encuentra demostrada la responsabilidad de dicho procesado para dictar en su contra sentencia condenatoria... Pues no. Las razones son que el propio PADILLA RIVAS en su indagatoria explica que hasta las 7 de la noche del 22 de octubre de 1990 se encontraba en Santa Marta y como a las 8 de la noche se dirigió a Taganga y no encontró la lancha que muchas veces le tocó celar por lo que la esperó por mucho tiempo y después decidió regresarse en un colectivo y al llegar al CAI de la calle primera fue capturado. Niega tener participación en los hechos que se investigan. En cuanto a que sea el propietario del revólver de cachas de nácar, resulta que la señora Esperanza Villalba Ballovena rindió declaración jurada y dice conocer a RODOLFO PADILLA RIVAS pero que nunca le había visto revólver, niega haber dado alguna información al respecto. En lo referente al dicho de Lida Mercedes Henao Santos que señala a GIOVANNI y a PADILLA como los autores o partícipes de los hechos, no porque hubiera visto, sino porque se lo contó *Betsy Guerra*, ésta en su declaración jurada sólo dice que cuando la

discusión vio a PADILLA que estaba sacando algo del pantalón como un arma y que la gente dice que a Luis le disparó RODOLFO PADILLA, es clara esta declarante cuando afirma que la gente dice, como también que PADILLA estaba presente cuando la discusión. Y en la diligencia de reconocimiento en fila de personas esta declarante no lo reconoce.

"Tampoco se le practicó al procesado PADILLA RIVAS la prueba de absorción atómica. Luego entonces en el presente caso no se encuentra plenamente demostrada la responsabilidad de RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, no existe certeza de ello, más bien existe DUDA de que tenga que ver con los homicidios investigados y la duda se desprende de que *Betsy Guerra* ha manifestado que lo vio cuando la discusión como sacando algo del pantalón; del hecho como se produjo su captura. Por ello no es suficiente para dictar sentencia condenatoria en su contra, todo lo contrario, es de parecer este Juzgado que se debe *absolver* de los homicidios investigados, estando acorde así este Juzgado con lo expuesto por el Ministerio Público. Igualmente considera este Juzgado que se debe absolver a PADILLA RIVAS del porte ilegal de armas, pues resulta claro en el proceso que estas armas fueron encontradas en poder de tercera persona distinta a PADILLA RIVAS y como lo dice el señor Fiscal la responsabilidad penal debe individualizarse pues es asunto personal. De esta manera el Juzgado acoge lo solicitado por el defensor de RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, es decir que se le dicte SENTENCIA ABSOLUTORIA.

"... A continuación se verá si existe o no responsabilidad por parte de JULIO ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, con relación a los hechos punibles investigados, en el proceso resulta que dicho procesado fue capturado cuando en el vehículo Nissan Patrol bajaba de Taganga y fue visto por una patrulla de la policía cuando se tiró de dicho vehículo, fue alcanzado por la policía y al producirse su captura se le encontró en su poder un revólver y se identificó como JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN. La declaración de *Edison Henao Santos*, quien dice que estaba presente cuando su hermano Walter reclamó porque habían atropellado a Waldir Salcedo y JAVIER LOPEZ ROLDAN se bajó del vehículo y tuvo unas voces con Walter y le dijo que si quería que hubiera muerto, su hermano lo empuja y él se mete en el medio y evita. También cuenta este declarante que su hermano *Arturo Henao* le contó que cuando su papá

vio que GIOVANNY le había disparado a Walter corrió detrás de JAVIER LOPEZ ROLDAN y éste le dio un puño y cuando se paraba del suelo JAVIER ENRIQUE LOPEZ le disparó a su papá.

"En la diligencia practicada en la DIJIN fue señalado JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN de haber dado muerte a Luis Felipe Henao Hidalgo, esta diligencia se hizo en presencia de un abogado, esta diligencia la considera el Juzgado como un señalamiento contra JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, señalamiento que de conformidad a los familiares de la víctima fue realizado únicamente por *Arturo Henao*, estas declaraciones de los familiares de la víctima y de los agentes de policía tienen respaldo, pues a dicho procesado al serle practicada la prueba de absorción atómica, la mano derecha resultó positiva (+) y la mano izquierda negativa (–).

"Luego entonces qué duda pudo haber con relación a dicho procesado si fue visto cuando la discusión e inclusive dice Edison Henao que JAVIER LOPEZ se bajó del carro y tuvo unas voces con su hermano y él o sea *EDISON*, se mete en el medio y evita; además cuando lo capturan se encuentra armado y existe el señalamiento de que él disparó contra Luis Felipe Henao Hidalgo y por último en la prueba de absorción atómica le resultó la mano derecha positiva. Por todo lo anterior es por lo que este Juzgado tiene que afirmar que en el presente caso se reúnen los requisitos de ley para dictar sentencia condenatoria contra el procesado JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN por el homicidio de Luis Felipe Henao Hidalgo.

"Ahora referente al porte ilegal de armas, hay que manifestar que fueron decomisados dos revólveres, uno de ellos fue encontrado en poder de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, en el momento en que fue capturado y el otro revólver fue encontrado más tarde tirado en el mismo lugar donde fue capturado LOPEZ ROLDAN y que de acuerdo con las declaraciones de los agentes de policía el propio JAVIER LOPEZ ROLDAN estando en la SIJIN manifestó que la otra arma la había tirado en el lugar donde se produjo su captura. También resulta en autos que las armas decomisadas, no tienen sus respectivos salvoconductos, y que el juez instructor practicó la correspondiente inspección judicial, estableciéndose plenamente las características de dicha arma. Para este Juzgado se encuentra plenamente reunidos los requisitos para dictar

sentencia condenatoria contra JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, por el hecho punible de porte ilegal de armas".

Y, éstos fueron los apuntamientos del Tribunal de Santa Marta sobre el particular:

"...Cierto, resulta que en el expediente no aparece la versión de algún testigo que haya presenciado el momento preciso en que se produjeron los impactos o disparos que a la postre segaron las vidas de Luis Felipe Henao Hidalgo y Walter Daveys Santos. Sólo *Arturo Henao Santos*, quien informara –por haber estado presente en los trágicos hechos– sobre la forma como ocurrieron ellos no se le pudo escuchar en declaración jurada, pero en el expediente aparece constancia de haber proporcionado los datos necesarios para individualizar a los directos responsables. En efecto, lo informado por *Arturo Henao Santos*, quien se ausentó de la ciudad a raíz de las amenazas de que fue objeto– a los policiales como a ciertos familiares permitió dirigir en sus comienzos la presente investigación a dar con los responsables del hecho investigado, así se deduce de la versión juramentada de *Edison Henao Santos*, quien hace un relato del reclamo airado que minutos antes a las letales heridas hubo entre Walter Daveys Santos con uno de los justiciables (LOPEZ ROLDAN).

"El proceso muestra sin lugar a dudas que *Arturo Henao* es la persona de quien se afirma estaba presente en el momento de la perpetración de los hechos punibles es así como a partir del informe que suministra a sus familiares y uniformados, se encamina la instrucción con los resultados observados. Aquella diligencia mal llamada de RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS que se realizó ante la SIJIN el día 22 de octubre de 1990, no tiene valor alguno como tal, pues, entre otras cosas, se omitió en ella la esencia misma del reconocimiento, cual es el interrogar al testigo si reconoce al sindicado entre las personas que se le ponen a la vista, además de haberse pretermitido algunas reglas propias de esta clase de diligencias. Sin embargo, su valor es INDICIAL porque de ella se deriva la certitud de la existencia de *Arturo Henao*, de haber sido la persona que señaló a los individuos que descerrajaron los tiros a sus víctimas.

"Ese es el señalamiento que afirma *Edison Henao* le fue suministrado por aquel testigo presencial el mismo que le permitiera a la policía distinguir

el vehículo campero Nissan donde viajaban entre otros los hoy condenados, cuyas características les fueron proporcionados oportunamente a los agentes responsables del CAI aposentado en cercanías a la carretera que viene de Taganga y que por guardar coincidencias aquellos datos con los del vehículo avizorado, se posibilitó la captura de sus ocupantes entre los que iban aquellos en los que recayó la directa imputación.

"En autos se encuentra establecido que JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN portaba dos revólveres, cada uno con una vainilla disparada y cinco cartuchos. Las víctimas presentaban una herida a bala en sus cabezas; esta coyuntura, unida a la persecución que la policía les hacía (estado de flagrancia); el altercado (con) la víctima Walter Daveys; agregado al resultado positivo de la experticia (absorción atómica) tomados a LOPEZ ROLDAN y a GIOVANNI RODRIGUEZ GALLARDO, como la confesión que hace este último sobre su autoría, conllevan a esta colegiatura hacia la evidencia de dar por cierta y verdadera la responsabilidad radicada en cabeza de los sentenciados.

"Los indicios graves que gravitan en contra de los inculpados, convergen para convencer y transmitir la seriedad de los testimonios de los uniformados y de *Edison Henao*, consolidándose así la prueba idónea que exige la ley instrumental penal, para estructurar el correspondiente fallo de condena, tal como se hizo en el presente asunto, razón por la cual la Sala le impartirá su confirmación por hallarlo conforme a derecho, habida consideración a que los testimonios de cargos se muestran imparciales, desprovistos de interés y libres de cualquier tacha que pueda enervarlos, pues sus autores no presentan vínculos, ni afectos o desafectos que hagan presumir siquiera sospecha alguna en su contra o que indiquen una marcada intención en perjudicar a los incriminados.

"También ha de arrimarse a la misma consideración respecto del punible de porte ilegal de armas, por el cual se condenó a LOPEZ ROLDAN, ya que de los testimonios de los agentes del orden, en especial los de Gómez y Arzuza Rocha producen la certeza de estar frente a la defraudación en comento, sus dichos coinciden sobre el decomiso realizado y los detalles que lo rodearon mantienen una estrecha coherencia, que unidos a la calidad de los testigos irradian en la mente serena del juzgador la tranquila sensación de estar frente a dicha ilicitud. Sus

versiones y consiguientes resultados no tendrían razón de ser si no hubiera sido por los datos suministrados por el aprehendido JAVIER LOPEZ, la hipótesis de que la ocurrencia del incautamiento de los revólveres es una invención o una fantasía o una simple casualidad, es inadmisible en el presente caso, porque de lo contrario se llegaría a la conclusión de estar el cuerpo policivo abocado a la tarea de adquirir elementos o instrumentos con que se pueda vulnerar cualquier bien, para asignárselo a cualquier actor de una supuesta ilicitud y comprometerlo de esta manera, cuando ello de por sí es extraño o exceptivo a la Institución Armada, siendo la regla general lo que de ordinario debe aceptarse, lo demás debe ser objeto de la demostración pertinente. Qué peligroso resultaría para la justicia partir del supuesto de la sospecha a toda labor desarrollada por su organismo auxiliar más importante, sería tanto como aceptar la inoperancia de aquel cuerpo armado que sobraría su existencia, contribuyendo a un factor más de inestabilidad e impunidad, que sólo serviría para el reinado del caos y el desorden.

"De los demás procesados no puede predicarse la incursión en este último reato por las siguientes razones: a) En cuanto a RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS se dice sin confirmarse y a manera de un simple parecer, que tal sindicado en su primera discusión fue visto por *Belsy Guerra* como si se estuviera 'sacando algo del pantalón', pero dicho sujeto al parecer no tuvo ningún protagonismo en ese problema. Más adelante afirma la misma testigo 'al que le vi un arma', refiriéndose al procesado mencionado, es más, esta declarante manifiesta que PADILLA fue quien disparó a Luis Henao según escuchó del comentario general. Pero en realidad ni para el homicidio ni para el porte de armas puede afirmarse que en autos se da la prueba para condenarle, ya que del primer reato fluye con facilidad la DUDA sin haber sido eliminada; y, en cuanto al segundo delito, lo que existe es apenas la simple sospecha alucida. Por manera que la ABSOLUCION debe comprender a este incriminado para todos los punibles por imponerse de derecho.

"...En cambio, la situación subjúdice de JAVIER ENRIQUE LOPEZ sobre este extremo es diferente porque la prueba recabada a este respecto es concluyente y determinante tal como se aludió en precedencia e inclusive así lo afirman los agentes captores y el indagatoriado *Armando Alberto Bustamante Acosta* (fl. 26).

2. Quiere la CORTE, ahora, señalar que es el mismo demandante el que, de cierta manera, vacila sobre la bondad de la PRUEBA NUEVA que presenta en orden a lograr la remoción de la RES IUDICATA. No está plenamente convencido de la inocencia cierta sino que trata de escrutar indicios favorables a la misma (han "aparecido pruebas nuevas que establecen la inocencia de mi representado *O* por lo menos indicios graves de tal inocencia"). Pero este comentario apenas se introduce de soslayo como observación de la postura del accionante, pues, a los fines de la prosperidad de la revisión, de acreditarse sus requisitos, vale tanto una certeza de inocencia como la prueba indirecta que incline el ánimo a advertir la seria y atendible probabilidad de tenerse al sentenciado como ajeno o no participante en el hecho que le valiera el fallo de condena. Este es el sentido que tiene y representa, y como tal debe ser admitido, el artículo 232-3 del C. de P.P.: "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates que *establezcan* la inocencia del condenado, o su inimputabilidad". Ya se advertirá que el contenido y alcance atribuible a esa prueba nueva no corresponde a la idea que de ella se ha formado y explota prolijamente quien solicita la revisión del ameritado proceso.

3. El Acta de la diligencia de RECONOCIMIENTO EN RUEDA DE PERSONAS que se cumplió en las instalaciones de la SIJIN, Departamento de Policía del Magdalena, el 22 de octubre de 1990, por las imperfecciones que presenta al no dar fe de que se satisfacieron en ella los requisitos de orden legal para su práctica y ser de forma sobresaliente confusa y no precisar de manera segura a quienes fueron reconocidos como autores de los hechos punibles en este proceso investigados y juzgados, no tiene ningún valor legal. La CORTE, está, pues, de acuerdo con lo expuesto por la defensa, sobre este tópico del asunto, en la ocasión en que intervino, durante el desarrollo de la Audiencia Pública.

4. Pero, lo anterior en manera alguna significa que *Arturo Henao Santos* no se hubiera referido inequívocamente a LOPEZ ROLDAN como el autor del homicidio de Luis Felipe Henao Hidalgo. Así lo testimonian los agentes del orden Marco Tulio Gómez G., Eduardo Enrique Escobar y el Sargento de la Policía Raúl Arzuza Rocha; también Edinson Henao Santos.

5. La CORTE transcribió los apartes de las sentencias de primera y segunda instancia que hacían referencia a los procesados JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN y RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, para que se apreciara, cabalmente, que cuando en ellas se asumió la determinación de condenar al primero de los mencionados y absolver al segundo, no fue esa decisión arbitraria sino acto verificado con respeto de la realidad procesal y mediante análisis conjunto del material probatorio que consultó los principios de la sana crítica.

Profunda trascendencia tiene para la CORTE –e igual aconteció con los sentenciadores– la circunstancia de que, instantes después de los nefandos hechos, se hubiera encontrado en poder de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN las armas con las que, indudablemente, se cometieron los dos homicidios de autos. Uno de los revólveres se decomisó en poder de este condenado en el momento exacto de su captura, cuando se tiró del carro al saberse perseguido por la policía y, la otra arma, fue localizada por la autoridad en el lugar mismo en que LOPEZ ROLDAN informó que se hallaba y, precisamente, en los alrededores inmediatos al sitio de su aprehensión. Y, con harta hilación referida a que fue con ellas con las que se ocasionó la muerte de Henao Hidalgo y de Walter Dabeys Santos, afírmese que las mismas se encontraron cada una con cinco cartuchos en perfecto estado y una vainilla, esto es que sólo se habían disparado sendos proyectiles, y recuérdese que los interfectos perdieron la vida cada uno con un único proyectil y cuando se encontraban, vencidos, en el suelo y que el decomiso se cumplió momentos después de los trágicos sucesos. La prueba es, pues, seria, grave, fuerte, contundente en orden a asegurar que esas sí fueron las armas con las que se causó la muerte de los multicitados Luis Felipe Henao H. y Walter Dabeys Santos. Y este predicamento conserva cabal imperio, pese a que sea cierto, como lo recordó el defensor de LOPEZ ROLDAN durante la audiencia pública, que no se practicó la prueba técnica correspondiente sobre los revólveres decomisados y para establecer por ese medio si eran o no los mismos con los que se disparó contra la humanidad de los hoy occisos.

La prueba de emisión atómica que resultó positiva para residuos de disparo en la mano derecha de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, tiene, también, innegablemente, trascendencia de compromiso en los hechos investigados. Y lo que alega el defensor de que ello se debió a que

ese día, en Taganga, se celebraba la fiesta de la Virgen del Rosario y allí su representado quemó 'voladores', 'buscapiés' y demás 'juegos pirotécnicos', es sólo, un decir de la defensa, pues prueba de que, efectivamente, LOPEZ R. hubiera realizado tal conducta, no se aprecia por parte alguna en las diligencias. Obsérvese, también, que el propio condenado de su cosecha no señaló que hubiera procedido de tal guisa, y sólo hace mención de ello, al responder a una pregunta concreta sobre ese particular a uno de los sujetos procesales y cuando ya estaba enterado de que la prueba le había sido desfavorable.

Indica el señor defensor de LOPEZ ROLDAN en la audiencia pública que quienes con éste iban en el automotor la noche de autos y cuando se le capturó no señalaron que se hubiera arrojado del vehículo, sino que simplemente se bajó del mismo, una vez se detuvo; que tampoco colocan armas en su poder. Pues bien, que ello haya acontecido así, no causa extrañeza a la CORTE, ni constituye prueba en favor de ese condenado, ya que no puede olvidarse que allí iban precisamente quienes habían estado de jarana con LOPEZ R. y el otro homicida el día y la noche de autos.

Esa prueba, pues, que gravitó y gravita en contra de LOPEZ ROLDAN –y que con acierto innegable los juzgadores la capitalizaron en orden a su condena– se busca ahora desvanecerla, erradicarla con las declaraciones extrajuicio de *Betsy Beatriz Guerra Miranda* y *Arturo Henao Santos*. Sobre la primera, desde ya, dígase que como no fue posible recepcionarse su testimonio nuevamente durante el trámite de la acción de revisión, por encontrarse en Francia, en dirección desconocida, no es del caso que se analice su poder probatorio, pues que no cumplido el señalado requisito que la doctrina aconseja, tal defecto impide, *strictu sensu*, su valoración.

No puede la Corporación dejar pasar por alto, dentro del reexamen del presente asunto, que sólo después de que apareció muerto violentamente RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS (a quien, como se recordará, en principio se le imputó el homicidio de Luis Felipe Henao Hidalgo, con ligera prueba que prontamente se destruyó ante el atinado análisis de los sentenciadores), se presentó *Arturo Henao Santos* a recoger lo que con inmediatez a los hechos había informado a los agentes del

orden y a algunos de sus familiares, esto es, que el homicida de Luis Felipe Henao Santos había sido JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, para declarar ahora que el verdadero autor de aquella muerte violenta había sido ALVARO PADILLA. Es bien curioso, ni siquiera es capaz, cuando la declaración que se recepcionó en el trámite de la presente acción de revisión, de indicar a la misma persona que había nominado cuando testimonió ante notario. Aquí claramente habló de RODOLFO PADILLA, persona ésta que sí es la misma de que hablan los autos, pero en la declaración que verdaderamente importa ya menciona es a un tal ALVARO del que no se tiene noticia en el expediente.

Edinson Henao Santos, hijo de Luis Felipe Henao Hidalgo, en la primera declaración rendida, recién ocurridos los acontecimientos subjúdice, es claro y enfático en señalar que fue su hermano Arturo Henao quien le contó que cuando su papá vio que le habían disparado a Walter Dabeys Santos, "corrió encima de uno de ellos, o sea de JAVIER LOPEZ ROLDAN y mi papá le lanza un puño a JAVIER y se cae al suelo, en el momento en que se está parando le dispara JAVIER a mi papá...". Pues bien, *Arturo Henao*, en la declaración que rinde dos años después de los hechos y ante el Notario, precisa que, "desde un comienzo yo fui testigo de los hechos le comenté a mis familiares cómo habían sucedido los hechos, sin indicarles los nombres de las personas que habían declarado, pues yo no los conocí". Es, pues, su hermano Edinson Henao Santos el que se encarga de refutarlo ya que sí le concretó que el homicida de Luis Felipe Henao había sido JAVIER ROLDAN.

Cuando *Arturo Henao Santos* depone ante el funcionario comisionado por la CORTE para la recepción de su testimonio, precisa que al único que conocía era a ALVARO PADILLA. Qué extraordinario, ya no conoce a LOPEZ ROLDAN, pero sí, yéndose también contra lo manifestado ante el Notario, a ALVARO PADILLA, de quien, como ya quedó visto, los autos no refieren nada.

Expresó también en su declaración Arturo Henao que si él le comentó a su hermano Edison que JAVIER LOPEZ ROLDAN era el homicida de su padre lo fue porque ya entonces había sido amenazado. Y ésto sí que es bien curioso porque lo que el proceso enseña es que los referidos comentarios fueron hechos con suma inmediatez a los hechos y sin que

se diera la ocasión para que tales amenazas se hubieran presentado. Téngase en cuenta también, que la razón que da para haber señalado, cuando la diligencia de reconocimiento en la SIJIN, a JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN, como el autor del homicidio en la persona de su padre, en lugar de RODOLFO RAFAEL MANTILLA RIVAS, la concreta en que "yo sabía que uno de ellos era el matón, me estoy refiriendo al que mató a mi papá". Entonces, ¿en dónde está la verdadera razón para, según lo por el últimamente declarado, haber incriminado a un inocente?

Así las cosas, para la CORTE, no es en manera alguna convincente el testimonio de Arturo Henao Santos. Graves son, indudablemente, las falencias que presenta. Y no puede la Corporación dejar de pensar en que la conducta por él asumida cuando los hechos en que perdiera la vida nadie menos que su padre y hermano no es, desde luego, la que invite a creer que efectivamente tenía por los interfectos el debido y deseable amor filial y fraterno, pues se limitó a contemplar la manera cómo asesinaban a uno y a otro, preocupándose sólo por ocultar el parentesco que a ellos lo unía y por huir cuando ya las cosas estaban consumadas. Y si ello es así, cómo negar que existen circunstancias que invitan seriamente a pensar que no se está enfrente de un hombre de carácter y de sentimientos y, entonces, ¿por qué creerle ahora cuando sostiene lo contrario de lo que aseveró ante las fuerzas del orden y ante su propio hermano, para entrar a incriminar a un muerto?

Y se ha dicho que huyó, pero falta por referir que no se preocupó en verdad por enterarse de la suerte que habían corrido los homicidas de su padre y colactáneo, y sólo ahora, cuando ya es cadáver RODOLFO RAFAEL PADILLA RIVAS, se presenta a incriminar a éste en un esfuerzo inútil por liberar a aquél a quien la justicia encontró responsable de la muerte violenta de su progenitor.

Y, buscando fortalecer el poco crédito que al testimonio de Arturo Henao Santos se le puede otorgar, aparece desde la Cárcel del Distrito Judicial de Santa Marta, declarando *Luis Alberto Asís Maestre dizque también* TESTIGO PRESENCIAL de los lamentables acontecimientos de marras, cuando siempre procesalmente se dijo que el único que podía merecer tal calificativo era el multicitado Arturo. Y en su deposición entonces Asís señala que él no figuraba antes como testigo "porque yo le

dije a él (Arturo Henao) que a mí no me fuera a meter en problemas, como el era familia de ellos, él se había dado cuenta de todo lo que había pasado y que no me tenía que meter a mí en nada de este problema". Sorprende el entusiasta espíritu de colaboración con la justicia de este declarante; y la CORTE no puede menos de preguntarse ¿por qué ahora sí se decidió a declarar, qué hay entonces de por medio; no será quizás que este recluso quiere es colaborar con la Injusticia?

Así, al vuelo, obsérvense las contradicciones en que incurren. Mientras para Henao Santos estaba 'oscurito' para cuando los hechos, "no había mucha luz", para Asís "sí había luz, focos de cien bujías y es que hay (*sic*) se vio todo clarito". El amigo (Alvaro Gómez Mateos) que Asís M. declara haber llevado en compañía de Arturo Henao, minutos antes de la ocurrencia de los homicidios, a su casa de él, éste asegura que lo llevó solo, en lo que encuentra confirmación el testimonio del mismo Gómez M. Que, cuando llegó el grupo de personas entre los que se encontraban los homicidas, uno de ellos lo 'encuelló', es lo que declara Arturo Henao, en tanto que Asís Maestre, quien asevera no se distanció de aquel, precisa que tal hecho nunca se presentó. Asís declara que, cuando Luis Felipe Henao se dio cuenta que a su hijo le habían disparado, inmediatamente "salió... con una navaja y le mandó un navajazo a JAVIER", mientras que Arturo Henao manifiesta que "entonces mi papá oyó el tiro, corrió y le tiró un puño a uno de ellos".

Es harto interesante, diciente, apreciar que a una pregunta del Juzgado, en el sentido de "Qué actitud asumió *JAVIER* cuando le mandaron el navajazo?". Asís responde: "él le sacó el cuerpo y luego instantáneamente le DISPARO".

Pues bien, recuérdese que no es cualquier PRUEBA NUEVA la que el legislador erige como suficiente para constituir causal de revisión; no, necesario es que ella tenga suficiente entidad para pensar seria y fundadamente en la INOCENCIA del condenado. Y bien lejos que sí está la prueba de que se trata de merecer esta consideración, o sea, propiciar razonablemente el no comprometimiento de JAVIER ENRIQUE LOPEZ ROLDAN en el homicidio de Luis Felipe Henao Hidalgo. No posee ella, entonces, la suficiente eficacia como para destruir la inamovilidad de la res iudicata, situación esta debidamente demostrada en el presente proveído.

Los declarantes Arturo Henao Santos y Luis A. Asís Maestre, merecen la expedición de copias para determinar si en esta acción de revisión faltaron a la verdad y recibir, entonces, la condigna sanción.

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

Resuelve:

1. *Negar la acción extraordinaria de revisión.*

2. Expídanse las copias señaladas en la parte motiva.

3. *Déjese* copia de esta actuación en la CORTE y *devuélvase* el proceso al Juzgado correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO

El artículo 88 del Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) consagra algunas prohibiciones para Senadores y Representantes que ejerzan el cargo, entre las cuales importa destacar para el caso a estudio la establecida en el literal d), que es el del siguiente tenor: "Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles". El inciso final del citado artículo hizo extensivas esas prohibiciones a los Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales en relación con el respectivo departamento, intendencia o comisaría y los municipios que los integran, y a los Concejales en relación con el respectivo municipio, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 73 de julio 6 de 1994.

Vistos:

Con base en la indagación preliminar que antecede, resolverá la Corte sobre la pertinencia de abrir investigación o dictar auto inhibitorio.

Antecedentes procesales:

A consecuencia de la investigación adelantada por la Procuraduría Departamental de Antioquia, el Jefe de ese organismo fiscalizador formuló denuncia penal contra el doctor GUILLERMO VELEZ URRETA, imputándole la autoría de un delito de peculado por apropiación que supuestamente cometió, en primer lugar, por haber aceptado que el

Concejo Municipal de Medellín en cumplimiento del Acuerdo 59 de 21 de diciembre de 1990, le asignara una partida de treinta millones de pesos ($30.000.000.oo) destinada a auxilios, sin que el doctor Vélez hubiera tomado formalmente posesión como miembro principal de esa Corporación tal cual había sido elegido para el período 1990-1992, y sin haber asistido a una sola de sus sesiones. Y, en segundo lugar, por haberle adjudicado de esa partida oficial, un auxilio de diez millones de pesos ($10.000.000.oo) a la CORPORACION DE DESARROLLO SOCIAL DE ANTIOQUIA (CREAR) de la cual era su representante legal, habiéndose comprobado que en esa entidad se manejó indebidamente parte importante del mismo.

La Fiscalía General de la Nación, Unidad Primera de Patrimonio de Medellín, practicó algunas diligencias preliminares y luego remitió el expediente a la Unidad de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito de Medellín y Antioquia, dependencia que, mediante Resolución de 23 de noviembre de 1992, declaró abierta la investigación y al día siguiente dispuso escuchar en indagatoria al doctor Guillermo Vélez Urreta, así como a las señoritas Gladys Hincapié Salazar y Liliana Muñetón Sierra, quienes con anterioridad lo habían solicitado.

Luego, el día treinta del mismo mes se dispuso la vinculación de Magnolia Saldarriaga Mejía, dada su calidad de tesorera de CREAR.

El doctor VELEZ URRETA rindió indagatoria ante la Fiscalía, el primero de diciembre de 1992, al término de la cual fue dejado provisionalmente libre en consideración a su calidad de Representante a la Cámara. El diez del mismo mes hicieron lo propio Gladys Hincapié y Liliana Muñetón; el día quince siguiente fue indagatoriada Magnolia Saldarriaga y el dieciocho rindió injurada Jorge Iván Restrepo López.

Mediante Resolución fechada dieciocho de diciembre de 1992, una comisión especial de la Unidad de Fiscales Delegados ante los Tribunales de Distrito en Medellín, resolvió la situación jurídica de los procesados así: le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a GUILLERMO VELEZ URRETA como presunto autor de peculado por apropiación en la modalidad de extensión, y a JORGE IVAN RESTREPO, LILIANA MUÑETON y GLADYS HINCAPIE como presuntos

cómplices del mismo, concediéndole a todos la libertad provisional bajo caución prendaria de quinientos mil pesos para el primero y de cien mil pesos para cada uno de los restantes. Además, se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento a Magnolia Saldarriaga Mejía, dejándola en libertad incondicional.

Por auto de veinticinco de enero de 1993 se dispuso la práctica de algunas pruebas adicionales así como la vinculación de Néstor Alberto Jaramillo, Edgar Castañeda y Fernando Echavarría y el 17 de mayo del mismo año ordenó remitir copia de la actuación a esta Corporación para que adelantase la investigación respecto del congresista GUILLERMO VELEZ URRETA, en virtud del fuero constitucional que por su investidura le asiste.

Recibido el expediente en la Corte, inicialmente conoció del mismo el Magistrado Ricardo Calvete Rangel, quien mediante proveído de veintinueve de julio de 1993, declaró la nulidad de la apertura de instrucción, de la indagatoria y del auto que resolvió la situación jurídica, respecto del aforado Guillermo Vélez Urreta, en razón de que la Fiscalía carece de competencia para investigar a los miembros del Congreso, quedando, entonces, la actuación en etapa de indagación preliminar.

Posteriormente las diligencias pasaron a conocimiento de este Despacho debido a la aceptación del impedimento manifestado por los Magistrados Calvete Rangel, Carreño Luengas y Duque Ruiz. Posesionados los respectivos conjueces, no se renovaron los impedimentos ya que el motivo de éstos fue removido, pues el doctor Guillermo Vélez Urreta presentó renuncia como miembro de la Comisión de Acusaciones, aunque continuó formando parte de la Cámara de Representantes. Se dispuso, entonces, por auto de quince de febrero del año que transcurre, oír en versión libre al imputado Guillermo Vélez Urreta, diligencia que se cumplió el día veintiuno del mismo mes con el lleno de las formalidades legales.

El veintidós de marzo del año en curso, fue presentado ante la secretaría de la Sala un memorial suscrito por el señor defensor del Representante Vélez, solicitando se profiera resolución inhibitoria por

considerar que el hecho delictivo que se le imputa a su defendido no ha existido.

Finalmente, se dispuso la práctica de otras pruebas preliminares mediante comisionado y habiéndose cumplido éstas en lo posible, se procede a tomar la presente decisión.

Pruebas recaudadas:

De los elementos de juicio allegados, se destacan los siguientes:

1. Copia auténtica del Acuerdo 59 de 21 de diciembre de 1990, emanado del Honorable Concejo Municipal de Medellín, mediante el cual se expidió el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Central del Municipio de Medellín para la vigencia fiscal de 1991.

2. Certificación del Secretario de Hacienda de Medellín, sobre las entidades a las cuales le fueron asignados auxilios por sugerencia del doctor Guillermo Vélez Urreta, en el presupuesto del año 1991. Así mismo, sobre las entidades a las cuales le fueron pagados auxilios del Concejo Municipal de Medellín por sugerencia del mismo Dr. Vélez Urreta, según información suministrada por la Fiduciaria del Estado.

3. Listado de beneficiarios y plan de inversión correspondientes a los auxilios otorgados a la Corporación de Desarrollo Social de Antioquia –CREAR– y presentados a la Procuraduría Departamental de Antioquia.

4. Constancia expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Medellín sobre la elección del doctor Guillermo Vélez Urreta como miembro de esa Corporación y su inasistencia a las sesiones de la misma.

5. Acta de visita especial practicada por la Procuraduría Departamental de Antioquia a la sede de CREAR, con el fin de revisar la documentación relacionada con los auxilios recibidos del Concejo Municipal de Medellín en virtud del artículo 34 del Acuerdo 59 de 1990.

6. Informe rendido por la Contraloría General de Medellín sobre la investigación adelantada a la Corporación CREAR.

7. Certificación suscrita por la Secretaria Coordinadora de la Dirección Jurídica de la Gobernación de Antioquia, sobre existencia, naturaleza, objeto, representación legal y socios fundadores de CREAR.

8. Copia auténtica de los descargos rendidos por el doctor Guillermo Vélez Urreta y la doctora Magnolia Saldarriaga Mejía al aviso de observaciones No. 038 de 1992 que les formuló el Departamento de Juicios Fiscales de la Contraloría Municipal de Medellín, así como del auto No. 196 de 3 de noviembre de 1992, por medio del cual se decretó en favor de los mismos cesación de procedimiento dentro del juicio fiscal de cuentas que se les adelantaba por presuntas irregularidades en el manejo de auxilios recibidos por CREAR del Concejo de Medellín.

9. Indagatorias de LILIANA MUÑETON SIERRA, GLADYS CECILIA HINCAPIE SALAZAR, MAGNOLIA DEL SOCORRO SALDARRIAGA MEJIA y JORGE IVAN RESTREPO LOPEZ.

10. Copia autenticada del listado de asistencia a las sesiones del Concejo de Medellín, durante el período 1990-1991.

11. Declaraciones bajo juramento de JOSE ROBERTO ELKIN GIRALDO ALVAREZ, GUILLERMO LEON MOLINA MOLINA, RAFAEL GIRALDO GUTIERREZ MEJIA, MARIO GIRALDO HENAO, ELSY DORIS GALEANO FRANCO y LUZ ADIELA HENAO ALVAREZ.

12. Copia auténtica de la resolución dictada por la Comisión Especial de la Unidad de Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito de Medellín, fechada 18 de diciembre de 1992, mediante la cual se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra JORGE IVAN RESTREPO GOMEZ, LILIANA MUÑETON SIERRA y GLADYS HINCAPIE SALAZAR, como presuntos cómplices del hecho punible de peculado por apropiación en la modalidad de extensión que allí se investiga.

Consideraciones de la Sala:

De acuerdo con la noticia criminis y los elementos de prueba en que se funda, tres son los aspectos centrales que deberán analizarse, a efecto

de establecer si existe mérito o no para abrir proceso contra el Representante Guillermo Vélez Urreta por los hechos denunciados.

El primero de ellos se traduce en el interrogante de si el aforado Vélez Urreta podía legalmente disponer del auxilio que en su calidad de Concejal de Medellín le fuera asignado en cumplimiento del Acuerdo 59 de 21 de diciembre de 1990, emanado de ese Cabildo Municipal, teniendo en cuenta que nunca se posesionó como tal y jamás asistió a las sesiones del Concejo, siendo reemplazado por su suplente, el doctor José Roberto Giraldo Alvarez.

El segundo cuestionamiento apunta a determinar si como Concejal de Medellín el doctor Vélez podía legalmente beneficiar con auxilios oficiales a la Corporación de Desarrollo Social de Antioquia –CREAR–, de la cual era su representante legal.

Y el tercer aspecto tiene que ver con la responsabilidad que pudiera atribuírsele al doctor Vélez en los malos manejos que ciertos funcionarios de CREAR dieron a una parte de aquel auxilio que esa entidad había recibido del Concejo de Medellín.

I. En cuanto al primer cuestionamiento, no cabe duda que el doctor Vélez Urreta como concejal electo para el período 1990-1992 y cabeza de lista del movimiento político en cuya representación llegó al Cabildo de Medellín, estaba en su derecho de sugerir las entidades sin ánimo de lucro que serían favorecidas con partidas del auxilio de treinta millones de pesos que dicha Corporación Edilicia había asignado mediante el Acuerdo 59 de 1990 a cada uno de sus veinte miembros principales.

Otra cosa es que el doctor Vélez en un acto de liberalidad incuestionable, hubiese querido compartir dicha prerrogativa con su suplente, el doctor JOSE ROBERTO GIRALDO ALVAREZ, autorizándolo para que sugiriera autónomamente otras entidades de servicio común que serían beneficiadas con el mismo auxilio, hasta por un monto de diez millones de pesos.

De otro lado, el artículo 59 de la Ley 11 de 1986 (Estatuto Básico para los Municipios) establece: "Para los efectos previstos en esta ley, se adquiere la calidad de concejal desde el momento de la elección y se

conserva hasta el vencimiento del período". Y teniendo en cuenta que el Acuerdo Municipal que creó los auxilios para los concejales de Medellín, no estableció ninguna condición o exigencia especial para que éstos pudiesen disponer de sus correspondientes partidas, debe entenderse que al doctor Vélez Urreta le bastaba su calidad de concejal electo de Medellín en ese período, para tener derecho a que se le asignara uno de los veinte auxilios iguales en que fue dividida la partida global de 600 millones de pesos, tal como se había dispuesto en el inciso segundo del artículo 34 del Acuerdo 59 de 1990.

Además, analizando la forma como dichos auxilios fueron contabilizados en el presupuesto general de egresos aprobado por el Concejo para el año 1991, resulta evidente que la partida de 600 millones de pesos reservada para esa Colegiatura, se aprobó para que fuese repartida equitativamente entre las veinte curules que la componen, independientemente de que las funciones inherentes a cada una de ellas las etuvieren cumpliendo los concejales principales o sus respectivos suplentes. Tanto es así que algunos de esos auxilios fueron fraccionados dentro del propio presupuesto en aquellos casos, como el del doctor Vélez, en que los ediles principales quisieron compartir con su suplente la prerrogativa de distribuir autónomamente los mismos.

Por manera que la inasistencia del imputado a las sesiones del Concejo y su falta de posesión, en manera alguna le impedían ejercer su derecho a disponer del auxilio otorgado a la curul que había obtenido por decisión popular, máxime si se tiene en cuenta que el mismo debería destinarse a obras de beneficio social.

Por otra parte, no debe olvidarse que el escaño alcanzado por el doctor Vélez estuvo regularmente ocupado por su suplente, como consta en las actas que obran en estas diligencias, y obviamente éste actuó en representación del mismo movimiento político que encabezaba el principal.

Finalmente, la asignación del mencionado auxilio al imputado y su participación en la distribución del mismo, ocurrieron antes del 20 de agosto de 1991, fecha en que el doctor Vélez presentó renuncia al cargo de Concejal de Medellín que ostentaba, la que le fuera aceptada al día

siguiente, según carta dirigida al entonces Alcalde de Medellín que obra en estas diligencias.

En consecuencia, por este primer aspecto no cometió el imputado ninguna infracción penal que amerite investigarse.

II. En cuanto al segundo cuestionamiento, es necesario precisar inicialmente que para la época en que fue expedido el Acuerdo 59 (21 de diciembre de 1990), se encontraba vigente la anterior Constitución Política, la cual permitía el otorgamiento de auxilios oficiales a entidades privadas para fines de bienestar social o utilidad común. Por ello, lo que se le cuestiona al doctor Vélez en este punto no es que hubiese dispuesto de un auxilio aprobado dentro del marco constitucional, sino que lo hubiera hecho beneficiando a la Corporación CREAR de la cual era representante legal.

Sin embargo, para la época del hecho, no existía dentro de nuestro ordenamiento jurídico norma positiva alguna que prohibiera a un Concejal de Medellín ejercer la representación legal de una entidad sin ánimo de lucro destinada al servicio social y otorgarle auxilios municipales sobre los cuales tuviere legítimo poder de disposición.

Y dado que CREAR reunía las condiciones exigidas para ser beneficiaria de un auxilio oficial como el que le otorgó el doctor Vélez, no se infringió con ese hecho ningún tipo penal.

El artículo 88 del Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) consagra algunas prohibiciones para los Senadores y Representantes que ejerzan el cargo, entre las cuales importa destacar para el caso a estudio la establecida en el literal d), que es del siguiente tenor:

"Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles".

El inciso final del citado artículo hizo extensivas esas prohibiciones a los Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales en relación con el respectivo departamento, intendencia o comisaría y los municipios

que los integran, y a los Concejales en relación con el respectivo Municipio, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura.

Sin embargo, el doctor Vélez Urreta no violó dicha prohibición porque, como se encuentra probado, nunca desde su elección como concejal de Medellín y hasta cuando le fuera aceptada la renuncia de dicho cargo, intervino en las sesiones de esa Colegiatura, ni gestionó ante ella el otorgamiento del auxilio con el que posteriormente ayudó a la Corporación CREAR.

De otra parte, a lo largo del presente diligenciamiento se ha establecido que el doctor Guillermo Vélez Urreta es uno de esos excepcionales líderes que en nuestro medio ejercen la política con rectitud, espíritu generoso y elevado sentido social. Personas de indudable solvencia moral, como el doctor Guillermo León Molina Molina, abogado de 59 años de edad y el doctor Mario Augusto Giraldo Henao, médico de 62 años de edad, para no citar a todos los deponentes, han declarado bajo juramento conocer al doctor Vélez Urreta, el primero por casi cincuenta años y el segundo por espacio de veinticinco, coincidiendo en calificarlo como un hombre admirablemente recto y honorable en todos sus actos, esencialmente bondadoso, caritativo y generoso al extremo de haber gastado en política y ayudando a las gentes necesitadas, su considerable patrimonio personal acrecentado con herencias recibidas de sus padres y tíos, hasta quedarse apenas con lo necesario para llevar una vida decorosa.

Así mismo, se encuentra demostrado que CREAR es una entidad sin ánimo de lucro, domiciliada en Medellín, con personería jurídica reconocida desde 1977 y dedicada seriamente a realizar obras de beneficio social.

En conclusión, ni legal ni éticamente puede censurarse el que un jefe político con verdadero espíritu comunitario, como el doctor Guillermo Vélez Urreta, haya otorgado a CREAR aquel auxilio de diez millones de pesos con el propósito de destinarlo a becas educativas para personas de escasos recursos económicos, tal como se expresó en el correspondiente plan de inversión presentado ante la Contraloría Municipal.

Entonces, tampoco frente a este segundo cuestionamiento surge mérito para iniciar proceso penal contra el imputado, en virtud de que su conducta es claramente atípica.

III. Finalmente, frente al tercer aspecto de la incriminación que se analiza, la Sala considera válidas las explicaciones dadas por el doctor Vélez Urreta en su versión libre y espontánea, conforme a las cuales no tuvo ninguna responsabilidad en los malos manejos que ciertos y determinados colaboradores suyos en CREAR dieron a una parte del auxilio de diez millones de pesos recibidos del Concejo de Medellín.

En efecto, debido a la oportuna actuación de la Contraloría Municipal de Medellín pudo comprobarse que tres millones y medio de pesos que hacían parte del mencionado auxilio no llegaron a manos de sus legítimos destinatarios, merced a las habilidosas maniobras ejecutadas por algunos funcionarios de CREAR, quienes traicionando la confianza que les había depositado el doctor Guillermo Vélez Urreta, se apropiaron de dicha suma mientras contablemente le hacían creer que la habían distribuído en numerosas becas educativas, tal como se lo había ordenado.

El doctor Vélez explicó que debido a su elección como Congresista, inicialmente Senador y meses después Representante, y además por problemas de salud que lo incapacitaron, se vio precisado a delegar el manejo del auxilio otorgado a CREAR en el doctor Jorge Iván Restrepo, el más cercano y confiable colaborador que tenía en esa entidad, pero eso sí, dándole precisas y claras instrucciones en el sentido de que lo aplicara en su totalidad a becas para estudiantes pobres y necesitados, preferiblemente niños, sin imponerles condicionamientos de ninguna clase, y previo el cumplimiento de las formalidades legales.

Esta versión se encuentra respaldada por los testimonios de RAFAEL GIRALDO GUTIERREZ, Jefe del Departamento de Desarrollo y Planeación del Tránsito de Medellín, ADIELA HENAO ALVAREZ, secretaria de CREAR, y DORIS GALEANO FRANCO, secretaria privada del imputado, quienes manifestaron haber sido testigos presenciales de las advertencias que el doctor Vélez le hizo a Jorge Iván Restrepo sobre la seriedad que demandaba el manejo de los auxilios educativos,

pidiéndole en múltiples ocasiones tener la mayor delicadeza y cuidado en esa misión que le había delegado.

Además, el propio JORGE IVAN RESTREPO reconoció en su injurada haber sido él quien dirigió las actividades de CREAR, incluyendo lo concerniente a la distribución de los auxilios educativos en cuestión, debido a la delegación que le hiciera el doctor Vélez, quien por esa época no pudo estar al frente de la Corporación a causa de sus compromisos como Congresista en Bogotá y también por la enfermedad de sus pies que lo obligaba a permanecer en reposo cuando se desplazaba a Medellín

Respecto a dicha enfermedad obran en las diligencias una certificación médica según la cual el tres de mayo de 1991 fue necesario practicarle al doctor Vélez una intervención quirúrgica en su pié izquierdo y debido a las complicaciones sobrevinientes estuvo en imposibilidad de calzarse hasta noviembre del mismo año.

De otro lado, conforme a la explicación dada por JORGE IVAN RESTREPO sobre el procedimiento adelantado en CREAR para la adjudicación de dichos auxilios educativos, resulta evidente que la participación del doctor Vélez ciertamente se limitó a la suscripción de los cheques con los cuales serían cancelados los mismos, siempre bajo la convicción de que habían sido tramitados correctamente e irían a parar a manos de sus legítimos destinatarios. Pero si ello no ocurrió así en algunos casos, fue, como se evidenció, por cuasas ajenas a su voluntad e imputables directamente a aquellos colaboradores que contraviniendo sus órdenes y traicionando la confianza que les había depositado, se apropiaron indebidamente de algunos auxilios, motivo por el cual la Fiscalía decretó su detención preventiva y seguramente les impondrá la sanción que merecen.

La ajenidad del doctor Vélez frente al ilícito, se corrobora aún más con la actitud que asumió una vez fue enterado por la Contraloría sobre las irregularidades descubiertas en el cobro de los auxilios educativos. Según lo expresado por los implicados JORGE IVAN RESTREPO, LILIANA MUÑETON y GLADYS HINCAPIE, a quienes las pruebas señalan como los verdaderos y únicos responsables del ilícito denunciado,

está acreditado que un vez conoció el aviso de observaciones que le formulaba la Contraloría, el doctor Vélez los llamó a que le rindieran las explicaciones del caso, exigiéndoles devolver los dineros que reconocieron haber tomado, cumplido lo cual se procedió a reintegrar esas sumas informándose la razón de ser de esta devolución.

En virtud de lo anterior, a pesar de que el doctor Vélez Urreta era el representante legal de CREAR, no se le puede atribuir responsabilidad de carácter penal en el ilícito cometido por los mencionados colaboradores de esa entidad, pues como se ha demostrado, no tuvo ninguna participación, ni intelectual ni material, en la realización del mismo.

En consecuencia, se impone abstenerse de iniciar instrucción contra el Congresista Guillermo Vélez Urreta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 327 del Código de Procedimiento 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:

Inhibirse de abrir proceso penal contra el Representante a la Cámara Guillermo Vélez Urreta, por los hechos que dieron origen a la presente indagación preliminar.

En firme esta decisión archívese al expediente.

Notifíquese y cúmplase

Edgar Saavedra Rojas, Anselmo Chávez Narváez, Jorge Arenas Salazar, "no"; *Eduardo Torres Escallón, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cuando el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación, deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (art. 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea el contemplado en la ley (hoy de $27.400.000.oo conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 522 de 1988 en armonía con el 366 de la citada codificación). Deberá tener presente además, que la sentencia objeto de impugnación sea de las dictadas en segunda instancia por el Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar aunque ya sin consideración al quántum punitivo del delito. Dicha exigencia de carácter sustancial encuentra su razón de ser en el hecho de circunscribirse la controversia a cuestiones de índole puramente civil.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 74.

Vistos:

Procederá la Sala a calificar la idoneidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSE HELMER LEAL RODRIGUEZ contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en proceso por homicido, de conformidad a lo previsto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes:

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva mediante sentencia de 6 de agosto de 1993 condenó al procesado José Helmer Leal Rodríguez a la pena principal de 24 meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio perpetrado en las circunstancias del artículo 30 del Código Penal. Igualmente lo condenó a pagar a favor de los herederos legítimos del occiso la suma de $41.069.700.oo por concepto de perjuicios materiales causados por el delito y su equivalente, en moneda nacional, a 20 gramos oro por razón de perjuicios morales.

Apelado dicho fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Neiva lo confirmó el trece de octubre del citado año, con la única modificación de incrementar a 200 gramos oro el valor de los perjuicios morales.

Contra esta decisión interpuso el defensor del procesado recurso extraordinario de casación el que le fue concedido.

Dentro del término legal presentó la correspondiente demanda solicitando la infirmación parcial de la sentencia impugnada en cuanto tiene que ver con "la condena al pago de perjuicios materiales por lucro cesante" a fin de que se profiriera el fallo sustitutivo.

Toda la argumentación del libelista se centra en criticar la forma como los juzgadores de instancia, en ausencia de parte civil constituida, cuantificaron el monto de los perjuicios materiales causados con el delito, especialmente que en lo relacionado con el lucro cesante y la determinación de las personas a cuyo favor se ordenó el pago de los mismos, citando y comentando las disposiciones sustanciales e instrumentales que a su juicio resultaron quebrantadas; pero sin señalar para nada en absoluto la causal o causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil.

Consideraciones de la Corte:

Siendo incuestionable, como emerge del texto de la demanda, que el defensor recurrente controvierte únicamente el monto de los perjuicios

decretados en la sentencia condenatoria objeto de impugnación, debió invocar como fundamento de su pretensión infirmatoria las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos cometidos; por exigirlo así el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991), norma que debe armonizarse con el artículo 218 de la misma codificación, para establecer la procedencia del recurso de casación interpuesto.

De manera que cuando el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación, deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea el contemplado en la ley (hoy $27.400.000.oo conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 522 de 1988 en armonía con el 366 de la citada codificación). Deberá tener presente además que la sentencia objeto de impugnación sea de las dictadas en segunda instancia por el Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar aunque ya sin consideración al quantum punitivo del delito.

Dicha exigencia de carácter sustancial encuenta su razón de ser en el hecho de circunscribirse la controversia a cuestiones de índole puramente civil susceptibles de ser examinadas y apreciadas de acuerdo a los principios de la casación civil.

Como en el caso *sub-exámine*, el defensor recurrente impugnó la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Neiva exclusivamente en lo referente a la indemnización de los perjuicios decretados, los que consideró exagerados e injustos, pero omitió invocar la causal y señalar la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, hizo de la demanda un escrito totalmente inepto a la prosperidad de su pretensión infirmatoria impidiendo que la Corte conociera el valor de la reclamación y la vía o el motivo de los cuales se acogía para demostrar el quebranto de la ley.

Faltándole entonces a la demanda uno de los requisitos sustanciales, será rechazada de plano precediéndose a declarar desierto el recurso interpuesto.

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

Resuelve:

Rechazar in límine la demanda de casación presentada a nombre del procesado José Helmer Leal Rodríguez y en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de Origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

Al escoger el actor de la causal tercera está obligado a demostrar cuál fue el error *in procedendo* en que incurrieron los juzgadores.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 74.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JOSE ALDEMAR GONZALEZ CARDONA, contra la sentencia emitida el 25 de marzo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que confirmó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa misma ciudad, en virtud del cual se impuso al procesado la pena principal de diez (10) años de prisión, al ser declarado responsable del delito de homicidio que se le había imputado en la resolución acusatoria.

I. Antecedentes y actuación procesal:

Los hechos que originaron la formación de este proceso, fueron resumidos así, en el fallo impugnado:

"Con el fin de adquirir dinero para el 'aguinaldo' de los niños de la población de Santa Helana, jurisdicción del municipio de Roncesvalles, en la noche del 9 de diciembre de 1990, se celebró un baile y se expendieron bebidas embriagantes en la discoteca 'La Bucana' de esa localidad, a la cual concurrieron, entre otros, José Aldemar González Cardona, su esposa Sofía Henao y el yerno de ambos, Jesús Milagro Guifo, quien con unos amigos departía en mesa diferente, pero al escuchar que José Aldemar disgustaba con Sofía, dirigiéndose a ellos le pidió a su

suegro que no le fuera a pegar a la señora a quien quería como una madre, cuestión que disgustó al ahora procesado quien luego de responderle que si era la moza se la dejaba, que se la comiera, extrayendo el revólver que portaba disparó contra él, causándole la muerte en forma instantánea".

Aunque la investigación fue abierta por el Juzgado Promiscuo Municipal de Roncesvalles (fl. 14), en realidad el que la adelantó fue el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal Ambulante (fl. 26), que entre otras diligencias que practicó, emplazó al imputado (fl. 33) y lo declaró persona ausente, designándole, además, un defensor de oficio "con quien se proseguirá el proceso hasta su culminación" (fl. 38).

Este mismo funcionario dispuso el cierre de la investigación (fl. 61), la cual calificó luego con resolución acusatoria contra el procesado, a quien imputó el delito de homicidio doloso pero sin deducirle ninguna circunstancia específica de agravación o atenuación (fls. 66 y ss.).

En firme la anterior determinación, el proceso correspondió, por reparto, al Juzgado Segundo Superior de Ibagué (fl. 105), que luego de practicar todas las diligencias propias del juicio dictó sentencia el 18 de diciembre de 1992, mediante la cual declaró responsable al procesado del delito de homicidio que se le dedujo en la resolución de acusación, condenándolo, en consecuencia, a la pena principal de diez (10) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por este mismo término, así como también al pago, en concreto, de los perjuicios causados con su ilícita conducta (fls. 287 y ss.).

Es importante destacar que mientras el Juzgado de conocimiento hacía esfuerzos para poder celebrar la audencia pública, el procesado, que había huído de su región desde el momento en que sucedieron los hechos, fue aprehendido en la población de Girardota (Antioquia) el 27 de abril de 1992 (fl. 136) y escuchado en declaración injurada por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Medellín. En esta oportunidad el acusado manifestó que conocía el motivo para que se le sometiera a esa diligencia: "Me contaron que por locura había matado a un yerno, embriagado, creo que me tomaba las medias y bogaba como agua, pero yo no recuerdo nada". Aunque admite

recordar que el día de la muerte de su yerno estuvo en el lugar de los hechos acompañado por éste y otros amigos y familiares, insiste en negar que guarde algún recuerdo de lo acontecido, por causa del licor ingerido ese día desde "las seis de la tarde en adelante, tomaba aguardiente, lo que pasa es que me enloquecí porque también estaba tomando en esos días droga, artenson 40 para la presión, ziloric para la orina y akineton que es para la cabeza, es que la cabeza se me pone como grande y anteriormente el trago me ha afectado, me enloquece, se me van las luces" (fls. 142 y ss.).

El Juzgado Segundo Superior de Ibagué al tener conocimiento de la aprehensión de González Cardona, aplazó la audiencia que ya tenía señalada fecha para su celebración, "a efectos de ser escuchado en indagatoria en debida forma" (fl. 158). En esta nueva oportunidad el acusado insiste en no recordar nada de lo acontecido después de las ocho de la noche: "como hasta la ocho de la noche me acordaba de todo lo que hacía, de ahí en adelante seguí bebiendo sin darme cuenta de nada, me dicen que pedía por medias de aguardiente y tomé y tomé como agua" (fls. 173 y ss.).

Con base en lo expuesto por el acusado en su indagatoria, al iniciarse la audiencia pública el 23 de julio de 1993, su defensor pidió, entre otras pruebas, que se le practicara un reconocimiento médico con el fin de establecer si "el acusado se encontraba en estado de ebriedad, en caso tal de qué grado o intensidad y si esa ebriedad fue voluntaria y no preordenada para el hecho", a lo cual accedió el juzgado (fl. 202). Realizada esta pericia, la conclusión del experto fue la siguiente:

"A pesar de la condición de embriaguez (la calificó como de grado II, aclara la Sala) y la natural desinhibición, la actuación ejercida por don Aldemar antes y después de la muerte del yerno *me permiten pensar que tenía capacidad para comprender la clase de acto que había ejecutado y tomó una decisión acorde con ello como fue huir...*" (fls. 211 y ss.).

De la sentencia condenatoria proferida por el juzgado apeló el defensor, pero el Tribunal la confirmó integralmente, con la única adición de ordenar el "comiso" del arma homicida (fls. 12 y ss. del cuaderno del Tribunal).

II. La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, un cargo único de nulidad formula el recurrente.

Con base en la premisa de que para el momento de darle muerte a su yerno el acusado se encontraba en avanzado estado de embriaguez, tal como él mismo lo ha pregonado y lo confirman su esposa y otros declarantes, al igual que la experticia del médico legista, el censor concluye "que para el momento de los hechos el procesado obró sin dolo", conclusión que trata de sustentar, así:

"El procesado tenía el entendimiento obnubilado y no estaba en sus cabales y carecía de cono (*sic*) y voluntad y por supuesto de intención, ya que no se trató de una embriaguez cualquiera, sino de una de segundo grado, aguda y no preordenada para el hecho".

A continuación el censor agrega que "si el procesado ha de ser castigado, como efectivamente debe serlo, su castigo debe estar de acuerdo con las circunstancias específicas en que el hecho se cometió", razón por la cual considera que se dio "un inadecuado juzgamiento del procesado, ya que en la realización del hecho por el cual fue convocado a juicio, se dan elementos estructurales de la culpa, como modalidad de culpabilidad, como son: imprudencia, negligencia, temeridad y violación de reglamentos, por cuando el procesado se dio a la tarea de ingerir licor inmoderadamente en lugar público y abierto al público llevando consigo un arma de fuego de defensa personal, pero sin autorización para ello, ya que carecía del respectivo salvoconducto".

Añade también que "se violó el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 1o. del Código Penal y 1o. del Código de Procedimiento Penal y en estas condiciones es preciso que se declare la nulidad de todo lo actuado desde el auto por medio del cual se calificó el mérito del sumario, para que se llame a responder al procesado penalmente por la muerte violenta de Jesús Milagros Guifo pero como autor responsable de homicidio culposo y no doloso como se hizo, dado que en este hecho no hubo dolo, sino culpa".

III. Concepto del Procurador y consideraciones de la Corte:

a) Principia el Procurador Segundo Delegado en lo Penal por advertir que "cuando la censura se funda en la causal de nulidad, no es suficiente que el recurrente se limite a señalar la clase de nulidad que invoca, sino que igualmente es necesario que proceda a concretar y comprobar, con razonamientos claros, ordenados, lógicos y jurídicos, como en verdad existió en el proceso una irregularidad sustancial que afectó sin dudas su estructura, para finalmente, conservando los lineamientos del supuesto de ataque escogido, demostrar la indefectible influencia que el yerro *in procedendo* tuvo en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado".

Después de afirmar que el recurrente de ninguna manera cumplió con la obligación que acaba de señalarse, agrega la Delegada que en la demanda, "sin un rumbo claro y definido, paralelamente y en una misma censura aparentemente se alegan dos presuntas violaciones, lo que finalmente hace ininteligible (*sic*) y por lo mismo improsperable el reproche planteado".

Resalta el Procurador cómo al libelista haber escogido la causal tercera de casación, era de esperarse que centrara "su inconformidad respecto de la inobservancia de las formalidades propias del juicio en la medida que el juzgamiento del acusado se adelantó tratándosele como persona sujeta a penas cuando eran las medidas de seguridad las aplicables", pero no que retomara "otros aspectos que no sólo son ajenos a lo primigeniamente planteado sino que al mismo tiempo resultan abiertamente contrapuestos con la causal" invocada como fundamento de la acusación".

En relación con la tesis del actor, de que como el acusado estaba ebrio cuando dio muerte a su yerno, este homicidio no es doloso sino culposo, opina la Delegada que dicha tesis carece de "logicidad jurídica" y no se "compagina con la pretendida transgresión del debido proceso, ya que si no es en últimas la inimputabilidad del sindicado como error *in procedendo* el objeto del ataque, sino la forma de culpabilidad del injusto realizado por él como yerro *in iudicando*, debió entonces fundarse la inconformidad bajo los parámetros de la causal primera de casación

(violación directa o indirecta de la ley sustancial) en lugar de la tercera; como que ese flagrante yerro técnico hace imposible abordar el estudio del cargo".

Luego de destacar el Procurador cómo en los fallos se trató amplia y correctamente el tema de la imputabilidad del acusado, concluye afirmando que "con sujeción a la realidad probatoria, bien claro quedó en las sentencias que González Cardona actuó con voluntad y conocimiento, siendo indiscutible que sabía de las consecuencias de su comportamiento ilícito, pese a su estado de ebriedad, conclusiones estas atinadas que el censor ha pretendido enervar con una simple y confusa oposición de criterios, que por supuesto no pueden quebrar el fallo atacado".

Consecuente con su concepto, la Delegada sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado.

b) La Corte acoge, por atinados, los planteamientos hechos por el representante del Ministerio Público.

En efecto. Al escoger el actor la causal tercera de casación estaba obligado a demostar cuál fue el error *in procedendo* en que incurrieron los juzgadores, pero no cumplió con este deber. En principio se esperaba de él que planteara la nulidad con fundamento en que por la "completa ebriedad" del acusado, éste no era merecedor de pena sino de una medida de seguridad, por el estado de inimputabilidad al que la ingestión de alcohol lo condujo, pero no ocurrió así. En una posición contradictoria, adujo, graciosamente por lo demás, que aunque González Cardona por su embriaguez no podía actuar dolosamente porque "carecía de conocimiento y voluntad", a renglón seguido agregó que debía responder del homicidio pero a título de culpa, como si para esta otra forma de culpabilidad no se requiriera que el sujeto activo del delito tuviera la doble capacidad de entender y querer.

Si lo que el libelista pretendía era discutir en sede de casación la forma de culpabilidad predicada del acusado, en vez de la causal escogida ha debido acudir a la causal primera, porque se trataría no ya de un error *in procedendo*, sino de un error *in iudicando* que no generaba la nulidad del proceso.

Se desechará, pues, la censura, y el fallo impugnado, en consecuencia, no se casará.

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:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

RESPONSABILIDAD PENAL / INDAGATORIA

Es bien sabido que en materia penal la responsabilidad es individual por lo que cada partícipe del hecho punible responde independientemente de su propia conducta, sin comunicarla a los demás. De manera que la no vinculación al proceso, mediante indagatoria o declaración de persona ausente, de determinadas personas que bien pudieran estar comprometidas en la comisión de un ilícito por el cual se juzga a otra igualmente comprometida, no cambia la situación jurídica de ésta, ni altera la legalidad del trámite, generando nulidad de la actuación. La vinculación de un individuo al proceso en calidad de sindicado depende no del criterio o capricho de uno de los sujetos procesales, sino de la convicción fundada y razonable que se forme el funcionario judicial de que es autor o partícipe del hecho "en virtud de antecedentes o circunstancias consignadas en la actuación", o por haber sido sorprendido en flagrante delito (art. 352, inciso primero del C. de P.P.). En ese orden de ideas resulta lógico concluir que cuando el inculpabo no ha sido sorprendido en flagrante hecho punible, ni respecto a él existen en el proceso "antecedentes y circunstancias" que le permitan al funcionario judicial considerarlo como autor o partícipe del hecho, simplemente debe abstenerse de llamarlo a rendir indagatoria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 74.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado RICARDO VASQUEZ RODRIGUEZ la sentencia de 22 de febrero de

1993 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, condenándolo como responsable del delito de estafa agravada y concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El médico doctor Elías Borrero Durán constituyó a nombre suyo y de la mujer Purificación Azucena Maldonado Rodríguez, su empleada y amante, cuatro certificados de depósito a término (CDT) del Banco Comercial Antioqueño, Sucursal de las Nieves de esta ciudad capital, por valor de diez millones de pesos cada uno.

Muerto el galeno en el mes de noviembre de 1984, su dependiente Ricardo Vásquez Rodríguez valiéndose de artificios y engaños convenció a su prima Azucena para que los cuarenta millones de pesos representados en los certificados a término fueran puestos a disposición de la sucesión del médico Borrero Durán con el fin de legalizarlos a través de la respectiva hijuela, pero transcurrido un largo lapso sin que Ricardo diera respuesta satisfactoria, aquélla se presentó al Juzgado Veintiuno Civil del Circuito verificando que el juicio de sucesión había terminado sin que ella hubiera sido reconocida en sus derechos.

Los cheques con que fueron cancelados los certificados a término, endosados por Azucena y Ricardo, fueron a parar a una cuenta corriente a nombre del doctor Pedro Dávila Piñeros, abogado de los herederos del causante, quien dijo haber repartido tales valores entre los herederos, por fuera de la sucesión.

Actuación procesal:

Iniciada la investigación con base en denuncia formulada por Azucena Maldonado Rodríguez fue oído en indagatoria el sindicado Ricardo Vásquez Rodríguez a quien se le definió su situación jurídica y recaudada abundante prueba testimonial y documental, el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Bogotá calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra por el delito de estafa agravado por razón de la cuantía; decisión confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Consistió la imputación en haber inducido en error a su prima Azucena, por medio de artificios y engaños, con el propósito de obtener provecho ilícito para un tercero (los herederos del causante) en perjuicio ajeno.

Rituado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de esta ciudad, puso término a la instancia condenando al acusado Vásquez Rodríguez a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de doscientos mil pesos; a las sanciones accesorias de rigor y al pago en concreto de los perjuicios causados, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación, con la única modificación de rebajar la multa a la suma de $1.333.oo.

Demanda de casación:

En el marco de la causal tercera de casación se formula como único cargo a la sentencia impugnada el de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad.

Argumenta el impugnante que apareciendo demostrado en autos que su representado Ricardo Vásquez Rodríguez no obtuvo provecho patrimonial para sí, porque los dineros correspondientes a los títulos valores fueron depositados en la cuenta personas del abogado Pedro Dávila Piñeros, quien en connivencia con los herederos de la sucesión del médico Borrero Durán los distribuyeron de común acuerdo entre ellos, conclusión a la que llega después de reseñar varios testimonios y referirse a unos pasajes de las sentencias de instancia, afirmando que "...frente a éste cúmulo de circunstancias, cargos y conclusiones, era imperiosa la vinculación mediante diligencia de indagatoria si no de todos los herederos y el abogado de la sucesión, sí de los representantes de las cinco familias o estirpes y del doctor DAVILA PIÑEROS, quienes de común acuerdo como se sabe–, decidieron repartir el dinero por fuera del proceso sucesoral, tal como lo hicieron, obteniendo un presunto provecho ilícito según se dice. Luego el *iter criminis* imputado a RICARDO VASQUEZ RODRIGUEZ no pudo ser cometido sólo por él, sino con el concurso necesario de quienes en últimas se beneficiaron de los dineros de la denunciante, toda vez que ellos fueron los que dispusieron la distribución

y aceptaron haber recibido del doctor PEDRO DAVILA PIÑEROS las sumas correspondientes".

Luego expresa:

> "Y es que si se hubiesen vinculado dichas personas –como ahora debe ordenarse–, la situación jurídica de mi cliente RICARDO VASQUEZ RODRIGUEZ hubiese sido totalmente diferente, por cuanto se le está imputando como el único autor responsable de los hechos –lo cual es injusto y contrario a la realidad procesal–. RICARDO VASQUEZ RODRIGUEZ ha sostenido en todas sus intervenciones que jamás él dispuso el reparto de los dineros sino que fue de común acuerdo entre los herederos y el abogado. Luego la consumación y realización de la apropiación supuestamente indebida no se le puede imputar a VASQUEZ RODRIGUEZ. Quizás (*sic*) haya prestado alguna colaboración a dicha realización, cuestión que debe investigarse si hubo acuerdo previo o nó entre éste, el abogado y los herederos, para que aclarada dicha situación pueda imputarse el grado de culpabilidad que sería en ese caso a título de cómplice y no de autor como se trata de sostener. O porque (*sic*) no decirlo, resultaría en un momento dado absuelto acorde con las versiones que deben dar dichas personas en injurada".

Agrega que la compulsa de copias para investigar por separado la conducta de dichas personas no es la solución indicada pues tal medida violaría las garantías constitucionales y legales del debido proceso y el derecho a la defensa y rompería ilegalmente el principio de la unidad procesal siendo aconsejable invalidar el proceso a partir, inclusive, del auto de cierre de la investigación, ordenando la vinculación mediante indagatoria de esas personas porque la falta de vinculación de copartícipes conocidos genera nulidad de la actuación.

Alegaciones de las partes no recurrentes:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero delegado en lo Penal, solicita no casar la sentencia porque la no vinculación al proceso de partícipes conocidos en nada modifica la

situación jurídica del procesado recurrente ya que eventos como éste se resuelven no por la vía de la nulidad, sino mediante la compulsa de copias para investigar por separado la conducta dejada de lado, posición que respalda en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Afirma que "El injusto típico fue realizado, en su integridad, por el procesado, pues fue él quien convenció a su prima Azucena, induciéndola en error mediante artificios y engaños, para que le entregara las sumas de dinero provenientes del cobro de los certificados, con la promesa vana de restituirle igual valor cuando se liquidara la sucesión y en una hijuela para ella; también fue VASQUEZ RODRIGUEZ quien informó a los herederos del doctor Borrero sobre la existencia de los referidos dineros y la disponibilidad de éstos, ya que su titular estaba dispuesta a restituírlos a la sucesión, según se infiere de los testimonios vertidos".

No resulta probado un acuerdo previo entre los herederos del causante, su abogado y el procesado Ricardo Vásquez Rodríguez para defraudar el patrimonio de la víctima y en el supuesto de hallarse demostrado, las conductas de todos ellos podrían enmarcarse dentro de la coautoría en el delito "toda vez que unos y otros serían coautores de la defraudación"; situación que en nada haría variar la responsabilidad del recurrente.

Tampoco puede predicarse complicidad en su comportamiento si, como aparece de autos, fue Vásquez Rodríguez "quien mantuvo el 'dominio del hecho' durante todo el *iter criminis*, y sólo él podría interrumpir su desarrollo, elemento éste que doctrinariamente ha servido para diferenciar la conducta relativa al autor y el cómplice".

Sugiere, a pesar de la improsperidad del cargo, la expedición de copias de lo pertinente para que el funcionario competente inicie, si lo tiene a bien, la correspondiente investigación contra los demás partícipes del hecho.

La apoderada de la parte civil había pedido a su turno, no casar la sentencia porque establecida plenamente la autoría del hecho en cabeza del sindicado Vásquez Rodríguez "no se ha visto en el decurso del proceso la necesidad de romper la Unidad Procesal; y, que es facultad discrecional

del funcionario judicial recbir indagatoria a quien '*considere*' (Resaltado mío), autor o partícipe de Infracción Penal".

Pese a que la parte civil solicitó la vinculación del abogado Dávila Piñeros, el funcionario instructor la negó por cuanto se limitó a cumplir con un encargo profesional de sus clientes (los herederos) y no se encuentra establecido que hubiese desplegado maniobras engañosas destinadas a obtener la entrega de los títulos de parte de Azucena "como sí se le probó fehacientemente a Vásquez Rodríguez".

No explicó el censor la forma como pudo resultar vulnerado el derecho de defensa de su cliente "o el perjuicio evidente a los Derechos Fundamentales del sindicado, y en qué grado, la no vinculación al proceso de las demás personas, repercutió en el resultado final del proceso, y en la determinación tomada contra Vásquez Rodríguez"; falla que da al traste con su pretensión anulatoria.

Agrega que las personas que se pretende vincular al proceso nunca tuvieron trato personal o directo con la denunciante Azucena Maldonado Rodríguez ni el sindicado Ricardo Vásquez Rodríguez hizo cargos concretos y juramentados contra los herederos del médico ni el abogado de la sucesión por supuesta autoría o coparticipación en los hechos investigados.

Consideraciones de la Corte:

Es bien sabido que en materia penal la responsabilidad es individual por lo que cada partícipe del hecho punible responde independientemente de su propia conducta, sin comunicarla a los demás.

De manera que la no vinculación al proceso, mediante indagatoria o declaración de persona ausente, de determinadas personas que bien pudieran estar comprometidas en la comisión de un ilícito por el cual se juzga a otra igualmente comprometida, no cambia la situación jurídica de ésta, ni altera la legalidad del trámite, generando nulidad de la actuación, como lo ha dicho esta Corporación en doctrina recordada por la Procuraduría Delegada (Cas. de 10 de agosto de 1982) y en decisión tomada el 29 de marzo de 1990, entre otras.

La vinculación de un individuo al proceso en calidad de sindicado depende no del critero o capricho de uno de los sujetos procesales, sino de la convicción fundada y razonable que se forme el funcionario judicial de que es autor o partícipe del hecho "en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación", o por haber sido sorprendido en flagrante delito (Artículo 352, inciso primero del C. de P.P.).

En ese orden de ideas resulta lógico concluir que cuando el inculpado no ha sido sorprendido en flagrante hecho punible, ni respecto a él existen en el proceso "antecedentes y circunstancias" que le permitan al funcionario judicial considerarlo como autor o partícipe del hecho, simplemente debe abstenerse de llamarlo a rendir indagatoria.

Eso fue precisamente lo que aconteció en el presente caso, en donde el Juez Dieciséis de Instrucción Criminal de Bogotá haciendo uso de la discrecionalidad que le otorga la norma citada, negó la vinculación al proceso del abogado de la sucesión doctor Pedro Dávila Piñeros, reiteradamente solicitada por la apoderada de la parte civil, porque a su juicio la conducta observada por el mencionado profesional no transgredió el ámbido del derecho penal y no puede presumirse connivencia o acuerdo con el procesado Vásquez Rodríguez para defraudar el patrimonio económico de la víctima (ver auto visible a folio 453 y ss. del expediente).

Consecuente con lo dicho la Sala no dispondrá la compulsa de copias pedida por el señor Procurador Delegado en lo Penal, máxime si se tiene noticia que el abogado Dávila Piñeros falleció en el mes de junio de 1992.

Por lo demás, el impugnante no probó de qué manera la irregularidad denunciada pudo afectar el debido proceso o conculcar el derecho a la defensa del procesado pues la argumentación al respecto se apoya en simples conjeturas o apreciaciones personales, que no pueden tenerse en cuenta para invalidar la actuación.

Se olvida por ejemplo, que el procesado recurrente Vásquez Rodríguez subsumió su conducta en el tipo penal descrito en el artículo 356 del Código Penal así no hubiese obtenido lucro indebido para sí, sino para los herederos del causante, sus amigos y conocidos, y se afirma

que la investigación y fallo conjunto de los comportamientos observados por éste y los terceros beneficiados con el delito habría favorecido a Vásquez Rodríguez aminorando el grado de participación en el hecho o absolviéndolo de los cargos formulados, conclusión a la que se llega partiendo no de bases reales y concretas sino de meras expectativas.

La vinculación al proceso de terceros beneficiados en nada modificaría la situación jurídica del procesado recurrente tornando la autoría en complicidad o favoreciéndolo con una hipotética absolución.

De modo pues que la irregularidad puesta de presente por el demandante no puede generar nulidad de la actuación por no afectar el debido proceso ni conculcar el derecho a la defensa del procesado Vásquez Rodríguez, quien a lo largo de la actuación ha gozado a plenitud de todas las prerrogativas legales inherentes a su defensa.

No prospera la impugnación.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, obrando de acuerdo con los sujetos procesales no recurrentes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Ricardo Vásquez Rodríguez de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO POR APROPIACION / DOLO

Es evidente que tratándose de un delito de apropiación no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos, se puede predicar que fue de una manera perfectamente intencional.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 74 del 7 de julio de 1994.

Vistos:

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza por sentencia del 4 de agosto de 1992, condenó a JESUS POLICARPO MILLAN CARVAJAL a la pena principal de cincuenta y seis meses de prisión como responsable de los delitos de peculado por apropiación y uso de documento falso y a MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ a treinta y ocho meses de prisión como responsable de los delitos de peculado por apropiación y peculado por extensión.

La anterior decisión fue confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al dejar como quántum de la pena definitiva la de treinta y ocho meses para ambos procesados, con providencia que lleva fecha del 1 de diciembre de 1992.

En una nueva decisión del 26 de enero de 1993, el *ad quem*, reformó la anterior, para ajustar la pena conforme a la evidencia procesal, dejándola en treinta y cuatro meses de prisión para cada uno de los sentenciados.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y presentada la demanda en representación de los dos

procesados, fue declarada ajustada a las exigencias de ley con respecto a MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ POLANIA y desierto en relación con Jesús Policarpo Millán Carvajal.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Por acuerdo 04 de 1986 y 017 de 1987 el Concejo Municipal de Madrid (Cund.) reglamentó el pago de auxilios educativos con cargo a los presupuestos de 1986 y 1987.

Se imputó al Concejal Jesús Policarpo Millán Carvajal y a Miguel Antonio Velásquez Polanía de haberse apropiado de algunos de estos auxilios y de manera concreta, al primero el haberse apropiado en su totalidad del importe correspondiente a los otorgados a Yesid Leonardo Otálora Chacón y a Elizabeth Espitia Rodríguez y parcialmente el de Luz Amira Moreno Pérez, valiéndose para ello de la fasificación del endoso del cheque girado a su nombre; y al segundo de los nombrados de haberse apropiado de manera parcial del auxilio destinado a Mariela Gómez Rico y de una suma superior a los trescientos mil pesos de la Defensa Civil de ese municipio, cuando se desempeñaba como tesorero de esa institución, como consecuencia de la venta de un vehículo.

Actuación procesal:

Con base en las diligencias adelantadas por la Procuraduría Regional de Cundinamarca el Juzgado 33 de Instrucción Criminal –ambulante– de esta ciudad capital, dispuso abrir el correspondiente proceso penal con auto del 1 de abril de 1987.

Después de practicadas varias diligencias, el instructor vinculó a través de indagatoria a Arturo Eduardo Melgarejo, Carlos Arturo Vélez González, Antonio Rodríguez, Jesús Policarpo Millán Carvajal, María Esperanza Gómez de Millán, Gloria Martínez Martínez y Miguel Antonio Velásquez Polanía con proveído del 23 de junio de

1987 y el 28 de agosto siguiente, les fue resuelta la situación jurídica, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en su contra y fijándoles presentaciones periódicas.

Perfeccionada al máximo la investigación, ésta fue declarada cerrada y calificado el mérito del sumario con resolución de acusación contra Miguel Antonio Velásquez Polanía y Jesús Policarpo Millán Carvajal como responsables del delito de Peculado por Apropiación y cesó todo procedimiento en favor de otros procesados. El expediente pasó al Juzgado 27 Penal del Circuito quien por auto del 16 de diciembre de 1988 avocó conocimiento de las diligencias y declaró la legalidad de lo actuado.

Luego de practicadas algunas pruebas en el juicio, el Juzgado de conocimiento ordenó acumular la causa que tramitaba el Juzgado 8 Penal del Circuito contra Miguel Velásquez Polanía por el delito de Peculado por Apropiación y cuya actuación procesal se puede sintetizar, así:

El Juzgado 84 de Instrucción Criminal de Bogotá con auto del 10 de noviembre de 1988, ordenó abrir la correspondiente investigación penal conforme a los hechos denunciados por el representante legal de la Junta de Defensa Civil de Madrid (Cundinamarca).

Después de allegadas varias diligencias de contenido testimonial y documental, se escuchó en indagatoria a Miguel Velásquez Polanía y le fue resuelta favorablemente su situación jurídica con proveído del 21 de febrero de 1989.

Cerrada la investigación por auto del 13 de junio de 1990, fue calificado el sumario con resolución de acusación contra el procesado por el delito ya reseñado.

Acumuladas las causas en el Juzgado 27 Penal del Circuito y practicadas otras pruebas, se celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y el Juzgado Promiscuo de la misma especialidad de Funza, profirió la sentencia de primera instancia, la cual al ser apelada fue confirmada con algunas modificaciones por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

Argumentos de la demanda:

El impugnante presentó una demanda en favor de los dos procesados, pero el recurso fue declarado desierto en relación a Jesús Policarpo Millán Carvajal, razón por la cual la Sala se abstendrá de hacer referencia a las alegaciones que presenta el impungnante en referencia con este sentenciado.

En la primera parte presenta tres cargos, relacionados con la situación del procesado Millán Carvajal, que como ya se dijo no serán reseñados, ni contestados.

Luego plantea una serie de argumentaciones en beneficio del otro recurrente Velásquez Polanía.

Sostiene que fue condenado por dos delitos de peculado por apropiación en procesos separados, uno de los cuales es por la apropiación parcial de un auxilio educativo, pero en relación a esta conducta afirma que su defendido no tenía ni bajo su custodia, administración, ni cuidado tales dineros, puesto que los mismos estaban bajo la vigilancia y administración del Alcalde y Tesorero.

Agrega, que el cheque fue girado a su beneficiaria y a su vez fue endosado a Velásquez y si éste no entregó la totalidad del mismo, el dinero ya había salido de la custodia oficial y por lo tanto, sólo se podía cometer un delito contra el patrimonio particular.

Por ello, considera que fue indebidamente aplicado el art. 133 del C.P.

En relación con el segundo motivo de condena, por haberse apropiado de la suma de $281.440.oo y de un faltante por $99.500.oo, cuando se desempeñaba como Tesorero de la Defensa Civil, estima que en esta conducta no hubo ánimo doloso.

Acepta, que el procesado como miembro de la Defensa Civil y con autorización de la Junta Directiva vendió un vehículo de la institución, pero debido a la "desintegración" de esa organización, abrió una cuenta

personal y allí depositó el dinero para no tenerlo en su escritorio y que parte de ese capital fue invertido en gastos urgentes de la misma entidad y que cuando se le hizo el balance de su gestión, había un faltante de cien mil pesos que cubrió con una letra.

Los anteriores razonamientos lo llevan a concluir que: "Tal conducta nos demuestra de manera inequívoca que Velásquez Polanía no es responsable del delito de Peculado por apropiación, sino en el peor de los casos, por el delito de peculado por uso al tenor de lo dispuesto en el art. 134 del C.P., concordante con el art. 138 *ibídem* que trata del peculado por extensión" por haberse desempeñado como tesorero de una entidad privada como lo es la Defensa Civil y que por tanto se aplicó indebidamente el art. 133 del C.P.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Solicita no casar la sentencia. Inicia el concepto con críticas por la existencia de inconsistencias sustanciales en la elaboración del libelo porque considera que a lo largo del mismo no se hacen más que afirmaciones sin demostración alguna, en algunos casos con evidentes vacíos conceptuales, que impiden precisar cual es el alcance que pretende darle al ataque, a tal punto de que ni siquiera en la petición final solicita a la Corte la absolución de los acusados que representa o la aplicación correcta de una norma de derecho sustancial o la disminución punitiva que corresponda.

En la demostración de los yerros técnicos enunciados y en referencia al cargo primero afirma que "se advierte que no se especifica la forma en que se estima violada la ley sustancial –directa o indirecta– y se reputa la inexistencia del delito a través de la falta de relación funcional del acusado con los dineros, así como la calidad de públicos que éstos podrían o no tener al momento de la apropiación".

Considera que tal forma de discurrir orienta el ataque por la vía indirecta, pues correspondería al memorialista adentrarse en la demostración de esta falta de relación funcional que predica, lo que solamente alcanzaría por medio del examen de las pruebas, pero que nada dice en relación con tales medios de convicción.

En relación con el segundo cargo dice que tampoco existe precisión conceptual, porque se afirma la adecuación de la conducta a un tipo penal diverso al del peculado, pero que se hace por medio de una simple afirmación, sin demostración de ninguna clase.

Que la brevedad de la argumentación impide saber cuál es la real inconformidad del censor, quien tampocò dice si la infracción fue directa o indirecta.

En referencia al tercer cargo dice que son similares los errores técnicos y conceptuales porque involucra bajo una misma causal diversos aspectos que hacen relación a distintos elementos dentro de la teoría del delito. Así mismo, no distingue si el ataque contra la sentencia es por la vía directa o indirecta de la causal primera de casación.

Dice que mientras el ataque inicial lo enfoca por falta de tipicidad concluye argumentando falta de culpabilidad que necesariamente lleva a la improsperidad del cargo.

Consideraciones de la Sala:

A pesar de que no lo dice se deduce que el cargo inicialmente formulado es de violación directa por aplicación indebida del artículo 133 del C.P., bajo el argumento de que "En el caso que nos ocupa el concejal Velásquez Polanía no tenía bajo su custodia ni administración los dineros correspondientes a la beca concedida a María Gómez Rico, por cuanto el manejo de tales dineros estaban bajo el cuidado del Alcalde, cuyo pagador era el Tesorero Municipal".

Agrega que además como el cheque había sido girado a nombre de la beneficiaria y ésta lo había autorizado para que lo cobrara y que en tales condiciones, si no devolvió la integridad del dinero al procesado, ha podido cometer un delito contra el patrimonio particular y concretamente el delito de abuso de confianza tipificado en el art. 358 del C.P.

Es importante destacar que la conducta del concejal Velásquez no puede tomarse de manera insular, en el acto de la apropiación de los

dineros que mediante cheque le habían sido girados a una de las beneficiarias, sino que se trató de todo un proceso que incluyó la aprobación de los acuerdos mediante los cuales los auxilios eran autorizados, en la escogencia del asignatario, la autorización del pago de la respectiva partida presupuestal y finalmente, el apoderamiento parcial del dinero una vez cobrado el título valor.

Si se mira el *iter criminis* desde esta perspectiva total, es evidente que de por medio estuvo su condición de empleado oficial por su calidad de concejal y que fue precisamente por ella que finalmente pudo apropiarse de los dineros.

De la anterior manera reflexionaron las instancias para concluir en la existencia del delito de peculado y es así como para predicar la consumación del mismo, al referirse a este concejal, el funcionario de primera instancia dice que los mismos argumentos dados para llegar a la certidumbre respecto de Millán eran aplicables a Velásquez cuando en relación al primero se había dicho:

> "Esa misma calidad de concejal que ostentaba Millán Carvajal lo facultaba para intervenir en la aprobación del presupuesto municipal, para autorizar la ejecución del pago de los auxilios y escoger a los beneficiarios, tal como se colige de la lectura del Acuerdo No. 04 de 1986, del Concejo Municipal de Madrid.
>
> "Además, intervino activamente como concejal en la Junta Municipal de Hacienda del Municipio cuando se dispuso la cancelación de las becas o auxilios para educación.
>
> "Con lo anterior, queda pues completo el recorrido del dispositivo penal del artículo 133 del estatuto represor, siendo, por tanto, la conducta que se le endilga a Jesús Policarpo Millán, típica".
>
> "La conducta punible se reflejó en una lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal, por la disminución del patrimonio estatal, y el desprestigio que se le causa a la

administración pública lo que constituye el trasunto de la antijuridicidad".

De manera similar se afirmó en la segunda instancia:

"No está llamado a prosperar el argumento defensivo según el cual no puede hablarse de delito de peculado, porque desde el momento en que fueron otorgados los auxilios y girados los cheques respectivos, los dineros dejaron de pertenecer al Estado. Porque aquí no se trata de un acto súbito de apoderamiento de las sumas ya conocidas por parte de los incriminados, sino que todo el despliegue comportamental corresponde a secuencias progresivas de un preconcebido plan, consistente en obtener el otorgamiento de auxilios en favor de presuntos beneficiarios, para hacer girar dineros del erario público que nunca llegarán a sus destinatarios, o que si así ocurre apenas se entregaran sumas parciales, como se ha puesto de presente con motivo de esta investigación".

En referencia al segundo cargo formulado en proceso separado y finalmente acumulado al anterior, el censor acepta los hechos pero trata de que se excluya la responsabilidad de su defendido por la presunta ausencia de dolo, porque dice que si él consignó esos dineros provisionalmente en una cuenta particular y evitar así, que el peculio se tuviera que quedar en su escritorio, no fue con el ánimo de apropiación, sino de utilizarlo en los gastos urgentes que tenía que hacer como tesorero de la Defensa Civil.

Afirma, igualmente, que cubrió el faltante que se le detectó con una letra y que ello demuestra la ausencia de culpabilidad y que por tanto, no se lo puede declarar como responsable del delito de peculado por apropiación y por extensión.

Se trata nuevamente de una presunta violación directa de la ley sustancial, a pesar de que no lo dice el censor, se deduce de sus argumentaciones. Sin embargo, el desarrollo del cargo lo hace con argumentos más propios de las instancias que del recurso extraordinario

de casación, porque finalmente no demuestra en qué consiste el yerro de selección cometido por los falladores en la escogencia de la norma a aplicar en este caso y se limita a hacer unas afirmaciones en sentido contrario, a las que hicieron los sentenciadores.

Porque la verdad es que el nuevo tesorero ha debido de registrar las firmas de los nuevos dignatarios de la defensa civil para que el manejo del dinero se hubiere realizado como debe ser, cuando se trata de valores públicos o de entidades en las que tiene interés el Estado y la sociedad, por desarrollar actividades tendientes al bienestar de la colectividad.

La apropiación se encuentra perfectamente demostrada, y el solo hecho de haber firmado una letra que respaldara el monto del faltante es ya un claro reconocimiento de la conducta investigada, de la misma manera de que no pudo explicar satisfactoriamente el destino que se le había dado a los dineros cuya imputación se le formulaba.

Es evidente, que tratándose de un delito de apropiación como el que se da en el caso subjudice no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos, como lo hizo el procesado, se puede predicar que fue de una de manera perfectamente intencional.

De lo anterior se ha de concluir que la norma aplicable fue la correctamente seleccionada por las instancias y por la misma razón, el cargo debe ser rechazado.

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,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

La causal quinta de revisión que el legislador precisa en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal dice a su texto que las sentencias ejecutoriadas podrán entrar a removerse siempre y cuando "...se demuestre, en sentencia firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa". De una tan clara redacción emerge que no le basta al solicitante con aducir que fueron falsos los medios de convicción tenidos por los juzgadores como asidero del fallo en firme que impugna, sino que es preciso agotar anticipadamente todo un debate procesal hasta contar con fallo en firme dentro del cual se dé por cierto y demostrado que al proceso de origen se impidió el conocimiento de la verdad real mediante la aportación de medios mentirosos o falaces. Si ni los fundamentos de hecho y de derecho apuntan a la causal que se aduce, ni de ésta se aporta la exclusiva prueba requerida, sin otras consideraciones que el caso amerite, la determinación que surge no es distinta de la inadmisión del escrito petitorio.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 074.

Vistos:

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado del procesado JAIRO HERNANDO FARIETA SUAREZ, a quien junto a Jairo Bautista Buitrago, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, condenó mediante fallo del 9 de abril de 1992 a la pena principal de 12 meses de prisión al considerarlos coautores de

un delito de prevaricato por omisión. Al resolver el recurso de alzada interpuesto contra de la anterior determinación, mediante la suya del 24 de junio de 1992, el Tribunal le impartió confirmación.

Antecedentes:

El 13 de diciembre de 1989 se realizó un arqueo a la Cajilla número uno de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, que permitió descubrir cómo una cantidad de cheques por sumas millonarias, recibidos desde meses atrás provenientes de entidades oficiales para el pago de servicios, permanecían sin depositar en las cuentas de los respectivos bancos. Como responsables del hecho fueron señalados al cajero número 17 JAIRO HERNANDO FARIETA SUAREZ, y el Jefe del Departamento de Cajas JAIRO BAUTISTA BUITRAGO.

Lo anterior fue denunciado ante las autoridades por Gregorio Nieto Pérez abogado del Departamento de Asuntos Laborales de la mencionada empresa, correspondiéndole la investigación al Juzgado 32 de Instrucción Criminal. Este despacho vinculó a los implicados mediante indagatoria y resolvió su situación jurídica, y clausurada la investigación calificó su mérito profiriendo resolución de acusación por el punible de prevaricato omisivo. Sometida la determinación al recurso de alzada mereció confirmación ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Del enjuiciamiento se ocupó el Juzgado 6o. Penal del Circuito emitiendo el fallo de condena de resultados conocidos, decisión que según se anota recibió igualmente confirmación por parte del Tribunal.

La demanda:

En escrito dirigido al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, e invocando la causal 5a. del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal acusando un "Error de Hecho", el actor pasa a hacer un recuento de los sucesos, los antecedentes y circunstancias que motivaron la investigación, y la manera como concluyó el proceso penal que ahora es motivo de la acción de revisión.

Recuerda que lo que dio origen al arqueo efectuado durante los días 13 y 14 de diciembre de 1989 a la Caja No. 1 y ventanilla 17 a cargo de los

procesados, fue una carta emanada del Ministerio de Hacienda y una llamada de la Dirección de Suscriptores de Cuentas Oficiales de la Presidencia de la República y que en las diligencias se dice que estuvieron presentes el revisor fiscal José Jairo Vásquez Mestizo, el director de operaciones económicas Jairo Hernández, y los delegados de la revisoría fiscal Saúl Sierra Bastidas. También Germán Guerro Aguilera y el implicado JAIRO BAUTISTA quien tenía a su cargo la Caja Fuerte de la Cajilla No. 1.

El arqueo se inició a las 5:55 p.m. y a las 6:45 se procedió a cerrar la caja fuerte, reiniciándose la diligencia al día siguiente. Sus resultados llevaron a la investigación administrativa y la desvinculación de BAUTISTA y de FARIETA, pero debido a la serie de inconsistencias que presentaba fue cuestionada dentro de la etapa instructiva y en el alegato de conclusión presentado ante el Juzgado 32 de Instrucción Criminal.

En esos criterios se puso de presente que al no coincidir la denuncia con la relación de los documentos arqueados, se incurrió en falsedad, y que de acuerdo con lo afirmado en la etapa del juicio, el denunciante faltó a la verdad ya que la diligencia de arqueo no contó con la presencia física de los doctores Gabriel Uriel Mantilla y José Jairo Vásquez Mestizo, tal como lo señalara el doctor Saúl Sierra Bastidas a folio 249, afirmando que: "Estos funcionarios se hicieron presentes en el momento de iniciar el trabajo encomendado por el revisor fiscal y desconozco la razón por la cual ellos tuvieron que ausentarse posteriormente".

En el Acta de Inspección se anotó que era suscrita por las personas que en ella intervinieron, pero en la misma no aparecen las firmas de José Jairo Vásquez Mestizo, Gabriel Uribe Mantilla ni Jairo Herández, lo que indica que estas personas no estuvieron presentes durante su práctica; tampoco JAIRO FARIETA, razón por la cual su firma no aparece en el acta.

El fundamento del fallo se basó en el acta de inspección y en la denuncia, pero respecto de esta última se omitió considerar que en la audiencia pública se le habían cuestionado errores de hecho y de derecho. Al momento de la confirmación del fallo el Tribunal estimó los citados elementos como prueba de la situación fáctica y de la responsabilidad de los acusados, pero omitió hacer referencia a la alegación sustentatoria del recurso de apelación donde se cuestionaba la falsedad documental de la denuncia escrita, y en especial

del acta de inspección. Por ello el accionante estima que no existe otro camino diferente para la corrección jurídica de los errores cometidos por los Juzgadores de instancia consistente en no haber hecho un pronunciamiento sobre la legalidad de las pruebas.

Como sustento de la revisión, en lo que denomina Fundamentos de Derecho, el actor se concreta a la falta de la firma del documento, añadiendo que ese defecto lo convierte en inexistente por tratarse de un requisito obligatorio.

Afirma igualmente de una parte, así añade que si el acta no llegara a considerarse falsa, sería inexistente, y que además en la denuncia y en especial en el acta de inspección se incurrió en una FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO sin que cuanto obra en el acta coincida con la realidad de lo inspeccionado, tampoco con el número de las personas presentes la presencia del condenado o los objetos que aparecen relacionados y los que fueran hallados en la ventanilla a cargo de FARIETA.

Sobre estas breves consideraciones concluye en contra del denunciante se tipifica la conducta descrita en el artículo 166 del Código Penal, por haberse expresado falsamente respecto a documentos que no fueron encontrados en la Cajilla a cargo del rematado, hecho que sirvió para endilgarle el cargo en la resolución de acusación y fue igualmente determinante de la sentencia, aspectos que le llevan a afirma que no existe duda respecto a que:

> "las razones de hecho y de derecho enunciadas en esta demanda se adecúan a la causal de la acción de revisión por la existencia de pruebas falsas o documento inexistente determinados como una prueba idónea y eficaz para haber proferido el fallo", remitiéndose como pruebas a las aportadas al trámite, y obviando la formulación de un *petitum*.

Consideraciones de la Corte:

La causal quinta de revisión que el legislador precisa en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal y el actor invoca, dice a su texto que las sentencias ejecutoriadas podrán entrar a removerse siempre y cuando

"...se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa".

De una tan clara redacción emerge que no le basta al solicitante con aducir que fueron falsos los medios de convicción tenidos por los juzgadores como asidero del fallo en firme que impugna, sino que es preciso agotar anticipadamente todo un debate procesal hasta contar con fallo en firme dentro del cual se dé por cierto y demostrado que al proceso de origen se impidió el conocimiento de la verdad real mediante la aportación de medios mentirosos o falaces.

De estas exigencias expresas se desentiende irremediablemente la demanda examinada, llevando inevitablemente a su anticipada inadmisión, pues limitándose a aportar las copias de los fallos que remataron en la condena de JAIRO FARIEA SUAREZ por cuya revisión se pide, de ningún elemento probatorio y menos de la sentencia que demuestre la falsedad de la denuncia del arqueo o la inspección se hace aportación ni anuncio, motivo suficiente para que opere su rechazo *in límine*, por no cumplir ni atenerse a las exigencias expresadas del artículo 234-4 del código de procedimiento.

La equivocación del libelista no se restringe a la sola invocación de un error de hecho, como si aquí se intentase una cuando menos extemporánea impugnación en casación. Su desatino más notorio se concreta en el desconocimiento del preciso objeto de la acción de revisión, pues mientras que con ésta se apunta al enervamiento de decisiones definitivas y ejecutoriadas, a fin de remover en ellas la firmeza de la cosa juzgada ante el interés prevalente de alcanzar el verdadero anhelo de justicia, el libelista apenas se conforma con promover un improcedente regreso a los debates de instancia, replanteando los análisis de los medios incriminatorios, opción que sólo le cabría luego a prosperar la revisión por alguna de las precisas y taxativas causas que autoriza la ley, mas no como medio alternativo para remover un fallo en firme.

Así, entonces, si ni los fundamentos de hecho y de derecho apuntan a la causal que se aduce, ni de ésta se aporta la exclusiva prueba requerida, sin otras consideraciones que el caso amerite, la determinación que surge no es distinta de la inadmisión del escrito petitorio.

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

Resuelve:

Primero: Reconocer al doctor GUSTAVO GAITAN OSPINA en los términos y para los efectos indicados en el poder confiriera por el procesado JAIRO HERNANDO FARIETA SUAREZ, y

Segundo: Recharzar *in-limine* la demanda de revisión presentada en contra del fallo proferido el 9 de abril de 1992 por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, confirmado por el respectivo Tribunal mediante el suyo del 24 de junio del mismo año, en contra del procesado JAIRO HERNANDO FARIETA SUAREZ por el delito de Prevaricato por omisión.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Para que una demanda de casación pueda llegar a prosperar, es necesario que los ataques se formulen con apego a la realidad que emana del proceso y que su desarrollo se haga de manera clara y precisa dentro de los límites fijados por el casacionista, haciéndose indispensable que la demostración de la censura se dirija en contra de cada una de las pruebas obrantes y relevantes, pues de llegar a persistir alguna con la suficiente solidez, ella constituirá motivo suficiente para mantener incólume la determinación. /El sistema probatorio del derecho procesal penal que rige es justamente el de la sana crítica, dentro del cual se le concede al juzgador la potestad de fundar su convicción de forma razonada, ciñendo su interpretación de las en conjunto y dentro de los límites que facilitan la lógica, la ciencia y la experiencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 74.

Vistos:

GILDARDO ANTONIO RAMOS RAMIREZ fue condenado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, el 4 de febrero de 1993 como autor del delito de homicidio simple en la persona de Doralba Saldarriaga Uchima a la pena principal de diez años de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual tiempo, determinación apelada por el defensor del procesado ante el Tribunal Superior de la misma ciudad y

ratificada por mayoría mediante fallo del 23 de marzo de 1993, el que resulta ahora objeto de impugnación extraordinaria.

Hechos y actuación procesal:

1. El Tribunal resumió los hechos del debate de la forma siguiente:

> "A primera hora del 25 de agosto de 1991, funcionarios de Instrucción Criminal practicaron la diligencia de levantamiento del cadáver de quien en vida respondiera al nombre de DORALBA SALDARRIAGA UCHIMA, la cual había sido llevada al centro hospitalario en la noche anterior. La dama falleció a causa de herida con arma de fuego que se le propinara dentro de las residencias donde habitaba y en la que también lo hacía su victimario. Según los autos, a causa de problemas relacionados con el comportamiento personal de la población infantil del inquilinato, el acusado, en estado de alicoramiento y armado, discutió con la interfecta, disparando su arma con los resultados conocidos. En poder de la autoridad el aviso de lo ocurrido, se procedió de conformidad y en el mismo lugar se operó la captura del incriminado".

2. Al Juzgado 25 de Instrucción Criminal Permanente de Pereira le correspondió practicar la diligencia de levantamiento del cadáver, dar apertura a la investigación, y oír en diligencia de indagatoria a GILDARDO ANTONIO RAMOS RAMIREZ, enviando luego las diligencias a su similar de reparto. Correspondiéndole el asunto al Juzgado 24 de la misma especialidad, la situación jurídica del indagado se resolvió profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.

Arrimados al proceso múltiples medios probatorios se declaró cerrada la investigación, calificándose en su oportunidad con resolución de acusación por el delito de homicidio simple, determinación apelada por el defensor y confirmada por parte del Tribunal Superior de Pereira.

La iniciación del juicio le correspondió al Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, ordenando y practicando algunas pruebas solicitadas por el defensor. Al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento

Penal la causa pasó al conocimiento del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira y allí culminó con fallo de condena nuevamente impugnado por el defensor del acusado y confirmado por el Tribunal mediante determinación que según se ha visto, resulta ahora impugnada en casación.

La demanda:

Con asidero en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente formula un solo cargo por la vía del error de hecho, que a su vez sustenta en dos reproches: En el primero sostiene que el fallo ignoró la prueba que conducía a la configuración de un homicidio culposo, inaplicando por ello los artículos 329 y 330 del Código Penal. Bajo el segundo, al crear o suponer que en el expediente aparecía la prueba suficiente para endilgarle al acusado la responsabilidad prevista en el artículo 323 *ibídem*, hecho que a su vez produjo la violación indirecta de las citadas disposiciones.

Para fundamentar *la primera acusación*, dice el casacionista que el Tribunal ignoró la múltiple prueba que permitía demostrar el homicidio culposo, y como pruebas no tenidas en cuenta señala los testimonios de José Eladio Arango y Martha Lucía Zambrano Galeano. Eladio expuso que el acusado se encontraba haciéndole el reclamo a la madre de los menores –manoteando–, ya que éstos estaban haciendo bulla y por eso no podía dormir; momentos después escuchó el disparo. Otro tanto afirmó la testigo al decir que desde la parte superior veía a RAMOS RAMIREZ cuando "con la mano izquierda manotiaba y con la otra portaba un arma de fuego, la tenía hacia abajo, no la tenía apuntándola a nadie, la tenía en la misma posición del brazo cuando uno lo descuelga... (...) cuando el dijo dejen esa bulla y manotiando la mano izquierda, sentí el disparo, pero siempre le vi la mano en posición vertical en ningún momento observé que alla alzado la mano, siempre estuvo el arma descolgada junto con la mano,..." (*sic*).

El protocolo de necropsia que obra a folios 72 a 75 tampoco fue considerado, ni el hecho de que no se hubiera encontrado en el cuerpo de la víctima tatuaje, por lo que estima demostrativo que el arma no se percutió de manera directa ni a corta distancia, situaciones que permitían desvirtuar que en el acusado existiera la finalidad de causar la muerte de la Saldarraiaga.

Otra omisión le formula al fallo, esta vez en relación con el dictamen de toxicología, el cual reporta que en la sangre del acusado al momento del hecho tenía 172.5 mg% de alcochol etílico. Esta prueba para el censor, permitía demostrar que las funciones del imputado se encontraban alteradas y estaba en imposibilidad de tener precisión al momento de accionar el arma, rematando en que:

> "El conjunto de dictámenes ignorados por el juzgador y las declaraciones mencionadas, crean certeza de la ausencia de un dolo de muerte por parte del señor GILDARDO ANTONIO RAMOS RAMIREZ, lo cual resulta inexplicable las omisiones del juzgador quien incurrió en el error de hecho consiguiente".

En el *segundo error de hecho* dice el censor que los falladores inventaron medios de convicción inexistentes al darle a la diligencia de inspección, las declaraciones de María Elvia Saldarriaga Uchima, Alvaro Suárez, Víctor Hugo Suárez y al dictamen de balística un valor probatorio superior al que realmente tienen. Por esa razón, el fallo llegó a considerar que el disparo del arma se hizo de manera directa en contra de la víctima.

Buscando el apoyo de la doctrina sostiene que la conclusión del fallador de segunda instancia es errónea al desechar

> "...la teoría del rebote según la cual el proyectil presenta recorridos y ángulos inimaginables y no es una constante sino una posibilidad que al examen microscópico presente partículas relacionadas con los obstáculos donde se produjo el rebote. La comprobación de las condiciones de audibilidad y visibilidad, no le dan credibilidad a las deponencias de MARIA ELVIA SALDARRIAGA UCHIMA, ALVARO SUAREZ y VICTOR HUGO SUAREZ; existen otras circunstancias que le quitan o le dan valor a sus dichos, relacionadas con el sujeto, la forma y el contenido de la prueba. Estos testigos afirman que el procesado accionó en dos ocasiones su arma de fuego, mientras todas las demás pruebas entre ellas la científica establecen con claridad que sólo hubo un disparo y de allí que de estas declaraciones no surja certeza ninguna sobre el ataque directo a la occisa".

Se refiere igualmente al dictámen de balística sobre la imposibilidad de determinar –por falta de elementos de juicio–, si el proyectil antes de penetrar en el cuerpo de la víctima chocó contra un cuerpo de consistencia dura que produjera su aplastamiento. La manifestación según el casacionista, le sirve para predicar que al dictamen le falta claridad y precisión; que es contradictorio, y por lo tanto carece de valor como medio de convencimiento eficaz.

El fallo, continúa, incurrió en otra modalidad de error de hecho al crear una conducta que el procesado no siguió y de la cual no hay el menor asomo de certeza. Ninguna otra aclaración hace el casacionista en este reproche, dentro del cual solicita que la Corte case la sentencia y se condene a su defendido como autor del delito de homicidio pero a título de culpa, concediéndole la condena de ejecución condicional.

Concepto del Ministerio Público:

En sentir del Procurador Primero Delegado en lo Penal, es inexacto que las pruebas echadas de menos por el libelista se hubieran dejado de apreciar por los Juzgadores de instancia. El testimonio de Martha Lucía Zambrano Galeano fue analizado por el *a-quo* a folio 227 y el protocolo de necropsia por parte del Tribunal a folio 267 con descripción de las lesiones y mención de la trayectoria del disparo.

Sobre la declaración de José Eladio Arango y el dictamen de toxicología practicado al acusado, la Delegada dice que aunque no fueron consideradas en la sentencia, ellas no revestían entidad demostrativa como para llegar a desvertebrar los sólidos fundamentos probatorios que sirvieron de base a la decisión. Los Juzgadores tuvieron en cuenta la diligencia de levantamiento del cadáver, el protocolo de necropsia, el dictamen de balística, los testimonios de María Elvia Saldarriaga, Alvaro Suárez y Víctor Hugo Suárez y la inspección judicial, pruebas que les permitieron formarse una idea de lo ocurrido para llegar a persuadirse y decidir en la forma que lo hicieron.

En cuanto al segundo motivo de inconformidad, a juicio de la Delegada constituiría error de derecho relacionado con el valor probatorio dado por el *ad-quem* al examen de balística y a las declaraciones de María

Elvia Saldarriaga, Alvaro Suárez y Hugo Suárez; manifestación que se aparta de los cauces propuestos por el recurrente si se tiene en cuenta que la acusación la enrutó por la vía del error de hecho. De otra parte, el falso juicio de convicción propio del error de derecho citado por el censor tal como lo ha sostenido la Corte, es una modalidad que está vedada en sede de casación por cuanto: "nuestro legislador faculta al Juez para que de manera amplia y libre analice y valore cada medio de convicción de manera individual y en conjunto con las demás piezas del acervo, bajo los parámetros de la sana crítica".

Al reproche que el recurrente hace a la inspección, la Delegada le replica que es al Juez a quien corresponde determinar la necesidad de la intervención del perito frente a una situación o hecho en particular, y como en el presente caso fue el funcionario quien directamente inspeccionó el lugar sin observar orificio o zona de impacto en el cemento, era innecesario acudir a los servicios de un auxiliar de la justicia, apreciación que refuerza con el "examen de balística, según el cual el proyectil no presentó partículas de ningún material que pudieran hacer pensar en fricciones o impacto en objeto diferente al cuerpo de la víctima, y el sentido de su trayectoria, le permitió a él y a su superior rechazar la teoría del rebote".

A la Delegada le parece que el casacionista no ataca el valor dado a la inspección judicial, sino el que no se hubiera recurrido a la peritación. En ese evento, y siempre que el hecho hubiera sido fundamental para los intereses del imputado, debió proyectar la censura y demostrarla por una vía diferente, la de la nulidad que contempla la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

La impugnación que el casacionista hace al número de disparos indicado por los testigos María Elvia Saldarriaga, Alvaro y Hugo Suárez, también carece de cabida, ya que esa eventualidad fue desmentida en el proceso, y que el dictamen de balística carece de claridad y precisión es un reproche que no se logra demostrar, ni los efectos que se imputan se perciben por parte alguna.

En dicho informe el perito se limita a señalar la ausencia de elementos de juicio que permitieran concluir que el proyectil antes de penetrar el

organismo de la víctima hubiera podido impactar en un cuerpo de consistencia dura. Esa aseveración no pasa de ser una personal valoración que de ninguna manera puede prevalecer sobre las apreciaciones del Juzgador.

De añadido, la demanda acusa dos grandes yerros conceptuales:

> "a) Creer que la embriaguez por sí misma conforme el acto de culpa, lo cual es incorrecto pues aun dentro de ese estado personal del autor se actúa con ciencia y voluntad y b) Olvidar que la trayectoria del proyectil en el cuerpo que muestra una dirección de arriba hacia abajo, y de adelante hacia atrás, descarta la hipótesis de rebote al piso. Ciertamente que ésta es una prueba científica que si se hubiera atendido por el recurrente, no le habría permitido argüir de la manera que lo hizo ante la Sala".

En contraste, el comportamiento del acusado fue contrario a la ley al actuar con plena conciencia de su ilicitud y de manera dolosa, así que no puede admitirse la alusión a que el estado de embriaguez fuera suficiente como para impedir,

> "la total conciencia de sus actos y poderse determinar conforme a ella, ante una ofensa menor como lo es el bullicio de unos niños, reaccionó agresiva y desproporcionadamente, con revólver en mano, haciendo reclamos de mala manera, como parece ser su costumbre, a una persona que, a causa de un disparo hecho por aquél resulta muerta.
>
> El accionar o disparar un arma de fuego a corta distancia contra el cuerpo de una persona, supone en quien lo hace la intención de matar, conclusión lógica predicable para el caso presente, máxime si tenemos en cuenta que el homicida GILDARDO RAMOS RAMIREZ se desempeñaba como celador, razón por la cual estaba acostumbrado al manejo de armas".

No se amerita, pues, la ruptura del fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

Reiteradamente ha sostenido la Corte que los fallos de primero y de segundo grado conforman unidad en todo aquello que el *ad-quem* no modifique. También, que para que una demanda de casación pueda llegar a prosperar, es necesario que los ataques se formulen con apego a la realidad que emana del proceso y que su desarrollo se haga de manera clara y precisa dentro de los límites fijados por el casacionista, haciéndose indispensable que la demostración de la censura se dirija en contra de cada una de las pruebas obrantes y relevantes, pues de llegar a persistir alguna con la suficiente solidez, ella constituirá motivo suficiente para mantener incólume la determinación.

En el presente caso, tal y como lo precisa la Procuraduría, el casacionista se aparta de los presupuestos antes mencionados, enunciando los errores de hecho por dos posibles maneras: falso juicio de existencia por desconocimiento de algunas pruebas y suposición de otras, y falso juicio de identidad por la distorsión de otros medios. Sin embargo, en el primer evento el reproche acusado no existió y en el segundo, además de carecer del respaldo probatorio, terminó refiriéndose a un error diferente al enunciado: el error de derecho por falso juicio de convicción.

Veamos:

Para fundamentar *la primera parte de la censura*, asegura el recurrente que no se tuvieron en cuenta: las declaraciones de José Eladio Arango y Martha Lucía Zambrano Galeano; el protocolo de necropsia, la ausencia de tatuaje en el cuerpo de la víctima o el dictamen de toxicología.

Sobre el particular debe la Sala destacar que el testimonio de la nombrada Zambrano aparece analizado por los falladores a folios 227 y 264. En este último, se mencionan igualmente los dichos de Alvaro y Víctor Hugo Suárez para precisar que los citados declarantes fueron uniformes al señalar al acusado como la persona que disparó directamente contra la señora Doralba Saldarriaga Uchima. La sentencia sobre el particular reza: "Se encontraban en el mismo sitio de los acontecimientos al lado de la víctima, de suerte que podían percibir visual y auditivamente lo acaecido. En manera algunas estas personas afirman que el procesado

dirigió su arma contra el suelo o parte diferente al cuerpo de la indefensa "mujer".

El dicho del testigo José Eladio Arango, aunque como lo recordara la Delegada no fue tenido en cuenta en la sentencia, sin embargo en parte alguna viene a contradecir lo contemplado por el Tribunal. Por el contrario, su apreciación refuerza lo afirmado por esa Corporación a folios 267 y 268 donde además se analizó la diligencia de necropsia al expresar:

> "Según la descripción que del procesado se hizo al momento de rendir indagatoria, se trata de una persona de 1.73 metros de estatura (fl. 10), mientras la occisada era una humilde mujer de tan sólo 1.40 (fl. 72). Conforme al protocolo de necropsia el proyectil entró por el flanco izquierdo, penetró el abdomen y lesionó piel, tejido celular subcutáneo, músculo abdominal, peritoneo, colon transverso, intestino delgado, vasos ilíacos derechos, alojándose a nivel del glúteo derecho (fl. 72), lo cual quiere decir que siguió una trayectoria supero–inferior y antero–posterior, como también lo concluyente el dictamen posterior visible al folio 188.
>
> Siendo así lo averiguado, no se ve cómo podía rebotar en el suelo y ascender el plomo hasta el cuerpo de la víctima para, sin chocar en el punto de impacto con hueso alguno de la víctima, descendiera siguiendo la línea que se advierte siguió en el dibujo ilustrativo de la necropsia que se aprecia en el folio 76. Esto sólo desvirtúa la tesis defensiva así esbozada. En cambio sí tiene plena explicación el aplastamiento del proyectil al chocar con cuerpo de mayor consistencia como fue el hueso ilíaco de la mujer, como sí lo demuestra fehacientemente el dictamen del galeno, a quien concretamente se le planteó el interrogante: 'el proyectil pasó a través del hueso ilíaco derecho de la pelvis, cuerpo de mayor consistencia que pudo colaborar con la deformación (aplastamiento de cabeza, cuerpo y base), del proyectil referido' (fl. 188)".

Para la Sala, lo transcrito desvirtúa la argumentación del libelista en lo que atañe con la ausencia de tatuaje en el cuerpo de la víctima, pero

ante todo le rebate la mención del posible rebote del proyectil, argumento éste último que expone en la segunda parte de la censura.

Respecto del dictamen de toxicología, también el Triunal lo analiza como aparece al folio 262 con la explicación de las razones por las cuales se imputa al acusado responsabilidad a título de dolo, aclarando que según el examen siquiátrico del acusado: "el grado de alcohol no alteró su conciencia. Es decir, que presentaba el mínimo de condiciones subjetivas para tenérsele como responsable".

En estas condiciones acogiendo el criterio de la Delegada, la conducta del acusado no podía enmarcarse en ninguno de los generadores de la culpa: RAMOS RAMIREZ experimentado celador, estaba acostumbrado al manejo de las armas y por el sabía sobre la peligrosidad de estos elementos. Así, entonces, cuando sintió el bullicio de los niños –sus vecinos– y optó por intervenir tomando el revólver en sus manos, sabía de los riesgos que asumía, como le eran conocidos cuando le disparó al cuerpo a la indefensa víctima, cuyos resultados podía y debía desde entonces estar representándose. Su conducta consciente fue además dolosa, tal como lo recogieron los fallos de instancia, de modo que si ningna de las pruebas base de la incriminación llegó a ser desvirtuada en esta sede, fuerza es concluir la desestimación de la censura.

El cargo no prospera.

En *la segunda parte del reproche*, el libelista dice que el falló se basó en medios de convicción inexistentes, pues a la diligencia de inspección judicial, a las declaraciones de María Elvia Saldarriaga Uchima, Alvaro y Hugo Suárez y al dictamen de balística, se les prestó un valor probatorio superior al que realmente les correspondía.

Si de una parte se asegura que prueba incriminatoria no existía, pero a la vez se dice que existiendo se incurrió en el error de darle un valor que no era el suyo, el contrasentido salta a la vista, pues lo que no existe no podrá ser objeto de valoración certera ni errada.

Planteándose así una disyuntiva que cuando el censor no dilucida, deja en imposibilidad para que entre la Corte a definirla, sometida como

se encuentra al principio de limitación, asomarían ya motivos suficientes para dar por desechado el cargo aquí propuesto.

Sin embargo, no para allí la informal formulación de la demanda, porque al proponer que el juzgador le ha dado a un medio un valor diferente del legal, se da por existente una tarifa que de antemano lo señalaría en un precepto, error adicional en el que incurre en tan breves renglones el censor, pues el sistema probatorio del derecho procesal penal que rige es justamente el de la sana crítica, dentro del cual se le concede al juzgador la potestad de fundar su convicción de forma razonada, ciñendo su interpretación de las pruebas en conjunto y dentro de los límites que facilitan la lógica, la ciencia y la experiencia.

No sólo, entonces, rebasó el casacionista los límites de los anunciados falsos juicios de existencia, para trasladarse a los errores de derecho por falso juicio de convicción, sino que al hacerlo se marginó de la legislación que en materia de pruebas regía el proceso, haciendo de imposible respuesta su libelo.

Pero es que ni siquiera aproximando la respuesta a la alegación que aduce la omisión de un dictamen de balística podría verse exitosa la demanda, pues esa alegación todavía apuntaría a una hipótesis distinta en el ataque: la nulidad por desconocimiento de la garantía de defensa. Sin embargo, sea porque la verificación sensible del juez que inspeccionó el lugar la dejó al margen, ora porque tampoco se demostró a qué conduciría el dictamen con unos presupuestos tan disímiles, la alegación de nuevo se extingue, porque el funcionario en la inspección oportuna del lugar dejó de lado la posibilidad de especular sobre el rebote o fenómenos de balística de efectos, al descartar que sobre un cuerpo duro se hubiese perfilado el rastro de un impacto de disparo.

Y esta apreciación tuvo respaldo en las observaciones del perito, quien luego de someter el proyectil al examen a través del microscopio, determinó que no mostraba partículas correspondientes a un impacto externo. El complemento conclusivo irrebatible lo ofrece más bien la trayectoria que describe el protocolo de la necropsia, pues en ella se

estableció el desplazamiento al cruzar el cuerpo de la víctima en una dirección que no da margen a especulaciones.

El cargo no prospera.

No obstante el fracaso que de la demanda se anuncia, deberá entrar la Corte a casar oficiosamente el fallo recurrido (artículo 228 del Código de Procedimiento Penal), en cuanto en él se ratifica una pena accesoria que obligando su debida sustentación por parte de los juzgadores, se adjudicó gratuitamente al acusado, sin explicación ni sustento alguno, lo cual implica la transgresión del principio del debido proceso y en particular la necesidad de que el fallo haya de contar con la debida y oportuna sustentación de sus decisiones.

En efecto, al imponer la pena de suspensión de la patria potestad, optó el Juzgado por adjudicarla al procesado al mismo tiempo con la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, sin precaver que mientras ésta opera por ministerio de la ley siempre que se imponga como privativa de la libertad la de prisión, las demás penas accesorias, siendo discrecionales, fuerzan a su imposición fundada, ameritando en cada caso su procedencia. No cumplieron los falladores en este caso el deber así impuesto por el artículo 52 del Código Penal, sin que pueda ahora apoyarse aquella determinación cuando entre la infracción, su naturaleza y circunstancias no emerge una relación directa que obligue la suspensión del derecho interferido.

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:

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada en representación del acusado GILDARDO ANTONIO RAMOS RAMIREZ, y

Segundo: Casar parcial y oficiosamente el fallo recurrido, en el sentido de dejar sin valor ni efecto la pena accesoria de suspensión de la

patria potestad impuesta al acusado, manteniendo la vigencia de la decisión en todo lo demás.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

Quiere la Corte señalar, que la circunstancia de que el proceso haya llegado a ésta Corporación para el trámite del recurso extraordinario de CASACION, no comporta en manera alguna que operado el fenómeno PRESCRIPTIVO, el mismo no pueda reconocerse, pues lo que importa en un evento así, es el trascendental hecho de que ha muerto, por el transcurso del tiempo, la pretensión punitiva del Estado y el sustancial derecho del procesado a que se le libere de la persecución procesal.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 73, 6 de julio de 1994.

Vistos:

Contra la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) que confirmara, con modificación en lo referente a la condenación por perjuicios morales en un delito contra el patrimonio económico, la proferida a su turno por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de la misma ciudad y según la cual resultaron condenados MARIA HERCILIA HERRERA DE PALACIOS, ISABEL HERRERA CAICEDO y MARIA JULIA HERRERA CAICEDO, por el delito de "ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD" a la pena principal de veintiún (21) meses y diez (10) días de prisión y multa de dos mil pesos ($2.000.oo), cada una de ellas, se interpuso el recurso extraordinario de CASACION.

Dentro del trámite del recurso, en sede de la CORTE, hacía varios días se había dispuesto, en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 226 del C.

de P. Penal, que se corriera traslado del asunto al señor Procurador Delegado en lo Penal y, efectivamente, en razón de tal auto ya el proceso estaba en su poder a efecto de que rindiera su obligado concepto, concretamente en poder del Segundo, desde el diez (10) de febrero del año en curso, cuando ante la CORTE se presentó un memorial dirigido al suscrito Magistrado Ponente que forzaba el regreso del expediente, para la correspondiente resolución sobre el mismo. Así se hizo.

Y se afirma en el referido escrito, textualmente:

"*Hugo Mejía Cifuentes*, obrando en mi calidad de defensor de la procesada ISABEL HERRERA CAICEDO, con todo respeto acudo ante su Señoría, con miras a que se dé aplicación al principio de la economía procesal y con el objeto de poner en su conocimiento el hecho de que en la actualidad se ha producido el FENOMENO DE LA PRECRICPION DE LA ACCION PENAL, respecto del proceso de la referencia. Ello es así se tiene en cuenta que EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO (hoy, resolución de acusación) quedó ejecutoriado el día *28 de febrero de 1989* y que de dicha fecha hasta el momento han transcurrido más de cinco (5) años, sin que la sentencia que pone fin al proceso haya quedado ejecutoriada. La norma en la cual se fundamenta mi petición, establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder o su equivalente, que es hoy la Resolución de Acusación. Establece, además, el artículo 84 del Código Penal que una vez interrumpida la prescripción por la antecitada Resolución de Acusación, de nuevo comienza a correr el término de prescripción por un tiempo igual a la mitad del máximo de la pena, que en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. En el caso *sub-júdice*, esto es, en tratándose del delito de ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD, la pena a imponer sería de prisión de 1 a 7 años, en el evento en que se ocasionare el perjuicio. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 84 del Código Penal, están dadas las exigencias para la PRESCRIPCION solicitda".

Muy breves consideraciones de la Sala:

1. Ciertamente, dispone el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal:

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

"En lo delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años".

Y, a su turno, el artículo 84 *ibídem* ordena:

> "INTERRUPCION DEL TERMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCION. La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.
>
> "Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. En este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años".

2. De autos se tiene que el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá, el quince (15) de mayo de mil novecientos ochenta y siete, calificó el mérito del sumario, con auto de proceder contra MARIA HERCILIA HERRERA DE PALACIOS, ISABEL HERRERA CAICEDO y MARIA JULIA HERRERA CAICEDO, como autoras responsables de los delitos de "FRAUDE PROCESAL Y ESTAFA", sobreseyendo temporalmente a JAIME ALFONSO RIVEROS IRIARTE. Contra esta determinación se interpuso recurso de apelación, el cual desató el Tribunal Superior de Bogotá, el *28 de febrero de 1989*, REVOCANDO el llamamiento a juicio por el delito de FRAUDE PROCESAL y, en su lugar, declarando PRESCRITA la acción penal por este ilícito; REFORMANDO el auto de proceder apelado en el sentido de FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra MARIA HERCILIA HERRERA DE PALACIOS, ISABEL HERRERA CAICEDO y MARIA JULIA HERRERA CAICEDO, por el delito de DEFRAUDACION, "del cual trata el Código Penal en su libro segundo, Título XIV, Capítulo VI y no por el delito de estafa endilgado por el *a-quo*"; y CONFIRMANDO el sobreseimiento temporal ordenado.

En la parte motiva del señalado auto se había, tinosamente, precisado que se procedía por el delito de ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD (art. 360 del C.P.), "agravada la punibilidad porque efectivamente se produjo el PERJUICIO (inciso segundo del mismo artículo)". Es evidente, entonces, que la EJECUTORIA del auto de proceder dentro del presente proceso, se cumplió el *28 de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989).* Pues bien, a términos del artículo 84 del Código Penal, allí se interrumpió la PRESCRIPCION y, cuando este fenómeno jurídico ocurre, empieza a correr uno nuevo "POR TIEMPO IGUAL A LA MITAD DEL SEÑALADO EN EL ARTICULO 80", esto es, LA MITAD DEL "MAXIMO DE LA PENA FIJADA EN LA LEY".

Dentro de ese orden de ideas, el delito por el que se procede, "ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD", en un evento en el que EL PERJUICIO SE OCASIONO, tiene señalado un máximo de siete (7) años de prisión, el que a su turno debe también aumentarse, por la presencia en autos de la circunstancia de agravación plasmada en el artículo 372-1 del Código Penal, "EN LA MITAD", para un gran total de DIEZ AÑOS y MEDIO de PRISION.

Así, pues, según voces del susodicho artículo 84, para que la PRESCRIPCION opere debe haber transcurrido la mitad de dicho término, esto es CINCO AÑOS, TRES MESES, y si se computa, como es lo legal, desde el *28 de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989)*, fecha en que, como quedó claramente visto, se operó la ejecutoria del auto de proceder, al día de hoy (junio 24 de 1994), cuando se elabora la presente ponencia), se tiene que han transcurrido *CINCO AÑOS, TRES MESES, VEINTISIETE DIAS*, lo que evidencia que LA ACCION PENAL DENTRO DEL PRESENTE PROCESO SE ENCUENTRA *PRESCRITA*.

Quiere la CORTE señalar, también, que la circunstancia de que el proceso haya llegado a esta Corporación para el trámite del recurso extraordinario de CASACION, no comporta en manera alguna que operado el fenómeno *PRESCRIPTIVO*, el mismo no pueda reconocerse, pues lo que impera en un evento así, es el trascendental hecho de que ha muerto, por el transcurso del tiempo, la pretensión punitiva del Estado y el sustancial derecho del procesado a que se le libere de la persecución procesal.

Finalmente, considera esta Corporación que copia del presente auto debe hacerse llegar a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria– para los fines de ley, ya que, ciertamente, resulta inquietante que habiendo quedado ejecutoriado el auto de proceder el 28 de febrero de 1989, la sentencia de primera instancia, sólo haya sido emitida el 6 de octubre de 1992, dándose así ocasión a que operara el fenómeno PRESCRIPTIVO aquí reconocido, siendo del caso precisar que, durante el período de la causa, el proceso estuvo a cargo del Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

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

Resuelve:

1. *Declarar prescrita la acción penal* dentro del presente proceso, en el que obran como condenados MARIA HERCILIA HERRERA DE PALACIOS, ISABEL HERRERA CAICEDO y MARIA JULIA HERRERA CAICEDO, por el delito de "ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD", AGRAVADO. En consecuencia, deberá cesarse cualquier procedimiento penal adelantado en su contra por razón de este asunto.

2. Por la *SECRETARIA DE LA SALA*, expídase copia integral, legible y auténtica del presente auto y hágase llegar a la Procuraduría General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria– para los fines señalados en la parte motiva. Y,

3. En su momento, *regresen* las diligencias al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

El Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos", modificó el régimen imperante hasta entonces sobre el particular. Es así como clasifica, respectivamente, las armas de guerra o uso privativo de la fuerza pública, de uso restringido, y, de uso civil, señalando entre las últimas las de defensa personal, dentro de las cuales cuenta el revólver con las características que define en su artículo 11, literal a) –algunas comunes para las pistolas–, y que de todas maneras, para ser considerado como de defensa personal, debe reunir la "totalidad" de ellas, a saber: "–calibre máximo 9.652 mm (38 pulgadas) –longitud máxima de cada cañón 15.24 cms. (6 pulgadas). A su vez al definir en los artículos 8o. y 9o. las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública y las de uso privativo de la fuerza pública, y las de uso restringido, aunque incluyó los revólveres del mismo calibre de los de defensa personal, estableció que su ubicación dentro de aquellas depende de que no reúnan las características señaladas en el precitado artículo 11, vale decir, tanto el calibre como la longitud del cañón pues que del texto de las normas en comentario resultan las antes transcritas, como las únicas exigencias para que el revólver sea considerado de defensa personal. Eliminó pues el Decreto 2535 de diciembre de 1993, como característica específica para las armas de fuego de defensa personal la energía cinética de que hablaba el artículo 2o. del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del 7o. del Decreto 1663 de 1979, bajo cuyo imperio se realizó la experticia de balística obrante en el proceso, pues que lo fue el 19 de octubre de 1993.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., siete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 074.

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Andes y uno Regional de Medellín, para proferir la sentencia de primera instancia en este proceso que por el delito de porte ilegal de armas se adelanta contra *EDGAR DE JESUS BUITRAGO CEBALLOS.*

Antecedentes:

1o. El 25 de septiembre de 1993, en una requisa de rutina practicada en el área urbana del municipio de Andes, le fue encontrado en la pretina de su pantalón a *EDGAR DE JESUS BUITRAGO CEBALLOS* un revólver calibre 38 y tres cartuchos para el mismo, carente de permiso para su porte, por lo que fue capturado y junto con el arma, puesto a disposición de la Unidad de Fiscalía del citado municipio.

2o. Adelantada la investigación, el procesado admitió su responsabilidad como portador de *arma de defensa personal* y solicitó la celebración de la audiencia especial prevista en el artículo 37-A del C.P.P. (Ley 81 de 1993) y una vez celebrada (fls. 92-93), el proceso fue remitido por la Fiscalía al Juzgado 1o. Penal del Circuito de Andes, cuyo titular, considerando que contrariamente a lo que opinaba el acusado, el arma es de uso privativo de la Fuerza Pública, se declaró carente de competencia y unilateralmente, mediante un pronunciamiento inepto para trabar el conflicto, decidió remitir el informativo a la Corte (fls. 96-100).

3o. Advertido de la irregularidad por esta Corporación (fls. 108-108), reiteró su criterio mediante auto del 31 de mayo del año que transcurre (fls. 111-115) y declinando la competencia, propuso colisión negativa al Juzgado Regional de Medellín al que por reparto correspondiese el asunto.

4o. A su vez, el Juzgado Regional aludido proclamóse carente de competencia y por auto del 16 de junio próximo pasado trabó el conflicto, provocando así la presente intervención de la Corte.

Los argumentos de los colisionantes:

I. Considera, en síntesis, el Juzgado Penal del Circuito, que el arma cuyo decomiso dio origen a la investigación es de las clasificadas en el Decreto 2535 de diciembre de 1993 como de "uso restringido", porque estando definidas éstas como las de uso privativo de la Fuerza Pública que excepcionalmente pueden autorizarse a los civiles para defensa personal, y siendo el revólver decomisado, de conformidad con el dictamen de balística obrante al folio 30 del proceso un arma de tales características por razón de su calibre y el de su munición, la competencia no le corresponde.

II. Para el Juzgado Regional, discrepante, la competencia radica en el Juzgado del Circuito, según estas reflexiones:

La experticia de balística en que éste funda su postura fue practicada bajo el imperio del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del Decreto 1663 de 1979, pero esta norma fue derogada por el artículo 11 del Decreto 2535 de diciembre de 1993. El artículo 8o. de este Decreto define y clasifica las armas "de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública" que no reúnen las características de las contempladas en el artículo 11 de la misma codificación, precisando en su literal "j" que las municiones correspondientes al tipo de arma "siguen su clasificación"; y, como quiera que el arma decomisada se clasifica dentro de las de defensa personal –artículo 11–, no puede considerarse como arma de uso privativo de la fuerza pública. La competencia entonces, tratándose de un delito excepción a los previstos en el Decreto 2261 de 1991, es del Juzgado de Circuito.

Consideraciones de la Corte:

El Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos", modificó el régimen imperante hasta entonces sobre el particular.

Es así, como clasifica, respectivamente, las armas en de guerra o uso privativo de la fuerza pública, de uso restringido, y, de *uso civil*, señalando entre las últimas las de *defensa personal*, dentro de las cuales

cuenta el *revólver* con las características que define en su artículo 11, literal a) –algunas comunes para las pistolas–, y que de todas maneras, para ser considerado como de *defensa personal*, debe reunir "la totalidad" de ellas, a saber:

"– Calibre máximo 9.652 mm. (38 pulgadas).
– Longitud máxima de cañón 15.24 cms. (6 pulgadas).
– ..."

A su vez, al definir en los artículos 8o. y 9o. las armas de guerra o de *uso privativo* de la fuerza pública y las de *uso restringido*, aunque incluyó los revólveres del mismo calibre de los de defensa personal, estableció que su ubicación dentro de *aquéllas* depende de que *no reunían* las características señaladas en el precitado artículo 11, vale decir, tanto el calibre como la longitud del cañón, pues que del texto de las normas en comentario resultan las antes transcritas, como las únicas exigencias para que el revólver sea considerado de *defensa personal.*

Eliminó, pues, el Decreto 2535 de diciembre de 1993, como característica específica para las armas de fuego de defensa personal la energía cinética de que hablaba el artículo 2o. del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del 7o. del Decreto 1663 de 1979, bajo cuyo imperio se realizó la experticia de balística obrante en el proceso, pues que lo fue el 19 de octubre de 1993 (fls. 30-32).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el revólver incautado al procesado es uno *calibre .352* con munición de este mismo calibre, según lo precisa el peritaje, en el que se atribuyó a dicho artefacto la calidad de arma de uso privativo de las fuerzas militares y de policía en consideración de la *energía cinética* que desarrollaba, porque sobrepasaba el límite establecido para el efecto el literal "e" del modificado artículo 7o. del Decreto 1669 de 1979.

Habiendo desaparecido con la nueva normatividad, el único requisito en que se apoya el dictamen para calificar como de uso privativo de la fuerza pública el revólver decomisado, esto es, el de la energía cinética, y hallándose en las restantes características del arma decomisada dentro de los límites de calibre y cañón autorizados por el artículo 11 del Decreto

2535 de 1993: calibre .357 y 10.5 centímetros respectivamente, resulta imperativo, reconocer que la competencia para fallar este asunto en primera instancia, recae en los Juzgados Penales del Circuito, de conformidad con el artículo 72, numeral 1-C en concordancia con el artículo 71-4, ambos del C.P.P., modificados ambos por la Ley 81 de 1993. Se confiere, por tanto la razón al Juzgado Regional trabado en la controversia.

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

Resuelve:

Declarar que es competente para conocer de este proceso en primera instancia, el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Andes. Por consiguiente, a este Despacho *remítanse* el proceso, previo aviso con copia de esta decisión al Juzgado Regional de Medellín, por intermedio de la Secretaría correspondiente.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.,* "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESPONSABILIDAD PENAL / DICTAMEN PERICIAL

El problema de la responsabilidad penal es de la competencia exclusiva del juez, razón por la cual expresamente, el artículo 267 del estatuto procesal prohíbe a los peritos, de manera categórica, "emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal".

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 75.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería condenó a HERNAN ALONSO VILLALBA GUERRA por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, a 4 años de prisión.

Antecedentes:

1. En las primeras horas de la noche del 14 de enero de 1990, por la carretera que une los municipios de Montería y Planeta Rica (departamento de Córdoba), marchaban en caravana el campero Toyota conducido por Alvaro Abdala Petro y la camioneta chevrolet manejada por José Miguel Abdala. A la altura del kilómetro 30 decidieron detenerse para hablar algo urgente, para lo cual orillaron los automotores al margen derecho de la vía, dejando –dicen los conductores nombrados y sus acompañantes– los vehículos con "luces de parqueo e intermitentes".

A los pocos minutos un camión conducido por Hernán Villalba Guerra, que viajaba detrás, estrelló la camioneta y el Toyota, huyendo

luego el referido conductor, quien al día siguiente se presentó a la autoridad, ante la cual manifestó que había salido de Medellín en las horas de la mañana y que en el sitio de los hechos, un carro que viajaba en dirección contraria lo dejó momentáneamente sin visión, y que "al recuperar la visión normal se fue encima de la camioneta a la que trató de esquivar sin conseguirlo, dicha camioneta se encontraba estacionada y sin luces de parqueo" (fls. 11-1).

A consecuencia de dicha colisión falleció Miguel Angel Abdala Olivera y resultaron lesionados Jorge Abdala Petro y doña Concepción Olivera de Abdala.

2. El Juzgado 19 de Instrucción Criminal radicado en Montería abrió investigación y escuchó en indagatoria a Villalba Guerra, quien sostuvo, esencialmente, lo mismo que se acaba de referir: "bajando hacia Montería un camión me encandila, cuando el camión pasa me veo los carros encima, había dos carros cuadrados, cuando me vio los carros encima traté de aguantar el carro y cuando me lo ví así saqué el zig zag, pero ya lo había golpeado con la defensa del lado derecho, eso fue lo que sucedió, yo paré ahí mismo y me bajé y me atacaron los nervios y salí corriendo hacia Montería" (fls. 27 y 28-1).

– Se practicó inspección judicial en el sitio de los hechos, sobre los tres vehículos chocados, se analizó muestra de la orina del procesado y se descartó la presencia en su organismo de sustancias tóxicas o estimulantes (fls. 44 y 45). Se obtuvo también la diligencia de necropsia, la cual concluyó que la muerte de Abdala Olivera se produjo por "desnucamiento y trauma craneano" (fls. 100 y 101-1).

– Se profirió medida de aseguramiento en contra del sindicado (fls. 58 y ss-1) y se recibieron declaraciones a las personas que acompañaban a los conductores del campero y de la camioneta, quienes coincidieron en decir que los vehículos fueron parqueados con las respectivas luces, que no venía carro alguno en dirección opuesta y que los citados automotores fueron dejados al margen derecho de la vía.

– Rindió declaración Rolando Abbey Núñez Guzmán, del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, persona que levantó el respectivo croquis

(fls. 24-1), y quien se ratificó en el mismo, opinando cómo ocurrió la colisión (fls. 186 y ss-1).

3. Clausurada la investigación, se la calificó mediante auto de 14 de agosto de 1990 (fls. 205 y ss-1), con resolución acusatoria por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, según los artículos 329, 332 y 340 del Código Penal. Este auto no fue repuesto, concediéndose, por tanto, la apelación interpuesta subsidiariamente, la cual desató el Tribunal (fls. 11 y ss-2), impartiéndole confirmación a la providencia impugnada.

El Juzgado Tercero Superior de Montería, que celebró la audiencia pública el 30 de septiembre de 1992 (fls. 249 y ss-1), dictó sentencia, por medio de la cual, en concordancia con la acusación, condenó al procesado a la pena principal de 4 años de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por este mismo término y a la suspensión "del ejercicio de su profesión de conductor". Igualmente lo condenó al pago de perjuicios y se le negó la condena de ejecución condicional (fls. 266 y ss-1).

Apelado el fallo por el defensor del procesado (el mismo que ahora actúa como casacionista), el Tribunal lo confirmó, salvo en lo que concierne a la condena en perjuicios, que revocó (fls. 34 y ss-3).

Ese proveído de segundo grado es el que recurre en casación el citado defensor.

La demanda:

Un solo cargo hace el actor al fallo, con fundamento en la causal primera de casación prevista en el artículo 220-1 del Código de Procedimiento Penal: "La sentencia del Tribunal –dice– fue dictada violando una norma sustancial, proviniendo esta violación de error en la apreciación de una prueba, en este caso el experticio rendido por el señor Rolando Núñez Guzmán (fls. 186 del cuaderno original) –fls. 64 cuad. 3.–

Alega el actor que no se tuvo en cuenta esa declaración (que él llama experticio), cuya parte pertinente transcribe para decir luego: "He aquí

la prueba determinante sobre quién tuvo la responsabilidad en el accidente materia de esta investigación, y que si el fallador de segunda instancia hubiese tenido en cuenta habría definido el proceso en forma diferente, o sea absolviendo al sindicado Hernán Alfonso Villalba Guerra" (fls. 65-3).

No hace ningún análisis de dicha probanza, no cita la norma sustancial violada y termina pidiendo que se case el fallo y se absuelva al procesado.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de advertir que en la demanda de casación no se examina la incidencia de la prueba ni se citan las normas sustanciales del caso, señala que el juzgador de primer grado sí tuvo en cuenta dicho elemento de juicio, para lo cual copia la respectiva parte del fallo, y agrega: "Cabe afirmar que es un error judicial este –ocurrido aquí– el de pedir una opinión al topógrafo sobre el fenómeno esencial del proceso: si existía culpa y la razón de ella (...). Pero a continuación, el Juez decide formularle una pregunta como si fuera un perito en tránsito automotor: '¿Para su concepto, qué cree ud.... es decir, cuáles fueron las causas que originaron el mismo...?'. Como se ve, el topógrafo de repente se torna en declarante sobre un aspecto procesal relativo a las causas del accidente. Y obviamente, si el topógrafo intervino *a posteriori* de los hechos para hacer el dibujo, es natural que lo vertido por él sea apenas una opinión personal que ciertamente no puede ser considerada judicialmente, por dos razones: a) No es un perito, ni ha sido posesionado como tal, respecto de los hechos –apenas es dibujante de topografía– y, b) Se le pide una simple opinión personal sobre la causa del accidente, que obviamente no puede ser una prueba en el campo de la teoría de la prueba. Pero además, señores Magistrados, es evidente que en la materia sobre la cual se pregunta por el Juez, no debía inmiscuírse el topógrafo, ya que es al propio funcionario judicial, según las probanzas, a quien corresponde determinar los hechos, y la relación causal que las acciones de los intervinientes en ellos tuvieran con el resultado prohibido" (fls. 10 y 11 cd. Corte).

Pide, entonces, desechar el cargo y no casar el fallo.

Se considera:

1. Tiene razón la Delegada al hacer ver que el casacionista omite citar las normas sustanciales que estima violadas, y las cuales en este caso serían los artículos 323, 324, 329, 332 y 340 del Código Penal, por indebida aplicación.

Más ese no es el yerro cardinal y único de la demanda. También se advierte que falta a la verdad cuando dice que el sentenciador no consideró o ignoró la declaración de Núñez Guzmán.

En efecto, a folios 276-1, dijo en torno al dicho tema el sentenciador de primer grado, cuyo fallo se integra al de segunda instancia, en todo aquello que no le resulte incompatible o sea excepcionado expresamente:

"Por último colige, del informe rendido por Rolando Núñez Guzmán, topógrafo, de la Policía Judicial de esta ciudad, que dada la curva vertical donde se produjo la colisión, era imposible evitar ésta, y no existe constancia en el proceso, que las luces estacionarias de los vehículos hubiesen estado colocadas lo cual le permite inferir que la imprudencia o negligencia es imputable a las víctimas de este trágico accidente. No necesariamente cuando existe una curva vertical, es imposible evitar un accidente, los deberes de cuidado están precisamente encaminados a prevenirlos, su inobservancia quedó consignada en los argumentos antes expuestos. Tocante a las luces estacionarias, obsérvese, que si como bien lo expone la defensa, no existe constancia dentro del proceso, de que hubiese sido empleadas o no, no por ello puede alegremente concluirse que no, y que esta actitud imprudente de las víctimas (*sic*); porque hilvanando el acervo probatorio recepcionado, extraemos con meridiana claridad que se trataba de un lugar totalmente oscuro, así lo ha venido admitiendo él mismo cuando se refiere al informe del topógrafo Núñez Guzmán y cuando critica a los deponentes de la familia Cuello Romero, y si las víctimas se encontraban paradas en la carretera, como bien lo anotó el Juez Instructor que conoció de estas sumarias, necesariamente debieron tener luces encendidas, si no las de parqueo, las otras, pues les sería materialmente imposible determinar el sitio hacia dónde se dirigían y distinguirse unos a otros; cualquier reflejo de luz existente, debió alertar al sindicado, permitiéndole maniobrar en caso que le hubiese sido posible.

"Además la conducta imprudente de la víctima exonera de responsabilidad al sindicado, cuando el hecho ocurre por culpa imputable única y exclusivamente a ella, pero si en algo incide la del procesado mal podría hablarse de ello..." (fls. 276 y 277-1).

Además, no constituye ningún cargo serio el que hace el casacionista en el presente caso, pues se limita a transcribir parte de la declaración de dicho auxiliar de la justicia, sin hacer ningún comentario o análisis de ella.

Es importante advertir, por último, que la declaración de Núñez Guzmán no puede ser calificada de "experticio", pues él concurrió al proceso, en su calidad de topógrafo, sólo para el levantamiento del cadáver, y luego, en la declaración aludida en la demanda, para ratificarse en el "croquis practicado". Si el instructor aprovechó esta oportunidad para preguntarle su opinión respecto a la forma como sucedieron los hechos y a las causas que los determinaron, sus respuestas sobre estos asuntos no constituyen nada distinto de un testimonio, que debe ser apreciado y valorado por el Juez, de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 294 del C. de P.P.).

Agréguese, además, que el problema de la responsabilidad penal es de la competencia exclusiva del Juez, razón por la cual, expresamente, el artículo 267 del estatuto procesal prohíbe a los peritos, de manera categórica, "emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal".

No prospera, pues, el cargo, y en consecuencia la demanda se desechará, quedando incólume el fallo impugnado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M. "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

EXTRADICION / PRUEBA

Bien sabido es que cuando se encara la emisión del concepto acerca de la viabilidad o no de la extradición, la competencia de esta Sala se circunscribe a establecer "la demostración plena de la identidad del solicitado, la validez formal de la documentación presentada, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de los tratados públicos" (art 558 ibídem).

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 75.

Resuelve la Sala sobre la solicitud de pruebas elevada en el trámite de extradición del ciudadano chileno EDUARDO FRANCISCO QUEZADA RUIZ.

Se considera:

1. Corrido el traslado para pedir pruebas (art. 556 del C. de P.P.), el defensor oficioso del reclamado Quezada Ruiz demanda que se solicite al país requirente poner a disposición de esta Corte los documentos que contienen las pruebas tenidas en cuenta para el procesamiento del requerido, tales como algunas "declaraciones testimoniales" (fls. 45 del cuaderno de la Corte) y "el texto de algunas grabaciones" (fls. 46), que el memorialista individualiza.

2. Bien sabido es que cuando se encara la emisión del concepto acerca de la viabilidad o no de la extradición, la competencia de esta Sala se circunscribe a establecer "la demostración plena de la identidad del

solicitado, la validez formal de la documentación presentada, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de los tratados públicos" (art. 558 *ibídem*).

Ninguno de esos aspectos tiene relación con las pruebas pedidas por el defensor del reclamado, que más parecen estar encaminadas a controvertir la acusación, razón bastante para que las mismas devengan improcedentes.

Por otro lado, esta Sala no estima necesario que obre en el presente asunto algún otro elemento de juicio.

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

Resuelve:

Negar por improcedentes las pruebas pedidas por el defensor del reclamado EDUARDO FRANCISCO QUEZADA RUIZ.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

DEBIDO PROCESO
/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

No basta alegar la existencia de una irregularidad sustancial que presuntamente afecta el debido proceso, sino que es necesario demostrar en qué medida la circunstancia alegada configura el vicio que se predica, y qué trascendencia tiene respecto a la legalidad de la sentencia que se cuestiona. /Como se desprende del tenor literal de la norma que regula la diligencia, no se exige nunca que el testigo haga una descripción de estas características (cómo estaba vestido y las características físicas de la persona a quien reconocería), previamente al acto mismo del reconocimiento. La simple ausencia de esta advertencia al procesado (lugar de ubicación en la fila), no tiene la virtualidad de dar al traste con la legalidad de la prueba porque eso sólo se presentaría si se demuestra que dicha omisión se relizó con el interés de amañar la diligencia, informando al testigo en qué lugar se va a ubicar al acriminado para hacer posible su señalamiento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Range.*

Aprobado Acta número 75.

Vistos:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de ELOY ORTEGA BARRIOS contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, en la cual impuso al acusado pena principal de dieciocho (18) años de prisión, así como la accesoria

correspondiente, como autor responsable de los delitos de Homicidio y Hurto Agravado.

I. Hechos y actuación procesal:

El señor Juvenal Antonio Pérez Peralta, de profesión conductor de taxi, manejaba un vehículo de servicio público marca Renault 12, color rojo, modelo 1980, placas RE-0774, con el cual trabajaba en la ciudad de Sincelejo.

El 27 de agosto de 1991, encontrándose en el sitio denominado La Puerta del Sol, se le acercaron tres hombres y una mujer, solicitándole los trasladara al municipio de Los Palmitos. Al notar sus compañeros de trabajo que PEREZ PERALTA no regresó, se dirigieron a las autoridades de Policía a denunciar el hecho. El 30 de agosto fue encontrado su cadáver, en la finca Las Aguaditas, ubicada a dos kilómetros del municipio Los Palmitos, a seiscientos metros de la carretera principal.

En diligencia de reconocimiento en fila de personas, los conductores OBERTO MANUEL HERNANDEZ CORPAS y OLEGARIO BETIN CORPAS, señalaron a ELOY ORTEGA BARRIOS como participante en el hecho.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal de Sincelejo, el cual vinculó mediante indagatoria a ORTEGA BARRIOS, a quien le definió la situación jurídica decretando medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra.

Perfeccionada en lo posible la investigación y agotado el trámite previo, el instructor calificó el mérito del sumario mediante auto de diciembre 20 de 1991, en el cual dictó resolución de acusación contra el imputado por los delitos de Homicidio Agravado y Hurto Calificado y Agravado.

La etapa del juicio correspondió al Juzgado Unico Superior de Sincelejo, convertido en Juzgado Cuarto Penal del Circuito a raíz de la vigencia del Decreto 2700 de 1991, Despacho que una vez realizada la diligencia de audiencia pública dictó sentencia de primera instancia en la

que condenó al procesado por los delitos de Homicidio y Hurto Agravados, imponiéndole una pena de dieciocho (18) años de prisión. Apelada esta decisión el Tribunal Superior confirmó el fallo.

II. Demanda:

Causal Tercera de Casación.

Afirma el libelista que se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 305 del Decreto 057 de 1987, por no haberse vinculado al mismo a personas plenamente identificadas.

Sostiene que en el informe suscrito por el Dragoneante Juan Leonardo Yepes Chamorro se hacen cargos a Rafael Sequeda Palencia, Rafael Pereira y Armando Riveira Serpa, quienes fueron capturados en las dependencias de la SIJIN, debiendo haber sido vinculados a la actuación para que respondieran por los hechos que se investigaron. Al no hacerlo, se constituye una nulidad, por ser una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso. Tampoco se recibió declaración jurada a José Pérez, a quien se cita en el informe, con lo cual se violó el artículo 305 numeral 2o. del Decreto 050 de 1987, vigente para la época de los hechos.

Solicita que se decrete la nulidad a partir del cierre de investigación y se ordene el reenvío a la Fiscalía Segunda Unidad de Vida de Sincelejo.

Causal Primera de Casación.

La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Sincelejo, se fundamentó en las diligencias de reconocimiento que se practicaron en el proceso por parte de Olegario Betín Corpas y Oberto Manuel Hernández, que se cumplieron sin los requisitos que exige la ley.

Se violaron los artículos 1. legalidad; 11. finalidad del procedimiento; y 390. cómo se hace el reconocimiento, del Decreto 050 de 1987, vigente para la época de los hechos.

No se le advirtió a ELOY ORTEGA BARRIOS que podía escoger el lugar de la fila, tampoco se le preguntó a Olegario Betín Corpas, la manera como estaba vestida la persona a quien reconocería, ni sobre sus características físicas. Incluso lo identificó porque se lo mostraron. Iguales reparos se deben hacer en relación con el otro testigo Oberto Manuel Hernández, toda vez que el Cabo López le señaló quién era ORTEGA BARRIOS, en las dependencias de la SIJIN.

Se violaron los artículos 334, 401 y 402 del Decreto 050 de 1987.

Existe en su concepto errónea apreciación de las diligencias de reconocimiento que se han estudiado y de los testimonios ofendidos por Olegario Betín y Oberto Manuel Hernández, configurándose un error de derecho, al interpretar el Tribunal en forma equivocada las reglas de aducción de la prueba.

Solicita se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

III. Alegatos de los no recurrentes:

Dentro del término establecido en la ley para los no recurrentes, el Procurador 168 Judicial para Asuntos Penales de Sincelejo, presentó un escrito en el cual solicita que se decrete la improsperidad de los cargos formulados en la demanda, respecto de los cuales en síntesis anota:

1o. No cree que el hecho de no haber vinculado algunas personas a la investigación constituya violación del debido proceso. Además, los mencionados en el folio 14 por el Departamento de Policía Judicial nada tenían que ver con la averiguación por la muerte de JUVENAL PEREZ, y simplemente se tuvieron en cuenta para completar el número de personas que se requieren para la diligencia de reconocimiento.

2o. No es cierto que la sentencia del Tribunal se basó únicamente en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, sino también en otros indicios de responsabilidad.

De otra parte, el reconocimiento se realizó sin violación del derecho de defensa ni del debido proceso, y el profesional que lo asistió no hizo ninguna observación al respecto.

El impugnante mezcla indebidamente la causal de nulidad por violación del derecho de defensa, y la atinente a la violación de norma sustancial por error en la apreciación de determinada prueba, pues trata los dos fenómenos sin la correspondiente separación. "...confunde la ilegalidad de la prueba por asalto a los ritos que rigen su práctica, que se alega como violación indirecta de la ley, y la causal que se refiere a la violación de las formalidades propias de cada juicio, como lo ha alegado en la presente causal de casación".

Al acusado se le dio captura cuando se dedicaba a contratar los servicios de un taxista, y en el informe se habla de actitud sospechosa, pero no de un estado de flagrancia, de manera que sus apreciaciones al respecto no son atinadas.

IV. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, y sobre cada uno de los cargos hace las siguientes observaciones:

PRIMERO: el demandante no precisa por qué la ausencia de vinculación de algunas personas al proceso constituye una irregularidad, ni demuestra la incidencia que puede tener en la sentencia atacada.

De otro lado, con supuestos indemostrados llega a conclusiones igualmente erróneas frente a la realidad procesal en estudio, pues tomando como base el informe de inteligencia que obra a folios 14 y 15, sostiene que en él se hacen cargos a Rafael Sequeda Palencia, Rafael Pereira y Armando Riveira Serpa, cuando en realidad, se trata de un informe en el que se hace una descripción de las causas que lo originaron y las actuaciones que se realizaron, las cuales no guardan una estrecha relación con los sucesos que dieron origen a la investigación.

El agente de Policía que lo suscribe se basa en una orden recibida de su superior, para constatar la presencia de personas extrañas en el sitio denominado Las Peñitas, contra las cuales no aparece sindicación alguna de haber participado en el homicidio de Juvenal Antonio Pérez. Se tenía conocimiento de personas extrañas en el lugar y de una conversación que

revelaba la posible existencia de negocios no muy claros que éstos sostenían con un tercero, sin que se pueda colegir que tal negocio se refería al homicidio de Pérez Peralta o al apoderamiento de su automotor.

El informe subsiguiente del Jefe de la Sijin donde pone a disposición del Juzgado Instructor al capturado ELOY ORTEGA BARRIOS podría explicar los interrogantes del denunciante. Debido a la desaparición del hoy occiso y de la presencia de extraños en la región, la Policía emprendió una serie de investigaciones encaminadas a descubrir varios hechos similares, lo que condujo a la captura de varias personas implicadas al parecer en ello.

La diligencia de reconocimiento contó con la participación del procesado y de estos señores, sin que hubiere existido reconocimiento positivo para ellos. Para la Delegada, es claro que el juez instructor no transgredió norma alguna del proceso, pues el sólo incluir en el informe policivo los nombres de los sujetos cuyo seguimiento se ha ordenado por las autoridades no es suficiente presupuesto para ordenar su vinculación a una actuación determinada, decisión que se debe tomar con estricto apego a las normas que regulan la vinculación procesal en calidad de imputado.

No existiendo antecedentes o condiciones procesales que impusieran la vinculación de Sequeda Palencia, Pereira y Riveira Serpa, se puede concluir que el procedimiento observado no revela irregularidad sustancial de ninguna naturaleza.

SEGUNDO: el memorialista alega la ilegalidad de las diligencias de reconocimiento en fila de personas a las que fue sometido su prohijado, sin observar las demás pruebas que fueron tenidas en cuenta en las instancias, tales como testimonios que ratificaron la incriminación, los informes oficiales, los indicios de responsabilidad que se construyeron en los fallos y las declaraciones que pretendieron liberar de responsabilidad al incriminado, con lo cual podría despacharse desfavorablemente el cargo formulado, al conservarse incólumes los puntales de la sentencia.

Finca el éxito de su ataque, en las deficiencias procedimentales que se presentaron durante las diligencias de reconocimiento en fila de

personas, destacando que al procesado no se le advirtió el derecho a ubicarse en el lugar que escogiera dentro de la fila.

El no advertir al imputado su derecho a escoger el lugar que desee, "no es una condición que reste validez al reconocimiento, sino una formalidad que apunta a la protección misma del acto y a la preservación de las garantías del acusado y que, como tal, la infracción a la norma de rito solamente adquiere trascendencia procesal cuando existan condiciones que permitan predicar su violación con propósitos de vulnerar los derechos del imputado".

Cuando a pesar de esta omisión el testigo no ha sido influenciado en el reconocimiento, cuando no se advierte interés alguno de las autoridades o los particulares que participan en el acto por perjudicar los intereses de quien ha sido puesto en condiciones de ser reconocido, el que el imputado no haya ejercido su derecho, no entraña que la situación sea calificada como una irregularidad de tal naturaleza que sea suficiente para anular la diligencia.

Es digno destacar, que ninguna de las piezas procesales revelan que la informalidad del reconocimiento haya respondido a propósitos escondidos y con la intención de buscar resultados a toda costa. Por el contrario, a la diligencia asistió el agente del Ministerio Público y el defensor del procesado, sin que ninguno hubiere hecho objeción frente al procedimiento realizado.

El hecho de que al testigo no se le haya interrogado previamente al reconocimiento acerca de las características físicas y vestimenta del reconocido no afecta la validez del acto, porque esta descripción no está contemplada como uno de los requisitos de la diligencia y porque con la descripción posterior no se puede sostener que se haya perjudicado al acusado en sus intereses.

IV. Consideraciones de la Corte:

Primer cargo. Causal Tercera de Casación.

El casacionista alega una nulidad por violación al debido proceso, al no haberse vinculado a personas plenamente identificadas, planteamiento que resulta equivocado como veremos a continuación.

El artículo 376 del Decreto 050 de 1987 vigente para la época de los hechos, así como el artículo 35 del Decreto 2700 de 1991, establecen como condición para vincular a una persona a un proceso penal, que existan antecedentes o circunstancias consignadas en el proceso o por haber sido sorprendido en flagrante hecho punible que permitan considerarlo como autor o partícipe de éste.

Revisado el expediente encontramos que el informe a que se refiere el demandante no conlleva las conclusiones a las que éste erróneamente llega. De allí simplemente se puede deducir que como por la zona –Municipio Los Palmitos– rondaban personas extrañas, y ante las quejas de ganaderos de la región, se hicieron pesquisas, capturándose a Rafael Sequeda Palencia y Rafael Pereira a quienes les aparecen antecedentes como haladores de carros en Valledupar.

Informe que debe ser valorado en conjunto con el obrante a folio 16, firmado por el dragonenante Juan Leonardo Yepes Chamo, en el que explica las pesquisas que se hicieron para dar con el paradero de los autores del homicidio del señor Julio Simón Barrios, también conductor de profesión, quien laboraba como taxista en la ciudad de Sincelejo, e igualmente con el informe en el que se explica la captura de ELOY ORTEGA BARRIOS, como consecuencia de la muerte del señor Juvenal Pérez.

El que se hubieran realizado operativos para aprehender a personas sospechosas de estar comprometidas en este tipo de ilícitos, y que como resultado lógico se hubiere retenido a varias, no quiere decir que necesariamente todos tengan que ver con los delitos investigados.

El libelista pasa por alto que las diligencias de reconocimiento en fila de personas, contaron con la participación de todos los inicialmente retenidos y en donde sólo fue reconocido ELOY ORTEGA BARRIOS, desconociendo que desde un primer momento Olegario Betín Corpas y Oberto Manuel Hernández, lo identificaron como la persona que en copañía de dos hombres y una mujer contrató al taxista Juvenal Pérez, la noche del 27 de agosto de 1991, para que los trasladara al municipio "Los Palmitos".

Que los sujetos capturados estuvieran plenamente identificados no es presupuesto para vincularlos al proceso, porque no existen antecedentes o circunstancias que permitan tenerlos como autores o partícipes del hecho. Ilógico y hasta irresponsable hubiera sido llamarlos a rendir indagatoria a sabiendas de que no existe mérito para ello.

Por otra parte, técnicamente el cargo es incompleto, pues no basta alegar la existencia de una irregularidad sustancial que presuntamente afecta el debido proceso, sino que es necesario demostrar en qué medida la circunstancia alegada configura el vicio que se predica, y qué trascendencia tiene respecto a la legalidad de la sentencia que se cuestiona. En el caso en estudio nada dijo el censor al respecto, y como ya se explicó, el reparo presentado carece de fundamento.

Las consideraciones anteriores son suficientes para dsechar el cargo.

Segundo cargo. Causal Primera de Casación.

Argumenta el recurrente que la sentencia se dictó con fundamento en las diligencias de reconocimiento que se efectuaron respecto de su cliente, sin el cumplimiento de los requisitos legales, además de haber sido mostrado a los testigos con total desmedro de su defensa, configurándose un error de derecho al haberse interpretado en forma equivocada las reglas sobre aducción y admisibilidad de las pruebas.

Los artículos 390 del estatuto procesal anterior y 368 del actual, señalan la forma como deberá hacerse el reconocimiento en fila de personas, estableciendo los requisitos para el buen desarrollo de la diligencia.

Así el primero de los mencionados y vigente para la época de los hechos establecía:

"Cómo se hace el reconocimiento. Previamente a la formación de la fila para el reconocimiento se le advertirá al imputado el derecho que tiene a escoger el lugar que quiera dentro de la misma. Inmediatamente se practicará la diligencia poniendo a la vista del destigo la persona que haya de ser reconocida, vestida si fuere posible, con el mismo traje que

llevaba en el momento en que se dice fue cometido el delito, y acompañada de seis (6) o más personas de características morfológicas semejantes.

"Desde un punto en que no pueda ser visto, el que fuere a hacer el reconocimiento, juramentado de antemano, manifestará si se encuentra entre las personas que forman el grupo aquélla a quien se hubiere referido en sus declaraciones y la señalará.

"En la diligencia se dejarán los nombres de las demás personas integrantes de la fila y de quien hubiere sido reconocido".

En este caso, tanto el señor Olegario Betín Corpas como a Oberto Manuel Hernández, se les tomó juramento previo a la iniciación de la diligencia. La misma se realizó con la participación de ocho personas como integrantes de la fila y en presencia del defensor del procesado y del personero municipal. Efectuado el reconocimiento y terminada la misma fue firmada por todos los que en ella participaron incluidos los miembros de la fila, el reconocido, el defensor y el representante del Ministerio Público.

Se fundamenta el reproche en el hecho de que a Olegario Betín Corpas no se le preguntó previamente la manera como estaba vestido, ni las características físicas de la persona a quien reconocería, pero como se desprende del tenor literal de la norma que regula la diligencia, no se exige nunca que el testigo haga una descripción de estas características previamente al acto mismo del reconocimiento, por lo que este argumento no tiene vocación de prosperidad.

Igualmente se alega que no se le advirtió al procesado el derecho que tenía a escoger el lugar que deseara dentro de la fila, afirmación que resulta cierta, porque efectivamente no se dejó constancia de que se le hubiera hecho esa admonición, pero igualmente, tampoco se dice allí que Eloy Ortega hubiere sido ubicado por el Jefe de la Policía en un determinado lugar, y si se lee con detenimiento el acta de la diligencia en la que actuó como testigo el señor Olegario Betín Corpas, el despacho señala que el procesado se ubicó en el puesto tres de izquierda a derecha, con lo cual se entiende que fue su voluntad ocupar esta posición.

Pero independientemente de ello, la simple ausencia de esta advertencia al procesado no tiene la virtualidad de dar al traste con la legalidad de la prueba, porque como acertadamente lo manifiesta el Representante del Ministerio Público, eso sólo se presentaría si se demuestra que dicha omisión se realizó con el interés de amañar la diligencia, informando al testigo en qué lugar se va a ubicar al acriminado para hacer posible su señalamiento.

En el caso que nos ocupa tanto el defensor como el Personero tuvieron oportunidadd de hacer constar cualquier irregularidad, sin embargo guardaron silencio, y no existe ningún elemento de juicio que permita inferir que la no advertencia sobre la facultad de elegir el puesto en la fila fue un comportamiento ilegal para permitir el reconocimiento, de manera tal que la prueba resulte inaceptable.

Desde otro punto de vista; el demandante no tiene en cuenta que las diligencias de reconocimiento no fueron las únicas pruebas que sirvieron para concluir en el fallo de condena contra Eloy Ortega. También se apoya en varias declaraciones y en la prueba indiciaria que recaudó el proceso, elementos éstos contra los cuales nada dice el recurrente, dejando de esa manera incompleto su ataque.

Las críticas que el censor hace sobre la forma como se produjo la captura desbordan el marco señalado por el cargo, y realmente no indica cuál es la relación entre los dos temas, de manera que al parecer se trata de un comentario aislado en el que tampoco concreta su trascendencia.

Un planteamiento contradictorio con la censura anunciada es el que hace sobre la no existencia de la prueba requerida para condenar, aspecto este último que traslada el debate del error de derecho por un falso juicio de legalidad, al falso juicio de convicción. Y precisamente a esta última conclusión llega, porque dedica gran parte del libelo a censurar la credibilidad que le otorgó el sentenciador al reconocimiento en fila de personas, con lo cual simplemente antepone su criterio al del fallador, procedimiento inocuo en casación, en donde el ataque debe orientarse a demostrar la ilegalidad del fallo como consecuencia de un error trascendente.

La improsperidad del reproche es manifiesta y así se declarará.

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.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Alberto Gordillo Lombana, Secretario.

APELACION

Si se tiene en cuenta que la anterioir codificación no tenía prevista audiencia de sustentación del recurso de apelación, es obvio que debía seguir tramitándose el proceso bajo las orientaciones de ese ordenamiento, porque en el momento de la entrada en vigencia de la nueva norma procesal, ya la audiencia se había imiciado varios meses atrás, y por ello, era imperativo y acertado que el Tribunal Superior negara la celebración de la audiencia de sustentación solicitada.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 75 del 12 de julio de 1994.

Vistos:

El Juzgado 16 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá por sentencia del 3 de diciembre de 1992, condenó a JOSELIN SIERRA SALINAS, OMAR SILVA VILLAMIL, ADOLFO CAICEDO MARTINEZ, AURELIO RUBIO PEDRAZA, GUILLERMO RUBIO PEDRAZA, RUBIEL OBANDO QUIÑONEZ y CARLOS EDUARDO DIAZ a la pena principal de 24 meses de prisión como responsables del delito de hurto calificado.

Apelada que fuera la anterior decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá con fallo que lleva fecha del 2 de marzo de 1993.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitida la demanda por reunir las exigencias legales.

Se escuchó el criterio del Procurador Primero Delegado en lo penal quien solicitó no casar el fallo impugnado.

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Ocurrieron el día 27 de diciembre de 1991, cuando los empleados del almacén Pfaff de propiedad de Willie Fricke, ubicado en la carrera 52 No. 128C-32 de esta ciudad capital, se disponían a cerrarlo al término de la jornada laboral, penetraron varios individuos armados quienes luego de maniatarlos y encerrarlos en el baño, procedieron a cargar los dos vehículos en que se movilizaban con productos del establecimiento, tales como máquinas de coser y fileteadoras etc., y a apropiarse del dinero efectivo por cuantía de $8.081.100.oo.

Estaban en esa labor delictual, cuando fueron sorprendidos por miembros de la Policía, lo cual generó en un enfrentamiento armado y en la posterior captura de los individuos.

Actuación procesal:

El Juzgado 20 de Instrucción Criminal por auto del 31 de diciembre de 1991, abrió el respectivo proceso penal en el cual ordenó, entre otros, vincular formalmente a la investigación a los aprehendidos.

Escuchados en indagatoria Joselín Sierra Salinas, Julio u Omar Silva Villamil, Adolfo Caicedo Martínez, Aurelio Rubio Pedraza, Guillermo Rubio Pedraza, Carlos Eduardo Díaz Bohórquez y Rubiel Obando Quiñónes y recibidos varios testimonios, les fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva y se ordenó darle el trámite del procedimiento abreviado a la investigación, con auto que lleva fecha del 13 de enero de 1992.

Presentada la demanda de constitución de parte civil, fue admitida con auto del 13 de enero de 1992.

El proceso pasó al Juzgado 16 Penal del Circuito quien después de múltiples contingencias celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y pronunció la sentencia de primera instancia, con los resultados ya conocidos.

Apelado el fallo y al desatar el recurso, el Tribunal concluyó con la confirmación de la condena que hoy es materia de este recurso extraordinario.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal tercera, considera el censor que se dictó sentencia en un juicio viciado de nulidad, irregularidad que hace consistir en no haberse resuelto legalmente la petición de celebración de audiencia de segunda instancia, solicitada oportunamente.

Considera que al no haberse efectuado la diligencia de sustentación del recurso de apelación ante el Tribunal, se vulneró el derecho de defensa de su poderdante.

Dice no compartir la posición asumida por el magistrado ponente al sostener que tal derecho sólo cobija a las actuaciones adelantadas en vigencia del Decreto 2700 de 1991, "cuando el principio de la favorabilidad, tanto en derecho sustancial como en derecho procesal tiene plena aplicación. La jurisprudencia y la doctrina, siempre han sido del criterio que las normas favorables se aplican a favor del sindicado".

Destaca el principio de favorabilidad instituido en el art. 29 de la Constitución.

Para finalizar, dice que incluso el auto por medio del cual se negó la audencia de sustentación no se le notificó y considera, que se trata de un auto interlocutorio y no de sustanciación.

Plantea un segundo cargo, al amparo de la causal primera, por ser la sentencia violatoria de normas de derecho sustancial, por vía indirecta, al haberse apreciado erróneamente varias pruebas.

Entre las pruebas erróneamente apreciadas menciona el testimonio del Teniente Yucuma, pues considera que apreció los hechos en circunstancias sumamente complejas, de sorpresa, tensión y peligro y que en la versión rendida en la diligencia de audiencia pública, presentó cambios en relación con la que había rendido inicialmente.

Afirma, que en esta segunda versión el oficial dice que cinco fueron capturados en el almacén y dos en los patios de las casas vecinas, situación que no es cierta, por cuanto una de las señoras que declaró en la investigación, afirmó que en el patio de su residencia capturaron a uno de los asaltantes que estaba herido, pero que no existe reporte de que alguno de los sindicados hubiera estado herido en el momento de la captura.

Luego, afirma que la versión de su defendido no tiene contradicciones y que es inaceptable que no se le haya creído su afirmación de que cuando fue capturado iba para su casa, no obstante, que ello se encuentra demostrado, habida cuenta que esa es la ruta lógica para poder llegar a su residencia.

Concluye, en la existencia de un error garrafal que tiene en la cárcel a un inocente.

El criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Solicita no se case la sentencia. En cuanto al cargo de nulidad considera que el proceso se inició en vigencia del Decreto 050 de 1987; además la audiencia de juzgamiento se había iniciado (17 de marzo de 1992) y por tanto no le era aplicable la nueva normatividad procesal de conformidad a lo previsto en el artículo 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991 al establecer:

> "Trámite de audiencia y sentencia. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al Ministerio Público".

Concluye, afirmando que si se tiene en cuenta que la nueva norma procesal comenzó a regir el 1 de julio de 1992 y la audiencia se había

iniciado el 17 de marzo del mismo año era imperioso que se siguiera tramitando de conformidad con la anterior codificación.

En relación con la sustentación del recurso de apelación considera que el art. 214 del Código Procesal prevé dos posibilidades de hacerlo, por escrito y de manera oral en audiencia especial, pero que si se hace por escrito, la petición adicional de una segunda forma de sustentación queda al arbitrio del *ad-quem* que puede considerar que lo manifestado en primera instancia es suficiente y negarse a ordenar, la celebración de una audiencia especial.

En el caso *subjudice* hubo una adecuada sustentación por escrito y por tanto no se puede afirmar la violación del derecho de defensa y además, no le era aplicable la nueva codificación.

Por otra parte, la discrecionalidad que le quiso dar el legislador a esta forma de sustentación, quedó de manera mucho más claro con lo establecido en la Ley 81 de 1993, con las modificaciones introducidas al art. 214 del Código de Procedimiento Penal.

Termina, solicitando se niegue la nulidad impetrada.

En relación con el segundo cargo, considera que el censor se adentra en la crítica probatoria, presentando su personal criterio de apreciación en referencia con el testimonio del Teniente Yucuma y con la versión del procesado, pero que bien se sabe dentro del criterio de la racional apreciación probatoria que el legislador le concede a los jueces, este tipo de críticas no son posibles en el recurso extraordinario de casación.

Solicita se rechace el cargo.

Consideraciones de la Sala:

No le asiste la razón al casacionista en el planteamiento de la nulidad, en torno a que no se haya ordenado por el Tribunal Superior de Bogotá la realización de una audiencia especial para la sustentación oral del recurso de apelación interpuesto, vulnera el derecho a la defensa, por cuanto debe precisarse que la audiencia pública de juzgamiento en este proceso se

inició el 17 de marzo de 1992, cuando aún estaba vigente el anterior código (Decreto 050 de 1987) y en tales condiciones, al entrar en vigencia la actual codificación (1 de julio de 1992) se daba la situación reglada por el artículo 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991 que establece:

"*Trámite de audiencia y sentencia.* Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al Ministerio Público".

Si se tiene en cuenta que la anterior codificación no tenía prevista audiencia de sustentación del recurso de apelación, es obvio que debía seguir tramitándose el proceso bajo las orientaciones de ese ordenamiento, porque en el momento de la entrada en vigencia de la nueva norma procesal, ya la audiencia se había iniciado varios meses atrás, y por ello, era imperativo y acertado que el Tribunal Superior negara la celebración de la audiencia de sustentación solicitada.

De lo anterior se ha de concluir que no se ha incurrido en ninguna irregularidad generadora de nulidad, debiéndose destacar que el recurso de apelación fue legalmente sustentado y por tanto no se ha vulnerado el derecho de defensa.

En las condiciones anteriores se rechazará el cargo formulado.

Razón le asiste al representante del Ministerio Público, cuando destaca las falencias técnicas en que incurre el censor al formular el cargo segundo por la supuesta existencia de una violación indirecta de la ley sustancial, por la apreciación errónea de varias pruebas, por cuanto la verdad, es que el censor no determina en que consistió el yerro del juzgador al apreciar las pruebas, ni indica cuáles son las normas posiblemente vulneradas porque frente a esta exigencia de la técnica con simple desparpajo afirma: "Las normas sustanciales para que haya delito se necesita que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, aquí se pueden citar, pero es que siendo inocente sobra mencionar norma en particular".

En realidad, lo que postula en el cargo el impugnante es su desacuerdo con la valoración realizada por el juzgador y en especial, porque se le dio

credibilidad al testimonio del Teniente Yucuma y se desechó la versión del procesado. Es bien sabido que este tipo de probanza, por la existencia del sistema de la libre y racional apreciación de las pruebas que se le confiere al juez, no son susceptibles de ser atacadas en casación por este medio, por cuanto ésta como los demás elementos de juicio no está sometida a tarifa legal alguna y como quiera, que lo único que pretende el censor es que se atienda a su personal valoración y no a la que hicieron los falladores de instancia en su momento, la censura está llamada al fracaso.

En las condiciones precedentes y de acuerdo con el criterio del Procurador Primero Delegado en lo penal se rechazará el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY / RETROACTIVIDAD DE LA LEY

No debe olvidarse que la aplicación ultractiva de una norma, exige que en algún momento de su vigencia ella hubiere sido aplicable al caso debatido. Por ello se ha sostenido que la ultraactividad es un fenómeno más aparente que real, contrario a lo que sucede con la retroactividad, en cuyo caso la nueva ley sí resulta aplicándose a situaciones que existían antes de que la nueva ley empezara a regir. Y si como ya se dijo con Jiménez de Asúa, que "la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada", es obvio para la Sala que el artículo 218 original del C. de P.P. jamás fue ley aplicable al proceso seguido en contra del sindicado, porque ya estaba subrogado cuando la sentencia se produjo y por ende, su aplicación ultraactiva no es procedente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogot D.C., doce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 75.

Conoce la Sala del recurso de hecho interpuesto por el defensor d procesado FELIPE ALFONSO PINEDA ARISTIZABAL contra el au del 25 de marzo último, por medio del cual el Tribunal Superior d Distrito Judicial de Santafé de Bogotá negó el recurso extraordinario c casación que aquel había interpuesto contra la sentencia del 7 de febre de este año, que condenó a dicho procesado por el delito de prevarica imputado en la resolución de acusación.

Antecedentes:

1. Mediante fallo del 17 de noviembre de 1993, el Juzgado 47 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó al susodicho procesado Pineda Aristizábal a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al declararlo responsable del delito de prevaricato. Apelada que fue esta sentencia, el Tribunal la confirmó integralmente.

2. Oportunamente el defensor del procesado interpuso recurso de casación contra esta última sentencia, pero el Tribunal, por auto del 25 de marzo (fls. 221 y ss.), lo negó, con el argumento de que la pena máxima prevista para el delito de prevaricato es de cinco (5) años de prisión, tope éste inferior al exigido por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993 para la procedencia del pretendido recurso.

3. Inconforme el defensor con esta determinación, acudió al recurso de hecho, pues a su juicio es inexplicable "que se aplique una disposición con efectos irretroactivos en contra del procesado, cuando es palpable que la utilización para el caso concreto de la legislación procesal anterior es evidente pues un recurso extraordinario no sólo es viable, sino que comporta crédito con efectos sustanciales pues constituye casi la última oportunidad para el procesado, oportunidad que implica análisis del Máximo Tribunal de Justicia..." (fl. 224).

4. Tramitada la impugnación, el recurrente la sustenta ante la Sala con el argumento de que como casi todo el proceso se rituó "con fundamento en las leyes procesales anteriores, que establecían un máximo de cinco (5) años para acceder al recurso extraordinario de casación", es preciso darle aplicación ultraactiva a estas normas, que en sentir del impugnante son más favorables que las nuevas (Ley 81 de 1993).

Sostiene que de conformidad con la Constitución Nacional, con las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal y con los principales Tratados sobre Derechos Humanos, es claro que "en materia penal, sin excepción constitucional alguna, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Agrega que su tesis también es válida ante el Código de Procedimiento Penal, "aún admitiendo la validez del aparente recorte que la ley procesal hace al texto constitucional", toda vez que "nadie podría negar que un recurso de casación, al que durante tanto tiempo se ha tenido derecho, siempre es favorable para un condenado, como que los más importantes penalistas del país, en gran cantidad, uniendo conocimientos, en alto número, pluralmente, se ocupan, definitivamente de su asunto. Es el derecho que se tiene a que el mayor tribunal de justicia diga, finalmente, si se es delincuente o no. Y la presencia de una norma que toca parcialmente, a lo último de la dialéctica procesal, ese derecho, no puede imperar sobre el que se tuvo expresamente por mucho tiempo. Las oscilaciones, los cambios, las modificaciones legislativas desfavorables, no pueden conducir a la quiebra de derechos".

Luego de hacer referencia a dos pronunciamientos de esta Sala, en los cuales, según el recurrente, "La favorabilidad por la ruta de la ultraactividad ha sido puesta de presente, y aceptada", agrega:

"El principio de legalidad en materia procesal es nítido: toda persona debe ser juzgada de acuerdo con las formas propias de cada juicio. El juicio para el doctor Pineda Aristizábal era el previsto en la legislación pretérita. Y ese derecho a la legalidad del proceso no puede ser tronchado simplemente por un mínimo cambio cuantitativo, que jamás podría primar sobre un derecho y una garantía cualitativos. Las expectativas del debido proceso no pueden desaparecer por el transcurso de unos pocos días. Nótese cómo si dijéramos que el punto de partida debería ser la sentencia o la interposición del recurso, tendríamos que decir que el debido proceso, el proceso 'natural' y el derecho al recurso extraordinario, habrían dependido de unos pocos días, jamás acreditables a acción u omisión del procesado".

Consecuente con su discurso, el impugnante pide a la Corte que se declare procedente el recurso de casación por él interpuesto y que negó el Tribunal.

Consideraciones de la Corte:

El punto fundamental y que es preciso definir, es el relcionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.

Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tesis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:

"La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el tiempo en que el fallo fue dictado" (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág. 671).

Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultraactiva a la norma que los consagraba.

La tesis auspiciada por el recurrente es inadmisible para la Sala, pues ella conduciría al absurdo de hacer imposible cualquier reforma procesal, bajo la consideración, absoluta, de que "El juicio para el doctor Pineda Aristizábal era el previsto en la legislación anterior", afirmación ésta que en ningún momento se demuestra.

Cuando la sentencia cuya casación se pretende fue emitida por el Tribunal (7 de febrero de 1994), ya estaba en vigencia la Ley 81 de 1993, que en su artículo 35 modificó las condiciones para la viabilidad de este recurso extraordinario, y frente a las cuales esta impugnación no procedía. Actuó, pues, bien el Tribunal al denegarla, toda vez que el acusado jamás adquirió este derecho, y por tanto no se le estaba despojando de ninguno.

Por lo demás, no debe olvidarse que la aplicación ultraactiva de una norma, exige que en algún momento de su vigencia ella hubiera sido aplicable al caso debatido. Por ello se ha sostenido que la ultraactividad es un fenómeno más aparente que real, contrario a lo que sucede con la

retroactividad, en cuyo caso la nueva ley sí resulta aplicándose a situaciones que existían antes de que la nueva ley empezara a regir. Y si como ya se dijo con Jiménez de Asúa, que "la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada", es obvio para la Sala que el artículo 218 original del C. de P.P. jamás fue ley aplicable al proceso seguido en contra de Pineda Aristizábal, porque ya estaba subrogado cuando la sentencia se produjo y por ende, su aplicación ultraactiva no es procedente.

Es pertinente aclarar que la situación resuelta por la Sala en su proveído del 19 de diciembre próximo pasado, que cita el recurrente, es muy distinta de la que ahora se plantea. En aquella oportunidad cuando el recurso de casación se interpuso, aún estaba vigente el artículo 218 original del C. de P.P. De suerte, pues, que allí no se discutía si se tenía o no el derecho a interponer el recurso de casación, pues era clara su existencia, sino si su ejercicio podía resultar desfavorable para la situación del procesado, pero sobre la base, repítese, de que el derecho a la impugnación extraordinaria si existía. No se trató, pues, de que la Sala hubiera otorgado un derecho sobre escuetas consideraciones de favorabilidad, tal como ahora lo pretende el defensor de Pineda Aristizábal.

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

Resuelve:

Declarar bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Es indudable que el proceso penal debe guardar una armonía lógica de pensamiento en forma tal que la sentencia corresponda a los cargos formulados en la resolución de acusación. En ésta se le informa al sindicado de qué comportamiento punible se le acusa de acuerdo a las pruebas aportadas a la investigación y cuál su grado de responsabilidad, para que éste pueda ejercitar en relación con ellos una adecuada defensa. Así mismo permite que el juzgador sepa, por cuál delito debe condenar o absolver según el caso, de manera que los cargos que se concretan en la resolución acusatoria sean los mismos que se definen en la sentencia. / Cuando se alega la causal segunda de casación debe demostrarse que la relación jurídica entre el auto acusatorio y la sentencia se ha quebrantado con detrimento de la estructura básica del proceso. Esa incongruencia o desacuerdo entre estas dos piezas procesales, puede ser absoluta o relativa. La primera se presenta cuando se formula un cargo por un delito determinado, el acusado se defiende de éste y es condenado o absuelto por un tipo penal diferente. La segunda forma de quebranto tiene lugar, cuando si bien la sentencia se profiere por el delito imputado al procesado en el auto enjuiciatorio, el juzgador, bien por exceso o por defecto, deduce circunstancias específicas de agravación o de atenuación, o deduce cargos no contemplados en la resolución acusatoria y que no se probaron en la causa.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 75.

Vistos:

Mediante sentencia del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, revocó en parte la de primera instancia y CONDENO a LUIS ALFONSO FAJARDO RODRIGUEZ a la pena principal de dieciséis meses de prisión, como responsable del delito de Estafa y lo absolvió por la defraudación de disposición de bien propio gravado con prenda, por el cual también había sido llamado a juicio.

Contra el referido fallo interpuso el señor defensor del sentenciado el recurso extraordinario de casación. Agotado el trámite propio de la impugnación, se procede a decidir.

Episodio procesal:

Los hechos que dieron origen al proceso, fueron compendiados por el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, de la siguiente manera que la Sala reproduce por hallarlos acordes con la realidad procesal:

"...Luis Alfonso Fajardo negoció con Héctor Miguel Paipilla Pabón la venta de una tractomula de propiedad de este último. Una vez convinieron en la cosa y el precio en suma de TRECE MILLONES DE PESOS, aceptó el vendedor Paipilla que el pago se haría de la siguiente manera: Fajardo el comprador, entregaría un Toyota campero por valor de tres millones de pesos, un automóvil Chevrolet Monza valorado en cinco millones, y cinco millones más representados en sendos cheques. Pero, aconteció que, luego de así contratar, Paipilla se percató que los cheques girados por Fajardo pertenecían a chequera ajena, esto es, a la de su esposa, y el Chevrolet Monza que también se le había entregado como parte de pago, estaba pignorado al Banco Popular Sucursal de Duitama. Como el vendedor Paipilla consideró había sido estafado, denunció penalmente a Fajardo por esta ilicitud. La demostración de este comportamiento en el proceso dió lugar a que la Sala Penal de Decisión de este Tribunal Superior, al conocer por apelación de la decisión de reapertura tomada por el juez instructor que inicialmente conoció del proceso, revocó esta determinación y en su lugar profirió, en contra del acusado Fajardo Rodríguez, resolución de acusación por hallarlo

penalmente responsable de los punibles de 'Estafa' y 'Disposición de bien propio gravado con prenda'".

Por estos hechos, el Tribunal Superior profirió resolución acusatoria en contra de Fajardo Rodríguez por los delitos de estafa y disposición de bien propio gravado con prenda. El señor Juez de primera instancia en el momento de proferir sentencia, absolvió al acusado de toda responsabilidad, por considerar inexistentes las conductas punibles imputadas a Fajardo. Recurrida la decisión por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Santa Rosa, revocó la sentencia del *a quo* y condenó por Estafa al procesado y mantuvo la absolución en relación con la defraudación.

La demanda:

El casacionista, después de hacer referencia a los hechos debatidos en el juicio, reseñar la actuación procesal y recordar los temas de orden probatorio que fueron objeto de controversia en el decurso de la causa, formula diversos cargos a la sentencia, al amparo de las causales 1a., 2a. y 3a. del art. 220 del C. de P.P.

Con fundamento en la causal primera, afirma el actor que la sentencia es violatoria de manera indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en el análisis de las pruebas aportadas al proceso. Con apoyo en esta causal se presentan dos cargos contra la sentencia así:

Cargo primero: Considera el demandante que el Tribunal incurrió en un error por falso juicio de existencia, "...por cuanto no tuvo en cuenta la prueba documental consistente en el contrato celebrado entre los señores LUIS ALFONSO FAJARDO RODRIGUEZ y HECTOR MIGUEL PAIPILLA PABON..."

En el desarrollo del cargo se afirma que según dicho documento, consta que entre el sentenciado Fajardo y el presuntamente perjudicado con el hecho punible, se celebró un contrato, aparentemente de compraventa, pero que de acuerdo a la voluntad de los contratantes, efectivamente se realizó una permuta, donde el señor Miguel Paipilla entregó a Fajardo un tractocamión Mercedes Benz y

a cambio recibió de éste un campero Toyota, un automóvil Chevrolet y un excedente de cinco millones de pesos garantizados con cheques girados por Fajardo y pagaderos a diversos plazos. Que en dicho contrato los intereses económicos del señor Paipilla estaban debidamente garantizados no sólo por la cláusula de reserva de dominio inserta en el documento, sino porque además este documento había sido avalado con la firma de la esposa de Fajardo, señora María Nelly Prieto, como codeudora. Que dicho acuerdo se suscribió por los contratantes, con un consentimiento ausente de todo vicio y sin que existiera maniobra engañosa que llevase a Paipilla a contratar. Entiende por lo anterior el actor, que si este documento hubiese sido observado por el juzgador, se habría dado cuenta de que estaba simplemente en presencia del incumplimiento de un contrato, aspecto ventilable ante la justicia civil y totalmente ajeno al derecho punitivo.

En un segundo cargo, considera el demandante que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia, al no apreciar los testimonios de los señores Alcibíades Puerto Infante y Alvaro Rodríguez Alvarado. Que estos declarantes ponen en evidencia, que los cheques entregados al señor Paipilla por Fajardo, no lo fueron para su cobro, sino para respaldar una obligación, que sería satisfecha por Fajardo al vencimiento de los comentados títulos valores. Que en estas condiciones, el otorgante de dichos títulos y su no pago, no constituye maniobra engañosa encaminada a perjudicar los intereses económicos del señor Paipilla, sino una simple mora en el cumplimiento del contrato.

Con fundamento en la causal segunda de casación se formulan dos cargos por el recurrente:

En el primer reproche, considera el censor que existe desacuerdo entre la resolución de acusación y la sentencia, porque en la primera de estas providencias se sostuvo que el señor Fajardo había obtenido un beneficio económico al recibir como DUEÑO el tractocamión, mientras en la sentencia se afirma la tenencia, ya no a título de dueño sino como simple poseedor. Que al modificarse la naturaleza jurídica de la tenencia, se hicieron aparecer nuevos elementos de juicio de los cuales no tuvo oportunidad de defenderse el procesado.

En el segundo cargo, hace consistir el actor la incongruencia entre las dos decisiones judiciales, en la cual en la primera de ellas "...se dice que hay estafa porque al girar los cheques lo engañó haciéndole creer acerca de la seriedad de la negociación y solvencia económicas..." y en la sentencia se "...habla en forma autónoma de los cheques y expresa que aparentando ser el cuentahabiente con esa maniobra engañosa indujo en error a Paipilla a quien se despojó de la posesión de su vehículo...".

Con apoyo en la causal tercera, pide el impugnante la nulidad del fallo por falta de motivación de la sentencia y por violación del derecho de defensa.

En desarrollo de la primera censura, el casacionista vuelve a insistir sobre el desacuerdo entre la resolución de acusación y la sentencia, sobre el título de la tenencia del vehículo por parte del sentenciado, afirmando que se trata de una simple posesión que ni siquiera se ejercitó conforme al contrato sino que se vio perturbada por las consecuencias de acciones ejecutivas en las cuales se embargó y secuestró el automotor, perjudicándose con ello los intereses económicos del sentenciado y el derecho de defensa. Hace consideraciones sobre las apreciaciones del Juzgador que considera equivocadas, por no otorgar plena validez al contrato de permuta, al no aceptar como veraces las versiones del acusado Fajardo, haber parcelado la versión del denunciante, quien también incumplió con lo pactado en el contrato, razón por la cual, "...no puede exigir el cumplimiento de una obligación, cuando no ha cumplido las que corresponden a su cargo...".

Sostiene el actor, que la condena al pago de perjuicios se realizó por el juzgador, sin que estuviesen acreditados la naturaleza y cuantía de dichos perjuicios y termina su alegación afirmando que "...En ninguna parte del contenido del proceso y mucho menos en la sentencia impugnada se ha hecho referencia alguna a la integridad y validez tanto del contrato como de los medios o constancias de las obligaciones derivadas del mismo, consistentes en unos pagos parciales a que aluden los tantas veces mencionados cheques que nunca fueron tachados de falsos, circunstancia ésta claramente reveladora... de que se trata de una controversia puramente civil, que por su naturaleza y alcances no reviste connotaciones o perfiles

de índole penal...". Que por lo anterior carece de fundamentación la sentencia.

Finalmente, afirma que el proceso está viciado de nulidad porque el Tribunal revocó la sentencia del *a quo* en cuanto absolvía al acusado por la venta de bien gravado con prenda, y sin embargo lo absolvió nuevamente por este mismo comportamiento en la sentencia impugnada.

Concluye la demanda el impugnante, solicitando a la Corte casar parcialmente la sentencia, revocar la condena por el delito de Estafa y en su lugar absolver al acusado. Subsidiariamente reclama la nulidad del proceso.

El Ministerio Público:

Inicia su concepto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, por el examen de las causales en el orden en que fueron presentadas por el impugnante.

Considera la Delegada, que los cargos formulados al amparo de la causal primera no pueden prosperar porque carecen de fundamento. Los elementos de prueba a que se refiere el casacionista sí fueron apreciados como consta en la sentencia y lo que hace el demandante es cuestionar el análisis y valoración jurídica que de las referidas pruebas hizo el sentenciador, aspecto que no es de recibo en casación por cuando el fallador tiene la libre apreciación racional de los diferentes medios probatorios obrantes en el proceso de acuerdo al principio de la sana crítica.

Agrega la Procuraduría, que como consta en el proceso, el Tribunal sí tuvo en cuenta la prueba documental y testimonial de cuya omisión se queja el impugnante y a ella se refirió en el curso de la sentencia. Lo que se observa, –agrega la Delegada– "...es que aquí se presenta una estafa mediante un contrato aparente parcialmente, es decir, que si bien hubo un contrato bilateral –con obligaciones para los contratantes– es claro que uno de ellos no contrató en condiciones de equivalencia de las condiciones patrimoniales contractuales, en tanto que lo entregado por el sentenciado (un bien con un gravamen de tres millones de pesos y unos

cheques para ser recogidos o para consignar que no fueron cubiertos) como contraprestación del bien recibido no guarda relación de igualdad económica. Ese desequilibrio no fué advertido por el engañado, ni fue presentado en la convención como parte de lo contratado, sino que se mantuvo oculto como artificio inductor al error al contratar". Sostiene en consecuencia, que el caso juzgado configura un delito de estafa en cuya comisión se simuló un contrato para inducir en error "...a quien entrega su patrimonio confiado en la lealtad de su contraparte en el negocio civil". Por ello, en concepto de la Delegada, no existe error de hecho en la apreciación probatoria y el cargo no puede ser acogido.

En relación con los dos cargos que se formulan al amparo de la causal segunda de casación, afirma la Delegada, que es evidente que el censor desconoce el contenido y el alcance de la causal invocada, pues la consonancia que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia, se refiere a la armonía que debe guardar lo que se define en el fallo con la imputación hecha al procesado, y no sobre simples discrepancias conceptuales que ninguna incidencia tienen en el fallo. Es lo cierto que el cargo se le formuló al señor Fajardo por un delito de estafa, al inducir al propietario a entregar mediante engaño la posesión o el dominio de un bien, obteniendo el acusado mediante esta maniobra un beneficio económico y por este cargo y este tipo penal se profirió la sentencia. "Resulta infundado el reproche, –afirma la Delegada– ya que en la sentencia se condena al procesado por el delito de estafa, reato por el cual fueron formulados los cargos en la resolución acusatoria, existiendo además plena identidad entre los hechos por los cuales fue residenciado en juicio y posteriormente condenado el procesado". De ahí que en su criterio el cargo debe desecharse.

Pasa finalmente la Procuraduría a ocuparse de la causal de nulidad que presenta el recurrente y que en su concepto, carece de todo fundamento.

Recuerda la Delegada con apoyo en jurisprudencia de la Corte que cuando se invoque por el demandante la transgresión al derecho de defensa, se deberá determinar la actuación procesal que se considera lesiva, especificando la norma que se viola y determinado con precisión la manera como tal violación inicidió desfavorablemente en las decisiones

tomadas en la sentencia. Y que si de falta de motivación de la sentencia se trata, se debera determinar con toda claridad cuáles de las decisiones en ellas contenidas son las que carecen de tal fundamentación.

Considera el Ministerio Público que el reproche de nulidad que se formula en la demanda no reúne los requisitos anteriormente esbozados, pues las leves irregularidades conceptuales a que el actor se refiere no pueden afectar el derecho de defensa. Sostiene además que todas las decisiones de la sentencia de condena, tienen fundamentación suficiente, sólo que el demandante discrepa de las razones dadas por el juzgador para proferir su decisión. "Es así –agrega la Delegada–, que en cada uno de los puntos que menciona en el cargo, cuestiona el análisis y valoración que efectuó el fallador de las diferentes pruebas aportadas al proceso, lo que no es atendible en casación, por tener prevalencia el criterio del sentenciador por estar amparado por la doble presunción de legalidad y acierto...".

Finalmente, pone de presente la Procuraduría que el nuevo pronunciamiento que realizó el Tribunal, ratificando la absolución del acusado por la Defraudación de disposición de bien propio gravado con prenda en manera alguna puede constituir violación al debido proceso como lo afirma el actor. De ahí, que solicite a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte:

Siguiendo el orden lógico que deben tener en su estudio y decisión las causales de casación, la Corte se ocupará en primer lugar de la causal de nulidad, ya que de prosperar ésta, haría innecesario cualquier otro pronunciamiento.

Causal Tercera:

De antemano debe afirmar la Sala, que los motivos aducidos para solicitar la nulidad de la actuación carecen de todo fundamento.

Se afirma en primer lugar, que el desacuerdo existente entre la resolución de acusación y la sentencia, al hablarse en la primera de estas

providencias de que en virtud del contrato de compraventa, se había transferido el bien por Paipilla a título traslativo de dominio, para sostener en la sentencia que sólo se había entregado su posesión, constituye una modificación sustancial en el cargo que afecta el derecho de defensa.

Esta simple diferencia conceptual sobre la naturaleza del título traslativo o no de dominio, tiene una razonada y lógica explicación en el proceso, pues se adjuntó a la denuncia fotocopia del formulario presentado por el vendedor Paipilla ante el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Bogotá, en el cual se solicitaba autorizar el traspaso a favor del señor Fajardo, del camión verde, marca Mercedes Benz, cuya entrega material ya se había efectuado entre los contratantes. Este documento hizo pensar con razón al juzgador que al momento de calificar el mérito del sumario, el traspaso ya se habia efectuado legalmente y por eso en la fundamentación de la decisión judicial se habló de la transferencia del dominio del vehículo objeto del contrato, aspecto que fue clarificado en la sentencia, cuando se acompañó a los autos constancia de la Oficina de Transportes en el sentido de que allí aún figuraba como propietario el vendedor Paipilla. En estas condiciones, la nulidad invocada por el recurrente no tiene cabida, porque el auto de proceder fue redactado con total sometimiento a los requisitos formales que señala la ley, contiene un preciso relato de los hechos objeto de juzgamiento y por los cuales se llamó a responder al acusado, y en la parte resolutiva contiene como conclusión de las premisas sentadas en la motiva el llamamiento a juicio por el delito de estafa, con tal claridad y precisión que tanto el acusado como su defensor supieron cuál era el cargo que en concreto se imputaba al acusado, cuál el tipo penal quebrantado y su grado de responsabilidad, sin que pueda afirmarse como se hace sin razón alguna en la demanda, que se afectó el derecho de defensa por ambigüedad en la formulación del pliego de cargos.

Del mismo modo, es inadmisible la petición de nulidad que se invoca alegando la falta de motivación de la sentencia. El Tribunal en su sentencia pone de presente las razones de hecho y de derecho en que apoya su fallo de condena. Cosa muy diferente es que el casacionista no las comparta, pues en su libelo lejos de demostrar la ausencia de motivación del fallo, se dedica a efectuar una crítica a la labor del juzgador en relación con apreciaciones de carácter probatorio, tratando de hacer prevalecer su

personal criterio, pero dejando sin demostración alguna el cargo formulado que en consecuencia no puede prosperar.

En un tercer reproche sostiene el casacionista, que el proceso es nulo, porque el Tribunal en la parte resolutiva de su sentencia, revocó en su totalidad la sentencia absolutoria del *a quo*, quedando por tanto incluída en esta decisión la defraudación de venta de bien propio gravado con prenda, comportamiento sobre el cual volvió a proferir sentencia absolutoria.

Es cierto como lo anota el demandante, que el Tribunal en la parte resolutiva de su sentencia, incurrió en el error de revocar en su totalidad la sentencia absolutoria de primera instancia, cuando ha debido hacerlo tan sólo parcialmente para confirmar la decisión absolutoria por la venta de bien propio gravado con prenda. Surge a primera vista que la irregularidad anotada obedece a una involuntaria equivocación del fallador, pues en la parte motiva de su sentencia muy claro dejó sentado su criterio el Tribunal, en el sentido de confirmar en relación con el reato comentado, la sentencia absolutoria. Por eso, en la parte motiva del fallo al proclamar la inexistencia de esta conducta punible, expresó textualmente la aludida Corporación: "Procedente resulta entonces, impartir confirmación a la decisión que sobre este particular adoptó el juzgado del conocimiento (folio 21 de la sentencia del Tribunal). No obstante este querer no se plasmó con exactitud en la parte resolutiva del fallo, donde se revocó por error toda la sentencia del *a quo*, para proferir nuevamente sentencia absolutoria en relación con ese hecho. Esta irregularidad implicó una repetición innecesaria de la decisión, que no afectó los derechos y garantías del procesado y en ningún caso puede considerarse como una violación al debido proceso. No prospera la censura.

Causal primera:

El actor impugna la sentencia, por ser ella violatoria de la ley sustancial, por error de hecho, al haber incurrido el juzgador en un falso juicio de existencia en la apreciación probatoria.

Sabido es que esta forma de quebranto se presenta, cuando el juzgador omite la estimación de elementos de juicio válidamente aportados al

proceso (omisión de la prueba) o da por establecidos ciertos hechos, sin pruebas que los acredite en el proceso (suposición de la prueba). También puede presentarse esta forma de error *in judicando*, cuando se da al hecho que recoge la prueba un alcance objetivo que no tiene, o no se advierte lo que en ella aparece, desfigurándose el hecho de sus dimensiones objetivas.

En el caso que se examina, el presunto error de hecho por falso juicio de existencia, consiste, según el demandante, en que el Tribunal no apreció el documento de venta que obra en autos, y que según el actor no es de venta sino de permuta y mediante el cual, el denunciante entregó al acusado un tractocamión y recibió a cambio un campero, un automóvil y cinco millones de pesos pagaderos a plazo. Considera el recurrente, que si este documento se hubiera examinado en su verdadero contenido por el fallaador, no se hubiera condenado al procesado, quien sólo vino a incumplir las obligaciones de carácter civil plasmadas en el contrato.

Se agrega en la demanda, que el Tribunal omitió apreciar y valorar los tetimonios de Alcibíades Puerto Infante y Alvaro Rodríguez Alvarado, de cuyos dichos se puede deducir que los cheques entregados por Fajardo a Rodríguez, no tenían por objeto su cobro ante las entidades bancarias, sino que fueron girados simplemente para hacer constar una obligación con el compromiso de ser recogidos y pagados con posterioridad por el acusado.

Sin embargo, el cargo así formulado no corresponde a la realidad. El Tribunal sí examinó los medios de prueba presuntamente omitidos según el recurrente y a ellos se refirió en las consideraciones de la parte motiva de la sentencia, sólo que para darles un alcance diferente al que les otorga el demandante.

Así, en la sentencia de segunda instancia al folio 24, se observa el examen que el Tribunal realizó sobre los testimonios de Puerto Infante y Rodríguez Alvarado, a quienes no se les creyó no sólo por sus vinculaciones laborales con el acusado, que el juzgador pone de presente, sino además porque no responden a la realidad demostrada en el proceso. Sostiene el Tribunal, que "Los esposos Paipilla en sus respectivas versiones, no aceptan la afirmación de Fajardo en el sentido de haber recibido los cheques como garantía de la deuda, sino como una orden

incondicional de pago. Anotó en forma convincente que si no eran para pasarlos al Banco, entonces cuál la razón para que Fajardo pidiera plazo y el favor de no pasarlos o cobrarlos porque no tenía plata...". En otras de sus consideraciones, anota el Tribunal, que en el contrato de compraventa no se pactó condición alguna en relación con los cheques, salvo la de otorgar un plazo para su cobro ante la entidad crediticia.

Idéntica situación se presenta en relación con el documento donde se hizo constar el contrato de compraventa y que obra en autos y que en criterio del demandante no fué apreciado por el juzgador. Debe responderse al respecto que como consta en las motivaciones de la sentencia, dicho documento sí fué examinado por el Tribunal y constituye fundamental elemento de juicio en la sentencia de condena. Sólo que el juzgador no lo consideró como un contrato de compraventa, celebrado de buena fe entre los contratantes, sino como un ardid, un medio engañoso del cual se valió el acusado para obtener la entrega del tractocamión y con ello lograr un indebido beneficio.

Consideró el Tribunal, que al haberse entregado por Fajardo a Paipilla como parte del precio, un automóvil pignorado a una entidad crediticia por tres millones de pesos, unos cheques girados por el acusado, pero en chequera ajena y de cuenta cancelada por mal manejo y que en ningún momento fueron pagados, así como aparentar ante la víctima una solvencia económica que no poseía "...fue a no dudarlo el artificio suficiente para inducirlo en error y lograr por este engañoso medio se despojara (Paipilla) de la posesión de su tractomula...". El perjuicio que ocasionó Fajardo a Paipilla y su familia se produjo desde el momento mismo en que este señor le hizo entrega a aquél de la tractomula, con ese consentimiento viciado por el error.

Para el juzgador, en consecuencia el contrato de compraventa existió, pero en él intervino el vendedor con un consentimiento viciado por el error, por el engaño debido todo a una acción dolosa del presunto comprador. En otras palabras, la celebración del contrato no fue sino el ardid del cual se valió el acusado para entrar en posesión de la tractomula. En cambio, para el demandante se trata de un contrato lícito, que colmaba las garantías al vendedor, que fue incumplido por el sentenciado originando con su comportamiento una acción civil, pero en ningún caso

el reproche penal, aspecto que ha sido objeto de debate en todas las instancias. Esta disparidad conceptual, esta diferencia de criterio sobre el contenido y los efectos del contrato de compraventa, no puede constituir en ningún caso el presunto error de hecho que pregona el recurrente; sus opiniones por sensatas que sean, diferentes a las que llevaron al sentenciador a tomar la decisión controvertida, no son suficientes para dar por establecido un error de hecho, por falso juicio de existencia, porque la censura está encaminada, no a demostrar la falta de apreciación de la prueba, sino a criticar el valor que le otorgó el juzgador y el concepto que le mereció para dar por demostrado el delito de estafa, aspectos ajenos al error predicado. Y sabido es que enfrentada en este campo la personal y subjetiva apreciación del recurrente a la del juzgador, prevalece la sentencia porque está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. No prospera el cargo.

Causal segunda:

Como lo pone de presente la Procuraduría Delegada, la causal segunda de casación que alega el recurrente no puede prosperar, porque la sustentación o fundamentación del cargo no corresponde a la causal que le sirve de apoyo.

Es indudable que el proceso penal debe guardar una armonía lógica de pensamiento en forma tal que la sentencia corresponda a los cargos formulados en la resolución de acusación. En ésta se le informa al sindicado de qué comportamiento punible se le acusa de acuerdo a las pruebas aportadas a la investigación y cuál su grado de responsabilidad, para que ésta pueda ejercitar en relación con ellos una adecuada defensa. Así mismo permite que el juzgador sepa, por cuál delito debe condenar o absolver según el caso, de manera que los cargos que se concretan en la resolución acusatoria sean los mismos que se definen en la sentencia.

Cuando se alega la causal segunda de casación debe demostrarse que la relación jurídica entre el auto acusatorio y la sentencia se ha quebrantado con detrimento de la estructura básica del proceso. Esa incongruencia o desacuerdo entre estas dos piezas procesales, puede ser absoluta o relativa. La primera se presenta cuando se formula un cargo por un delito determinado, el acusado se defiende de éste y es condenado

o absuelto por un tipo penal diferente. La segunda forma de quebranto tiene lugar, cuando si bien la sentencia se profiere por el delito imputado al procesado en el auto enjuiciatorio, el juzgador, bien por exceso o por defecto, deduce circunstancias específicas de agravación o de atenuación, o deduce cargos no contemplados en la resolución acusatoria y que no se probaron en la causa.

El recurrente en el caso que se analiza, formula dos cargos con apoyo en la causal segunda de casación.

Sostiene en el primero, que existe desacuerdo entre la resolución de acusación y la sentencia porque en la primera de esas decisiones se afirmó que el procesado mediante maniobras engañosas, adquirió el dominio de la tractomula, valorada en trece millones de pesos, mientras en la sentencia se habló de que como fruto de la acción dolosa Fajardo adquirió tan sólo la posesión del automotor. En el segundo cargo afirma el censor que falta consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia "...porque en la primera se dice que hay estafa, porque al girar los cheques lo engañó haciéndole creer acerca de la seriedad en la negociación y solvencia económica, esto es, que se configura la inducción en el error bajo esos dos presupuestos, el de la seriedad en el negocio y la solvencia económica. En la sentencia el Tribunal ya no habla del presunto error en que se indujo a Paipilla, sino que habla en forma autónoma de los cheques y expresa que aparentando ser el cuentahabiente con esta maniobra engañosa indujo en error a Paipilla quien se despojó de su vehículo, como dando a entender que la causa del contrato fue el giro de los cheques...".

La anterior argumentación, no demuestra en modo alguno la falta de relación lógica y jurídica entre la resolución de acusación y la sentencia en la forma como la técnica exige en relación con la causal segunda de casación, carece de todo fundamento y pugna con la verdad demostrada en el proceso.

A Luis Alfonso Fajardo se le residenció en juicio penal por un delito de estafa y por este hecho punible fue encontrado culpable, sin que se modificara en la sentencia el género o la especie del delito ni se dedujeran circunstancias específicas agravantes o atenuantes de la responsabilidad no consideradas en el pliego de cargos. De igual modo los hechos que se

tuvieron en cuenta en la sentencia, concuerdan a plenitud con los examinados en el auto acusatorio.

Es suficiente para poner en evidencia la inocuidad del cargo, transcribir el siguiente aparte de la resolución de acusación y en el cual se condensa la maniobra engañosa realizada por el acusado para inducir en error al ofendido. Allí se lee:

"...en el caso que hoy ocupa la atención de la Sala, objetivamente y por prueba documental (cheques) se aprecia que el implicado Luis Alfonso Fajardo, mediante engaño consistente en hacerle creer a Héctor Paipilla acerca de la seriedad de la negociación y consiguiente solvencia económica, le giró los cheques ...como si fueran de una cuenta corriente suya, cuando en verdad tenía conciencia y voluntad, los giraba en la recién abierta cuenta de su esposa María Nelly del Carmen Prieto... para pagarle de este modo a Paipilla el saldo de cinco millones que arrojaba la transacción comercial...". Agrega el juzgador, que el acusado entregó como parte del precio y para cubrir cinco millones más de la negociación, un automóvil Chevrolet, que no sólo tenía reserva de dominio, sino que se hallaba pignorado por cuatro millones de pesos a favor del Banco Popular de la ciudad de Duitama.

Estos mismos factores como constitutivos de la maniobra engañosa, fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para proferir sentencia condenatoria por el delito de Estafa. Se dice en la providencia aludida que "...El acusado Luis Alfonso Fajardo para cancelarle a Paipilla parte del precio de la tractomula objeto del contrato, giró ocho cheques por valor de cinco millones de pesos, de chequera que no era suya sino de su esposa Nelly Prieto, pero no imitó la firma de esta señora, sino que estampó la que acostumbra en sus actos públicos y privados, esto es, estampó su propia firma...". Agrega el Tribunal, que esta cuenta no tenía fondos y estaba cancelada por mal manejo y concluye: "...Esta conducta de Fajardo, al tenor de lo ya expuesto, lo ubica dentro del tipo penal de la Estafa... pues en presencia del vendedor del tractocamión, señor Paipilla y aparentando ser el cuentahabiente, firmó los ocho postdatados cheques. Con esta maniobra engañosa indujo en error a Paipilla quien se despojó de la posesión de su vehículo en provecho del comprador y en perjuicio no sólo propio sino de su familia...".

Es innegable entonces, que la maniobra engañosa realizada por el procesado para inducir en error al ofendido es siempre la misma en la dos providencias judiciales censuradas por el actor. En las dos se habla del giro de cheques en chequera ajena y de otras actitudes encaminadas a aparentar una solvencia económica que no poseía el presunto comprador en el momento de celebrar el contrato, aspectos todos estos que en concepto del Tribunal fueron suficientes para inducir en error al vendedor para hacer entrega del bien en las condiciones de que da cuenta la investigación. Siendo ésta la verdad que pregona el proceso, no puede predicarse la disparidad o desacuerdo que entre las dos decisiones alega el recurrente, como motivo de casación. No prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en total 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 recurrida a nombre del procesado Luis Alfonso Fajardo Rodríguez, de fecha, origen y naturaleza ya esbozados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL / PERJUICIOS

La condena a pagar los derivados del delito, no tienen de ninguna manera el carácter de pena, sino que es simplemente una consecuencia del hecho punible. Por no ser, pues, una pena, no opera la prohibición contemplada en los artículos 31 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Penal.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 075.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de septiembre 29 de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a JOSE DARIO PULECIO SIERRA –y a otro procesado– a 16 años de prisión por el delito de Homicidio agravado.

Hechos y actuación procesal:

1. Los hechos materia del proceso los resume con fidelidad el sentenciador de primera instancia así:

"Era la noche del 20 de octubre de 1991, cuando un vehículo Chevrolet amarillo de servicio público inició rápido desplazamiento sobre una de las calles de la vereda Velú-Natagaima. Y al tiempo que se detenía frente a la residencia de la señora María Esther Loaiza, uno de los ocupantes ejecutó alocada descarga de arma de fuego contra esa casa de habitación, de tal suerte que 16 proyectiles quedaron alojados en el frontispicio de la misma.

"Eran las ocho de la noche y los forajidos iniciaron aparatosa retirada hacia la carretera central. Pero atrás había quedado el cadáver de la infortunada mujer llamada Janeidy Esperanza Ramos Loaiza, de 29 años de edad, quien dedicada a sus menesteres cotidianos, fue alcanzada por esa andanada violenta dentro de su casa de habitación; uno es esos proyectiles le había segado la vida.

"Por fortuna, ya se había dado inmediata voz de alarma sobre el cruento hecho y cuando la mazda (*sic*) huía fue interceptado en el Municipio de Saldaña por la Policía de la localidad; en su interior viajaban José Darío Pulecio Sierra y Gonzalo Guarín Mora, quienes fueron puestos a disposición de las autoridades. Varios proyectiles de arma de fuego reposaban en el piso del automotor" (fl. 88-3).

2. El Juzgado Penal Municipal de Natagaima abrió investigación. En sus indagatorias los imputados en mención dicen que estaban discutiendo con la señora de la casa cuando empezó la balacera, sin saber ellos de dónde venían. Guarín Mora dijo que se asustó e hizo unos disparos al aire; Pulecio Sierra, contó que al oír los disparos se subió al carro con rumbo hacia Santafé de Bogotá (fls. 25 y ss.-1).

Se practicaron otras pruebas y se dictó auto de detención por el delito de Homicidio culposo (fls. 56 y ss.-1).

Posteriormente el Juzgado 22 de Instrucción Criminal de Ibagué modificó el cargo y sostuvo que el delito era doloso (fls. 159 y ss.-1).

3. Practicadas otra pruebas se cerró investigación, calificándose el proceso con resolución acusatoria por los delitos de Homicidio agravado por la indefensión contra Pulecio Sierra y considerándose a Guarín Mora como cómplice del mismo. A aquél también se le acusó por el delito de Daño en bien ajeno (fls. 50 y ss.-2).

El Juzgado 1o. Superior del Espinal asumió la causa, practicó unas pruebas y el 10 de noviembre de 1992 el Juzgado 1o. Penal del Circuito, en vigencia del nuevo C. de P.P., celebró audiencia pública (fls. 66 y ss.-3) y dictó sentencia el 15 de diciembre de 1992 (fls. 88 y ss.-3), por medio de la cual, en armonía con la acusación respecto del homicidio,

condenó a Pulecio Sierra a 16 años de prisión y a Guarín Mora a 8 años de dicha clase de pena. Por estimar que el Daño en bien ajeno pasó a ser contravención, expidió las respectivas copias. Igualmente impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal y la suspensión de la patria potestad por el término de 15 años. También condenó al pago de los perjuicios y negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por los defensores de los procesados, el Tribunal, por medio del suyo que recurrió en casación el apoderado de Pulecio Sierra, rebajó a 10 años la primera de dichas penas accesorias, modificó la cuantía de los perjuicios y en lo restante confirmó la sentencia (fls. 24 y ss.-4).

La demanda:

Cinco cargos formula el defensor del procesado recurrente a la sentencia impugnada, bajo la causal tercera de casación referida en el artículo 220 del C. de P.P., y uno con fundamento en la causal primera por "indebida aplicación del artículo 247 del C. de P.P. que exige la certeza para condenar".

Primer cargo.- Afirma el casacionista que el procesado Pulecio Sierra careció de "defensa adecuada" y que "el doctor Espinosa sustituye y asume la defensa de Guarín Mora, convertido posteriormente en contradictor de Pulecio Sierra, lo que hacía incompatible la defensa de los dos. Sin embargo, el Juzgado no remedia esa incompatibilidad en la defensa y desde octubre22 de 1991 hasta enero 27 de 1992, es cuando se aviene a admitir la sustitución de ese poder nunca conferido desde el punto de vista de la facultad para sustituir. Casi tres meses y entretando la investigación caminando y todo el pueblo de Velú como en Fuenteovejuna: Todos a una, sin que hubiera defensor ni adecuada defensa" (fl. 18-5).

Señala como violado el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal (referido a la autorización para sustituir el poder) y solicita que se decrete la nulidad desde el auto que clausuró la investigación.

Segundo cargo.- Afirma el censor que existe violación del debido proceso porque "se le dio personería como sujeto procesal a quien no tenía derecho para constituirse en parte civil" (fl. 19-5), refiriéndose al

padre de la dama víctima y asevera que éste tenía que ser desplazado por el hijo de la misma, que prefiere a aquél según los órdenes hereditarios.

Tercer cargo.- Sostiene el casacionista que se violó el debido proceso porque la Sala de decisión que en el Tribunal revisó el fallo, ya había intervenido en el proceso al conocer de un auto sobre pruebas, razón para tener como materializada la hipótesis de impedimento prevista en el artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarto cargo.- Dice el actor que se violó el principio de la "reformatio in pejus" porque "en materia de penas accesorias hubo agravación y la hubo ya que en el presente caso el Juzgado de primera instancia haciendo uso del arbitrio o discreción dejó en 15 años la suspensión de la patria potestad y el juzgador de segunda instancia por sí y ante sí la elevó al mismo quantum de la pena principal, agravando esa situación y que maltrata constitucionalmente la sentencia. Por otra parte, el juzgador de segunda instancia (*sic*) ante sí y por sí aumentó el valor de los perjuicios morales de 10 gramos oro a cien gramos oro".

Quinto cargo.- "Violación del debido proceso por calificación no sujeta a los hechos investigados", dice el casacionista (fl. 21 infra-5).

Y precisa: "No hay prueba alguna en el proceso que indicie que José Darío Pulecio y su 'cómplice' hayan colocado en estado de indefensión a la víctima fallecida. No la conocían; cuando se acercaban a la casa ladraron los perros y salió la señora y los nietos y ellos se retiraron. No hay prueba alguna de que supieran de que existiera persona alguna allí, máxime cuando vieron a la señora y los muchachos en la calle" (fl. 22-5).

Cita el artículo 83 de la Carta Política cuando dice el casacionista que el procesado actuó de buena fe y que ésta debe en todo caso presumirse.

Cargo único fundado en la causal primera.- El casacionista nuevamente discute aquí el agravante por indefensión y sostiene que la imputación ha debido ser por homicidio culposo o preterintencional. Bajo una muy personal apreciación del material probatorio dice: "Se está

haciendo una aplicación indebida del artículo 247 del C.P.P. que exige la certeza para condenar. No se puede aplicar la agravación de la que no hay certeza como lo hizo el juzgador" (fl. 24 infra).

Pide, en consecuencia, que se case el fallo.

Concepto de la delegada:

1. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, respecto al primer reproche, dice que el actor no señala de qué manera afectó la defensa de Pulecio Sierra las irregularidades que aduce. Hace ver que el apoderado intervino en favor de dicho procesado, lo mismo que luego el defensor sustituto. "A diferencia de lo afirmado por el impugnante –dice–, lo anterior nos muestra cómo el procesado Pulecio Sierra sí contó con una defensa técnica real y efectiva durante el período en cuestión, lo cual se concretó en actuaciones reales encaminadas a cristalizar decisiones en su favor" (fl. 18 cdno. Corte).

Sobre la alegada incompatibilidad en la defensa sostiene que ésta "tampoco comporta mayor incidencia en el fallo por cuanto en los inicios de la investigación entre los sindicados no se manifestó discrepancia alguna, viniéndose a presentar tan sólo a partir del 11 de diciembre de 1991 cuando Gonzalo Guarín Mora se retracta de su inicial afirmación de ser él el autor de los disparos que causaron el homicidio para sindicar directamente de ello a José Darío Pulecio Sierra" (fl. cit.).

Este cargo, concluye, no debe prosperar.

2. La Delegada replica al segundo cargo que "en relación con las personas llamadas a constituirse en parte civil, las bases del proceso adelantado contra José Darío Pulecio y Gonzalo Guarín Mora, tanto en su etapa sumarial como de la causa no muestra vicio alguno en tal sentido que permita afirmar la violación al principio constitucional del debido proceso" (fl. 19) y agrega: "Resulta clara entidad que la ley pretende, ante todo, la satisfacción de los perjuicios económicos y morales, independientemente de la existencia o no de un vínculo de parentesco entre el que solicita la indemnización y la víctima directa del hecho punible" (fl. 20). Acota más adelante: "en el proceso indemnizatorio se

trata de resarcir un perjuicio causado, pero no de definir una herencia o sucesión hereditaria que resulta completamente diverso. Así el artículo indic que tiene derecho a la acción indemnizatoria la persona natural perjudicada con el delito o la persona jurídica legalmente afectada por el mismo, 'o por los herederos o sucesores' ...más nunca dice la norma que el titular de la acción indemnizatoria es el heredero de la víctima..." (fl. 21).

Estima, en consecuencia, que el cargo no debe prosperar.

3. Al cargo tercero responde la Delegada, con cita de jurisprudencia, que la participación judicial a que la ley alude en dicha norma es la que haya tenido el *ad quem* como fiscal en el mismo proceso. Además, corrige el casacionista en cuanto a que la revisión que el Tribunal hizo de dicho auto se dio en la causa y no en el sumario, como aquél sostiene, razón para que el reparo no pueda prosperar.

4. La Delegada guarda silencio acerca del reproche relacionado con el desconocimiento a la *reformatio in pejus* y sobre los perjuicios, anota que "la pena hace referencia a la consecuencia jurídica que soporta el sujeto que ejecuta una conducta que vulnera o coloca en peligro un bien jurídicamente tutelado en la codificación sustancial penal, en tanto que los perjuicios difieren de ella en que su imposición se da como consecuencia de otro efecto generado por el delito, esto es, el rompimiento de la situación económica reinante al momento de llevarse a efecto el mismo. Así las cosas, la imposición del pago de perjuicios no se configura como pena por no participar de los elementos de ésta, sino que constituye la solución civil del imperativo jurídico de restablecer el orden económico roto abruptamente con la ocurrencia punible, tratando de equiparar las cargas entre los comprometidos". Razones éstas que lo mueven a conceptuar la improsperidad del cargo.

5. Dice la Delegada en relación con el quinto reproche que como el actor trata en éste tema probatorio ha debido acudir a la causal 1a. de casación (fl. 25) y dice que si bien es cierto que en la indagatoria no se le interrogó en concreto por la agravante que cuestiona el casacionista, la misma se incluyó en la resolución acusatoria, de donde por ese aspecto tampoco cabe la afirmación de que se violó el derecho de defensa.

Opina que el cargo no debe prosperar.

6. Finalmente la Delegada opina que como en el fondo el casacionista discute en este único cargo la calificación del hecho, ha debido acudir a la nulidad (fl. 28). Agrega que, además, no dice si se trata de violación directa o indirecta de la ley, lo cual "impide a la Sala de Casación Penal el pronunciamiento sobre la pretensión contenida en el cargo, por cuanto su obrar se gobierna por los principios de neutralidad y limitación, en rigor de los cuales el máximo Tribunal de casación no puede, so pena de extralimitar su función, entrar de oficio a llenar los vacíos o carencias técnicas o conceptuales que el libelo sustentatorio del recurso exhiba" (fls. 28 infra y 29).

Conceptúa, pues, que el fallo no debe ser casado.

Consideraciones de la Corte:

Como bien lo ha puntualizado el señor Procurador Delegado en lo Penal, la demanda debe ser desestimada no sólo por las deficiencias de técnica de que adolece, sino, además, por no asistirle razón al casacionista en ninguno de sus reproches. En efecto:

1. El proceso indica, con relación al primer cargo, que ambos procesados dieron inicialmente poder al abogao Pablo Antonio Espinosa Ospina, quien, así, los asistió en sus indagatorias (fls. 25 y ss.).

A partir de esas injuradas el citado profesional abogó por Pulecio Sierra, solicitando pruebas y demandando decisiones en favor de aquél.

El 11 de diciembre de 1991 el procesado Guarín Mora amplía su indagatoria (fl. 188 y ss.-1) y dice que el autor de los disparos fue Pulecio Sierra. El 13 de enero de 1992 el doctor Espinosa Ospina sustituye el poder en el abogado Julián Uribe Medina (fl. 21-2). Para ese entonces estaba corriendo el término para alegar y el 27 siguiente se posesiona el nuevo defensor y alega precalificatoriamente (fls. 30 y ss.-2).

No se ve, pues, de qué modo se haya afectado la defensa de Pulecio Sierra, así no haya su primer apoderado dado cumplimiento

al artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, que exige la autorización expresa del procesado para la referida sustitución. Es una irregularidad ciertamente aceptar una sustitución de defensor sin mediar la autorización expresa del poderdante, pero no de las que afectan lo esencial del debido proceso.

2. Quizás lo más definitivo para contestar el segundo reproche formulado es afirmar que en los procesos de responsabilidad la ley civil no tiene en cuenta los órdenes hereditarios, como que en ellos basta acreditar que el hecho (en este caso punible) originó un perjuicio y entrar a demostrar el mismo.

En ese orden de ideas, José Samuel Ramos Valencia al dar poder para constituirse en parte civil como padre de la víctima (fl. 107-1) estaba enteramente facultado por la ley para hacerlo (art. 149 C.P.P.), motivo por el cual la dicha acusación carece de respaldo jurídico y obviamente, debe fracasar.

3. En cuanto al tercer reproche, ciertamente esta Sala, en providencia que cita la Procuraduría en su concepto (21 de abril de 1993) dijo:

"En repetidas decisiones mayoritarias esta Corporación ha examinado y precisando el alcance que tiene la expresión 'hubiere participado dentro del proceso', señalada en el numeral 6o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que no se aplica al Juez de segunda instancia que como tal deba conocer varias veces del mismo expediente sino al *ad quem* que ha intervenido en primera instancia en el proceso que le corresponde revisar".

Entonces si bien los mismos Magistrados que revisaron el auto sobre pruebas (fls. 8 y ss.-6) fueron los que profirieron la sentencia impugnada, nada se opone a esa doble revisión que no comparte el casacionista, pues queda claro que en ambas dichas oportunidades procesales lo hicieron como juzgadores de segundo grado, evento al cual, como se vio, no se refiere la norma invocada por el impugnante.

No puede triunfar tampoco este cargo, en consecuencia.

4. No es cierta la afirmación del casacionista de que el Tribunal elevó la cuantía de las penas accesorias. Como se dijo en los antecedentes de esta caso ocurrió justamente lo contrario, pues esa Corporación rebajó el monto de esas penas accesorias. En efecto, se dijo al respecto en la parte resolutiva del fallo: "REFORMAR el numeral III de la parte resolutiva de la sentencia apelada en el sentido de condenar a José Darío Pulecio Sierra y Gonzalo Guarín Mora a las penas accesorias de interdección de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por un término igual al de la pena principal privativa de la libertad sin que se superen los máximos fijados en el artículo 44 del C. Penal en el cumplimiento efectivo de las mismas" (fl. 51-4).

A pesar de la no correcta redacción de ese párrafo (aparentemente contradictoria), queda claro que al supeditar la duración de esas sanciones accesorias a los topes fijados en el artículo 44 en mención, la pena de interdicción quedó en 10 años y la de suspensión de la patria potestad en 15 años. Respecto de esta última, si bien no resulta claro el nexo de causalidad que el Tribunal le halló respecto del hecho investigado, nada puede hacer la Corte al respecto pues la demanda ningún reproche le hace a dicha fundamentación.

Con relación a los perjuicios, bien claro ha dicho esta Sala que la condena a pagar los derivados del delito, no tienen ninguna manera el carácter de pena, sino que es simplemente una consecuencia del hecho punible. Por no ser, pues, una pena, no opera la prohibición contemplada en los artículos 31 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Penal.

No prospera el cargo.

5. En realidad, como lo sostiene la Procuraduría al responder el quinto cargo, si el casacionista controvierte la imputación del agravante previsto en el numeral 7o. del artículo 324 del Código Penal, no ha debido seleccionar la causal de nulidad sino acudir a la causal 1a. de casación para pretender que la Corte al quitarle tal agravante dicte el correspondiente fallo de reemplazo.

También tiene la razón la Delegada cuando dice –en respuesta a una velada tesis del censor– que en momento alguno se vulneró el derecho de

defensa del procesado Pulecio Sierra, ya que la acusación es bien clara en cuanto a que el homicidio fue agravado por la indefensión "...esto porque la víctima se encontraba en compañía de dos niños, no sabía del ataque tan vil que le aguardaba y no estaba en condiciones de resistirlo puesto que no tuvo la más mínima oportunidad pues su casa fue totalmente abaleada" (fl. 69-2).

Por otro lado, enteramente fuera de tono la invocación del artículo 83 de la Constitución Nacional, puesto que es sumamente nítido que Pulecio Sierra no adelantaba gestión alguna ante autoridad pública, sino que exhibía no más que su condición de sujeto pasivo de la acción penal.

El cargo es infundado.

6. Un primer aspecto por precisar en el reproche fundado en la causal primera: como en este cargo el actor pretende que le quiten al procesado la circunstancia agravante por indefensión, es obvio que no esté discutiendo de modo alguno la calificación del hecho, como para deducir que ésta es indebida y el proceso deba por tanto anularse. No, cuando tal cosa es sólo lo pedido, está bien seleccionar la causal 1a. a fin de que, si prospera el cargo, la Corte elimine del fallo el agravante y dicte la sentencia correspondiente. Repárase cómo curiosamente éste fue el criterio de la Delegada al conceptuar sobre el último cargo de la causal de nulidad, sin embargo, aquí, opina lo contrario.

Aclarado este aspecto de técnica, ha de observarse cómo la alegación del censor no pasa de ser la expresión de sus simples criterios personales, demasiados subjetivos por cierto, en torno al material probatorio. Por parte alguna dice en qué consistió el posible error del sentenciador y mucho menos la incidencia del mismo en el fallo respecto de la agravación que cuestiona.

Ante ello, como dice la Delegada, la Sala se queda sin razones para replicar o compartir y no tiene otro camino sino, por sustracción de materia, desatender al cargo.

Así, pues, el fallo no se casará.

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 impugnada. En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / ERROR DE DERECHO / INSPECCION JUDICIAL

Cuando se ataca la prueba en casación por error de derecho por falso juicio de legalidad, con insistencia lo ha dicho la Sala, la impugnación no queda satisfecha con la sola enunciación del reproche y la indicación del medio criticado, sino que es necesario probar que el sentenciador al estimar la prueba le dio validez a un elemento de persuasión aducido al proceso sin las formalidades exigidas por la ley, para cuyo efecto el actor debe señalar el precepto o preceptos que establecen los requisitos para la aportación de la prueba cuestionada y que se dicen omitidos, y que a través de esta violación medio, se verificó efectivamente la transgresión de una norma sustancial como violación fin, y en qué sentido, lo cual impera ser igualmente precisado por el censor. Sabido es que las dos modalidades del error de derecho son excluyentes, pues el falso juicio de legalidad trae como consecuencia la inexistencia jurídica de la prueba, en tanto que el falso juicio de convicción se acepta que la prueba fue legalmente aducida al proceso y lo que se cuestiona es su valoración, reproches que al plantearse simultáneamente atentan contra el principio de no contradicción, y si a ello se añaden argumentos propios de la nulidad, se está desconociendo la autonomía de las causales de casación (primera y tercera). /Cabe advertir que el proveído en mención (el que ordena la inspección judicial) no se encuentra entre las providencias que deben notificarse conforme a lo estatuído por el artículo 174 del C. de P.P. vigente para la época en que se profirió, pues cuando se decretan las pruebas solicitadas como allí ocurrió, el auto es de sustanciación, no así cuando se trata de negarlas, pues en tal evento, la providencia debe ser interlocutoria. Mal puede hablarse de ilegalidad de la aducción o la práctica de la diligencia en la inspección judicial, cuando no se exige como requisito de procedibilidad o validez la presencia del imputado así éste se encuentre detenido, como se

desprende de lo regulaado por los artículos 262, 263 y 264 del Decreto 050/87, luego la censura por este motivo, carece además de fundamento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 75.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la demanda de casación presentada por el defensor del procesado FERMIN LACHE contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero penal del Circuito del Cocuy, modificándola en el sentido de disminuir la pena de prisión de dieciséis (16) años a ciento veintiséis (126) meses, por el delito de Homicidio simplemente voluntario.

I. Hechos:

Fueron resumidos por el Tribunal así:

> "El 9 de octubre de 1991 a eso de las siete de la mañana en el sitio Palo Blanco, vereda Santa Ana, de la comprensión municipal de El Espinal, murió en forma violenta MARINO CAMPOS LACHE MOJICA, mediante la utilización de arma de fuego. Como sujeto agente de esta acción delictiva se ha señalado en el proceso al señor FERMIN LACHE.
>
> "Clodomiro Lache y Fermín Lache son hermanos maternos comoquiera que según partida de bautismo son hijos de Emperatriz Lache. Marino Campos (el occiso, hijo de Clodomiro y por tanto sobrino de Fermín (el procesado). Entre las familias de los mencionados hermanos se presentaron discusiones que generaron animadversión, al punto que en alguna ocasión Plinio Lache (hijo de Clodomiro y hermano del hoy occiso Marino

Campos) lesionó a Fermín (su tío) y por esa acción fue condenado.

"Según el texto de la denuncia, el señalado día 9 de octubre de 1991 Clodomiro Lache y su hijo Marino Campos salieron de casa como a las seis y treinta de la mañana rumbo a la finca "Mortiñal" para realizar allí algunos trabajos. Clodomiro que debía dejar una "bebida" en casa de sus hijas se apartó del camino, pero le dijo a Marino que lo esperara para continuar juntos; este consideró que se les haría tarde, por lo que manifestó a su padre que continuaría solo, que luego él le diera alcance. Se distinciaron aproximadamente en 800 metros; Clodomiro alzó la mirada para ubicar a su hijo y se percató que pasaba una cuerda de alambre, observó que Marino volteó a mirarlo y advirtió la presencia de Fermín que regresaba de "El Mortiñal" y en ese instante oyó la detonación de un solo disparo. Levantó la mirada y vio que su hijo cayó y Fermín presuroso se retiraba; se cruzaron por el camino sin decirse nada, Clodomiro apuró la marcha y al llegar a la cerca de alambre y pasarla vio que como a unos dos metros su hijo yacía en el piso ya muerto. En el acto y conturbado por el drama, gritó a su hermano Fermín '...me mató a mi hijo...'. Fermín lo volteó a mirar y continuó su camino. Clodomiro también se retiró de allí para contar no sólo a su familia sino a la justicia lo ocurrido".

II. Actuación procesal:

El Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal abrió la correspondiente investigación penal con base en las diligencias practicadas por el mismo despacho, vinculó al proceso mediante indagatoria a FERMIN LACHE, resolviéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio.

Cerrada la investigación, el instructor calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de marzo 11 de 1992, con resolución de acusación contra el inculpado por ser presunto autor responsable del delito de homicidio.

Ejecutoriado el pliego de cargos; avocado el conocimiento del proceso por el Juzgado Primero Superior de Santa Rosa de Viterbo; declarada la apertura del juicio a pruebas y ordenadas la mayoría de las solicitadas por las partes, se remitió el expediente al Juzgado Penal del Circuito del Cocuy por competencia, en razón de la entrada en vigencia del nuevo C. de P.P. Este despacho ordenó el trámite de la causa de conformidad con el nuevo estatuto procedimental –art. 446–, y cumplido lo anterior celebró la audiencia pública.

En la sentencia de primera instancia se condenó a FERMIN LACHE como autor responsable del delito de homicidio agravado, imponiéndole la pena principal de 16 años de prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, el pago de los perjuicios materiales y morales en el equivalente en moneda nacional de 800 y 200 gramos oro, respectivamente, y se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Tribunal confirmó el fallo anterior con la modificación ya reseñada.

III. La demanda:

El actor invoca la "CAUSAL PRIMERA" de casación y formula dos cargos.

Primer cargo:

Acusa la sentencia por haber incurrido en "un error de derecho, por vicios en la práctica de la prueba, por falso juicio de legalidad del sentenciador, lo cual constituye violación indirecta de la ley sustancial".

Aduce que a solicitud de la defensa se practicó diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, para determinar dónde tuvieron ocurrencia, si la vía era camino público, la ubicación de la residencia del procesado, si para salir o llegar a ella se requiere la utilización de esa vía, y la distancia entre la casa de FERMIN LACHE y el sitio donde fue muerto Marino Campos. Se pretende con esta prueba "demostrar circunstancias esenciales para poder ejercer adecuadamente la defensa del imputado".

Agrega que a pesar de que en el auto que ordenó la diligencia se dispuso comunicarla tanto al procesado como al defensor, no aparece constancia de que ello se cumpliera, y así fue como la prueba se verificó sin su asistencia. En esa ocasión, Clodomiro Lache, padre del extinto, modificó sustancialmente las distancias que suministró en sus versiones juramentadas iniciales y de tal forma afectó la responsabilidad del procesado, pues no tuvo oportunidad de controvertir los falaces cargos de su hermano. A pesar de tales anomalías el Tribunal consideró esta inspección como válidamente practicada y consecuentemente le otorgó un valor probatorio del que carece.

Segundo cargo:

Plantea el censor, que el fallo del Tribunal "acusa indirecta transgresión de la ley sustancial, porque se valoró erróneamente la prueba aportada y se concluyó que los hechos de cuya autoría se sindica a mi mandante están demostrados plenamente, cuando esto no es cierto.

Dice que el fallador tiene "como veraces" las incriminaciones formuldas por el señor Clodomiro Lache, padre del occiso y hermano del encausado, sin tener en cuenta la grave enemistad de vieja data que separaba la familia, "es decir, que el testimonio del mencionado denunciante no se sometió a una adecuada crítica".

Agrega que "sin que se realizara una evaluación de los medios probatorios", el Tribunal afirma que "A esta conclusión de autoría y consiguiente responsabilidad penal se llega luego de analizar en conjunto los elementos de juicio al proceso aportados...", cuando lo cierto es que no hubo análisis ponderado de todo el acervo probatorio, pues se dejaron de lado los testimonios de Alirio Méndez Meza, Pedro Luis Hernández Puentes y Eduardo Pedraza, de los cuales "se establece que MARINO CAMPOS LACHE era persona belicosa, con muchos enemigos hasta el punto que uno cualquiera de ellos pudo ser el autor de la muerte, y tampoco se tuvo en cuenta la aseveración de parientes inmediatos del extinto" quienes refieren que las discordias con FERMIN habían cesado tiempo atrás y por tanto resultaba y resulta ilógico que, después de un lapso relativamente largo, tomara la decisión de quitar la vida a su sobrino.

Solicita que se case la sentencia recurrida, "dictando el fallo que en derecho corresponde, pues es ostensible la violación del art. 247 del Decreto 2700 de 1991.

IV. Alegaciones del no recurrente:

El apoderado de la parte civil presentó un escrito ante el Tribunal, en el cual solicita que no se case la sentencia, pues la prueba del hecho se encuentra en el expediente.

En relación con el primer cargo formulado en la demanda, expresa que "no tiene razón de hecho ni de derecho", por lo que no puede fundamentar la violación indirecta de la ley sustancial, ya que es el defensor quien pide la inspección judicial y se esperaba, entonces, su activa intervención en la diligencia, debiendo estar atento cuando se decretó y practicó.

Respecto del segundo cargo planteado en el libelo, se limita a decir que las declaraciones citadas no son ciertas, razón por la cual solicitó al Juzgado en la audiencia pública la correspondiente investigación para el delito de falso testimonio.

V. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia, porque los cargos formulados en la demanda deben ser rechazados, teniendo en cuenta las imperfecciones técnicas y sustanciales en la elaboración del libelo.

Expresa que de manera confusa y carente de técnica, formula y desarrolla el censor los cargos que enrostra al fallo de segundo grado.

Al respecto dice, que no se señala la causal o causales de casación en las que se hace residir las acusaciones, pues se refiere el demandante *in generi*, a las consagradas en el artículo 220 del C. de P.P., sin especificar una determinada, sin citar ninguna norma sustancial que se considere infringida a consecuencia de las infracciones denunciadas, ni por qué concepto o en qué sentido, pues

el único precepto al que se alude en el petitum de la demanda –art. 247 del C. de P.P.– es de carácter procesal, y por consiguiente, se ignora en qué consiste la transgresión de la ley sustancial, deficiencia a la que se añade la falta de una petición concreta de fallo sustitutorio, por lo que definitivamente es imposible saber cuál es la real pretensión del libelista, y no pudiendo la Corte entrar a corregir estos vacíos, se vislumbra la imposibiliad de acometer su estudio de fondo.

Cargo primero:

Frente a los argumentos esgrimidos por el impugnante, la Delegada hace las siguientes acotaciones: El auto que ordena la práctica de pruebas en el sumario, no se encuentra dentro de las providencias que deben notificarse conforme a lo estatuído en el art. 174 del C. de P.P. vigente para la época en que se profirió, ni aún en el actual, con base en el art. 186, habiéndose considerado tradicionalmente por la jurisprudencia, que ésta determinación procede tomarla mediante auto de sustanciación.

Señala que para la práctica de la diligencia de inspección judicial, no se exige como requisito procedimental, ni para su cumplimiento, la presencia del imputado, aún cuando como en el presente caso, se encontraba detenido, tal como se desprende de lo regulado por los arts. 262, 263 y 264 del Decreto 050/87.

De lo anterior colige, que mal podría hablarse de vicios de legalidad en la adución o práctica de esta diligencia, cuando los hechos "anómalos" según el censor, y que en su concepto determinarían la invalidez de dicha prueba, no se hallan consagrados legalmente como requisito de validez intrínseca de la inspección, como surge de las normas señaladas en precedencia, luego no tiene razón de ser la censura por el motivo planteado por el censor.

Agrega que cosa distinta sería que el Juez, teniendo el deber de comunicar la orden de la prueba a las partes y especialmente al detenido o a su defensor, en desarrollo de los principios de lealtad, publicidad y contradicción que rigen, entre otros, el proceso penal, a consecuencia de su desconocimiento se hubiera vulnerado efectivamente el derecho a la defensa –que forma parte del debido proceso– y del cual constituyen aquellos algunas de sus

expresiones; evento éste en que la acusación estaría mal encaminada, dado que ha debido fundarse en la causal tercera de nulidad, y no en la que acusa el libelista, advirtiéndose que entremezcla desacertadamente argumentos propios de la primera, en desarrollo de esta última.

Para efecto de establecer si en el caso de autos se conculcó el derecho a la defensa del procesado, observa que el auto por el cual se ordenó la práctica de la diligencia de inspección al lugar de los hechos, solicitada por el defensor del inculpado, dispuso comunicar la determinación al defensor por medio de telegramas (fl. 70).

Pese a que no aparece constancia de haberse producido la comunicación en dicha forma como lo dijo en censor y lo asumió el *ad-quem*, sí se dejó constancia al principio de la diligencia de inspección acerca de que "...el Dr. LAUREANO ARENAS AYALA, defensor del procesado a pesar de habérsele comunicado oportunamente no compareció" (fl. 78).

Esta constancia no fue controvertida por el defensor de turno durante su actuación en el desarrollo ulterior del proceso, pues el doctor Arenas Ayala jamás objetó su veracidad ni después de realizada la diligencia, ni en el escrito de alegaciones previas a la calificación del sumario, ni hasta que en la etapa de la causa presentara renuncia del caro, y que tanto el casacionista como el Tribunal pasaron por alto, lo que deja sin piso el fundamento de la censura, pues no resulta cierto que la prueba se hubiese practicado a espaldas del procesado y su defensor.

En lo que tiene que ver con el principio de contradicción en relación con este medio de certeza, y el hecho de que en su práctica el testigo principal de cargo, hubiese modificado sustancialmente las distancias, sin que la defensa hubiese tenido la ocasión de plantear allí mismo la controversia, hubo la posibilidad de hacerlo durante el desarrollo posterior de la actuación, y en el fallo sin desconocer este hecho, el Tribunal expresamente se refiere a esta circunstancia, pero no halló mérito para restar credibilidad al acervo probatorio, en cuyo análisis se fundó el juicio de responsabilidad y la consiguiente condena del procesado.

De lo anterior infiere que además de no hallarse en el trámite del proceso vicio *in procedendo* que amerite la declaración oficiosa de

nulidad, en el fondo la censura lo que toca es un problema de valoración, desplazándose hacia el ámbito distinto de la causal invocada, lo que hace, junto con las deficiencias antes anotadas, predicar definitivamente su fracaso.

Cargo segundo:

Dice el Procurador, que sin precisar el sentido de la transgresión indirecta de la ley sustancial que acusa al casacionista, pues no señala si la acusación se funda en errores de hecho o de derecho, ni la modalidad de los yerros enunciados, se plantea esta tacha entremezclando en su desarrollo, indistinta y desacertadamente argumentos propios de una y otra clase de error *in iudicando*, cuando esto pugna con la técnica del recurso.

Es así, que primero ataca el mérito de credibilidad que ofreció al sentenciador el testimonio principal de cargo –el de Clodomiro Lache–, aduciendo que éste no se sometió a una adecuada crítica, pero desconociendo que los errores de derecho originados en falsos juicios de convicción como se deduciría es el alegado, no pueden aducirse respecto de medios como el testimonial porque no se hallan sometidos a tarifa legal sino a la libre persuasión del juez, razón por la cual el reparo en este evento resulta a todas luces improcedente.

Respecto a la afirmación de que no hubo evaluación de todos los medios probatorios, porque se dejaron de lado algunos testimonios –cita cuatro–, señala el Procurador, que basta leer el aparte de la sentencia que transcribe, para darse cuenta que es realmente infundada esta acusación, pues el hecho originado en un falso juicio de existencia que se infiere de la censura no es cierto, advirtiéndose que en el fono lo que objeta el actor es la valoración probatoria asignada por el juzgador a estos medios, con la que no está de acuerdo, siendo inadmisibles las posturas tendientes a controvertir las conclusiones del fallador en casación, por lo que el reparo deberá rechazarse.

V. Consideraciones de la Corte:

1o. Desde el punto de vista de la técnica de la demanda es procedente hacer algunas observaciones, atinentes a fallas que atentan contra las exigencias de este extraordinario recurso. Veamos:

a) Encuentra la Sala, que le asiste toda la razón al señor Procurador Delegado, cuando señala la manera confusa y carente de técnica como el libelista formula y desarrolla los cargos que enrostra a la sentencia recurrida, y quizá por ello, la Delegada pasó por alto que pese a que inicialmente se hace referencia en forma genérica a las causales consagradas en el artículo 220 del C. de P.P., seguidamente si se especifica una, la "CAUSAL PRIMERA".

b) Lo que si es evidente como lo señala la Procuraduría, es que el censor no cita ninguna norma de derecho sustancial que pueda resultar infringida a consecuencia de las infracciones denunciadas, ni por qué concepto o en qué sentido, pues el único precepto que cita en el petitum de la demanda –art. 247 C.P.P.– es de carácter procesal.

c) A la anterior deficiencia se aunan la falta de concreción tanto en el desarrollo de los cargos –se entremezclan argumentos que corresponden a diversos errores–, como en la petición que se hace del fallo sustitutivo –que se limita a que sea dictado el que "en derecho corresponde"–, por lo que no es posible saber cuál es la real pretensión del libelista.

2o. Cargo primero:

El casacionista acusa error de derecho originado en un falso juicio de legalidad, en razón de los "vicios en la práctica" de la inspección judicial al lugar de los hechos.

Cuando se ataca la prueba en casación por error de derecho por falso juicio de legalidad, con insistencia lo ha dicho la Sala, la impugnación no queda satisfecha con la sola enunciación del reproche y la indicación del medio criticado, sino que es necesario probar que el sentenciador al estimar la prueba le dio validez a un elemento de persuasión aducido al proceso sin las formalidades exigidas por la ley, para cuyo efecto el actor debe señalar el precepto o preceptos que establecen los requisitos para la aportación de la prueba cuestionada y que se dicen omitidos, y que a través de esta violación medio, se verificó efectivamente la transgresión de una norma sustancial como violación fin, y en qué sentido, lo cual impera ser igualmente precisado por el censor, aspectos que en el caso de

la demanda en estudio se echan de menos, como bien lo señaló el Colaborador Fiscal.

El libelista no logró precisar cuál era el presunto error del fallador, y por ende se desconoce cuál es su verdadera pretensión, pues inicialmente aduce que la inspección judicial no podía ser considerada como "válidamente practicada" –falso juicio de legalidad–, luego critica al fallador porque haberle "otorgado un valor probatorio del que carece, al emitir la sentencia", ya que en "esa ocasión, el señor CLODOMIRO LACHE, padre del extinto, modificó sustancialmente las distancias que suministró en sus versiones juramentadas iniciales y en tal forma afectó la responsabilidad de mi poderdante" –falso juicio de convicción–, simultáneamente alega que al haberse practicado la diligencia solicitada por el defensor con el objetivo de demostrar circunstancias especiales para poder ejercer la defensa del imputado, sin la presencia de este, el procesado "no tuvo oportunidad de controvertir los falaces cargos de su hermano", planteando veladamente una nulidad por violación del derecho a la defensa, lo que finalmente lleva a que no se demuestre ni lo uno, ni lo otro.

Sabido es que las dos modalidades del error de derecho son excluyentes, pues el falso juicio de legalidad trae como consecuencia la inexistencia jurídica de la prueba, en tanto que en el falso juicio de convicción se acepta que la prueba fue legalmente aducida al proceso y lo que se cuestiona es su valoración, reproches que al plantearse simultáneamente atentan contra el principio de no contradicción, y si a ello se añaden argumentos propios de la nulidad, se está desconociendo la autonomía de las causales de casación (primer y tercera).

De otro lado, no es cierto que en el auto de diciembre 5 de 1991, que ordenó la inspección judicial, se hubiera dispuesto la comunicación de ella al procesado, aunque sí al defensor en forma telegráfica. Cabe advertir que el proveído en mención no se encuentra dentro de las providencias que deben notificarse conforme a lo estatuído por el artículo 174 del C. de P.P. vigente para le época en que se profirió, pues cuando se decretan las pruebas solicitadas como allí ocurrió, el auto es de sustanciación, no así cuando se trata de negarlas, pues en tal evento, que no es el que aquí ocurre, la providencia debe ser interlocutoria.

La Sala de acuerdo con el Ministerio Público, encuentra que mal puede hablarse de ilegalidad en la adución o práctica de la diligencia de inspección judicial, cuando no se exige como requisito de procedibilidad o validez la presencia del imputado así éste se encuentre detenido, como se desprende de lo regulado por los artículos 262, 263 y 264 del Decreto 050/87, luego la censura por este motivo, carece además de fundamento.

Tampoco es cierto que se haya conculcado el derecho a la defensa del procesado, pues no obstante no aparecer constancia de haberse producido la comunicación telegráfica ordenada, como lo dijo el censor, es del caso observar que el juzgador *a-quo*, sí dejó constancia al principio de la diligencia, en el sentido de que "...el Dr. LAUREANO ARENAS AYALA, defensor del procesado a pesar de habérsele comunicado oportunamente no compareció a esta diligencia...".

Esta constancia no fue controvertida por el abogado citado, pues jamás objetó su veracidad, ni después de realizada la diligencia ni en el escrito de sus alegaciones previas a la calificación del mérito del sumario, como tampoco en la etapa del juicio antes de presentar renuncia del poder otorgado por el procesado.

La inasistencia del acusado y su defensor a la diligencia de inspección judicial no es consecuencia de un error que se pueda atribuir al instructor, puesto que el abogado no solicitó la presencia del procesado, y si hubiera estado atento, como le correspondía, al auto que la decretó y a la práctica de la misma, nada le impedía que asistiera a ella.

Como bien lo destaca el Ministerio Público, si bien es cierto que en el curso de la diligencia en mención, el testigo principal del cargo modificó sustancialmente las distancias sin que la defensa hubiera tenido ocasión de plantear allí mismo la controversia, también lo es que tuvo toda la posibilidad de hacerlo durante el desarrollo posterior de la actuación, y en el fallo el Tribunal se refiere expresamente a tal circunstancia pero no halló mérito para restar credibilidad al acervo probatorio, en cuyo análisis fundó el juicio de responsabilidad penal y consiguiente condena en contra del procesado.

Los atropellos a la técnica casacional y la reducción de su discurso a un simple alegato de instancia en que se pretende la prevalencia de las

propias conclusiones del censor a las del Tribunal, inexorablemente conducen al rechazo de la censura. Así lo declarará la Sala.

No hallándose vicio *in procedendo* en el trámite del proceso, tampoco hay mérito para la declaratoria oficiosa de nulidad alguna.

Segundo cargo.

Lo primero que se advierte en la formulación de esta censura, es la vaguedad y la imprecisión que la domina. Se trata ciertamente de una violación indirecta en la que ni siquiera se cita la norma sustancial presuntamente vulnerada, y tampoco se precisa su modalidad, al punto que no se sabe si se funda en un error de hecho o de derecho, pues se entremezclan indistinta y desacertadamente argumentos propios de una y otra clase de error *in iudicando*, alegación contraria a la técnica de este extraordinario recurso.

En primer término se ataca la credibilidad que al fallador le mereció el testimonio principal de cargo, porque "no se sometió a una adecuada crítica", al no tener en cuenta "la grave enemistad de vieja data que separaba la familia"; parecía que lo que se pretende plantear es un error de derecho por falso juicio de convicción, el cual no tiene la posibilidad de prosperar, entre otras razones, porque en el mismo aparte del libelo, se afirma que tampoco se tuvo en cuenta la aseveración de parientes inmediatos del extinto, quienes refieren que las discordias con FERMIN habían cesado tiempo atrás, alegación evidentemente contradictoria, puesto que simultáneamente se está afirmando y negando la existencia de la enemistad grave que separaba la familia: lo primero para atacar el testimonio de CLODOMIRO LACHE, padre del occiso y hermano del encausado, y lo segundo con el fin de intentar plantear un presunto error de hecho por falso juicio de existencia en relación con unos testimonios que no se citan.

Finalmente, lo que trata de hacer el censor es imponer su propia valoración probatoria a la del sentenciador, al concluir respecto al procesado, que "resulta ilógico que después de un lapso relativamente largo, tomara la decisión de quitar la vida a su sobrino", argumentación que resulta realmente inaceptable en casación.

Para completar la desatinada alegación de la demanda, contrariando la realidad de la sentencia atacada, se afirma que "no hubo análisis profundo de todo el acervo probatorio, pues se dejaron de lado" los cuatro testimonios que cita el libelista, con los cuales se establece que el obitado era persona belicosa, con muchos enemigos, cualquiera de los cuales pudo ser el autor del homicidio.

Sobre este aspecto el Tribunal en la providencia recurrida dijo textualmente:

> "En el término probatorio de la causa y para demostrar que el occiso Marino Campos no sólo tenía enemistad con Fermín Lache y su familiar, sino con la gente de la vereda donde vivía, y por tanto uno cualquiera de ellos pudo ser el autor del hecho aquí investigado, se recibieron los testimonios de Alirio Méndez, fl. 227, Eduardo Pedraza, fl. 297 y Luis Alberto León Carreño, fl. 299, quienes manifiestan que Marino Campos tenía como enemigos a Pedro Luis Hernández Puentes (a quien en alguna ocasión lesionó con cuchillo) y a Segundo Núñez Barón (pues en Chiscas le hizo a éste dos tiros) amén de otros enemigos que se había ganado dada su peligrosidad y mala conducta en general, pero lo cierto es que según el testigo Clodomiro Lache, en el sitio y hora de los hechos no vio a ninguno de los señalados potenciales enemigos señores Hernández o Núñez, ni a ninguna otra persona diferente a Fermín Lache, luego la imputación que del hecho se hace recaer de modo exclusivo en su persona, merece toda credibilidad...".

De la anterior transcripción, surge con meridiana claridad, que el error de hecho originado en un falso juicio de existencia que se infiere de la censura, no tuvo ocurrencia en el caso de autos. Lo que pasa es que en el fondo la inconformidad del libelista radica en que no está de acuerdo con la valoración probatoria asignada por el sentenciador a estos medios de convicción.

Como lo ha sostenido reiteradamente la Sala, analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo con la sana crítica para tomar una decisión, es función que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el

planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegaciones no es otra cosa que la contraposición de criterios del impugnante al del sentenciador, práctica inocua ante la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo.

El cargo será desestimado.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO / RESPONSABILIDAD PENAL

Aducir que no estaba llamado el Juez a llamar de manera directa a la mujer interesada en el dinero, por cuanto había producido edicto emplazatorio en virtud del cual se citaba en forma indeterminada a todos los que se creyeran con algún derecho sobre los dólares incautados, es un argumento defensivo que no resulta aceptable, frente al deber que le impone al funcionario el artículo 37-4 del Código de Procedimiento Civil, pues no puede desconocerse que el Juez goza de facultades de impulso procesal, de disposición o injerencia en el desarrollo y resultado del proceso, aún en materia probatoria, lo que le exige una participación activa en el manejo y dirección del asunto sometido a su conocimiento y decisión. /El artículo 706 del Código Civil preceptúa que para que un bien mueble pueda calificarse de "mostrenco" se requiere inexorablemente que carezca de "dueño aparente o conocido". /La responsabilidad penal es individual y personalísima y muy especialmente tratándose de juzgar la culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete de Rangel.*

Aprobado Acta número 76.

Vistos:

Llegado el momento oportuno, entra la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA, ex-Juez Veinte Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, contra la sentencia del Tribunal Superior de esta misma ciudad, que lo condenó

por el delito de prevaricato, por hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1982.

Hechos investigados:

El 8 de octubre de 1980 en el aeropuerto internacional "El Dorado" de esta ciudad, funcionarios aduaneros incautaron la suma de U.S.$830.040 dólares americanos, que fueron hallados dentro de unas cajas de mercancía –televisores– provenientes de Miami (Estados Unidos) y con destino a la señora Cecilia de Aparicio, dinero que fue puesto a disposición de la Superintendencia de Control de Cambios que lo depositó en una cajilla de seguridad del Banco de la República.

El 16 de febrero de 1982, el doctor Francisco Antonio Rodríguez, en su condición de apoderado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presentó demanda contra personas indeterminadas para que previo el trámite del proceso abreviado previsto en el Código de Procedimiento Civil, se declarara bien mostrenco los dólares incautados disponiendo su entrega a la entidad demandante.

El Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, admitió la demanda el 4 de marzo de 1982, y dentro del trámite del proceso respectivo, dispuso oficiar a la Superintendencia de Control de Cambios para que esa entidad comunicara al citado despacho judicial acerca del "curso, existencia y resultados de la investigación", que sobre la incautación de las divisas se tramitaba en la citada oficina del Estado.

La Secretaría del Juzgado Civil del Circuito en mención, recibió el 27 de julio de 1982, el oficio No. 001232 suscrito por el Jefe de División de Investigaciones de la Superintendencia de Control de Cambios, en el cual se comunica al Juez SANCHEZ VEGA textualmente lo que sigue:

> "Este Despacho por auto de fecha diciembre 15 de 1980 abrió investigación administrativa contra la señora CECILIA DE APARICIO por presuntas violaciones al Régimen de Cambios y Comercio Exterior.

"La investigada rindió declaración sin fórmula de juramento donde manifestó *que la dueña en las divisas retenidas era la señora MARLEN NAVARRO* dueña de la Compañía llamada N.P.A. Export en Miami Florida en estas condiciones *se tomó juramento de rigor y reafirmó lo dicho anteriormente.*

"Por auto de fecha 26 de enero de 1981 se vinculó a la investigación a *la señora MARLEN NAVARRO quien rindió indagatoria manifestando ser la propietaria de los dólares retenidos*". (Subraya fuera de texto).

Se agrega en tal comunicación que se han tomado una serie de declaraciones, entre ellas la del señor CORREDOR de la Bolsa Nacional Agropecuaria con quien ha tenido negociaciones la señora MARLEN NAVARRO y al señor NUMA POMPILIO APARICIO, esposo de CECILIA DE APARICIO y Gerente de la firma N.P.A. Export. Que "se ordenó la traducción de unos documentos que obran en idioma inglés, aportados por la señora MARLEN NAVARRO" y que una vez perfeccionada la instructiva se tomará decisión de fondo y se remitirá copia de ello al Juez para su conocimiento.

El 9 de septiembre de 1982, el Juez Veinte Civil del Circuito de Bogotá, doctor JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA, profirió sentencia de primera instancia disponiendo en su parte resolutiva lo siguiente:

"1o.DECLARASE bien mostrenco la suma de OCHOCIENTOS TREINTA MIL CUARENTA DOLARES (U.S.$830.040) AMERICANOS, suma ésta incautada por las autoridades competentes en el Aeropuerto Internacional 'El Dorado' de Bogotá y los cuales se encuentran a órdenes de este Despacho en el Banco de la República.

"2o.Por la anterior razón, declárase que pertenecen al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la suma de dinero referido de conformidad a lo dispuesto por el art. 66 de la Ley 75 de 1968. Ofíciese al Banco de la República para que proceda a hacer entrega a la Entidad correspondiente del dinero mencionado.

"3o. CONSULTESE este fallo en el Superior".

El Juez fundamentó su decisión en los siguientes términos:

> "De los hechos de la demanda y de la constancia expedida por la Superintendencia de Control de Cambios se desprende que los dólares fueron abandonados por sus propietarios y hasta la fecha nadie ha acreditado ni pretendido ser dueño de tales billetes..."
>
> "...quienes pretendieron violar la ley son remisas a comparecer ante las autoridades competentes para demostrar protección de ellos en defensa de sus intereses... no se sabe quién o quiénes sean los dueños de los dólares incautados...".

Actuación procesal:

1o. La investigación penal la inició el Tribunal, con base en las copias emitidas por la Procuraduría General de la Nación, que efectuó una exhaustiva y prolongada investigación sobre el proceso abreviado de "declaración de bienes mostrenco".

Llamado a rendir indagatoria el doctor JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA, expuso que al proceso no se había presentado ninguna persona a cuestionar el derecho invocado por la parte demandante, y el Juez no podía hacer surgir un derecho en favor de quien no se había presentado, luego la motivación de la sentencia se ajusta plenamente tanto a las exigencias legales como a las jurisprudenciales.

Agrega que es "posible" que la Superintendencia de Control de Cambios le hubiera oficiado sobre tal situación, pero que lo que ocurre es que quienes ante ella reclamaban sabían que esos dólares estaban embargados y secuestrados por cuenta del juzgado, por lo tanto, debían haberse hecho presentes a hacer valer sus presuntos derechos en el proceso, y que además en la oportunidad señalada en la ley se había emplazado debidamente a todos aquellos que pretendían algún derecho sobre los dólares incautados con los resultados conocidos.

2o. Clausurada la etapa investigativa, el Tribunal calificó el mérito del sumario con auto de proceder calendado en abril 28 de 1987 contra el doctor SANCHEZ VEGA, por el delito de prevaricato por acción.

Apelada la anterior decisión, la Corte en providencia de septiembre 18 de 1987, concluyó que la decisión recurrida merecía integral confirmación.

3o. El Tribunal en auto de abril 6 de 1990, accediendo a la solicitud del procesado, dispuso "DECRETAR" la acumulación de las causas que por los delitos de prevaricato en concurso homogéneo –proceso identificado con el No. 5-9887, denunciante Emilio Restrepo –venía tramitando la Sala Decisión Penal presidida por el Magistrado Doctor Humberto Gutiérrez Ricaurte, con la que por el mismo delito adelantaba la Sala que hizo este pronunciamiento, identificada con el No. 5-242-85, siendo de oficio por copias expedidas por la Procuraduría General de la Nación.

4o. Tramitada la etapa del juicio y practicada la audiencia pública, el Tribunal dictó sentencia el 18 de agosto de 1992, en virtud de la cual condenó al procesado SANCHEZ VEGA a la pena de treinta (30) meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable de los delitos de prevaricato por acción (4) en concurso homogéneo y sucesivo y los absolvió por el punible de prevaricato por omisión. Le otorgó al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

5o. El Tribunal concedió el recurso de apelación impetrado por el procesado contra la sentencia anterior.

6o. Esta Corporación, mediante proveído aprobado según acta No. 139 de noviembre 24 de 1992, decretó la cesación de procedimiento seguido contra el ex-Juez JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA, por el delito de prevaricato por acción ocurrido el 9 de septiembre de 1982, dentro del proceso abreviado de declaración de bienes mostrencos, concretamente por haber llegado prescrita la acción penal por el punible referido.

En la misma decsión le confirmó al procesado SANCHEZ VEGA la condena impuesta por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá por el delito de prevaricato por acción en concurso, causa que había sido acumulada a la anterior en la oportunidad procesal correspondiente.

7o. El mismo día en que la Sala dictó sentencia, entró al despacho del Magistrado Ponente un memorial suscrito por el doctor SANCHEZ VEGA, en el cual recusó a la Sala de Casación Penal con fundamento en el numeral 4o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, recusación que fue resuelta en el sentido de que no era procedente darle trámite, por cuanto llegó cuando la sentencia ya estaba dictada, situación que impedía toda consideración al respecto.

8o. El doctor SANCHEZ VEGA dentro del término de ejecutoria de la sentencia de la Corte presentó dos memoriales, en uno de los cuales renunció a la prescripción de la acción decretada en el fallo, y en otro formuló petición de nulidad.

Esta Corporación en auto de abril 29 de 1993 se pronunció al respecto así: Decreta la nulidad de la cesación de procedimiento dictada por prescripción de la acción penal, en la providencia aprobada el 24 de noviembre de 1992. Declara la ruptura de la unidad procesal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, y ordena que en firme esta decisión regresen las diligencias al despacho para resolver sobre la recusación formulada a la Sala.

9o. En proveído de junio 29 de 1993, se resuelve, no reponer la anterior providencia que fue recurrida por el procesado SANCHEZ VEGA.

10o. En pronunciamiento de septiembre 30 de 1993, la Corte decidió no aceptar la recusación formulada por el acriminado, y dispuso que se sorteara una Sala de Conjueces para que resolviera de plano sobre la recusación en mención.

11o. Cumplido lo anterior, los Conjueces en proveído de febrero 3 de 1994, resolvieron no aceptar la recusación presentada por el procesado, y dispusieron que volviera el expediente al despacho del Magistrado Ponente para continuar el trámite correspondiente.

Sentencia impugnada:

1o. Sobre la sentencia relacionada con la declaratoria de bien mostrenco que ahora ocupa la atención de la Sala, el Triunal se pronunció en la sentencia apelada en los siguientes términos:

Luego de referirse a las pruebas que demuestran la calidad de Juez con que actuó el acusado en el proceso abreviado, se refiere a lo manifestado en el auto de proceder y a los cargos precisados por la Corte en la providencia que lo confirmó.

Se apoya en un pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte respecto a "los vocablos sin dueño aparente o conocido", para concluir que con las pruebas relacionadas con antelación queda demostrada la certeza del hecho punible, esto es de haber proferido resolución manifiestamente contraria a la ley, siendo su autor el doctor SANCHEZ VEGA.

Encuentra el Tribunal que la conducta además de típica es antijurídica porque "Nada justificó la conducta del actor".

Respecto de la culpabilidad considera que la certeza sobre el dolo directo se encuentra probada, porque "el juez acusado maliciosamente pasó por alto la información de la Superintendencia de Control de Cambios, resultando inane su argumento de que no estaba obligado a llamar de manera directa a la mujer interesada en el dinero, por virtud de que lo había sido a través de un edicto. Realmente el acusado sí estaba obligado a citar directamente a la mujer como lo dice la Corte, sobre el principio inquisitivo del derecho procesal civil". Transcribe jurisprudencia de septiembre 13 de 1990.

Estima que la mala fe del acusado está comprobada "en el hecho indiscutible que nombró como curadora *ad-litem* de los demandados indeterminados, a la doctora Myriam Arismendi de Rodríguez, cuñada del propio sindicado, como se comprobó en los hechos de este proceso", cargo que el Juez no podía discurrir a su cuñada, por ser causal de impedimento y recusación de conformidad con los artículos 141 y 142 del C. de P.C., en concordancia con los artículos 38, 39, 47 y 48 del C.C. Es obvio que la curadora *ad-litem* al descorrer la demanda contra los

terceros indeterminados, la contestó en forma lacónica, pues resulta lógico inferir que no estaba interesada en que al proceso se hiciera presente la mujer Marlén Navarro a reclamar los dólares. En tal evento la curadora sguiría actuando para otros demandados indeterminados, pero la notificación de la demanda para Marlén Navarro, sería obligatoria so sanción de nulidad, tal como fue alegada en la segunda instancia y ante la Sala de Decisión Civil.

Agrega que "corroboró el delito de prevaricato la sentencia manifiestamente contraria a la ley, en el hecho que expresó el Juez: 'no se conoce quien o quiénes sean los dueños de los dólares incautados en el Aeropuerto Internacional El Dorado', omitiendo como lo dijo la Corte, un estudio serio e ilustrado sobre la inocuidad de la información hecha por la Superintendencia de Control de Cambios. Para el caso *sub-examine*, el Juez acusado conociendo la ley, porque como él mismo lo afirma, fue brillante estudiante de la Universidad Nacional, a más que profesor universitario, con conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la conducta negó el derecho en forma manifiesta, probado como ya se dijo, por el haber nombrado como curadora *ad-litem* a su familiar, quien ha debido también ser vinculada a este proceso, cuestión que no se hizo por fallas en la instrucción y que ahora no es procedente compulsar copias porque está prescrita la acción penal".

De lo antes expuesto concluyó el *a-quo* que los descargos hechos por el procesado y los planteamientos de la defensa no son atendibles. El doctor SANCHEZ VEGA, realizó una conducta típica, antijurídica y culpable y por ende debe ser declarado responsable por el delito de prevaricato por acción relacionado con la primera causa. Así se resuelve también la decisión de diferir que se solicitó en la audiencia pública por el procesado.

De acuerdo con el art. 68 del C.P., objetivamente por la cantidad de pena a imponer el sindicato tiene derecho al subrogado penal. Por el aspecto de personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible hace suponer que el sentenciado no necesita tratamiento penitenciario, porque encuentra el Tribunal que el procesado está ejerciendo actualmente la profesión de abogado, y el hecho punible ocurrió hace algunos años.

Con los planteamientos expuestos fundamentados con jurisprudencia de la Corte, estima el *a-quo* que el sentenciado es merecedor del subrogado mencionado.

Rituado el proceso de acuerdo con las normas del Decreto Ley 409 de 1971 (C.P.P.), tal catálogo en el art. 26, establecía que la "condena al pago de daños y perjuicios se hará en forma genérica, cuando establecido el quebranto no aparezca demostrada su cuantía. En tal caso se señalarán las bases de la liquidación si ello fuere posible".

> "La liquidación de perjuicios se adelantará ante el mismo Juez que dictó la sentencia de primera instancia y se tramitará en la forma prevista en el artículo 308 del Código de Procedimieno Civil".

Con base en lo anterior estima el *a-quo*, que no hubo quebranto o perjuicios, además que no se estableció cuantía alguna sobre el mismo. Aunque la declaratoria de bien mostrenco de la suma de dólares mencionada es manifiestamente contraria a la ley, tal moneda extranjera de todas maneras era de propiedad del Estado y no de la presunta perjudicada Marlén Navarro. Luego resulta forzoso concluir que la citada mujer (ya fallecida) no perdió nada. En la Resolución No. 0672 de agosto 9 de 1984 (expediente 2665) la Superintendencia de Control de Cambios expresó: "La moneda, aún en su calidad de bien mueble, no puede declararse bien mostrenco ya que por ministerio de la ley es de propiedad del Estado por lo que, en el caso de autos, está fuera la aplicación de los artículos 704 y 706 del Código Civil". En esta resolución, a Marlén Navarro le fue impuesta una multa a favor del Tesoro Nacional por $73.015.298.64 por violación del art. 2465 del D.L. 444 de 1967, por ingreso ilegal de divisas al país.

Si se ve el punto analizado desde otro aspecto, la sentencia manifiestamente contraria a la ley, proferida por el procesado, fue confirmada en su totalidad por Sala Civil del Tribunal el 29 de marzo de 1985. Los Magistrados que la profirieron fueron juzgados por la Corte, también por el delito de prevaricato y absueltos pero por falta de dolo, lo cual implica que la alta Corporación consideró la conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

Corolario de lo expuesto, es que no hubo perjuicios en relación con este delito.

Fundamentos de la impugnación:

En el escrito sustentatorio del recurso, el procesado manifiesta que defiende "la legalidad de la sentencia que declaró mostrencos los U.S.$830.040 en su unidad jurídica, esto es como un ACTO JURISDICCIONAL COMPLEJO, ya que la primera instancia sin la segunda no toman ENTIDAD en nuestro ordenamiento por disposición expresa del 331 inciso segundo del C.P.C.".

Discrepa el apelante del concepto de la Corte en cuanto al significado de la palabra "aparente", porque para su fortuna el C.C. utiliza tal expresión en sentido contrario y el cual se puede acomodar al art. 706, dando una precisa y mayor significación a su texto.

Sostiene que "toda la construcción delictual" que se le ha hecho en base a la significación 'EQUIVOCA' de una palabra no puede mantener esa validez para sustentar una condena de índole penal, sobre todo cuando existen antecedentes según los cuales al implicado no se le podía exigir otra conducta.

Fundamenta lo anterior en el art. 882 del C.C. en el cual la palabra "aparente" no significa lo que dijo la Real Academia Española, y que con tanta vehemencia se ha hecho juzgar en su contra, pues en tal norma significa es lo manifiesto, visible, expreso y evidente, teniendo como antónimo inexistente.

Considera que el texto del art. 706 ha sido erróneamente interpretado, "si se tiene en cuenta que la norma se refiere a los bienes VACANTES, para definir en esta clase a los inmuebles y a renglón seguido define los bienes muebles, como mostrencos, cuando reúnan las condiciones anteriores.

Agrega que para que un inmueble sea vacante no debe tener un dueño aparente –expreso, manifiesto, evidente o conocido–, si estas mismas características se aplican a los muebles, vemos que no se

requieren tantas exigencias ni elocubraciones para que un mueble sea mostrenco.

Cuando en la sentencia se dijo que no aparecía en el proceso dueño aparente o conocido se habló de conformidad con una verdad inocultable, pues se ha demostrado con amplitud que el dueño de que habla la ley brilla por su ausencia.

Argumenta que el hecho resulta atípico, porque si "aparente" significa lo "que parece y no es" o "lo que tiene tal o cual apariencia", surge como irrefutable realidad procesal "que el ex-Juez SANCHEZ VEGA con antelación al proferimiento del fallo en donde concretó su violación a la ley penal, sí conocía la presencia activa de una persona (Marlén Navarro), que por lo menos 'parecía ser dueña' de los miles de dólares incautados por los guardas aduaneros (Providencia de agosto 29 de 1988, acta No. 53).

Aduce que en la calificación se ha hecho caso omiso de pruebas irrefutables que desvirtúan la aseveración hecha por las Corporaciones Penales sobre la existencia de un propietario de las divisas: la aludida constancia de la Supercambios responde a la versión de una persona anodina y desconocida, pues como consta en el acta respectiva, la deponente no fue identificada. "¿Con qué autoridad entonces se sostiene que MARLEN NAVARRO en su injurada manifestó ser la dueña de los dólares".

En el proceso aparecen tres nombres: MARLEN NAVARRO, MARLEN NAVARRO SANCHEZ Y MARLEN NAVARRO KOURANI. Pregunta el procesado a cuál de éstas es a la que la justicia le otorga la supuesta propiedad para sostener la existencia de un delito.

Afirma que causa estupor que habiéndose desvirtuado el contenido de la famosa constancia de la Supercambios, se venga a sostener que la sentencia que lo desconoció es manifiestamente contraria a derecho. Si la prueba que se deja de apreciar resulta a la postre inócua, no puede sostenerse válidamente que la providencia en que ello ocurrió y en razón de tal hecho es constitutiva de prevaricato.

La inocuidad de la citada constancia nace de las siguientes pruebas que así lo demuestran: versión integral del texto del cual se extrajo la

constancia en la cual hay expresiones como estas: 1.- "Ese dinero no es mío, es de unos clientes cuyos nombres no puedo revelar". 2.- Resolución de septiembre de 1983 de la Supercambios en la cual se expone, que no existe prueba alguna que acredite la propiedad de los dólares en cabeza de Marlen Navarro. 3.- El anexo No. 5 –declaración de renta de la Navarro en la cual manifiesta bajo juramento que ese numerario pertenece a una persona jurídica con domicilio en Miami.

Agrega que el error de hecho de no estudiar una prueba no puede sustentar el *inter criminis* que han ideado los juzgadores para tipificar un delito en la sentencia; existe desafortunadamente una previsión con relación al hecho del nombramiento de la curadora y sobre éste se da por probado el dolo, ideación que no corresponde a una lógica probatoria. Si el propósito fue perverso en tal designación, la resultante sería un fallo en que se favoreciera la parte que ella representaba, porque los impedimentos y recusaciones están instituídos para garantizar la imparcialidad de los funcionarios, "lamento desde luego la ocurrencia que pese a todo lo que quiera pensarse y se haya dicho fue un acto de ingenuidad, pero jamás de malicia, cuya sanción no es precisamente una condena penal como la que se me ha impuesto, desconociendo aspectos más significativos y trascendentales del proceso.

Se pregunta si acaso no es de recibo como explicación del fallo, el anterior que también fue confirmado por el Tribunal con ponencia del doctor Rojas Vargas.

Afirma que algunas de las consideraciones de la sentencia no son de recibo, porque frente a esos cargos no tuvo oportunidad de defenderse, como ocurre por ejemplo con la aseveración de que el derecho no puede ser objeto de declaratoria de mostrenco. Tampoco puede afirmarse que la sentencia obedeció al frío y personal capricho de hacerlo manifiestamente contrario a derecho, porque se decidió que fuera consultada por el superior, como así ocurrió.

Consideraciones de la Sala:

Procede la Sala a examinar si están satisfechos los presupuestos legales exigidos para proferir sentencia condenatoria respecto de los hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1982, que es el punto a que se

contrae este pronunciamiento, por haberse cumplido el trámite legal pertinente, luego de la renuncia a la prescripción de la acción penal por parte del procesado.

1o. La investidura de Juez de la República que para la fecha de la comisión de la infracción penal ostentaba el condenado se encuentra establecido sin incertidumbre en autos.

2o. El comportamiento atribuido al ex-funcionario acusado es típico por cuanto corresponde a la descripción legal inserta en el artículo 149 del Código Penal, que consistió en la manifiesta ilegalidad de la sentencia calendada el 9 de septiembre de 1992, mediante la cual declaró bien mostrenco la suma de ochocientos treinta mil cuarenta dólares (U.S.$830.040) incautados en el aeropuerto "El Dorado", dinero que ordenó entregar al Instituto de Bienestar Familiar.

En efecto, el cargo de prevaricato por acción se edifica contra el doctor SANCHEZ VEGA, sobre el hecho demostrado de que obraba en el expediente documento público emitido por la Superintendencia de Control de Cambios en donde inequívocamente se hacía saber al funcionario, que ante esa entidad estatal había concurrido la señora Cecilia de Aparicio y que bajo la gravedad del juramento había afirmado que "la dueña de las divisas retenidas era la señora MARLEN NAVARRO, y que vinculada ésta a la investigación administrativa allí adelantada, había manifestado en su indagatoria ser la propietaria de los dólares retenidos.

No obstante lo anterior, el Juez SANCHEZ VEGA consigna en su providencia que "De los hechos de la demanda y de la constancia expedida por la Superintendencia de Control de cambios se desprende que los dólares fueron abandonados por sus propietarios y que hasta la fecha nadie ha acreditado ni pretendido ser dueño de tales billetes... debe tenerse en cuenta que quienes pretendieron violar la ley son remisas a comparecer ante la autoridad competente para demandar la protección de ellos en defensa de sus intereses, es por ello que hasta la presente no se conoce quién o quiénes sean los dueños de los dólares...".

Al respecto, la Corte al impartir confirmación al auto de proceder proferido por el Tribunal *a-quo* puntualizó, que "Esta maliciosa omisión,

este notorio silencio acerca del nombre de Marlén Navarro en el fallo de primera instancia, es el medio fraudulento que permite al funcionario acusado declarar la condición de mostrenco de los dólares, por no tener dueño aparente o conocido".

Aducir que no estaba obligado el Juez a llamar de manera directa a la mujer interesada en el dinero, por cuanto había producido edicto emplazatorio en virtud del cual se citaba en forma indeterminada a todos los que se creyeran con algún derecho sobre los dólares incautados, es un argumento defensivo que no resulta aceptable, frente al deber que le impone al funcionario el artículo 37-4 del Código de Procedimiento Civil, pues no puede desconocerse que el Juez goza de facultades de impulso procesal, de disposición e injerencia en el desarrollo y resultado del proceso, aún en materia probatoria, lo que le exige una participación activa en el manejo y dirección del asunto sometido a su conocimiento y decisión.

La Sala precisa una vez más, que el comportamiento del procesado se califica de prevaricato no sólo por haber omitido el llamamiento de la señora Navarro al proceso, respecto de lo cual ya se hizo el análisis pertinente, sino porque dictó una sentencia contraria a lo dispuesto por el artículo 706 del Código Civil, en la medida en que declaró mostrenco un bien, sobre la probada circunstancia de que realmente había surgido –por lo menos– un dueño aparente de los dólares, prueba incriminatoria que permite afirmar que el procesado produjo un fallo de manera ostensiblemente contraria a la norma civil que prescribe los requisitos que hacen posible una declaratoria de tal naturaleza.

El artículo 706 del Código Civil perceptúa que para que un bien mueble pueda calificarse de "mostrenco", se requiere inexorablemente que carezca de "dueño aparente o conocido".

Al margen de cualquier interpretación gramatical que de conformidad con la Real Academia de la Lengua se haya precisado en el llamamiento a juicio, respecto del término "aparente", lo cierto es que analizada en su literal contenido la comunicación emitida por la Superintendencia de Control de Cambios, que era la prueba con que contaba el Juez acusado, se puede inferir en forma lógica y razonable –como lo entendió la Sala en el pliego de cargos– que dicha mujer figuraba o se hacía aparecer ante la

Superintendencia como dueña de los dólares decomisados, y hace pensar con serio fundamento que sí existía un dueño aparente que hacía conocer sus derechos y pretendía hacerlos valer ante esa entidad del Estado, circunstancia que no podía omitir el funcionario para ejecutar las declaraciones de voluntad del actor, con una inexacta afirmación según la cual "nadie ha acreditado ni *pretendido* ser el dueño" y hasta la fecha de la sentencia "no se conocen quiénes sean los dueños", haciendo referencia a las divisas incautadas.

Se concluye entonces, que el Juez hasta el momento en que profirió la sentencia, no contaba con ningún elemento de juicio que le permitiera válidamente hacer la declaratoria de bien mostrenco, porque como ya se ha precisado, si conocía la presencia activa de Marlén Navarro, que por lo menos "parecía ser la dueña de los miles de dólares incautados, y sin clarificar este aspecto no se podía hacer tan trascendental declaración, que entre otras cosas, no estuvo precedida de "un estudio serio e ilustrado sobre la inocuidad de la información de la Superintendencia acerca de la reclamación" de la citada señora, como se señaló en el pliego de cargos.

La inocuidad de la constancia de la Superintendencia que ahora alega el procesado recurrente, la radica en las "contra pruebas que así lo demuestran", se refiere concretamente a las últimas actuaciones cumplidas en el expediente de la investigación administrativa adelantada por la entidad antes citada, las cuales no son de recibo para el fin propuesto por obvias razones, se refieren a elementos de juicio (pruebas), que además de no obrar en el expediente del proceso abreviado cuando el Juez profirió el fallo cuya legalidad se cuestiona, en su mayoría se refieren a hechos ocurridos con posterioridad a éste, razones que resultan suficientes para concluir que indiscutiblemente no podían influir en tal decisión.

Por lo anterior, tampoco es de recibo el argumento del procesado apelante, en el sentido de que por estar desvirtuado plenamente el contenido de la constancia de la Superintendencia, no se puede sostener ahora que la sentencia que lo desconoció es manifiestamente contraria a derecho, pues además ello sería tanto como desconocer hechos suficientemente probados, tales como el reclamo de las divisas ante las autoridades administrativas –Superintendencia– que impedía afirmar que

el bien se encontraba abandonado por su dueño, supuesto que debe entenderse en el sentido de que el dueño haya desentendido del bien.

La providencia de la Sala Civil del Tribunal que confirmó la del Juez acusado, se basó en otra decisión de esa misma Corporación de fecha septiembre 17 de 1981, conforme a la cual se dijo que la vía adecuada para establecer la propiedad de los bienes mostrencos es la jurisdiccionalidad y que la intervención de la Superintendencia no puede ir más allá de la investigación de las infracciones del estatuto cambiario.

Tal providencia –la de septiembre 17– a que hace referencia el procesado en la sustentación del recurso, en lugar de tener la virtualidad pretendida de explicar la razón valedera del fallo de primera instancia aquí cuestionado, permite inferir todo lo contrario, pues en ella se agrega que en el evento allí examinado, "para el momento en que se presentó la demanda" el dueño no se había hecho presente en parte alguna, ni había reclamado la propiedad de las divisas ante las autoridades administrativas que las incautaron, ni ante la Superintendencia de Cambios y que por tanto se encontraban abandonadas y perdidas para su propietario, "siendo éste el momento que obligatoriamente debe tomarse en cuenta para decidir", lo que significa ni más ni menos que el Juez estaba obligado a confrontar tales antecedentes que en este caso fueron oportunamente allegados al proceso, y fue lo que precisamente omitió hacer el funcionario.

Para la Sala no hay duda sobre la tipicidad de la conducta del procesado, cuyos argumentos previamente analizados, no logran desvirtuarla.

3o. La Corte, de acuerdo con el Tribunal, encuentra que la conducta típica es también antijurídica porque lesionó el bien jurídico tutelado, que se concreta en la rectitud legalidad e integridad de las providencias que dictan los jueces, interés valioso que celosamente protege el legislador en el orden jurídico, y en el caso que nos ocupa, nada justificó en verdad la conducta del procesado.

4o. El dolo con que actuó el ex-Juez acusado es indiscutible, por las razones que el Tribunal *a-quo* dejó expresas en la sentencia recurrida:

a) Maliciosamente pasó por alto la información de la Superintendencia, resultando inane su argumento defensivo, porque realmente estaba obligado a citar de manera directa a la señora Navarro, en cumplimiento del principio inquisitivo del derecho procesal civil al que se le dió mayor preponderancia en el aspecto de producción de la prueba, a contrario modo de lo que ocurría en el Código del 31. El Juez podía decretar pruebas de oficio antes de fallar, lo cual era un deber, en relación con toda aquellas que se estimen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, que en este caso eran pertinentes teniendo en cuenta los antecedentes que obraban en autos.

b) La mala fe del acusado está comprobada en el hecho indiscutible de haber nombrado como curadora *ad-litem* de los demandados indeterminados a la doctora Myriam Arismendi de Rodríguez, cuñada suya, como se comprobó en el proceso.

La conclusión a la que llega el Tribunal es indiscutible, pues es evidente que la curadora al contestar la demanda, lo hizo en forma lacónica, esto es sin oponerse a las pretensiones del actor manifestando que se atenía a lo que resultara probado, pues resulta lógico inferir que no estaba interesada en que al proceso se hiciera presente la señora Marlén Navarro a reclamar los dólares, con el único fin de poder seguir actuando en el proceso para los demandados indeterminados.

Este hecho que reconoce como probado el actor en su alegato de sustentación del recurso, no se puede desvirtuar para negar la existencia del dolo en su conducta, con los argumentos que plantea, porque si los impedimentos y recusaciones están instituidos para garantizar la imparcialidad de los funcionarios, ésta no solamente se ve afectada cuando el fallo favorece la parte representada por la pariente del juez, sino también cuando la beneficiada es ella como se dejó puntualizado con acierto en la sentencia condenatoria recurrida.

De otro lado, tampoco se le puede considerar que el acto del exfuncionario es de ingenuidad y no de malicia, pues es evidente que conocía la ley, como lo consideró el *a-quo* al precisar que el mismo procesado afirma que fue un brillante estudiante, profesor universitario, con conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la conducta, por manera que

sus planteamientos defensivos no son atendibles, incluido el hecho de haber ordenado la consulta con el superior del fallo contrario a derecho, pues tal circunstancia no tiene la incidencia que pretende, ante los aspectos de mayor significación antes analizados.

No sobra recordar, que la responsabilidad penal es individual y personalísima, y muy especialmente tratándose de juzgar la culpabilidad, de manera que ninguna incidencia tiene en este asunto la evaluación que ya se hizo en proceso diferente de la conducta de los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que conocieron en segunda instancia. Es claro que el hecho de que la providencia hubiere sido confirmada por el superior no significa que por eso dejara de ser ilegal, así como tampoco puede deducirse automáticamente que los funcionarios que la confirmaron también prevaricaron, pues atendiendo a las circunstancias particulares de su actuación, pueden no merecer reproche de culpabilidad, como efectivamente ocurrió en ese evento, ya que entre otras cosas, la situación probatoria para el momento del fallo había cambiado, y eso fue tenido en cuenta para desvirtuar la existencia del dolo.

Demostrado como está, que la conducta del doctor JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA antes analizada, es típica, antijurídica y culpable, se confirmará la declaratoria de responsabilidad para el delito de prevaricato por acción deducida por el *a-quo* en la sentencia recurrida.

5o. En cuanto a la pena que corresponde, la Sala hace las siguientes precisiones:

En la sentencia apelada se impuso al procesado la pena principal de treinta (30) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso como autor responsable de los delitos de prevaricato por acción (4) en concurso homogéneo y sucesivo.

La Corte confirmó la sentencia respecto de tres (3) delitos de prevaricato por acción en concurso (segunda causa), y al no poderse pronunciar sobre la acción penal de la primera causa acumulada que llegó prescrita, redujo las penas impuestas a veintiséis (26) meses.

Ahora, de acuerdo con la voluntad manifestada por el implicado al renunciar a la prescripción, cumplido el trámite legal, se procedió a dictar la sentencia, y siendo esta condenatoria, es necesario advertir que la pena no puede ser mayor a la que se hubiera dictado manteniendo la unidad de los procesos, y en virtud del artículo 60 de la Ley 81 de 1993, norma que regula la acumulación jurídica de penas, se volverá a la decisión tomada por el Tribunal en la sentencia recurrida, esto es, que la pena que corresponde al procesado, por las dos causas adelantadas en su contra es de treinta (30) meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

6o. En cuanto a la decisión del *a-quo* de conceder al implicado el subrogado de la condena de ejecución condicional, la Sala estima que hubo en ella extrema benignidad, pero frente a la prohibición de hacer más gravosa la situación del procesado único recurrente, nada puede hacerse ahora para corregir esa falta.

7o. La Corte comparte las consideraciones del Tribunal que fundamentan su decisión de no condenar al acusado al pago de perjuicios, por no haberse derivado ninguno del delito cometido relacionado con la declaratoria de bien mostrenco, en consecuencia también se confirmará la sentencia en cuanto a este pronunciamiento.

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: Confirmar la sentencia condenatoria contra el procesado JULIO ALBERTO SANCHEZ VEGA por el delito de prevaricato por acción, que le fue endilgado en la primera instancia, por los hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1982 dentro del proceso abreviado de declaración de bienes mostrencos.

Segundo: Declarar que la pena total que corresponde al acusado por las causas acumuladas falladas por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 18 de agosto de 1992, es la allí impuesta, esto es, treinta

(30) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, con otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL / FAVORABILIDAD / HOMICIDIO AGRAVADO / LEXTERTIA

La omisión de traslado a los sujetos procesales del dictamen pericial, no configura de suyo nulidad de la actuación, a menos que se demuestre que no tuvieron oportunidad alguna y conocerlo y controvertirlo. /Si por razones de favorabilidad normativa los juzgadores aplicaron al caso las disposiciones relativas al delito imputado de acuerdo a la anterior codificación penal (Decreto 250 de 1958) y no las del Estatuto vigente al momento de proferirise la sentencia (Decreto 2550 de 1988) porque aquellas contemplaban para el homicidio agravado, entre otras circuntancias por la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, una pena privativa de la libertad de 15 a 24 años en lugar de 16 a 30 años de prisión, (artículo 195) y consagraba como atenuante la figura de la llamada complicidad correlativa (art. 215) reconocida expresamente al procesado recurrente en la sentencia impugnada; debe entenderse, que la aplicación de tales preceptos es integral, sin que sea permitido de cada una de las codificaciones en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear arbitrariamente una tercera norma o ley tercia, especial al caso juzgado.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., trece de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 76.

Vistos:

Agotado el trámite respectivo, decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LUIS

AZAEL ALVAREZ GALLEGO contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que lo condenó como responsable del delito de homicidio agravado, en la modalidad de atentado.

Hechos:

De ellos dijo el señor Procurador Delegado:

"La noche del 21 de enero de 1987 en el municipio de La Unión (Valle) Julio César Osorio Giraldo se desplazaba en una bicicleta rumbo a su residencia; de repente fue retenido por el agente de la Policía Nacional Carlos Salazar Bustamante, señalándosele como sospechoso de integrar una banda de delincuentes que había hurtado un equipo de sonido y otros elementos. Trasladado en efecto al cuartel policial y después subido a una patrulla conducida por el agente *Luis Azael Alvarez Gallego*, emprendieron recorrido vía La Victoria por inmediaciones del río Cauca hasta llegar a unos cultivos donde le propinaron un disparo en la parte de atrás de la cabeza a la altura del pabellón de la oreja izquierda. Dado por muerto el particular, los dos agentes nuevamente lo introdujeron en el vehículo oficial con el fin de desaparecerlo; pero en el recorrido como no estuvieron seguros de la muerte, resolvieron inicialmente descargarle otro tiro que al final no se hizo ante el ruido que causaría, procediendo a ocasionarle una cuchillada en la garganta para luego arrojarlo desde la mitad del puente a las aguas del citado río. Mal herido el señor Osorio Giraldo, a nado logró ganar la orilla perdiendo por unas horas el sentido. Recuperado buscó ayuda dirigiéndose al hospital de La Victoria y luego al de la ciudad de Cali donde recibió tratamiento oportuno. Una vez dado de alta, se trasladó a su casa de habitación, lugar donde nuevamente ocho días después se comete otro atentado contra su vida ocasionándosele lesiones con arma de fuego, muriendo en el mismo acto su señora madre que intentó defenderlo del sicario que accionaba el arma".

Actuación procesal:

El Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Penal Militar al que correspondió conocer de la investigación por el primer atentado de que fue objeto Julio César Osorio Giraldo ordenó vincular mediante indagatoria a los agentes de la Policía Nacional Carlos Salazar Bustamante y Luis Azael Alvarez Gallego; reconocidos y señalados por la víctima como los autores de los hechos, diligencia que sólo pudo realizarse respecto al último de los nombrados porque Salazar Bustamante murió en un enfrentamiento con la guerrilla.

El indagado negó su participación en los sucesos explicando que su intervención se limitó a conducir el vehículo oficial atribuyéndole la autoría de los hechos a su fallecido compañero Carlos Salazar Bustamante.

Clausurado el ciclo investigativo, el Comandante del Departamento de Policía Valle, como juez de primera instancia, profirió la Resolución 015 de 11 de marzo de 1992 convocando un Consejo Verbal de Guerra para juzgar la conducta del agente Alvarez Gallego por el delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa, de acuerdo a las previsiones legales del anterior Código Penal Militar (Decreto 0250 de 1958).

Al finalizar el Consejo de Guerra los Vocales afirmaron por unanimidad la responsabilidad del acusado en los términos en que aparece concebido el cuestionar único a ellos sometido; veredicto acogido por el Juez de primera instancia para condenarlo a la pena principal de 6 años, 2 meses de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes como responsable del delito de tentativa de homicidio declarando extinguida la acción penal por muerte del agente inculpado Carlos Salazar Bustamante; fallo apelado por la defensa y confirmado sin ninguna modificación por el Tribunal Superior Militar mediante el que es objeto del recurso de casación.

Demanda de casación:

Con fundamento en las causales tercera y primera de casación se formulan varios cargos a la sentencia impugnada, así:

Causal tercera:

Haber sido ésta dictada en juicio viciado de nulidad por la concurrencia de las siguientes irregularidades sustanciales violatorias del debido proceso:

1o. No resolverse la situación jurídica del agente Carlos Salazar Bustamante antes de la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, pese a encontrarse demostrado en autos el hecho de su muerte, con lo que se infringió el artículo 438 del C. de P.P. ordinario según el cual en ningún caso podrá cerrarse la investigación si no ha sido resuelta la situación jurídica del imputado.

2o. No haberse notificado en debida forma al procesado Luis Azael Alvarez Gallego y su defensor el auto por medio del cual se puso en conocimiento de las partes el dictamen médico y segundo reconocimiento practicados al ofendido Julio Cesar Osorio Giraldo, como lo ordena el artículo 413 del Código Penal Militar.

Sin embargo, el funcionario instructor aprobó los dictámenes emitidos por no haber sido objetados.

3o. En el cuestionario propuesto a consideración de los Vocales del Consejo de Guerra se les interrogó por la herida sufrida por la víctima en la garganta, a pesar de no encontrarse comprobada dicha circunstancia, la clase de arma con que pudo haberse producido ni la incapacidad que ocasionó.

4o. Ausencia de firmas del Secretario del Consejo de Guerra Sargento Jairo López Orozco en el acta de posesión del personal designado para intervenir en dicho Consejo, algunas notificaciones, en el acta de sorteo de Vocales y en la providencia que señaló fecha para el debate público; irregularidades que a juicio del recurrente afectaron el debido proceso.

5o. Aparecer firmado el cuestionario sometido a consideración de los Vocales por la Auditoría de Guerra, cuando es lo cierto que esta pieza fundamental del juzgamiento, equiparable por la doctrina al pliego de

cargos, solamente debe estar suscrita por el Presidente del Consejo de Guerra y su Secretario.

6o. Encontrarse igualmente firmada la sentencia de primera instancia por la misma Auditora de Guerra no obstante que dicha decisión debe aparecer suscrita únicamente por el sentenciador y el secretario.

7o. Ausencia de firma del procesado en el acta del Consejo Verbal de Guerra.

8o. No contener la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra la indicación de la norma tipificadora del delito de homicidio y en cambio, sí, la relacionada con el de lesiones personales lo que significa que tal convocatoria se hizo "por un hecho punible de lesiones personales agravadas pero no por un homicidio".

9o. Haberse incluido en el cuestionario una circunstancia de agravación punitiva derogada, esto es, la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos"

Causal primera:

Aplicación indebida de los numerales 1, 2, 3, 4, 6 y 8 del artículo 195 del anterior Código Penal Militar (Decreto 0250 de 1958) que sancionaba el delito de homicidio agravado con pena privativa de la libertad de quince a veinticuatro años, porque la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos despareció con la expedición del Nuevo Código Penal Ordinario (Decreto 100 de 1980) y las demás circunstancias de agravación punitiva mencionada son extrañas a los hechos materia de indagación; no fueron consignadas o relacionadas en la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra ni en el cuestionario sometido a consideración de los Vocales.

En criterio del impugnante, la única circunstancia de agravación deducible sería la quinta, esto es, por haberse cometido el hecho punible encontrándose la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, la que para efectos de dosificación de la pena debe armonizarse con la circunstancia de "menor peligrosidad" reconocida a su cliente (buena

conducta anterior) arrojando, de acuerdo a sus personales cálculos, una pena imponible de tres años, once meses de prisión.

En ese sentido solicita casar parcialmente la sentencia impugnada.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en concepto al cual se referirá la Sala, se opone a las pretensiones del libelista porque la nulidad de la actuación se fundamenta en un inventario de supuestas irregularidades sin ninguna trascendencia, las que individual o colectivamente consideradas, no vulneran las bases estructurales del proceso ni ocasionan daño alguno a las partes intervinientes.

La indebida aplicación de determinadas circunstancias específicas de agravación punitiva del homicidio, contenidas en el artículo 195 del anterior Código Penal Militar (Decreto 250 de 1958) se apoya en el equívoco de tener como tales circunstancias genéricas de agravación punitiva contempladas en el artículo 60 del nuevo Código de la materia (Decreto 2550 de 1988) por lo que la acusación resulta desacertada.

Consideraciones de la Corte:

Causal tercera:

Si la irregularidad sustancial que afecta el debido proceso debe tener una perfecta y cabal demostración de su ocurrencia y su incidencia procesal, sin que basten enunciados generales ni solicitudes indiscriminadas, no cabe la menor duda que el impugnante quedó corto en la tarea de comprobar el vicio mismo y su trascendencia en el fallo impugnado, pues se limitó a escudriñar el expediente elaborando un catálogo de irregularidades generadoras de nulidad por quebranto del debido proceso, ninguna de las cuales ostenta dicho carácter ni tiene el poder invalidente que se le atribuye.

En efecto, la falta de firma del Secretario del Consejo de Guerra en actos y diligencias mencionados por el recurrente no constituye irregularidad sustancial que afecte el debido proceso y encuentra

justificación en el hecho de que el Suboficial designado como tal no tomó posesión del cargo por haber sido enviado en comisión a lugar diferente al de la sede del Consejo, siendo reemplazado por otro.

Tampoco genera nulidad la ausencia de firma del procesado en el acta que recoge lo ocurrido durante el Consejo Verbal de Guerra porque ella da cuenta de su presencia física e intervención oral en dicho acto y nadie ha cuestionado o dudado siquiera de la autenticidad de su contenido. Trataríase de una informalidad censurable, pero nada más.

La tardía declaratoria de extinción de la acción penal por muerte del agente inculpado Carlos Salazar Bustamante, hecha en la sentencia de primera instancia y no con antelación al cierre de la investigación, como predica el censor apoyado en el artículo 438 del nuevo Código de Procedimiento Penal Ordinario (Decreto 2700 de 1991), de ninguna manera menoscabó el debido proceso porque la definición de la situación jurídica del imputado exigida como condición previa a la clausura del ciclo investigativo debe hacerse, como es de elemental lógica, respecto de personas vivas vinculadas al proceso mediante indagatoria o declaración de persona ausente, susceptibles de ser cobijadas con medidas de aseguramiento y porque, como bien anota la Procuraduría Delegada, la norma en cuestión no era aplicable al caso por haber entrado a regir el 1o. de julio de 1992 después de proferida la sentencia de primer grado que lo fue el 21 de abril del mismo año.

No se vé de qué modo pueda sufrir quebranto el debido proceso porque la Auditora de Guerra designada para asesorar el Consejo de Guerra haya estampado su firma en el cuestionario sometido a consideración de los Vocales y en la sentencia de primer instancia toda vez que el exceso de formalidades o "sobrepeso" de firmas carece del poder anulatorio endilgado y es indicativo de la nimiedad del reproche.

Como irregularidades sustanciales contenidas en el cuestionario a los Vocales del Consejo de Guerra señala el recurrente el haber sido interrogados respecto a la herida sufrida por la víctima en la garganta a pesar de no encontrarse comprobada dicha lesión y sobre la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, la que para entonces había

desaparecido como circunstancia de agravación con el advenimiento del nuevo Código Penal.

En cuanto a lo segundo cabe advertir que la consideración de una circunstancia intensificadora de la pena que ha perdido dicha connotación, como la premeditación acompañada de innobles o bajos motivos, es tema propio de la causal primera de casación y respecto a lo primero basta la réplica de la Procuraduría Delegada para desestimar el reparo.

Dijo esa agencia fiscal refiriéndose al reconocimiento médico practicado al ofendido que "bien entendida la respuesta suministrada por el perito, claro es que allí se expone su constatación, como que el examinado "presenta cicatriz de un (1) cms. de longitud en 1/3 inferior del cuello, un cm. a la izquierda de la línea media, tendencia a formar queloide", descripción que ciertamente corresponde a la parte de la garganta donde el señor Osorio Giraldo recibió la cuchillada. Inclusive, de tal herida otro medio de convicción da comprobación: La diligencia de inspección judicial practicada en el Hospital San Gerardo de La Victoria Valle. Allí claramente se constató que en dos oportunidades el citado Osorio concurrió al centro asistencial; la primera, sin lugar a dudas con ocasión de los hechos del 21 de enero de 1987, "se presentó a eso de las cuatro de la madrugada, solo, presentaba *herida por arma cortopunzante a nivel de la cara anterior del cuello* y herida por arma de fuego con orificio de entrada en la zona retro articular..." (fl. 83, negrillas fuera de texto). De esas lesiones justamente fue que dio cuenta la investigación y falló en el presente caso".

Resulta igualmente desavenido con la realidad del proceso el cargo formulado con base en la indebida notificación, al procesado y a su defensor, del auto por medio del cual se puso en conocimiento de la partes los reconocimientos médicos legales practicados al lesionado Osorio Giraldo, pues en la providencia definitoria de la situación jurídica del sindicado, agente Luis Azael Alvarez Gallego con medida de aseguramiento de detención preventiva, a él personalmente notificada, lo mismo que al Fiscal Penal Militar, se ordenó poner en su conocimiento tales dictámenes con expresa mención del artículo 514 del Código Penal Militar (Auto de 30 de diciembre de 1991).

Pero si lo anterior no fuera suficiente para desestimar la impugnación valdría la pena recordar la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte de que la omisión de traslado a los sujetos procesales del dictamen pericial, no configura de suyo nulidad de la actuación, a menos que se demuestre que no tuvieron oportunidad alguna de conocerlo y controvertirlo; situación que no se dio en el cas *sub-examine* porque tanto el representante del Ministerio Público como la defensa se enteraron de su contenido y a él se refirieron en sus escritos e intervenciones.

Finalmente debe precisarse que el señalamiento, por su nomenclatura, de la norma que describe el tipo penal vulnerado con la conducta del procesado, no es requisito formal ni sustancial de la resolución de convocatoria a Consejo de Guerra como fluye del claro texto del artículo 657 del C.P.M.

La calificación provisional del hecho punible se hizo, como allí se ordena, con expresa indicación del correspondiente capítulo y título del Estatuto Punitivo y de los términos en que aparece concebida dicha resolución, no se remite a dudas o equívocos que la convocatoria a juicio lo fue por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

Significa lo expuesto que la mayoría de las irregularidades enunciadas como constitutivas de nulidad por quebranto del debido proceso no son más que simples informalidades o nimiedades sin ninguna incidencia en el fallo de condena y otras, resultan infundadas por lo que la impugnación en sus diferentes facetas no está llamada a prosperar.

Causal primera:

Siendo evidente, como aparece de la lectura de los fallos de primera y segunda instancia, que los numerales 1, 2, 3, 4, 6, y 8 del artículo 195 del Código Penal Militar de 1958, indicadores de circunstancias específicas de agravación punitiva del homicidio no fueron considerados como tales por los falladores, el cargo formulado a la sentencia por indebida aplicación de dichos preceptos es totalmente equivocado.

Los mencionados numerales aluden a circunstancias genéricas de agravación punitiva conforme al tenor literal del artículo 60 del C.P.M.,

de calificación y aplicación exclusivas del juez de derecho (artículo 674 *ibídem*) y con ese carácter y alcance fueron examinadas por los juzgadores para deducir en contra del procesado recurrente las contempladas en los ordinales 1, 4 y 8 porque como dice la Procuraduría Delegada "para la época de los hechos el país se encontraba en Estado de Sitio, la insensibilidad moral de los delincuentes por la forma en que intentaron acabar con la existencia del particular Osorio Giraldo a todas luces estaba expuesta y, no hubo duda de la complicidad con que se obró por parte de los dos agentes".

Las circunstancias genéricas de agravación punitiva contempladas en los numerales 2, 3 y 6 relativas al obrar "por motivos innobles o fútiles", con "preparación ponderada del hecho punible" y con abuso de "las condiciones de inferioridad del ofendido" fueron descartadas por los sentenciadores en razón a encontrarse refundidas o contenidas en la descripción que de las circunstancias específicas de agravación hacia el artículo 195, en sus numerales 2 y 5o., o lo que es lo mismo, por encontrarse previstas de otra manera.

De modo pues que el cargo no puede abrirse camino porque se fundamenta en el equívoco de considerar como circunstancias específicas de agravación punitiva las que fueron estimadas en la sentencia como genéricas.

Ahora bien, si por razones de favorabilidad normativa los juzgadores aplicaron al caso las disposiciones relativas al delito imputado de acuerdo a la anterior codificación penal (Decreto 250 de 1958) y no las del Estatuto vigente al momento de proferirse la sentencia (Decreto 2550 de 1988) porque aquéllas contemplaban para el homicidio agravado, entre otras circunstancias por la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, una pena privativa de la libertad de 15 a 24 años en lugar de 16 a 30 años de prisión, (artículo 195) y consagraba como atenuante la figura de la llamada complicidad correlativa (artículo 215) reconocida expresamente al procesado recurrente en la sentencia impugnada; debe entenderse, conforme a reiteradas doctrinas de la Corte, que la aplicación de tales preceptos es integral, sin que sea permitido tomar de cada una de las codificaciones en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear arbitrariamente una tercera norma, o ley tercia, especial al caso juzgado.

No prospera el cargo formulado.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Luis Azael Alvarez Gallego, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INDICIO

Yerra el memorialista cuando entiende que una pericia no puede valorarse a base de la prueba indiciaria, pues ésta tiene tanta entidad como aquélla y suele ser sensible y, útil instrumento para fortalecer las conclusiones de los dictámenes o para desecharlos total o parcialmente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 76 de 13 de julio de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (febrero 3/93) mediante la cual, por un delito de "homicidio" en Juan Pablo Córdoba Ortiz, se impuso a WILSON SANDOVAL SAMBONI, como pena privativa de la libertad, diez (10) años de prisión.

Hechos:

El 19 de mayo de 1990, WILSON SANDOVAL SAMBONI, agente de policía en franquicia, y Hernán Julio Ortiz Chaves, se dedicaron al consumo de cerveza y a hacer algunos disparos con el arma del segundo, luego, se fueron a la casa de éste, situada en la carrera 43 No. 38A-10 Sur. A eso de las 4:30 de la tarde, Juan Pablo Córdoba Ortiz, penetró por el garaje; al entrar Fernando Rubiano Bejarano, observó a SANDOVAL revólver en mano, a la vez que se reconocía como el autor de la muerte de

Córdoba Ortiz, quien apareció con un solo impacto de bala en la región frontal derecha.

Sinópsis procesal:

Bajo este título y respondiendo a este propósito, la Delegada Segunda en lo Penal, anota:

"Declarada abierta la investigación por estos hechos por parte del entonces Juzgado 22 de Instrucción Criminal el 22 de mayo de 1990, recepcionó las declaraciones de Eleázar Córdoba Castillo y Luis Ernesto Sotelo Pinilla, así como también escuchó en indagatoria a Wilson Sandoval Samboní y Hernando Julio Ortiz Chávez, a quienes resolvió su situación jurídica con detención por homicidio para el primero y absteniéndose de adoptar cualquier medida de aseguramiento, respecto del segundo.

"Durante la etapa instructiva se recepcionaron los testimonios de Alfonso Ortiz Rosero, Segunda Peregrina Chávez de Ortiz, Oscar Alfonso Ortiz Chávez, Fernando Rubiano y Gladys Clementina Ortiz Benavides. Como quiera que esta última respaldara la versión injurada de Sandoval en el sentido de que el hoy occiso extrajo el arma que estaba en poder de éste y en el forcejeo por intentar quitársela se produjo el disparo que le quitó la vida, el defensor solicitó la revocatoria de la detención, petición que al ser negada por el *a-quo*, al igual que la reposición intentada, fue apelada y resuelta favorablemente por el *ad-quem*.

"Cerrada la investigación se calificó el mérito probatorio profiriéndose resolución acusatoria en contra de Sandoval y cese de todo procedimiento en favor de Ortiz Chávez, el 11 de septiembre de 1990. En razón al recurso de reposición incoado por la defensa, el instructor revocó esta providencia, ordenando continuar con la investigación, practicándose examen siquiátrico a Gladys Ortiz y ampliando su testimonio, ocasión ésta en la cual manifestó claramente que Sandoval Samboní disparó a Juan Pablo cuando éste penetraba a la vivienda por el garaje, explicando que su inicial exposición sobre el particular fue vertida en sentido diametralmente opuesto en razón que el imputado la amenazó con cuasarle daño a sus familiares.

"Nuevamente clausurada la instructiva, el 7 de abril de 1992, se impartió resolución de acusación contra Sandoval, determinación que compartió el Tribunal al momento de desatar la apelación propuesta por la defensa, al tiempo que ordenó que en el cuaderno de copias se calificara el proceso respecto de Ortiz Chávez.

"El Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá celebró audiencia pública y el 11 de noviembre de 1992 dictó sentencia, la que apelada fue integralmente confirmada por el Tribunal Superior, acorde con lo reseñado en precedencia.

"Contra la decisión *ad quem* ha interpuesto el defensor de Sandoval el recurso extraordinario de casación".

La demanda:

Primer cargo.- Textualmente se dice que "la sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia, al ignorarse las fotografías y el plano tomados de la diligencia de inspección judicial, que demuestran la imposibilidad de que el proyectil que acabó con la vida de Juan Pablo Córdoba Ortiz haya sido disparado a una distancia superior de un metro, así como el indicio de ausencia de dolo en la conducta del sindicado.

"El yerro de hecho descrito conllevó la violación de los artículos 247, 248, 259, 261, 277 y 445 del Código de Procedimiento Penal y, por medio de estos, los artículos 323, 36 y 2o., del Código Penal, como se explicará al final del cargo".

Y la explicación está en que para el recurrente la tesis del intento de suicidio de Ortiz Chávez, sigue siendo tesis no desechable (explicaciones del procesado, versión de Gladys Clementina Ortiz), lo que le permite afirmar la existencia de un forcejeo, durante el cual se produjo el mortal disparo.

En corroboración de este planteamiento, se pasa a un análisis minucioso de algunas fotografías, para establecer "que el occiso y el

sindicado estaban uno cerca del otro", a una distancia inferior de un metro. Esto constituye "un contraindicio que hace más endeble el análisis del frotis (que en sí mismo lleva dudas) por lo que de haber sido tenido en cuenta por el fallador debió, al menos crear dudas".

La Sala advierte que la alusión al "análisis del frotis", tiene este significado: El Tribunal deduce lejanía entre víctima y victimario, porque de ser cierto la aproximación indicada por el sentenciado y por la mendaz testigo (Gladys Clementina Ortiz), se habrían detectado, en el correspondiente examen de laboratorio, huellas de pólvora y hasta chamuscamiento en la piel del interfecto, situación que no puede atribuírse a la asepsia quirúrgica a que aquel fuera sometido, pues operación de esta índole no alcanza estos resultados.

Como segunda demostración de este cargo, se dice que "se ignoró el indicio indicativo de dolo por parte del procesado".

En este punto recuerda y comenta a su modo las circunstancias tomadas en cuenta por el juzgador para establecer ese propósito, o sea, lo relacionado con la experiencia, como policía, en el manejo de armas, la clase de instrumento utilizado y la región afectada.

De otro lado, la expresión escuchada a SANDOVAL ("lo maté, lo maté), "no puede ser entendida como manifestación de dolo sino como de sorpresa, pánico, sobresalto y es la reacción propia ante un imprevisto". Esto debió tomarse en cuenta, "como un contra indicio sobre la responsabilidad dolosa del procesado".

Y, además, se colacionan aspectos como éstos: como agente de policía, el procesado sabía que "matar a otro implica una sanción de orden penal", que de haber obrado como delincuente, pues habría buscado la impunidad y, SANDOVAL, "no sabía que Juan Pablo Córdoba iba a llegar", "el arma estaba en su poder en forma ocasional, pues se la acababan de entregar a Hernán Julio Ortiz Chávez y la habían disparado para estrenarla", fuera de que en ella "sólo quedaba un proyectil" –fs. 62– y, al momento del suceso había ocho personas de la familia del occiso, tres en el antejardín, fuera de la casa, y cinco a partir de la cocina, antes del garaje y dentro de la residencia.

De ahí se deduce que no se daba "la oportunidad para matar –en caso de que se tuviera intención– sino que, en forma contraria, el número de familiares de la víctima presentes, la existencia de un solo proyectil en el arma, la ignorancia sobre la presencia de la víctima, dificultaban la pretendida conducta dolosa". Se reitera la realidad del "contraindicio de ausencia de dolo", lo cual, por lo menos, debió crear una situación de duda.

Otra idea que es persistente en el casacionista, para evitar críticas de antitecnicismo, es la de pregonar que "En ningún momento se pretende ensayar un análisis diverso al realizado por el sentenciador respecto a los indicios por él tenidos en cuenta como demostrativos de dolo sino que presentamos la consecuencia que genera la contraposición de indicio ignorado por el fallador". Reprocha el Tribunal sus prolijos comentarios para desechar el forcejeo "pero no entra a analizar la otra crítica a la sentencia apelada y que hoy es objeto de esta impugnación. Simplemente se ignoró la existencia del hecho que aquí se analiza".

En cuanto a las expresiones escuchadas al sentenciado ("lo maté, lo maté), explica que "Evidentemente los gritos del procesado son consecuencia de la ocurrencia del fortuito siempre alegado o, los gritos del procesado son consecuencia del resultado acontecido por su imprudencia, es decir por culpa, pero en ningún momento se puede afirmar que son la consecuencia lógica a un resultado previsto y aceptado, es decir dolo "...La idoneidad del arma y la ubicación del impacto no indican necesariamente que la acción se haya cometido con dolo. Si bien es cierto que la defensa de Sandoval siempre estuvo encaminada a demostrar el caso fortuito no por ello se puede desconocer que el resultado de muerte bien pudo suceder por culpa. Recuérdese que fue con el último proyectil que estaban el revólver con el que se impactó la víctima por lo que, entonces, es probable –y lo digo como mera elucubración– Sandoval haya percutido el arma con el convencimiento de que, momentos antes, había disparado toda la carga al aire, lo que sería convergente con las pruebas allegadas al proceso y los gritos de "lo maté, lo maté" ignoradas por el fallador. (Lo hasta aquí expuesto, considero, no es un elaborado examen para interpretar de manera diferente los mismos hechos analizados por el fallador sino que es la respuesta a la pregunta lógica que hace el hombre común. Si lo quería matar, ¿entonces por qué la gritería y el lamento? De

ahí que el error sea manifiesto). Así, entonces, existiendo varias respuestas a la pregunta planteada se genera una duda razonable que debe ser resuelta en favor del procesado (art. 445) por lo que era improcedente aceptar con grado de certeza (art. 247) la responsabilidad del procesado".

Y se repite, una vez más, que por lo menos era dudoso que el disparo se hubiera producido a más de un metro de distancia, como también la posibilidad de un acontecer culposo, dado el "breve lapso de tiempo transcurrido entre el ingreso de la víctima y la ocurrencia del fatídico suceso, la negación del presunto ánimo suicida (no está probado el ánimo pero es incierto si existió o no ademán suicida)".

Segundo cargo.- "La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error manifiesto al tergiversar la prueba sobre el momento del disparo trasladándolo del forcejeo al ademán suicida y al desechar la prueba de residuos de disparo por emisión o absorción atómica con base en una conclusión indiciaria y la tergiversación del documento que contiene la prueba.

"El yerro de hecho descrito conllevó la violación de los artículos 247, 248, 273, del Código de Procedimiento Penal y, por medio de éstos, el artículo 323 del Código Penal, como se explicará al final del cargo".

Parte 1a.- El fundamento inicial estriba en que "se desechó la prueba de residuos de disparos por emisión o absorción atómica con base en una conclusión indiciaria y la tergiversación del contenido del documento".

A la conclusión del Tribunal respecto de descartar un forcejeo entre víctima y victimario, la producción del disparo a distancia considerable y que los residuos hallados en la mano izquierda del occiso, no pueden atribuírse fehacientemente a pólvora, o, concretamente a un disparo (los peritos no precisaron el punto, había transcurrido más de 16 horas desde la producción de la muerte), responde el casacionista, así:

"La inexistencia del forcejeo es una conclusión indiciaria, no es un hecho indicador, y la prueba de residuos de disparo mediante la técnica de emisión o absorción atómica es un hecho indicador que afirma la existencia de residuos de disparo en la mano izquierda de

la víctima. De ahí que ha debido dársele el valor que éste dictamen encierra en su mismo contenido. La afirmación del fallador (fl. 53 c. del Tribunal) –y es aquí donde se inicia a tergiversar la prueba haciéndole decir lo que no dice– de que los "resultados positivos sólo dan cuenta de la presencia de varias sustancias (bario, antimonio y plomo), pero no del origen..." no es cierta ya que el formato utilizado es claro al señalar que se están determinando residuos de disparo. Tampoco se puede afirmar que el formato no puntualiza qué tipo de sustancias de las enumeradas se hallaron ya que es claro en afirmar a cuáles sustancias se refiere el dictamen, pues el formato en ningún momento utiliza disyunciones que permitan suponer que la sustancia pudo ser una u otra.

"Y gran error constituye afirmar que "se colige que el resultado positio de la prueba de absorción atómica tiene un origen diferente a que el propio occiso disparase el arma en su contra (ésta es la tergiversación que se comentará adelante, porque el punto central es el forcejeo) sin señalar prueba alguna que permita señalar ese origen diferente. Aquí la sentencia, lamentablemente, se salió del proceso para ubicar el resultado positivo de la prueba en un hecho extraprocesal que ni siquiera se trata de establecer pues se deja al campo amplio de la imaginación al decir que es una causa diferente".

"Tampoco es de recibo las anotaciones que se hacen sobre la hora de la recolección de la muestra ya que la necropsia no afirma que sólo hasta ese momento se hayan tomado las muestras para la prueba, siendo posible que las muestras hayan sido recogidas en el mismo momento de levantamiento del cadáver (fl. 2).

"También debe tenerse en cuenta que las sustancias a determinar no son las que se hayan en estado natural ni hacen parte de la composición del medio ambiente para desconfiar de la prueba.

"Volviendo al error respecto a la invalidez de la prueba fundamentándose en un indicio veámos en forma esquemática, comparando con otros medios probatorios de similar valor, cuál fue el yerro en la técnica de valoración de la prueba.

"HECHO INDICADOR

1. Ausencia de tatuaje.
2. Presencia de residuos de disparo en la víctima.
3. El proyectil impactó en la frente.
4. El sindicado, *ipso facto*, gritó "lo maté, lo maté".

"HECHO INDICADO

1. Se disparó a más de un metro.
2. La víctima tuvo contacto con el arma.
3. La víctima no se suicidó.
4. El sindicado no actuó con dolo.

"Como es obvio, del esquema anterior mostraré por qué es técnico valorar los indicios con los indicios, pero no jurídico descartar un hecho indicador por la existencia de un indicio. Si el método utilizado en la sentencia fuere valedero podríamos, por esa vía, por ejemplo, decir que el indicio 2., la víctima tuvo contacto con el arma, puede desacreditar un hecho indicador 1., ausencia de tatuaje, o como se hace en la sentencia decir que el indicio 1., es la base para declarar inválido el hecho indicador 2.

"Lo técnico es estudiar la convergencia de los indicios para establecer un criterio determinado, pero no es permitido con un indicio refutar una prueba técnica y por ello sentar la validez incólume (sin contraindicios) del mismo indicio utilizado.

"Aquí no se están contraponiendo los criterios del defensor a los del fallador sino que se critica la técnica (el medio de análisis) que hace falsa la valoración por ser errado el sistema de razonamiento.

"Para establecer el concepto de la violación ha de determinarse si el indicio, considerado como prueba o razonamiento lógico que se fundamenta en las pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, está incluido dentro de la expresión "los demás elementos probatorios que obren en el proceso" contenida en el artículo 273 del C. de P.P., que establece el criterio para la apreciación del dictamen.

"En mi concepto la expresión señalada no quiere decir que para la violación del dictamen se deba confrontar éste con los indicios, sino que debe colocarse éste frente a las demás pruebas en las que predomina la percepción y la representación.

"No es dable desacreditar una prueba pericial mediante un indicio, ya que la primera muestra un hecho concreto del que se puede inferir otro, pero una mera inferencia no puede negar lo que el hecho indicador dice.

"Por tanto, la violación –del art. 273, en primer lugar– se concreta en la negación de lo que la prueba de residuos de disparo, mediante la técnica de emisión o absorción atómica, dice al considerarse que su resultado es falso porque se aprobó, por indicios, la inexistencia del forcejeo".

Y, en su aparte segundo, se indica que "se tergiversó la prueba del momento del disparo trasladándolo del forcejeo al ademán suicida".

El procesado ha sostenido la realidad un forcejeo. Gladys Clementina Ortiz, en un principio, afirmó otro tanto. Pero luego cambió para señalar que "Juan Pablo colocó el revólver sobre su sien derecha, con la mano derecha, cuando Wilson intentó quitárselo, produciéndose la detonación".

La forma como el Tribunal descalifica esta situación, no la comparte el demandante, y de ahí que anote:

"En esta argumentación se niega la apreciación de la testigo, por ilógica, pero se mantiene la validez del argumento del momento del disparo, cuando la víctima tenía el revólver en su sien derecha, para afirmar la inexistencia del forcejeo ya que, entonces, el impacto debería localizarse sobre la sien.

"La tergiversación radica en el hecho de que el arma no se disparó cuando estaba sobre la sien derecha sino inmediatamente después, cuando ésta se movió, lo que el sindicado y la testigo narran como un forcejeo, por lo que es lógico que el impacto no haya sido sobre la sien sino sobre la línea media de la región frontal derecha. Lo que no está determinado en el proceso es si luego de que Sandoval intentó quitarle el arma al

occiso éste empleó su mano izquierda, instintivamente, para mantener la posesión del arma, lo que justificaría el resultado positivo de la prueba de absorción en esa mano.

"La correcta ubicación del momento del disparo abre paso a la posibilidad de inexistencia de dolo, eliminando la certeza de éste.

"Así entonces, la violación del artículo 273 al quitarle el valor que el dictamen pericial tiene sobre los residuos de disparo y la tergiversación del testimonio sobre el momento mismo del disparo conllevarían, de haberse tenido en su justo valor, la violación, además, de los artículos 247 –por inexistencia de la prueba indicadora de la certeza de la responsabilidad del procesado– y 248 –por no tener la peritación por lo que es– del C.P.P., haciendo injusta la aplicación de los artículos 323, 36 y 2o. del C.P., que son las normas sustanciales aplicables al caso.

"Queda, entonces, demostrado el segundo cargo".

Consideraciones de la Delegada:

La necesidad de reconocer la decadencia de las censuras, constituye para ésta una verdad de a puño. La controversia, en el fondo, es una discrepancia sobre la atendibilidad e interpretación de la prueba allegada a los autos, exteriorizándose una muy distinta concepción a la considerada, en este tópico, por el Tribunal. Encuentra graves incorrecciones técnicas en la demanda, pudiéndose extractar a groso modo estos sustanciales reparos:

a) Siendo motivo absorbente, en el demandante, lo de establecer el accionamiento del revólver a una distancia por debajo de una distancia de un metro, no se entra "a fundamentar y menos demostrar cuál es la consecuencia que tal entendimiento sobre el acontecer fáctico traería de frente a la afirmación de responsabilidad del procesado";

b) Sobre la confusión del contenido de la demanda, en general, destácase: "Pero es que, además, ni siquiera se sabe finalmente hacia dónde conducen los razonamientos del actor pues, en principio, todo su esfuerzo argumentativo dice estar orientado a desvirtuar que Sandoval

Samboní actuara con dolo, pero al mismo tiempo la fragilidad de su antagónica propuesta, le lleva a expresar que la sentencia debió, por lo menos "aceptar la existencia de la duda manifiesta por la existencia (*sic*) del indicio contrario" y también, desorientando aún más el objeto mismo de la censura, a sostener "que el resultado de muerte bien pudo suceder por culpa".

"Desde luego que tal manera de discurrir, impide a la Corte por las contradicciones evidentes que implica, que pueda estudiar de fondo el cargo sin desmedro del principio de limitación que, como bien se sabe, le inhibe frente a múltiples y antinómicas tesis alternativas, escoger alguna supliendo la lógica y coherencia expositiva que es exigible al impugnante"; y,

c) "Poco hay que decir respecto a la 'PARTE SEGUNDA' de este cargo (la que en verdad constituye del mismo modo una censura independiente), pues la falta de claridad y coherencia desde su propia formulación le niega cualquier viabilidad.

"En efecto, el actor sostiene que 'SE TERGIVERSO LA PRUEBA DEL MOMENTO DEL DISPARO TRASLADANDOLO DEL FORCEJEO AL ADEMAN SUICIDA', criticando enseguida como si estuviera en las instancias, el hecho de que el fallador no le brindara credibilidad a la hipótesis esgrimida por el procesado sobre la manera como dice ocurrieron los hechos.

"Pese a que éste es el estado del reproche, por sí mismo suficiente para deseacharlo, no sobra agregar que si bien es cierto que en su primera versión Gladys Clementina Ortiz avaló la tesis de Sandoval Samboní sobre el intento suicida de Córdoba Ortiz, el forcejeo entre ellos y la producción del disparo, sin embargo, esta testigo se retractó de su inicial recuento fáctico explicando a satisfacción cuál la razón para haber mentido en principio, presentando una versión distinta sobre los acontecimientos que es concordante con lo que a su vez pudieron percibir Fernando Rubiano Segunda Peregrina Chávez, Hernán Julio, Alfonso y Oscar Ortíz.

"No obstante que el *ad quem* deja expresa constancia sobre este hecho, es decir, que tanto en su primera versión rendida dentro del proceso

penal, como lo manifestado en las diligencias disciplinarias adelantadas contra Saldoval Samboní, Gladys Ortiz fue mendaz, entra a analizar la razón por la cual tal propuesta defensiva no puede aceptarse.

"Inocuo entonces resulta el reproche, pues queda visto que mediante él se pretende acusar como tergiversado por el fallador, un testimonio no tenido en cuenta por falaz y que por igual razón no sirvió de fundamento para declarar probada la responsabilidad del procesado".

Respuesta de la Sala:

La pretensión del recurrente era bien simple y muy fácil de expresar de manera sintética. Pero abordar así tan directamente el tema y plantear de modo tan franco sus conclusiones, no dejaba de evidenciar, con igual sencillez, la defectuosa técnica empleada para conseguir sus propios logros. Por eso el libelo se resiente de innecesaria prolijidad, de innegables contrasentidos, incoherencias, ideas incompletas, y según la Delegada, de toda una "serie de hipotéticos planteamientos y deducciones". Pero el esfuerzo mayor se dirige a tratar de ocultar la exacta naturaleza del discurso y de su más apreciable forma de desarrollo. En efecto, lo que se quiere cuestionar en definitiva es que no hay elementos adecuados para deducir, como se hizo por el fallador, un ánimo doloso en el comportamiento del sentenciado. ¿Qué existe, a este respecto?. Pues, el propio memorialista, no afina su interpretación ni se muestra seguro en lo que podría ser la consecuencia de su análisis. Por eso, en una misma integrada composición de raciocinios, vacila en cuanto a escoger una sola apreciación y de ahí que proponga varias estimativas, como si asunto tan vital fuera cuestión de gusto, vale decir, que el forcejeo entre víctima y victimario, por hacerse al revólver, desembocó en un caso fortuito, o en un fenómeno culposo, o en una situación de duda sobre lo que realmente ocurrió y lo que verdaderamente se quiso por parte de los intervinientes.

Esta presentación no deja de ser un tanto inestable, confusa y hasta incompatible. Pero, pasándose sobre ello, ya que no es el aspecto central de la respuesta de la Sala, sí tiene que admitirse, contra la renuencia interesada y habilidosa del recurrente, que a ello se llega introduciendo una apreciación de la prueba muy personal y en oposición a lo que dedujera el Tribunal.

En síntesis, el análisis completo del juzgador, en donde no se deja punto por observar y comentar, no satisface al memorialista y, sobre los mismos elementos de convicción, ensaya su personal enfoque y establece sus particulares inferencias. Y esto, así lo niegue el censor, no pasa de ser una típica alegación de un error de derecho, por falso juicio de convicción, imposible de prosperar dada la entidad de las pruebas sometidas a consideración, ajenas a una precisa y anticipada estimativa del legislador, el cual ha dejado en libertad al juez o magistrado para que, siguiendo las pautas de una sana crítica (reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia pertinente), establezca su cabal mérito y se determine conforme a esta apreciación.

El aspecto comentado se muestra más al desnudo cuando se analiza el disfraz utilizado en los cargos. Así también lo contrasta la Delegada cuando enfrenta el supuesto error de hecho (falso juicio de existencia) que el memorialista enrostra al Tribunal. En esta primera gran sección de cargos, el recurrente imputa el desacierto del juzgador (¿desconocimiento del caso fortuito?; o ¿de la conducta culposa?; o, de no haber admitido un estado de indecisión conceptual –¿duda?–) a que dejó por fuera las fotografías y planos tomados en la diligencia de inspección judicial y, de otro lado, el "indicio de ausencia de dolo".

Pero ¿cuál es la realidad al respecto?. Contra lo que imagina y quiere imponer el censor, el Tribunal encuentra en esos elementos, la confirmación de su tesis; pero, todavía más, precisa otros significativos factores que imponen el reconocimiento de una resolución dolosa.

El Juzgado, a fs. 435, no deja de aludir a esas fotografías y plano. De donde, no se da la omisión, la inadvertencia que constituye en motivo capital de alegación el impugnador. El esfuerzo dialéctico que éste realiza sobre aspectos tales, podrá tenerse como meritorio pero, a la postre, ni se constituyen en resultados decisivos al punto de destacar por sí un imperdonable desvío de criterio en los juzgadores si éstos le restan trascendencia, ni menos logran sofocar la fuerza de otras probanzas. Basta observar que las matemáticas precisiones que se pretende adjudicar a esas fotos y plano, vendrían muy bien si se hubieran producido como testimonio inmediato de los hechos, mas no como reproducción de los mismos, a expensas de versiones provenientes incluso de personas que

ofrecen informaciones que riñen con la verdad que a la postre logró consolidarse. Se exagera, muy artificiosamente, el mérito de tales piezas procesales, pues no representan la entidad que les adjudica el memorialista y sobre la cual edifica su argumentación de réplica. Sobre tan secundario soporte no se consigue ni establecer un error de hecho, ni menos que se varíe el significado del justiprecio probatorio de las instancias.

Ahora, lo que se denomina "indicio de ausencia de dolo", constituye un juego impertinente de palabras, pues mal puede catalogarse como tal lo que es, precisamente, motivo de la demostración por traducir el núcleo del disentimiento. Cuando el recurrente logre establecer de modo fehaciente la desaparición de esa específica animación en el acto supresor de la vida de Córdoba, estará consiguiendo el éxito de sus esfuerzos, sin necesidad de motejar la circunstancia de indicio o contraindicio; adjudicarle característica a logro tan fundamental, no deja de representar la minimización de algo tan rotundo y definitivo. Pero, a este fin, debiera empezar por clarificar sus conceptos y advertir cuál es la hipótesis real que le seduce: la fortuidad del suceso, o el acontecer culposo, o la incertidumbre sobre una u otra eventualidad. En un solo cargo, sobre iguales comprobaciones, no es dable otorgarle seriedad y fortuna a reflexiones tan encontradas e incompatibles.

En el fondo, como se deja escrito, todo gira en que el Tribunal encuentra situaciones manejables en el sentido de perfilar una acción dolosa: no hubo posibilidad de que el occiso manejara, así fuera de modo transitorio, ese revólver; no estuvo en proximidad inferior a un metro y menos llegó a despojar de ese instrumento a quien lo portaba, para intentar la autoeliminación.

El casacionista, ni siquiera en el equivocado plano de sus maquillados planteamientos, logra destruir o mermar calidad a la clase de análisis y demostraciones que contiene la sentencia. Es evidente la polarización de posiciones: para el impugnador, procesado y ofendido sí entraron en estrecho contacto (forcejeo), única situación que puede volver verosímil la fortuidad del desenlace o su carácter culposo, adicionándose con la alternativa de dudarse de una u otra ocurrencia, si el intelecto y el razonamiento ofrecido, no procura la firme adhesión a una u otra explicación; pero para el Tribunal, esa aproximación de cuerpos no se

dio en momento alguno. La controversia, al respecto, se traslada entonces a una pruea: la pericia sobre absorción atómica.

En este punto al censor le basta con los residuos de "plomo, antimonio, bario y cobre" –fs. 206–, para acreditar que obedecen a la utilización de un arma de fuego (el revólver que llevaba al cinto SANDOVAL), pero el Tribunal niega esta causación porque si así hubiera sido la pericia habría señalado esta relación, los rastros se habrían encontrado en las dos manos y de darse sólo en una ésta hubiera sido la derecha, y, además, tanta proximidad del arma a la región anatómica vulnerada, a no dudarlo, se habría evidenciado en un tatuaje, que nadie observó, pues ni la necropsia lo menciona, ni lo insinúan los galenos que intervinieron quirúrgicamente a Córdoba.

Se trata, entonces, de la interpretación de una prueba pericial, que no se ataca como debe ser y que en lo que se detalla al respecto, por parte del recurrente, no logra remover las apreciaciones señaladas por el Tribunal, quien en esto, como en otros tópicos, realiza una sana crítica, resultando su inferencia acorde con los elementos aportados al proceso y acogidos en su fiel existencia y contenido.

Pero es más, la divergencia de opinión alcanza a las versiones del procesado y de la testigo Gladys Clementina Ortiz. Para el Tribunal aquél y ésta (y ésta en sus iniciales atestaciones, que al final la declarante recogió) son mendaces. Para el libelista, son veraces y refuerzan la referida pericia.

Pues bien, fantasea, dado el caudal probatorio que obra, quien intente siquiera insinuar que el bachiller Córdoba exteriorizó un afán suicida. Las circunstancias no podían ser más opuestas a tan irreal cometido. Si algo tiene de positivo ésta alocada lucubración, es evidenciar en quien la acogiera en un comienzo (Gladys Clementina) una muy poderosa razón (amenazas) para mentir con tanto descaro, pues todo concurre a descartar tan imposible suceso.

El Tribunal se esmeró en fundamentar este su estudio testimonial y en cada uno de sus asertos se puede decir que acertó. No parece como deducción gratuita, ajena a una sana crítica, el enfático rechazo de la versión primeriza de la mencionada declarante, que pretendió

apoyar la posición del procesado, pues la cuestión se muestra respetable y acogible.

Finalmente, en este espacio de consideraciones, está más dentro de la lógica lo que el Tribunal destaca cuando para poner de resalto el *animus occidendi*, o sea, la región afectada, la idoneidad del arma, la distancia a la cual se produjo el disparo, –más de un metro, pero sin sobrepasar, los dos o tres metros– la capacidad del procesado para accionar mortalmente esta clase de armas. Contra evaluación tan sensata y abrumadora, nada pueden las forzadas explicaciones que pretende dar el recurrente, acudiendo a presupuestos desvalorizados y que el propio fallador excluyó con atendibles reflexiones.

Y lo de las frases escuchadas a SANDOVAL, tampoco tienen el categórico (¿fortuidad o culpa?) contenido que le atribuye la demanda. Cuando SANDOVAL sólo atinó a decir "porqué lo maté, porqué lo maté" (expresión de mayor connotación de "lo maté, lo maté"), estaba dando lugar a que se estimara ello como acto intencional, aunque también revelaba la falta de motivo válido; por fuera quedaba la ocurrencia de fenómeno fortuito o culposo. Estas hipótesis, de haber tenido más proximidad de verdad, habrían impuesto o librado expresiones distintas, contentivas de mayores y más convincentes explicaciones.

Por último, nada dice el escrito en que se acusa la sentencia, de la ojeriza, animadversión o prevención que el procesado pudo guardar a Córdoba, pues a éste lo tilda de "persona con mañas", que "le tocaba hacer presentaciones al Dijin o Sijin" –fs. 39–, punto que se consigna en la Resolución Acusatoria.

El segundo cargo, que apenas en una reedición del primero, queda suficientemente contestado con lo que respecto de éste se dijo en la parte inicial del estudio de las censuras. No puede decirse, a no ser que se trate de crear situaciones fingidas, que el Tribunal "desechó la prueba de residuos de disparo por emisión o absorción atómica con base en una conclusión indiciaria y la tergiversación del contenido del documento", pues la labor del juzgador, en este campo, fue la de mostrarse no como perito de peritos sino como crítico de pericia, para señalar el específico ámbito de persuasión de ésta y conformar sus verdaderos alcances. Que no se comporta su estimación, es asunto diferente, pero que no descalifica

el esfuerzo y compromiso de la segunda instancia, apreciaciones formuladas con apego a una valiosa sana crítica. Y, también yerra el memorialista y así lo destaca la Delegada cuando entiende que una pericia no puede valorarse a base de la prueba indiciaria, pues ésta tiene tanta entidad como aquélla y suele ser sensible y útil instrumento para fortalecer las conclusiones de los dictámenes o para desecharlos total o parcialmente.

De otro lado, sea que el momento del disparo se muestre para el Tribunal como ajeno a un forcejeo o a un ademán suicida, no por ello se tergiversa la prueba que sí se la evalúa adecuadamente. Pero, a todas éstas, dentro del esquema de las versiones del procesado y alegaciones del casacionista, ¿no resultaba mejor lo del forcejeo que lo de la intención suicida, para establecer el momento del disparo?. O, acaso, fue que el forcejeo se originó en otra distinta actividad o circunstancia, v.gr., ¿el amago de agresión por parte del occiso?. Lo que la Sala ha logrado entender como aspecto predominante es que el supuesto afán de autoeliminación fue lo que dio lugar a la intervención (forcejeo) del sentenciado. Entonces, ¿dónde, por qué y para qué la tergiversación que se pretende plantear? El Tribunal mantiene el espacio propio de la controversia y analiza los elementos vinculados al tema.

Los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya señalado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

HURTO CALIFICADO / EXTORSION / SECUESTRO EXTORSIVO

La violencia que anima la previsión del artículo 350-1 del C.P., no puede ser la que afecta la libertad de locomoción de una persona (secuestro). El aspecto es totalmente diverso en los dos tipos penales (extorsión y hurto calificado) y confundirlos y hacerlos servir al primero de ellos, con eliminación del segundo reato, es desconocer su naturaleza propia y prevalente. Los aspectos jurídicos que se vinculan a la libertad física, "están definidos y reglados con absoluta estrictez", empezando porque la Constitución Política –art. 28– para permitir su desconocimiento exige la orden estricta de autoridad judicial. /Si el tipo está conformado por un núcleo rector consistente en el apoderamiento que resulta igual en el hurto simple y el de uso, se dirá que se está frente a este último en el evento en que aparezca como elemento sujeto de la conducta humana el propósito de usar el bien ajeno (art. 352 C.P.). O si la acción es la de constreñir a una persona, se tendrá que el tipo correcto es el de extorsión si se persigue un provecho patrimonial (art. 355 C.P.), o de no se dará un tipo de constreñimiento personal simple (art. 276 C.P.). De manera que el proceso de adecuación típica sigue un curso puramente lógico de prioridades en el examen de los elementos configuradores de los tipos penales, en el cual se va de la identificación del núcleo de acción que rige la figura como aspectos principal, y que luego en un procedimiento que desciende de lo principal a los predicados del núcleo rector del tipo, llega a los elementos de modo, los medios, los elementos subjetivos y normativos que identifican la estructura típica correspondiente. /La extorsión se caracteriza por ser un acto de constreñimiento sobre la persona afectada, en tanto que el secuestro es una privación física de la libertad personal (arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona), que son dos actos completamente diversos: lo primero significa intimidación

física (aunque sí se le puede amenazar con ello), y el segundo es la privación física de la libertad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 75 de 12 de julio de 1994.

Vistos:

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de veintidós de marzo de 1991, emitida por el Tribunal Superior de Orden Público (hoy Tribunal Nacional) y en la cual, por los delitos de "hurto calificado y agravado y secuestro extorsivo", se impuso a DAVID CARRILLO CAMACHO, OCHO (8) años de prisión así como las accesorias pertinentes.

La demanda se admitió en auto de veintiséis de mayo del citado año.

Hechos y actuación procedimental:

Así relaciona unos y otra el Procurador 1o. Delegado en lo Penal:

"Relatan los autos que en las primeras horas de la noche del 2 de abril de 1990, tres sujetos armados que decían ser miembros de la Policía –Sijin– se hicieron presentes en la casa de habitación del Gerente de la Caja de Crédito Agrario de Barbosa –Santander–, señor Manuel José Corredor Garnica, anunciándole que iban por él y por un vehículo campero Toyota de placas venezolanas de su propiedad. Registraron su residencia y lo obligaron a acompañarlos, permitiéndole a Corredor Garnica, bajo permanente amenaza con arma de fuego, hacerse presente en la oficina de la entidad bancaria mencionada, en donde comentó su condición de retenido por problemas relacionados con el carro.

"A continuación fue conducido en su vehículo por uno de sus captores realizando un recorrido entre las poblaciones de Santa Ana, Oiba y San

Gil, lapso durante el cual afirma Corredor Garnica fue objeto de múltiples amenazas contra su vida, especialmente cuando se hallaban en un sitio denominado Vado Real y en la Plaza de Ferias de San Gil, razón por la cual les ofreció angustiosamente dinero que aunque no llevaba consigo podría conseguir posteriormente. De esa manera los captores le cuestionaron sobre la cantidad de dinero que estaría en capacidad de entregar, a lo cual la víctima ofreció doscientos mil pesos, acordando su entrega, en efectivo, en un lugar determinado de Bucaramanga el día 6 de abril siguiente.

"La retención de Corredor Garnica se prolongó hasta la una de la mañana del 3 de abril cuando fue abandonado en un paraje solitario denominado La Virgen en el corregimiento de Pescadero, siendo despojado de sus alhajas y, obviamente, llevándose el automotor.

"A sugerencia de una Juez conocida suya, el ofendido puso los anteriores hechos en conocimiento de funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con sede en Bucaramanga, organismo que organizó un operativo en la fecha indicada para la entrega del dinero, en el cual fue capturado DAVID CARRILLO CAMACHO luego de recibirlo. Posteriormente el señor Corredor reconoció a CARRILLO CAMACHO como el individuo que condujo el vehículo la noche de la retención. El carro fue recuperado el 7 de abril de 1990 en un aparcadero de la ciudad de Bucaramanga.

"...

"A la investigación, cuya apertura estuvo a cargo del Juzgado Especializado de San Gil, se vinculó mediante indagatoria a DAVID CARRILLO CAMACHO, a quien al momento de resolvérsele su situación jurídica, en auto del 18 de abril de 1990 se le decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

"Mediante auto del 24 de julio de 1990 el mismo Juzgado calificó el mérito del sumario, citando a audiencia a DAVID CARRILLO CAMACHO como "autor responsable" de los delitos de secuestro, hurto calificado y extorsión en grado de tentativa.

"Practicada en legal forma la audiencia pública, el 23 de octubre de 1990, el Juzgado Especializado de San Gil profirió sentencia de primera instancia, condenando al procesado a la pena principal de 65 meses de prisión como autor responsable de los delitos de hurto calificado y tentativa de extorsión. Lo absolvió a su vez respecto del punible de secuestro extorsivo por considerar que éste no se estructuró, porque a pesar de haberse privado objetivamente de la libertad al ofendido, las pruebas allegadas demuestran que la intención de los delincuentes se encaminó a la vulneración del bien jurídico del patrimonio económico y no de la libertad individual.

"Consultado el fallo, al resolverse dicho grado jurisdiccional, el Tribunal Superior de Orden Público concluyó con la modificación antes anotada, en sentencia calendada el 22 de marzo de 1991, la cual no fue notificada en debida forma. Esta situación irregular fue subsanada el 26 de noviembre de 1992, fecha en la que se notificó en forma personal la sentencia a CARRILLO CAMACHO en la cárcel del Distrito Judicial de Bucaramana, quien a través de apoderado interpuso el presente recurso extraordinario".

Demanda:

Primer cargo.- "En el presente caso, existe una evidente violación directa de la ley consistente en la aplicación indebida de ésta, puesto que el *ad-quem SELECCIONO ERRONEAMENTE LA NORMA SUSTANCIAL APLICABLE*, es decir hizo una equivocada adecuación de ella al caso concreto por no ser la que lo contemplaba o subsumía, dejando en consecuencia de aplicar la que realmente correspondía. Se infringieron entonces, por parte del Tribunal Nacional los arts. 268 y 270 literal f) del Código Penal; pues fueron éstas las normas que sirvieron de base para regular la sanción impuesta en segunda instancia a DAVID CARRILLO CAMACHO".

Al desarrollar el mismo se hace hincapié en "la ausencia del elemento intencional del delito contra la libertad individual (secuestro)". En otras palabras, como no es dable deducir un elemento doloso, a este respecto, el mencionado delito no se configura. Esto, dentro de una tendencia culpabilista, como es la que impera en nuestro derecho penal, que ha

proscrito toda forma de responsabilidad objetiva, la misma que se desinteresa de indagaciones dirigidas a establecer "plenamente la existencia del necesario nexo de naturaleza sicológica (aspecto subjetivo del hecho punible) entre él y su comportamiento".

Tras de afirmar esta tesis y reproducir las motivaciones del Juzgador de Primera Instancia, se muestra partidario del enfoque jurídico que éste expresó, por estimarlo acertado no sólo por lo que al respecto informa la doctrina y la jurisprudencia, sino por las demostraciones procesales que lograron establecerse.

Y, luego de citar los testimonios de María Marlén Hernández, Manuel José Corredor, Edilma Cabezas y Luz Marina Chávez, indicativas todas de la libertad de movimiento detectable en la víctima, anota que "Como es bien sabido, para que se configure el delito de secuestro extorsivo es absolutamente indispensable que la persona sea arrebatada, sustraída, retenida, u ocultada "con el propósito de exigir por su *libertad* un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político" (art. 268 C.P.). Pero si la acción consiste, como ocurrió aquí, en poner a la persona, utilizando cualquier medio, en imposibilidad de obrar –lo cual equivale a privarla temporalmente de su libertad– a fin de poder, por ese medio, apoderarse de una cosa mueble ajena, *el delito que se comete no es el de secuestro sino el de HURTO CALIFICADO*".

El memorialista vuelve, entonces, sobre la sentencia de segunda instancia para destacar que algunos importantes apartes de la misma aluden "al aspecto intencional (doloso) y específico de los sujetos activos, es decir se analiza el aspecto subjetivo de éstos en cuanto a su ánimo dirigido a "lesionar el patrimonio económico del afectado, denotando un marcado interés por un vehículo. Pero curiosamente no se encuentra fundamento para atribuirles el secuestro".

Termina con esta serie de interrogantes: "¿En qué momento se configuró el secuestro de CORREDOR GARNICA si para mantenerlo retenido contradictoriamente se le dejó en libertad?. Ahora bien, las amenazas iban en contra de su libertad o de su integridad personal?. El dinero fue exigido para devolver a CORREDOR GARNICA el

vehículo retenido o para devolverle su libertad?. Si era a cambio de su libertad ¿por qué mejor no exigírselo a sus familiares o a un tercero y mantenerlo retenido?. ¿Cuál fue entonces el ánimo, la intención (dolo) de DAVID CARRILLO CAMACHO y sus acompañantes?", lo que le permite aseverar que "Desafortunadamente, como es fácil apreciarlo, el *ad-quem* no se detuvo en estos obvios razonamientos, lo soslayó, y en la deficiente motivación de su sentencia condenatoria sólo se limitó a *"analizar la situación desde un punto de vista puramente fáctico"*, según sus propias palabras, incurriendo así en la atribución de una responsabilidad objetiva proscrita por nuestra legislación penal vigente (art. 5 C.P.)".

Concepto de la delegada y criterio de la Corte

En un profundo y acertado análisis de la demanda, y conviene empezar por este reconocimiento, el Ministerio Público demuestra dos puntos fundamentales: a) que la demanda no deja de exhibir notoria falla de exigible técnica, puesto que enmarcándose aquella en la causal propia de la violación directa de la ley sustancial, la cual impone como condición *sine qua non* el respeto de la apreciación probatoria o fáctica determinada por el Tribunal, sin embargo al desarrollar el cargo se exterioriza un descontento con esta situación y se intenta una valoración probatoria personal. Porque, ciertamente, el Tribunal parte de la base de estimar los elementos de convicción existentes como adecuados a la demostración fehaciente, en el procesado, de un animus de privar de libertad a Manuel José Corredor Garnica, aspecto que repudia el memorialista. Esto comporta un mayúsculo y fatal desacierto pues se extravía notablemente la índole de la censura, llevando incertidumbre y confusión a los planteamientos, no siéndole posible a la Sala enmendar el yerro por el principio de limitación que rige para este extraordinario recurso; b) que superándose este fundamental escollo, y más que todo por el interés que el aspecto jurídico revela, el planteamiento contenido en la impugnación también resulta improcedente. En este campo se repasa concienzudamente lo que debe corresponder a la violencia propia del delito contra el patrimonio económico, muy distinto de la que inspira y mueve a la ejercida en un secuestro, y lo que debe considerarse o evaluarse como bien jurídicamente protegido en esta segunda entidad delictiva y la manera como éste se afecta y debe estimarse afectado.

La Corte, en este segundo ámbito de la discusión, inicia su pronunciamiento destacando, por lo singularmente meritorio, las visualizaciones jurídicas del Delegado de la Procuraduría, a los cuales, indudablemente, muy poco podrá agregar la Sala.

Estas son las ideas puntuales de la Delegada, constitutivas de una enfática y clarísima refutación de los sugestivos pero equivocados enunciados del demandante:

El memorialista reconoce, y así lo recuerda la Delegada, que "si bien hay correspondencia de los elementos o ingredientes descriptivos o normativos", lo que evidencia el acierto del fallador en cuanto a subsumir la conducta en un tipo penal idóneo, su discrepancia se marca en cuanto al elemento subjetivo, el dolo, aspecto tan sustancial que con el alcance que le otorga la demanda hace desaparecer de la órbita de las ilicitudes, el delito de secuestro. La contradicción es manifiesta, como también es evidente la inadecuación de la causal alegada, más cuando para poder establecer la clase de ánimo que inspiraba la conducta del procesado, ajeno en un todo a la privación o menoscabo de la libertad de locomoción, debe recurrir a los elementos probatorios y conducirlos, en su análisis, a objetivos exclusivamente patrimoniales (extorsión y hurto).

La violencia que anima la previsión del artículo 350-1 del C. Penal, destaca la Delegada, no puede ser la que afecta la libertad de locomoción de una persona (secuestro). El aspecto es totalmente diverso en los dos tipos penales y confundirlos y hacerlos servir al primero de ellos, con eliminación del segundo reato, es desconocer su naturaleza propia y prevalente. Los aspectos jurídicos que se vinculan a la libertad física, "están definidos y reglados con absoluta estrictez", empezando porque la Constitución Política –art. 28– para permitir su desconocimiento exige la orden escrita de autoridad judicial. Y, de otro lado, "en el orden penal los actos de fuerza o violencia material (vis física) que restrinjan la libertad personal de trasladarse o permanecer en un sitio, conforme a decisión libre y voluntaria del individuo, están comprendidos como elementos conformantes de los delitos específicos distintos de aquellos que apenas conllevan el sentido de fuerza coactiva de la voluntad pero sin llegar a la restricción de esa capacidad física de traslación del individuo como derecho fundamental", pudiéndose citar al respecto los artículos del C.

Penal, 268, 269 –secuestro extorsivo y simple–, 272, 273 y 274 –detención arbitraria.

El Ministerio Público se extiende en valiosas consideraciones sobre el tema y al exacto enfoque del problema le añade la pertinente solución del mismo. Por la excelencia de su razonamiento, la Sala transcribe en integridad su pensamiento en las siguientes páginas: "Ahora bien, en muchas otras ilicitudes puede ocurrir que se actúe por el autor en la esfera de la capacidad de locomoción personal del individuo con miras a lograr un resultado diverso que el agente se ha propuesto, que plantea la discusión teórica de saber si a la par puede atribuirse el delito principal logrado y el eventual secuestro concurrente. La realidad presenta frecuentes situaciones en las cuales en el iter criminal de un hecho punible, se pasa por la afectación de la libertad personal de la víctima, como una situación indisolublemente conectada con el resultado final que se busca. Piénsese en el delito de violación sexual (acceso carnal violento art. 298 C.P.), en el cual el sujeto activo debe someter a la víctima a su poder físico para lograr la penetración sexual indebida, en el cual es necesario que se restrinja la libertad personal de movimiento de la víctima. De la misma manera ocurrirá en el hurto, cuando se inmoviliza a la víctima mediante ataduras o encerramientos, caso en el cual habrá una indudable afectación de la capacidad de locomoción de dichas personas (art. 350.1 del C.P.). O diversas modalidades de la acción en comportamientos tipificados de manera abierta (conducta libre) en que suele ocurrir que el autor restrinja, esa forma de la libertad como momento de paso, para lograr el resultado final. En realidad en esos eventos debe definirse el problema en una secuencia lógica siguiendo el esquema que sirva al legislador para estructurar los tipos penales, de manera que como cuestión fundamental estará la de la descripción de la acción humana misma que constituye el centro del tipo, y a renglón seguido los elementos modales, normativos y subjetivos del tipo mismo, bien que estén o no descritos explícitamente en la ley, que como se verá son predicados del núcleo principal de la fórmula típica. Es por ello que el demandante yerra en su planteamiento de impugnación, como que en el marco de la teoría del tipo penal confunde la acción típica, con los elementos subjetivos del tipo (componentes subjetivos del autor), y sobrevalorando estos últimos pretende desconocer la acción típica básica que conforma *el núcleo rector del tipo*. Esta expresión indica que la tipicidad está regida o gobernada por la acción

como fenómeno que constituye objetivamente su expresión fáctica principal, definida en el llamado núcleo rector del tipo penal. Ahora si ese núcleo rector resulta igual a otro en dos tipificaciones penales diversas, será evidente que los demás elementos de composición de la estructura típica servirán para diferenciarlos y fundamentarlos debidamente, según el sentido los elementos del tipo y las componentes personales del autor. Así visto el tema se hallará que si el tipo está conformado por un núcleo rector consistente en el apoderamiento que resulta igual en el hurto simple y el de uso, se dirá que se está frente a este último en el evento en que aparezca como elemento subjeto de la conducta humana el propósito de usar el bien ajeno (art. 352 C.P.). O si la acción es la de constreñir a una persona, se tendrá que el tipo correcto es el de extorsión si se persigue un provecho patrimonial (art. 355 C.P.), o de no se dará un tipo de constreñimiento personal simple (art. 276 C.P.). De manera que el proceso de adecuación típica sigue un curso puramente lógico de prioridades en el examen de los elementos configuradores de los tipos penales, en el cual se va de la identificación del núcleo de acción que rige la figura como aspecto principal, y que luego en un procedimiento que desciende de lo principal a los predicados del núcleo rector del tipo, llega a los elementos de modo, los medios, los elementos subjetivos y normativos que identifican la estructura típica correspondiente. Pero no es válido el procedimiento inverso, en el cual el núcleo rector del tipo queda absorbido por las consideraciones del modo o los medios, o cuando las componentes de autoría superan dicho núcleo rector del tipo, pues en tal caso se efectuaría la adecuación típica sobre la base de los elementos que conforman los predicados de la acción principal menospreciando la figura rectora del tipo, en un evidente desvío técnico.

"Es lo que plantea la censura en casación, en que se disputa sobre la adecuación típica de la acción del sentenciado, que su representante en este recurso extraordinario estima que constituye una extorsión (tentada) y no un secuestro extorsivo como lo definió el sentenciador de segunda instancia. Si se atiende el núcleo rector de los tipos penales referidos –arts. 355 y 268 del C.P.–, que obviamente es el elemento típico prevalente para la adecuación típica, se hallará que la extorsión se caracteriza por ser un acto de *constreñimiento sobre la persona afectada*, en tanto que el secuestro es una *privación física de la libertad personal* (arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona), que son dos actos completamente

diversos: el primero significa intimidación física (aunque si se la puede amenazar con ello), y el segundo es la privación física de libertad. De manera que en el caso que estudia la Sala se tendrá que el núcleo rector del tipo –que no es teoría sino aplicación– se produjo en cuanto se retuvo por fuerza a la persona física de la víctima, trasladándolo durante varias horas contra su querer de una ciudad a otra. *Ello fuerza la inclusión del acto en las figuras de secuestro, como resulta evidente, pues se ha dado el núcleo rector del tipo*, que aparece en los arts. 268 y 269 del C.P. colombiano. En cambio lleva a desechar la extorsión como tal, visto que tal tipo penal centra su consideración de prohibición en la acción fundamental de *constreñir*, es decir de obligar a compeler a otro de manera ilegítima que da tanto como intimidarlo (colocar en temor) moral o físicamente, que obviamente se refiere a una acción de atemorizamiento pero no a la privación de libertad de locomoción del sujeto. Decir pues que privar de libertad física es un medio o un modo de constricción, en el orden penal, resulta un desacierto técnico ya que la prohibición de privar de libertad es un acto que constituye lo principal en distintos tipos penales específicos, y que ineluctablemente reclaman la adecuación en el secuestro pues ese es su núcleo rector. Partir del supuesto de que la privación de libertad es un "MODUS OPERANDI" para la extorsión, que sólo es constreñir y no privar de libertad en la gama de los bienes jurídicos protegidos, o del hurto calificado pues se la identifica con violencia física para el apoderamiento, es, el primer caso confundir las acciones principales mismas descritas en los tipos (constreñir con privar de libertad) que ónticamente son diversas, y en el segundo identificar una circunstancia modal que es predicado de la acción básica (apoderarse), con lo principal de una acción básica descrita en otro tipo (privar de libertad física) que obviamente no es predicado de otro fenómeno. Pero aparte de ello, aparece un segundo yerro técnico, visto que confunde violencia sobre las personas que es fuerza ejercida sobre ellas, con la privación de libertad de locomoción física que aún puede producirse sin necesidad de fuerza alguna como cuando se toma a un niño recién nacido y se lo retiene en poder de su captor.

"El juego lógico se basa en traer los elementos subjetivos del tipo –el propósito de provecho económico– que es propio de la extorsión y del hurto (*animus lucrandi*), dándoles el sentido de finalidad del autor, para desconocer una realidad innegablemente objetiva relativa a la privación

de libertad de la víctima. Lo antijurídico esencial en este caso es la afectación de locomoción personal, protegida en el sistema jurídico y con tanta fuerza, que viene a constituir el núcleo rector de los tipos de secuestro, lo cual no puede desconocerse en el proceso de adecuación al tipo penal.

"Se dice por el recurrente –aparte las citas del Juez de primera instancia– que la privación de libertad fue un medio para imposibilitarle obrar y facilitar el apoderamiento propio del hurto.

"Fuera de la confusión conceptual entre el medio (o será mejor el modo) –la violencia sobre las personas– que califica la acción típica de apoderamiento, es evidente que la regla válida en este aspecto parece ser la del concurso de delitos si la privación física coincide como fenómeno fáctico con el ejercicio de violencia sobre la persona (secuestro y hurto), pero no eliminar el fenómeno material de la privación de la locomoción como núcleo rector de la tipicidad del secuestro, como lo hace el recurrente. De otra parte ello requiere, como en todos los eventos, que la privación de libertad sea un fenómeno temporal y jurídicamente relevante como ofensa al bien jurídico correspondiente, y que sea escindible claramente de la situación de apoderamiento del bien ajeno. Ello es propio de todo proceso de subsunción al tipo penal. En este caso, será cierto que la retención física resulta temporal y jurídicamente relevante visto que la víctima fue desplazada por fuerza de su esfera de actividad voluntaria y moral, por lo que no puede desconocerse ese aspecto de la realidad para pretermitir la adecuación al tipo que lo contempla como núcleo rector del delito de secuestro. Más aún, el fenómeno de privación de libertad personal es separable de la violencia como acto tendiente a eliminar la resistencia al apoderamiento, como que mediante intimidación con armas se apoderaron del vehículo, de manera directa, sin que fuera menester un comportamiento posterior para eliminar la resistencia a la toma del bien por parte del ladrón. Se olvida que la violencia del hurto busca eliminar la protección de los bienes o la resistencia al acto de apoderamiento, lo cual se cumple apenas se toma el bien y queda en el ámbito de poder físico del ladrón. Lo que subsigue de allí en adelante ya no es violencia calificante del hurto, sino la ilegítima privación de libertad personal de la misma víctima hurtada, con lo que se demuestra que el secuestro existió realmente, y puede separarse ónticamente del hurto que conserva su nota

calificante de violación independiente de la retención de la persona que sobrevino al apoderamiento, y por tanto la consumación del hurto. Esa es la razón por la cual se plantea la casación con un error evidente de técnica, visto que aducido un error de selección de la norma se acepta que objetivamente sí se dio la conducta típica, sólo que se carece del dolo de secuestrar (se tiene apenas el de hurtar), lo que ya se censuró por equivocado.

"Y por ese mismo desconocimmiento del fenómeno material que decimos, se cae en otro yerro protuberante: que no cabía afirmar el secuestro por falta de dolo del mismo, cuando en verdad si el hecho de privar de libertad se dio fenoménicamente será evidente que su autor (el de la retención y traslado de la víctima) conoció y quiso retener físicamente a la víctima, contra su voluntad, –por ser fenómeno evidente y propio– lo que conforma el dolo de secuestro como quiere llamarlo el demandante.

"Resulta claro, el deseo de los plagiarios por retener contra su voluntad al señor Corredor Garnica, obligarlo a permanecer con ellos durante varias horas y exigirle una suma de dinero que debía entregarles. No se requiere, que la voluntad de secuestrar se manifieste o exteriorice de manera expresa por los sujetos agentes del delito, basta que de los actos materiales ejecutados por aquéllos se infiera, como en el presente caso, el aspecto cognoscitivo y volitivo de la conducta (dolo) para que se estructure a cabalidad el delito. Por tanto, no tiene asidero jurídico la afirmación de haberse fallado con base en una responsabilidad objetiva en contra del sindicado.

"Ahora bien, de otra parte tenemos la conclusión a que llega el libelista con base en la propia versión del secuestrado y en los testimonios de las personas a quienes éste les relató lo sucedido, según la cual aquél "tuvo completa libertad para ir hasta su oficina, hablar con una subalterna suya, entregarle unas llaves o inclusive explicarle ciertos asuntos relacionados con los hechos". No se requiere de mayores análisis y explicaciones para entenderla, pues omite intencionalmente señalar que el señor Corredor se sentía amenazado constantemente por sus plagiarios, quienes le apuntaban con sus armas de fuego, y nadie en tales circunstancias puede considerarse libre".

Como se dijo en un principio, muy poco le queda a la Corte por añadir a este completo estudio del punto rubricado por la Delegada. En la cuestión examinada la evaluación fluye de manera dócil. En efecto, a Corredor Garnica, en un principio, se le sustrajo con engaños de su hogar, para luego retenerle físicamente bajo la presión violenta representada por la eventual utilización de las armas de fuego que se exhibían. Se dio, pues, un sometimiento integral de su persona y una reducción total de su libertad de movimiento. Durante un prolongado período su libertad física fue suprimida ya que sólo estuvo en donde sus secuestradores le llevaron. Y no puede apreciarse esa situación como propia, exclusivamente, al desapoderamiento de su automotor, pues el espacio de tiempo consumido en la acción, así como sus características, indica que de haberse tratado únicamente de tomar el vehículo, sobrada y no utilizada oportunidad se tuvo para ello. Muy expedito resultó dejarle en cualquier lugar, desapareciendo con el automóvil, realizándose así plenamente la consumación de este delito, el mismo que no ha merecido objeción alguna dentro de la subsunción de la conducta en los moldes punitivos del hurto calificado y agravado. Pero los delincuentes profundizaron más su comportamiento, al punto que mantuvieron la privación física de la libertad de Corredor Garnica (ir a donde él quisiera conforme a su libre albedrío, sin condicionamientos) por largo tiempo. Fue así como recorrieron, por varias horas, distintos y apartados sitios, un tanto lejanos, empleando esta retención a fines patrimoniales, puesto que le manifestaban conocer de sus posibilidades económicas. En esta labor de ablandamiento, en donde se evidencia el ingrediente extorsivo del secuestro, consiguieron comprometer su asentimiento a entregarles unos doscientos mil pesos, días después. Sólo así, le dejaron en libertad. Pero ya la tentativa de extorsión había desaparecido totalmente, para dar paso al secuestro extorsivo, en forma perfecta, pues como lo recuerda el Tribunal, esta modalidad delictiva es ajena al resultado de conseguirse de modo efectivo la perseguida ventaja económica, o las otras previstas por la ley. No es dable, pues, aludir a un bien de inferior categoría (aspecto patrimonial) cuando la conducta evolucionó hacia proceder de mayor entidad, como lo es el secuestro.

De manera que el demandante no ha logrado evidenciar, ni por asomo, un error ni directo ni indirecto y apenas ha conseguido hacer más notorio el acertado juicio que el tribunal consignó en su sentencia.

El cargo 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 como en efecto *no se casa*, el fallo impugnado, ya mencionado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, (con razones adicionales de voto)*; Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enriaue Valencia M.*, "no".

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

SECUESTRO EXTORSIVO / EXTORSION
Razones Adicionales de Voto

No puede negarse que entre el secuestro extorsivo y la extorsión, se dan sensibles afinidades pero su diferencia cardinal estriba en que si bien es cierto que en ambas infracciones se da una supeditación de voluntad, la primera, en este plano, comporta una afectación de física libertad y daño patrimonial, al paso que la segunda compromete la voluntad en cuanto a disponibilidades económicas.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Razones adicionales:

La Corte no consideró conducente, para definir este caso, referirse a los temas que a continuación se comentan y que formaban parte de la ponencia original. Se reservó la Sala, por el motivo indicado, toda opinión sobre acierto o desacierto de estas glosas. Sin embargo, el suscrito estima de interés consignarlas por aparte porque la menor de las conveniencias, para no discutir lo de la pertinencia, aparecería del lado de estimular la discusión de estas ideas y procurar, por el legislador, un mejor encuadramiento y claridad del instituto de secuestro extorsivo. Debe empezarse, en este cuestionamiento, por preguntar qué calificación merecen las siguientes acciones, expuestas a título de necesaria hipótesis en el tratamiento del asunto: a) Apresamiento a viva fuerza (o por engaños) de una persona que luego de sufrir ilícita y pasajera retención vuelve a un ámbito de disminuida libertad física, puesto que sus captores le permiten regresar a su casa, ocuparse de ciertas actividades (v.gr. visitar su finca, asistir a su oficina), con el fin de lograr los bienes o dineros que se le han exigido, todo bajo la amenaza de mayores males para él, su patrimonio o su familia; b) ligerísima aprehensión (por medio violento o por engaños), suficiente para colocar una carga explosiva en el cuerpo de la víctima, que regresa a su actividad para procurar los bienes o dinero exigidos; c)

noticiamiento serio a la víctima de estar constantemente vigilada, conociéndose tanto sus recursos económicos y la de sus seres queridos (esposa, hijos, padres), imponiéndosele el que debe permanecer en su casa, o en otro determinado sitio, o realizar escasa actividad comercial a fin de conseguir y cumplir exigencias propias del secuestro extorsivo.

La cuestión que se plantea es la de si estas tres situaciones pueden y deben tomarse como secuestro extorsivo, o se trata de otra clase de delitos, v.gr. extorsión, únicamente, o en concurso con constreñimiento ilegal (art. 276), o tortura (art. 279), etc. Seguramente que la primera de las indicadas eventualidades, atraerá la apreciación de secuestro extorsivo, por la forma como se inicia el actuar delictivo. Pero aquél, bajo esa óptica tradicional, se entenderá terminado al momento de recuperar esa disminuida libertad, pero sin que esta acción delictiva se extienda más allá. De las otras, la concepción predominante, propugnará por la exclusión del secuestro por no darse ni el arrebato, ni la sustracción, ni la retención ni el ocultamiento mencionados en el art. 1o. de la Ley 40/93, antes art. 268 del C. Penal.

La valoración, resulta equivocada y debe cambiarse de criterio. Está de espaldas a lo que la norma puede, correctamente justipreciada, alcanzar y más todavía a las modalidades que, en el país y en esta órbita, ha impuesto esa clase de delincuencia, pues nadie ignora que ésta se ha ideado la forma (y los ejemplos propuestos son trasunto de esa aflictiva realidad nacional) de afectar la libertad de las personas, en evidente propósito de consumar un secuestro extorsivo, pero librándose del problema de mantener a la persona en cautiverio, con los inherentes riesgos de que la víctima ablande a sus plagiarios, de que ésta aproveche oportunidades de fuga, se den mayores gastos de custodia y manutención, se presenten diezmantes acciones de la fuerza pública y se reciba un tratamiento severo en cuanto a pena, trámite y eliminación de beneficios.

No puede negarse que entre el secuestro extorsivo y la extorsión, se dan sensibles afinidades pero su diferencia cardinal estriba en que si bien es cierto que en ambas infracciones se da una supeditación de voluntad, la primera, en este plano, comporta una afectación de física libertad y daño patrimonial, al paso que la segunda compromete la voluntad en cuanto a disponibilidades económicas. La libertad individual como libertad de movimiento o locomoción, se desconoce y menoscaba por

acciones que el legislador ha indicado con estos verbos rectores, arrebatar, sustraer, retener u ocultar. De antiguo, y más adelante se harán precisiones, esta normatividad ha partido de una restricción conceptual, acorde con lo que fuera la antigua definición de este delito (simple o extorsivo), puesta de resalto en lo que fue su inicial composición típica: "El que *secuestre*...", con lo cual se quería señalar el físico y directo contacto entre secuestrador y secuestrado, produciendo en éste inmovilización, aislamiento o separación del medio ambiente en el cual se encontraba. Y, sólo mientras se diera esta nota, se podía aludir a esa modalidad delictiva. De allí que no faltaron tesis dirigidas a desestructurarla cuando dándose una posibilidad de evasión, ésta fuera desaprovechada. Al cambiar la legislación y hablarse ahora de "el que arrebate, sustraiga, retenga u oculte una persona...", la estimación jurídica de antaño se ha mantenido inflexible, como si nada hubiera acontecido ni en el ordenamiento legal ni en el ordenamiento social que se padece, y se sigue exigiendo lo que gráficamente podría llamarse como "poner la mano sobre la víctima y no retirarla". Pero ni el legislador ha tenido tan estrecha visión, propia sí de los intérpretes, ni la realidad se ha mantenido en esa primitiva formaleta de conducta. Lo que se ha querido con el delito en mención, es que a nadie, por las finalidades expresadas, ni se le sustraiga, ni se le arrebate, ni se le retenga, ni se le oculte, pero prescindiéndose de señalar, con expresiones tales, el instrumento de acción, ni menos el imponer que ello se cumpla por aprehensión o traslación material, dirigida en todo momento, de principio a fin, por quien asume el rol de secuestrador. Lo que interesa, en esencia, es evitar esta restricción temporal o pérdida definitiva y absoluta de la libertad física, así el dispositivo de acción obre con lejanía y sea el propio secuestrado el que, en apariencia, se imponga esa privación o desaparecimiento de su libertad de locomoción. En otros términos, resulta idéntico que, corporalmente, el secuestrador atienda de manera total e integrada esa faena, o que momentáneamente se dé, o que nunca aparezca esa relación o contacto personal y tangible, pero sí que, por los medios o métodos empleados, el secuestrador imponga la absoluta o relativa parálisis de la víctima, hasta conseguir sus fines buscados ("provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político... –L. 40/93, 1–"). Equivalentes se muestran, a los efectos de ésta más acentuada represión penal, la remoción física de una persona de su espacio vivencial propio y su ninguna solución de continuidad, o que producida esa separación se la deje regresar para

auto-recluirse en un determinado sitio o actividad, o se restrinja severamente sus posibilidades naturales de trasiego, conminándose esas órdenes con males superiores a la vida, integridad, bienes o familiares o haciéndose detonar la carga explosiva colocada en su cuerpo, o que todo ello se logre así ese transitorio aislamiento o separación no se realice. Y la tesis ni es estrafalaria ni resulta huérfana. Un comentarista como Luis Carlos Pérez la admite en la siguiente glosa: la coerción a una autodeterminación física se da cuando se ha "trazado un espacio dentro del cual no puede moverse, aunque dentro de él si tenga facultad de determinación, siempre que ese espacio ofrezca límites precisos" –Derecho Penal, Tomo IV, pág. 378–. Lo único que el comentarista exige más, como impulso de criterio de rutina que como concepción propia y bien reflexionada, es que se haya dado una inicial violencia (arrebato). Ya se ha explicado como esta circunstancia también puede sustituirse o equipararse por obra de la coacción ejercida por el secuestrador sobre el secuestrado, para que éste elimine o menoscabe su libertad física mientras cumple con lo que es objetivo del secuestro extorsivo.

En todo caso la libertad ha sido suprimida o menoscabada y todo a expensas de quien, sin vacilaciones, merece ser llamado y tratado como secuestrador-extorsionista. ¿Se podrá distinguir entre la aprehensión material (con aherrojamiento y vigilancia armada consiguientes) y la grave y atendible amenaza de la muerte de la víctima o de sus familiares, debiéndose reconocer la eficacia de los medios empleados, la obtención de los resultados propuestos y la notoriedad del nexo causal propio, dándose como se da la pérdida o afección notable de la libertad de locomoción? Si para un fin de publicidad o de beneficio político se busca ocultar a una persona, será necesario que alguien la tome y la guarde en un determinado sitio, o bastará que esa persona concurra allí y allí se mantenga, porque de no hacerlo explotará la bomba que se ha adherido a su cuerpo y se maneja a control remoto?.

Nadie ignora, en nuestro medio, que a la víctima suele primero arrebatársela para sólo enterarla de la pretensión ilícita y para hacerle conocer cuán controlada o interceptada se encuentra toda su actividad (individual, familiar, social, comercial, etc.) para luego levantar esa situación de veda absoluta de locomoción, permitiéndose la parcial recuperación de ésta (v.gr. estar en su casa, ir a su lugar de trabajo, visitar

una finca) para poder procurar el rescate, todo bajo la inspección, control, tutela del secuestrador y sus secuaces. Físicamente se está libre; físicamente no se está en directo contacto con su secuestrador; físicamente puede conservar algunos movimientos, pero, no goza de su plena autonomía ni de su plena libertad, puesto que en este campo todo se subordina a lo que autoriza hacer o no hacer el secuestrador y todo orientado a que con esta disminuida libertad pueda conseguirse el dinero que se le ha exigido o cumplir con las otras pretensiones impuestas. En estas hipótesis bien vale emplear, didácticamente, la gráfica expresión de secuestro a distancia, puesto que la libertad física se haya entorpecida pero todo gira enrededor de cumplir con lo perseguido por el agente activo del delito. Es suficiente esta circunstancia, este evidente sometimiento, este arrollamiento de la libertad individual, para aceptar que en la persona así tratada se ha operado un arrebatamiento, o una retención, puesto que estas nociones deben entenderse como frenar algo que se podía hacer, impedir su decurso natural, perder otro una capacidad de actuación en el terreno de la libertad física. Singularizándose el hecho, es necesario observar que la persona debe considerarse como retenida porque el pleno de su libertad no puede ejecutarse, sino que se conserva una línea de movimiento acordada e impuesta por su distante opresor. El énfasis, siendo importante, no debe darse tanto respecto de la forma violenta o engañosa como se interrumpe la vida ordinaria de la víctima y que esta acción de fuerza se mantenga sin solución de continuidad, como sí que se afecte la libertad de locomoción, en procura de los fines señalados por la ley, mediante una acción injusta, así su aplicación no se cumpla de manera directa, corporal y de material contacto entre secuestrador y secuestrado.

Siendo significativo lo de la aprehensión (una modalidad) no lo es todo ni es el factor que de manera exclusiva y excluyente defina la calificación de la conducta; el que eso se logre al principio o durante el desarrollo de la conducta, representa un elemento más de valoración, pero lo que alcanza poder definitorio, según lo expuesto, es la afectación de esa libertad de locomoción en procura de ciertos ilícitos objetivos, pues sucedido esto la relación causal exigible para el delito de secuestro se da con toda intensidad y plenitud, o sea, que a los fines de conformar el secuestro, da lo mismo que la persona se vea obligada a permanecer inmovilizada en el lugar en donde ha sido interceptada, o que pase a sitio distinto o extraño, dominado por sus captores, o que para cumplir las

exigencias extorsivas recupere de manera condicionada la libertad de movimientos y de relación social y así se sostenga hasta el cumplimiento de lo que es objetivo del secuestro, o intermitentemente regrese al ámbito de sus secuestradores, o se le comunique, y así se obedezca, el compromiso de una autolimitación para evitar males mayores. Todo ello no es de su esencia sino peculiaridades de la actuación en el mismo y único delito, vale decir, el secuestro extorsivo.

El legislador, con sabio criterio, se muestra muy sensible a la afectación de la libertad de locomoción, por obra de cualquiera, tanto que dándose su menoscabo, con las finalidades específicas determinadas en la citada Ley 40/93, prefiere que se hable de secuestro y no de otras figuras delictivas. La excelencia de este inestimable bien, que a la par del honor forma atibuto del alma y constituye patrón de definición del ser humano, no permite titubeos en su protección, ni tolera que pase a segundo orden en cuanto a hacer prevalecer otros secundarios objetivos de resguardo. Si la esencia de la prohibición penal está constituida por la preservación de la libertad física, el injustificado menoscabo o desconocimiento de ésta, en la esfera comentada, por obra de particulares, lleva a pensar de entrada, con sólido fundamento, en el mencionado delito de secuestro. La judicatura no debería olvidar esta apreciación y consiguientemente resulta imperioso que le dé efectiva vigencia. Conforme a esta preceptiva, la retención de una persona, cuando tal retención no aparezca como consustancial o ligada a otra figura, ya por su brevedad, ya por los aspectos circunstanciales, como sería el desapoderamiento de un objeto que se lleva o utiliza, o la realización de un acto sexual, debe derivar hacia el enfático reconocimiento de un secuestro. De ahí que la conducta de constreñimiento desplegada para que otro haga, tolere u omita algo, con el propósito de un provecho ilícito, deberá mirarse como extorsión mientras no se empiece una acción o se intercale en su desarrollo, un acto que afecte la libertad personal de locomoción, pues dándose esto último es inevitable aludir al secuestro extorsivo, integrándose el delito contra la libertad individual, en su tipo más grave, por los fines económicos o publicitarios o políticos buscados. De manera que no es dable aludir, en situaciones tales, a figura propia de los atentados contra el patrimonio económico ajeno, o a otras de contenido y efecto residual. Cuando se compromete la libertad física, esta afección traslada el asunto al espacio jurídico del secuestro extorsivo.

Una glosa más: ya se anotó que los conceptos empleados por la ley tienen una tradicional y restrictiva interpretación. Es así como arrebatar es llevar a alguien a donde éste no quería estar u obligarlo a permanecer allí, implicando la acción un empleo de violencia que sojuzga la voluntad e impone el traslado o cambio de sitio. Obviamente comporta una idea de fuerza física de remoción o cambio forzado. Lo expuesto no hace superfluo o inutil el verbo rector pues frecuentemente las conductas propias de secuestro se acomodan plenamente a esta idea. Lo criticable es la limitación que quiere establecerse cuando dándose la remoción y la violencia, se quiere que ambas las ejecute integralmente el secuestrador y que la relación de éste con el secuestrado se presente como ininterrumpida. Pero la previsión legal no impone esta estrechez conceptual pues más que decirlo el texto se suele, abusivamente, entender que se requiere ese contacto directo entre uno y otro. Lo que en la hipótesis se advierte es un sojuzgamiento de la voluntad para imponer la pérdida absoluta o relativa de la libertad y esto ocurre, de manera plena, cuando la víctima altera notablemente sus espacios ordinarios por temor a perder la vida o sufrir daños superiores en sus bienes, o ver afectada una u otros en sus familiares, y se plega a ir donde no quiere o a quedarse donde no le place, dándose así un verdadero arrebato. No está por demás transcribir este comentario de Perez: "Si el arrebatamiento implica empleo de fuerza irresistible es claro que no sólo se lleva a cabo aplicando físicamente un poder coercitivo, sino también con amenazas directas o indirectas, en las cuales se centra la denominada violencia sicológica o moral. Cuando la criminalidad fraudulenta comparte el campo con la violenta, no es raro conseguir mediante coacciones síquicas lo que se persigue, y a veces sin que la determinación sobresalga o se evidencie exteriormente. La amenaza sigue cauces reservados, pero tan efectivos como el costreñimiento material.

"Mediante violencia moral o amenazas puede obligarse a la víctima para que se desplace a lugar donde la espera o la encontrará el secuestrador. Esta forma condicionada de violencia permite intimidar con males futuros, mediatos o inmediatos, pero en todo caso realizables, capaces de afectar o lesionar sicológicamente a la persona, y también de obligarla a aceptar males menores para sí o para otras con las cuales tiene vínculos de afecto o de cualquier otra naturaleza.

"El constreñimiento síquico debe derivarse de amenaza seria, de manera que la persona se vea forzada a conducirse según las órdenes o los deseos del secuestrador, a fin de evitarse o evitar a otro un mal mayor o equivalente. La gravedad o seriedad de la amenaza varía según la posición social de quien la recibe, su grado de cultura, su capacidad de valoración de las acciones humanas y, por sobre lo anterior, el conocimiento del agente, pues a veces se comunican promesas intimidatorias sin que su autor disponga de elementos adecuados o condiciones discrecionales para cumplirlas. En el fondo, la persona violentada síquicamente ejecuta la única conducta que le resulta posible" –*ibídem* págs. 383/384–.

Y otro tanto ocurre con lo que se denota con la expresión "sustraer" que traduce el desplazamiento engañoso y fraudulento. Ocurrido aquél por obra tal, la cortapisa a la libertad de movimientos, mediante la aplicación de métodos como los que se comentan, establecen la realidad del secuestrado extorsivo. Por eso el mismo autor citado comenta de la modalidad que "esta conducta representa el secuestro con engaños o mentiras, mejor, la desviación de la víctima para *hacerla llegar por sí misma* a sitio determinado y allí imponerle las condiciones del rescate. En la sustracción, pues, no obra violencia física o sicológica. El desplazamiento se efectúa por consentimiento viciado, tan efectivo como el de las coerciones, pues entraña un asalto a la buena fe de la víctima para desplazarse hasta donde el secuestrador" –*ibídem*, pág. 385–.

Lo anterior, con sus cambios pertinentes, se aplica por igual al ocultamiento y la retención.

La figura, tal como se da, auspicia sobradamente la enriquecedora interpretación que se propugna. Otra cosa ha sido el enfoque de algunos comentaristas y jurisprudencias, que más que ver los fines perseguidos y los alcances totales de la normatividad, han preferido la rigidez y atraso de la noción. Se ha preferido vivir en el pasado y dejar de lado la punzante realidad que agobia al país.

Con todo respecto,

Gustavo Gómez Velásquez.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO

La condición de pertenecer a un grupo declarado en rebeldía contra el establecimiento, no basta para asignar la competencia especializada que ahora está a cargo de los jueces regionales; menos aún cuando las conductas que se deben juzgar se realizaron cuando la ley no había creado ni los tipos especiales agravados punitivamente, en relación con la normatividad existente ni los jueces que conocerían de tales comportamientos. Es de anotar que el conocimiento de los procesos por las infracciones relacionadas con las armas de uso privativo de las fuerzas armadas fue atribuido a algunos jueces especializados (Decretos 1807 de 1985, 468 y 565 de 1987), por lo que en su investigación y juzgamiento se mantuvo en la jurisdicción común, aún después de haber entrado en vigencia (el 1o. de julio de 1987) el Decreto 050 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, en virtud de la expedición del Decreto 1204 del mismo año. Como la acusación que soportan los procesados no se refieren a atentados contra el régimen institucional así ellos pertenezcan a un movimiento rebelde, tampoco por esta circunstancia los lícitos cuya comisión se les atribuye han dejado de ser de competencia de los jueces penales comunes.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 076 de 13 de julio de 1994.

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el conflicto negativo de competencias que se suscitó entre el Juzgado Penal

del Circuito de La Palma (Cund.) y un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, a propósito del conocimiento de los procesos acumulados adelantados contra Julio Alberto Sotelo Suárez y otros, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Antecedentes:

El 22 de mayo de 1992, el Juzgado Cuarto Ad Honorem del Distrito Judicial de Cundinamarca profirió resolución de acusación por el delito de homicidio (artículos 323 y 324 del C.P.) contra Julio Alberto Sotelo Suárez, cometido el 23 de marzo de 1984 contra Aristóbulo Mariño.

La Unidad de Fiscalía de La Palma notificó el calificatorio en diciembre de 1992 y el 13 de enero del año siguiente remitió el expediente al Juzgado Penal del Circuito de ese lugar, que al día siguiente asumió el conocimiento del proceso.

Por otra parte, el 13 de mayo de 1993, la Unidad de Fiscalía de La Palma dictó resolución de acusación contra el mismo Julio Alberto Sotelo Suárez, Héctor Horacio Mahecha Bustos y Rosa Elvira Rocha, por los delitos de homicidio agravado (art. 324.7) consumado contra José Antonio Linares y Arnulfo Linares, y por porte ilegal de armas, según hechos ocurridos el 21 de junio de 1986.

Notificado el pliego de cargos, el Juzgado Penal del Circuito de La Palma recibió las diligencias y el 21 de mayo de 1993 avocó el conocimiento de ellas.

Cumplidas algunas actuaciones en cada proceso, en pronunciamiento del 2 de junio de 1993, el Juez de Primera Instancia dispuso la acumulación de los dos trámites.

No obstante, el 14 de julio del año próximo pasado, el mismo despacho judicial estimó que carecía de competencia para proseguir conociendo de la actuación por cuanto los procesados por la muerte de José Antonio y Arnulfo Linares son miembros de las FARC, además de que, como móvil del crimen se ha señalado el hecho de atribuir a las víctimas la condición de informantes del Ejército; circunstancias que, en

su opinión, radican la competencia del juzgamiento en cuanto a ese caso, en los jueces regionales de Santafé de Bogotá, y por conexidad, también en cuanto al acumulado, adelantado por la muerte de Aristóbulo Mariño.

En esas condiciones, la Juez Penal del Circuito de La Palma, sin más consideraciones de orden normativo o fáctico, propuso colisión negativa de competencia a los Jueces Regionales de la ciudad capital.

Después de transitar equivocadamente por las fiscalías regionales de Santafé de Bogotá, el proceso finalmente llegó al destino indicado por el colisionante, en donde el Juzgado Regional que recibió el expediente por reparto, trabó el conflicto, puesto que de igual forma consideró que la competencia para adelantar el juzgamiento en estos asuntos acumulados le corresponde al Juzgado Penal del Circuito de La Palma.

Argumentó el titular del despacho colisionado que para marzo de 1984 y junio de 1986, épocas de acaecimiento de los hechos, no habían nacido a la vida jurídica los juzgados de orden público, hoy denominados regionales; como tampoco el Gobierno Nacional había proferido los decretos de conmoción interior que culminaron con el establecimiento de la jurisdicción de orden público y la creación de nuevos tipos delictivos.

Por lo demás, afirma que toda la normatividad sobreviniente, de ninguna manera implicó el desconocimiento de las garantías constitucionales protegidas por el artículo 26 de la anterior Constitución Política y 29 de la actual. En consecuencia, el Juez Regional concluye que el Juez natural en este caso es el Penal del Circuito de La Palma. También resalta que los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas (arts. 323 y 324 del C.P. y 1o. del D. 3664/86) no son de conocimiento de los jueces regionales.

En estas condiciones llega la actuación, para que la Sala decida lo pertinente.

Consideraciones de la Sala:

La Juez Penal del Circuito de La Palma rechazó la competencia del despacho a su cargo para asumir el enjuiciamiento de Julio Alberto Sotelo

Suárez y otros en dos causas acumuladas, para señalar que le corresponde a los jueces reionales de Bogotá, sin expresar cuál era el factor de competencia que discutía, pues no invocó norma alguna sobre esa materia, y tampoco discutió la tipificación de las conductas sobre las cuales se habrá de emitir fallo, en orden a demostrar la modificación de la competencia.

En definitiva, la funcionaria que inició el conflicto solamente apoya su determinación en la circunstancia, conocida en el proceso por la prueba testimonial recaudada, según la cual, los procesados pertenecen a la guerrilla y más exactamente a las FARC. Elemento que carece de trascendencia para variar los parámetros de juzgamiento que hasta el momento se han desarrollado, de una parte, por la época en que tuvieron ocurrencia los hechos investigados, uno en marzo de 1984, y otro en junio de 1986; y de otra, porque la naturaleza de los delitos que se atribuyen a los implicados no son de conocimiento de los jueces regionales.

Adviértase que las resoluciones de acusación imputan a los procesados la comisión de los delitos de homicidio agravado e infracción al artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986, sin que ninguno de tales ilícitos revistas las características señaladas para aquellas infracciones penales que deben conocer los jueces regionales.

Ahora bien, la condición de pertenecer a un grupo declarado en rebeldía contra el establecimiento, no basta para asignar la competencia especializada que ahora está a cargo de los jueces regionales; menos aun, en este caso, en el cual, como bien lo afirmó el Juez Regional, las conductas que se deben juzgar se realizaron cuando la ley aún no había creado ni los tipos especiales agravados punitivamente, en relación con la normatividad existente, ni los jueces que conocerían de tales comportamientos.

Recuérdese que la normatividad destinada al restablecimiento del orden interno la inició el legislador ordinario con la expedición de la Ley 2a. de 1984 que creó jueces especializados para que se dedicaran exclusivamente a la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo (arts. 268, 355 y 187 del Código Penal); funcionarios que aunque de existencia limitada, pues se previó para ellos

una duración de sólo seis años (art. 74, Ley 2a./84), concurrieron a integrar la jurisdicción penal ordinaria.

Posteriormente, ya en desarrollo de las facultades extraordinarias que confería al Ejecutivo el artículo 121 de la Constitución de 1886, y en virtud del estado de turbación del orden público declarado en el Decreto 1038 de 1984, entre otras reglamentaciones, se profirió el Decreto 3664 de 1986, relacionado con la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, suministro, reparación o porte de armas de fuego, tanto de defensa personal como de uso privativo de las fuerzas armadas, o de municiones o explosivos.

Es de anotar que el conocimiento de los procesos por las infracciones relacionadas con las armas de uso privativo de las fuerzas armadas fue atribuído a algunos jueces especializados (Decretos 1807 de 1985, 468 y 565 de 1987), por lo que su investigación y juzgamiento se mantuvo en la jurisdicción común, aun después de haber entrado en vigencia (el 1o. de julio de 1987) el Decreto 050 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, en virtud de la expedición del Decreto 1204 del mismo año.

En agosto de 1987, esto es, después de ocurridos los dos hechos punibles que son objeto de investigación en las causas acumuladas, mediante el Decreto 1631 de 1987, expedido por el Ejecutivo Nacional en desarrollo del artículo 121 de la Carta Política de 1886, se crearon los denominados "jueces de orden público", cuya competencia definieron los arts. 1o. y 2o. de ese estatuto en los siguientes términos:

> "Art. 1o.- Al responsable de alguna de las conductas punibles previstas en el Código Penal, cuando su acción aparezca encaminada a perseguir o intimidar a cualquier habitante del territorio nacional por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no, se le aplicará la pena prevista en la respectiva disposición aumentada de una cuarta parte a la mitad.
>
> "La misma pena se impondrá si la conducta se realiza contra los parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de la persona a quien se pretende

intimidar o perseguir por razón de sus creencias u opiniones políticas".

"Art. 2o.- Se presume que ha actuado para perseguir o intimidar a otro u otros por sus creencias u opiniones políticas, partidistas o no, quien realice la conducta punible contra cualquiera de las personas enunciadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 102, y 2 y 3 del artículo 151 de la Constitución Política, los funcionarios elegidos por las Corporaciones Públicas, los agentes diplomáticos o consulares acreditados en el país, los arzobispos u obispos, los demás magistrados y jueces de la república, el registrador nacional del estado civil, los intendentes y comisarios, los alcaldes municipales, los miembros de los cuerpos colegiados de elección popular, o contra la persona de un candidato, de un dirigente político, cívico, sindical, o un periodista".

Conviene aclarar que no obstante su denominación, los jueces de orden público aún hacían parte de la jurisdicción penal común, tanto como que su superior inmediato era el respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial. Y en lo que se refiere a los hechos que motivan este pronunciamiento, ninguno de ellos encajaba en las descripciones anteriormente transcritas, además de que los nuevos funcionarios judiciales sólo habrían de conocer de los delitos que se cometieran a partir de la vigencia del citado Decreto 1631; luego, también por esta razón, los delitos imputados a Sotelo Suárez y otros debían investigarse y fallarse, como en realidad ocurrió, por el procedimiento establecido para la generalidad de las infracciones penales.

En enero de 1988, el Gobierno Nacional continuó nutriendo la legislación de estado de sitio y en virtud de ella concibió la que se denominó jurisdicción de orden público, habiendo creado un Tribunal especial como juez de segunda instancia en esa área del derecho Penal. Por lo demás, también modificó los tipos penales existentes y creó algunos nuevos; entre ellos y para los efectos de este proveído, recuérdese que el legislador extraordinario asignó a esa nueva jurisdicción el conocimiento del delito de homicidio que "con fines terroristas" se cometiera contra un magistrado, juez, agente del ministerio público, gobernador,

intentendente, comisario, alcalde posesionado o simplemente elegido, personero o tesorero municipal, o miembro principal o suplente del Congreso de la República, de las asambleas departamentales, de los consejos intendenciales, de los consejos comisariales o de los concejos municipales o del Distrito Especial de Bogotá, Presidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, candidato, dirigente político, dirigente de comité cívico o gremial, periodista, profesor universitario, o directivo de organización sindical, miembro de las fuerzas militares, policía nacional o de organismo de seguridad del Estado, cardenal, primado, agente diplomático o consular, arzobispo u obispo (art. 29 del D. 180 de 1988, modificado por el art. 1o. Decreto 261 de 1988).

Fácil resulta advertir que los comportamientos que habrán de ser juzgados en este trámite acumulado no concuerdan con la descripción contemplada en la disposición comentada en precedencia; y su conocimiento tampoco era atribuíble a los jueces de orden público, en ese entonces, por cuanto, el art. 52 del citado Decreto 180 restringió su aplicación a los delitos cometidos desde su vigencia, la cual, como ya se comentó, fue posterior a la realización de las conductas que dieron lugar al encausamiento, en este asunto.

En el mes de marzo del mismo año de 1988 se promulgó el Decreto 474, cuyo artículo 2o. relacionó todos los delitos de competencia de los jueces de orden público, sin que se modificara la situación anterior referente a este proceso, pues allí solamente están incluidos los delitos de homicidio contra personalidades, los realizados con fines terroristas y la fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas. Como en los casos anteriores, el artículo 28 de este reglamento estableció que sus disposiciones sólo se aplicarían a los delitos cometidos a partir de su vigencia.

Ahora bien, la única posibilidad que habría existido en cuanto a que estos procesos acumulados fueran del conocimiento de la ya desaparecida jurisdicción de orden público, hubiera sido que a los aquí encausados se les hubiera procesado por rebeldía, pues el artículo 8o. del Decreto 2490 de 1988 ordenó:

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

Sin embargo, como la acusación que soportan los procesados no se refiere a atentados contra el régimen institucional, así ellos pertenezcan a un movimiento rebelde, tampoco por esta circunstancia los ilícitos cuya comisión se les atribuye han dejado de ser de competencia de los jueces penales comunes.

Descartada esa hipótesis, resulta intrascendente continuar recordando en forma específica las normas que han regulado la investigación y el juzgamiento de las conductas que tipifican delitos de conocimiento de los ahora llamados jueces regionales, contenidos en los Decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991 y 2271 de 1991.

En las condiciones expuestas, no encuentra la Sala sustento legal alguno para predicar que son los jueces regionales los que deben conocer de las causas acumuladas en referencia. Por tanto, se resolverá este conflicto disponiendo que el Juzgado Penal del Circuito de La Palma prosiga conociendo de la actuación.

Por lo anteriormente considerado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Asignar al Juzgado Penal del Circuito de La Palma (Cundinamarca) la competencia para proseguir el juzgamiento de Julio Alberto Sotelo Suárez y otros, en las causas acumuladas que contra ellos se sigue por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Comunicar esta determinación al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá.

Disponer el envío de la actuación al Juzgado Penal del Circuito de La Palma.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

PREVARICATO

El delito de prevaricato no se configura con la sola demostración objetiva del proferimiento de una resolución manifiestamente contraria a la ley, porque tratándose de una infracción dolosa, es preciso además contar con prueba suficiente del desconocimiento que el actor tenía sobre la desviación de su decisión de los cánones legales, y la orientación libre de su voluntad para actuar contrariando el derecho.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 76.

Vistos:

El 15 de febrero último el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta en Sala de Decisión Penal profirió sentencia condenatoria por el delito de prevaricato por acción, en contra de JOSE GUSTAVO MARTINEZ MERCHAN en su condición de ex-Juez Segundo de Instrucción Criminal de Cúcuta, providencia oportunamente impugnada en apelación por el defensor del encausado.

Concedido el recurso y rituado el trámite ante esta instancia, corresponde a la Corte entrar a revisar la decisión motivo de alzada, previas las siguientes consideraciones:

Antecedentes:

1. El doctor Jacinto Rómulo Villamizar Betancourt denunció penalmente ante el Tribunal Superior de Cúcuta al señor JOSE GUSTAVO

MARTINEZ MERCHAN por el punible de prevaricato, al considerar que mediante providencia del 17 de agosto de 1988 como Juez Segundo de Instrucción Criminal de Cúcuta –encargado–, profirió una providencia contraria a la ley. En esa decisión se dispuso la cesación de procedimiento en la actuación seguida en contra de Luis Guillermo Pinzón Possos, Luisa Isabel Ramírez Hernández, Milciades Gonzalo Consuegra Quintero y Julieta Margarita Franco Daza, por los delitos de falsedad, estafa, fraude procesal y fraude a resolución judicial cometidos como empleados de "Corfioriente".

Con su comportamiento –sostiene el quejoso–, el señor MARTINEZ MERCHAN desconoció la existencia de una orden emanada del Tribunal de Cúcuta para descontar por alimentos, el cincuenta por ciento (50%) de todo ingreso percibido por Helí Torrado Torrado como funcionario de "Corfioriente" en un proceso que su esposa le seguía, y la desatención que a la misma hicieron los funcionarios de la citada empresa que apenas descontaron y consignaron cuotas de doce mil, trece mil y quince mil pesos mensuales, cuando según lo establecido por el perito Víctor Hugo Antolinez Torres, Torrado devengaba un sueldo promedio de $358.693.33 –fl. 19 cuaderno No. 1–.

2. Las calidades de juez encargado que ostentó JOSE GUSTAVO MARTINEZ MERCHAN se acreditaron mediante copia del Acuerdo No. 32 de agosto 2 de 1988 del Tribunal Superior de Cúcuta, y el acta de posesión ante la Alcaldía Municipal de la misma ciudad de fecha 5 del mismo mes de agosto, que le autorizaba su desempeño por el término de 25 días –folios 54 y 66 del cuaderno No. 1–.

El Tribunal de Cúcuta mediante interlocutorio del 20 de abril de 1989 se inhibió inicialmente de abrir la correspondiente investigación, determinación que mereció impugnación en apelación por parte del denunciante. La Corte, al desatar la alzada, optó por revocar la anterior determinación para en su lugar ordenar la apertura de la instrucción y en la misma providencia dispuso compulsar copias para investigar por separado al Juez Titular del referido Juzgado, quien una vez reintegrado a sus labores despachó desfavorablemente el recurso de reposición que en contra de la cesación de procedimiento se había intentado.

El 14 de febrero de 1990 se oyó en diligencia de indagatoria el acusado. Allí explicó que sus estudios no sobrepasaron el quinto año de bachillerato, llevando dieciséis años al servicio de la Rama Jurisdiccional, tiempo en el cual desempeñó los cargos de citador hasta secretario del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal. En cuanto al hecho investigado, explicó que en el mes de julio de 1988 fue encargado del Despacho mientras el titular disfrutaba de sus vacaciones agregando que en esa oficina se encontraba un proceso seguido en contra de Luisa Isabel Ramírez, Milciades Gonzalo Consuegra, Julieta Margarita Franco y un señor Posso por los delitos de fraude procesal y falsedad, el cual se había iniciado en el Juzgado Trece de Instrucción Criminal ambulante, que al resolver la situación jurídica se abstuvo de proferir medida de aseguramiento.

Posteriormente y a instancias del representante de la parte civil, en el proceso se llevó a cabo una diligencia de inspección judicial con intervención de perito contable, y luego se dispuso el cierre de la investigación. La calificación del mérito sumarial le correspondió al titular del despacho quien ordenó su reapertura por el término de 60 días. Vencido el plazo anterior se ordenó el nuevo cierre, llevando el expediente aproximadamente ocho días al despacho cuando el titular salió a disfrutar de sus vacaciones. Al ser encargado por el Tribunal en su reemplazo, se vio obligado "a resolver sobre el caso –dice– y fue así como en providencia de agosto 17 de 1988 decreté cesación de procedimiento, pues porque la prueba no había cambiado en nada".

Inconforme con esta providencia, el apoderado de la parte civil interpuso los recursos de reposición –despachado de manera desfavorable por el Juez titular–, y en subsidio el de apelación. Surtida esta última impugnación, el Tribunal le impartió confirmación a la cesación por el cargo de fraude procesal, pero respecto del fraude a resolución judicial decretó resolucion de acusación en contra de algunos de los implicados, siendo la razón para que el abogado que actuaba como parte civil lo denunciara penalmente por un prevaricato que para el acusado no se dio, porque:

> "no se da el caso de este delito porque al confirmar el Tribunal en parte mi providencia indica que no es violatorio de esta norma,

> dice que por ignorancia y yo creo que los yerros no son constitutivos de infracción penal, pues por ello surgió la segunda instancia que es garantía para estos yerros o cuando no está de acuerdo el abogado con lo que se ha determinado, yo al pesar mi criterio lo hice con la convicción segura de que estaba obrando fue producto de un análisis detallado de todo el proceso y es tan cierto que como ya antes he repetido el Honorable Tribunal confirmó la providencia, de lo que se puede deducir que en ningún momento obré con malicia o con algún acto doloso".

En esta diligencia hizo también referencia a las desaveniencias con el abogado que actuaba en representación de la parte civil; primero porque la inspección judicial no se realizaba con la premura que pedía, y luego por la objeción que uno de los abogados de la defensa le hizo al dictamen. Así mismo, agregó, aquel profesional acusaba a los funcionarios del juzgado de encubrir a una de las procesadas, de quien decía era la concubina de su yerno.

Con relación a la practica de algunas pruebas, añade:

> "Yo al revisar detenidamente el proceso me pude hacer al criterio de que no existía mérito para decretar en contra de los sindicados Resolución de Acusación, porque como ya dije anteriormente la prueba en sí no habia cambiado...",

y más adelante, a la pregunta sobre el criterio que tuvo el Juez para no revocar la providencia en cuestión, respondió:

> "tengo entendido que el doctor Jaime Rodríguez consideraba que no había mérito para proferir resolución de acusación en contra de los procesados, ya que antes de salir a hacer uso de sus vacaciones, recuerdo que estuvimos analizando las pruebas existentes en el proceso a que nos referimos y de lo que hablamos pude ver que también pensaba en que no había mérito para dictar otra medida fuera del cese de procedimiento".

Sobre el motivo por el cual entró a calificar por segunda vez el mérito del sumario respondió:

> "yo en su oportunidad como Secretario pasé el proceso al despacho para su calificación, incluso le comenté al doctor que con tanto trabajo que había y que quedaba ese negocio que era delicado y sobre todo por la cantidad de problemas que se habían presentado con el abogado de la parte civil, no sé el motivo que él tuvo para no calificarlo antes de salir a vacaciones".

Después de recepcionar algunas declaraciones se ordenó el cierre de la investigación, y mediante interlocutorio del 21 de junio de 1990 el mérito del sumario se calificó con cesación de procedimiento en favor del indagado MARTINEZ MERCHAN. Nuevamente en contra de esa determinación el representante de la parte civil interpuso el recurso de apelación, ocasionando su revocación por la Corte mediante auto del 29 de octubre de 1990 que en su lugar dispuso la reapertura de la investigación.

La Sala, en la mencionada decisión, tuvo en cuenta que en el plano objetivo se presentaba la violación manifiesta de la ley por parte del denunciado, por cuanto los términos con los cuales la jurisdicción civil había ordenado el embargo proporcional del sueldo del doctor Helí Abel Torrado para atender el sostenimiento de sus menores hijos, no daba cabida a interpretaciones, menos de la forma restrictiva como se prestaron a favorecerlo sus compañeros en "Corfioriente" para ridiculizar la orden judicial.

Respecto de las declaraciones de los empleados del Juzgado, se dijo que de ellas no surgían bases suficientes para fundamentar la medida de cesación de procedimiento, aunque tampoco el informativo ofrecía razones bastantes para acoger la posición extrema de la acusación que sugería el recurrente. De otra parte se añadió:

> "...el indagado sostiene que la situación procesal que le correspondió estudiar y sirvió luego de motivo a su pronunciamiento, era la misma advertida y valorada por su jefe y predecesor en el cargo, porque esa advertencia obliga cotejar información que aún dentro del proceso no aparece. Es así como se ignoran todavía los argumentos que sirvieron para adoptar la resolución de reapertura a cargo del juez Rodríguez, que se

pretende directriz del auto de cesación que profiriera luego el procesado pero además queda por saber si en la etapa adicional se realizaron pruebas, si ellas lograban modificar la situación originalmente valorada, e inclusive si en la hipótesis de su no allegamiento, pudo incidir en la conducta del procesado, aspectos tanto más relevantes como que mientras el auto reprochado sostiene que ese lapso transcurrió sin aportación demostrativa, la indagatoria admite –folio 57–, segundo cuaderno–, el allegamiento de varios testimonios y novedades relativas al dictamen.

Existe, además, en las explicaciones del indagado, una advertida molestia frente al ahora denunciante, que tampoco se preocuparon por ocultar ni el doctor Rodríguez ni los demás empleados del Juzgado y declarantes, malquerencia suficiente, al parecer, para convertirse en motivo de animadversión que inclinara al señor MARTINEZ MERCHAN a proferir la decisión por la cual se le persigue, aspectos que de por sí enervan la posibilidad de desligarle definitivamente, distanciando la solución traída en el auto que se apela".

Se precisó entonces por parte de la Corte, que en la etapa de reapertura debía ampliarse la inspección judicial al proceso seguido en contra de Luisa Isabel Ramírez y directivas de "Corfioriente" por el delito de fraude procesal, determinar las gestiones realizadas en el lapso de reapertura sumarial orientada a la práctica de pruebas ordenadas en el primer calificatorio, y allegar copia formal de la providencia de mayo 11 de 1989 por medio de la cual se calificó por primera ocasión el mérito del sumario dentro del anterior proceso. Igualmente, para que se ampliara la denuncia y la indagatoria del procesado tendiente a estabecerse el trato y las relaciones que antes del proferimiento de la providencia motivo de revisión existieran entre el doctor Villamizar y el procesado.

Durante la reapertura de la investigación se practicó diligencia de inspección al proceso seguido en contra de Luisa Isabel Ramírez Hernández, Julieta Margarita Franco Daza y Milciades Gonzalo Consuegra Quintero, dejándose constancia que en esa actuación y con posterioridad a la reapertura de la investigación solamente se produjeron dos comunicaciones entre el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal al

Presidente de la Sala Civil del Tribunal de Cúcuta la primera, y la respuesta que la Secretaría de la Sala Civil de la mencionada Corporación le remitió al Juzgado de Instrucción.

Así mismo, se recepcionaron las ampliaciones del denunciante doctor Jacinto Rómulo Villamizar B., quien respecto del procesado MARTINEZ MERCHAN aseguró que era una persona que ni siquiera se prestaba para saludarla, y que cuando se acercaba a la secretaría del despacho para indagar por el proceso tampoco lo atendía, infiriendo de ello una gratuita malquerencia, así que cuando quedó encargado del Despacho,

> "...en el término de 3 ó 4 días profirió el inicuo auto de sobreseimiento definitivo a favor de todos los sindicados sin comentar ninguna prueba sin aludir a la Inspección Judicial que él como Secretario del Juzgado practicó. Sin mencionar el respetable concepto del M. Público y en mi concepto como lo he dicho prevaricando por venalidad por cuanto es bien sabido que el doctor TORRADO TORRADO renunció a la presidencia de Corfioriente por un desfalco de mil y más millones de pesos y salió a vivir en adulterio con su secretaria de la Sección Jurídica Julieta Franco Danza...".

Sin embargo, más adelante insistió en aclarar que

> "...no ha existido trato alguno con el citado MARTINEZ MERCHAN puesto que no me ha dado la cara para saludarlo...".

En su ampliación de indagatoria, el implicado dijo conocer al doctor Villamizar Betancour desde hacía aproximadamente siete años en razón de sus funciones en el Juzgado, pero aclaró que no había tenido ningún tipo de relación diferente al trato de abogado a empleado y siempre dentro del debido respeto, añadiendo sobre la actitud del profesional en el negocio que apoderaba como parte civil que en algunas oportunidades cuando se le respondía que se encontraba al despacho, el doctor Villamizar ocasionalmente se alteró amenazando con recurrir a la Procuraduría, pero que cuando él lo atendía lo hacía de buenas maneras, sugiriéndole que se comunicara con el Juez, sin que existiera en contra del profesional animadversión de ninguna índole.

Los testimonios de los empleados del Juzgado Beatriz Gómez de Cuberos, Nelson Guillermo Triana Reina y Pablo Antonio Leal Silva fueron también ampliados. La declarante manifestó que entre el abogado Villamizar y el implicado MARTINEZ en alguna oportunidad se había presentado una reclamación donde el primero le atribuía al segundo la autoría de una llamada anónima en la cual le hablaron mal del titular del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal. Triana Reina también se refirió al incidente, pero aclaró que no se encontraba presente en el Juzgado en esos momentos, y por su parte Leal Silva, mencionó una reclamación del abogado a MARTINEZ MERCHAN relacionada con la decisión que había tomado, pero que ello ocurrió después de haberse reintegrado el Juez titular doctor Jaime Rodríguez Rodríguez.

El 11 de febrero de 1991 se ordenó por segunda vez el cierre de la investigación, calificándose su mérito el 3 de diciembre con resolución de acusación por el delito de prevaricato, y adicionando en la misma providencia medida de aseguramiento de detención preventiva con excarcelación, providencia objeto de reposición y subsidiaria alzada que en su momento desestimaron respectivamente el Tribunal y la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, esta última mediante providencia de mayo 3 de 1993.

En la etapa de la causa el Tribunal accedió a la solicitud del defensor para que se facilitara a efectos de la diligencia de la audiencia el cuaderno de copias del proceso adelantado en contra de Julieta Margarita Franco Daza y otros que originaba el presente, y agotada la vista profirió el fallo de condena que se hace ahora motivo de alzada, decisión del 15 de febrero de 1994 mediante la cual se condenó al acusado JOSE GUSTAVO MARTINEZ MERCHAN a la pena principal de un (1) año de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas como responsable del delito que había suscitado su enjuiciamiento, concediendo simultáneamente el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El fallo apelado:

Los fundamentos de la decisión que viene en alzada son escuetos: el Tribunal había designado como Juez encargado, en reemplazo del titular del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Cúcuta al señor

MARTINEZ MERCHAN, bajo el entendimiento "de que podía desempeñarse sin objeción alguna, razón ésta que, sumada a la escasez de personal experimentado" llevó a encomendarle el encargo.

La decisión adoptada por el acusado llegó, sin embargo, a "linderarle" en la tipicidad penal, pues con ella se "deja sin efecto la orden dada por el Tribunal a los empleados de Corfioriente y al proceso penal seguido contra éstos". Sobre este aspecto afirma y recaba el Tribunal la desviación de la providencia de los ordenamientos que estaba obligado a respetar y cumplir el implicado, pero al referirse a la buena fe para descartarla e inferir el dolo tan sólo se precisa que el expediente le otorgaba a MARTINEZ "los suficientes elementos de juicio para procesar a los empleados renuentes a cumplir la orden judicial", siendo de sus propias palabras la explicación de que conocía con precedencia el expediente.

A manera de complemento se añade que tampoco la excusa de no haberse producido prueba nueva luego del primer auto calificatorio podía darse como válida, pues esas explicaciones "no corresponden con la realidad expedencial", sustituyendo una referencia a esos medios nuevos por la genérica expresión de que "sus exculpativas carecen de lógica y de sentido común, pues pretende hacer ver que obró de buena fe al no tener en cuenta el espíritu burlón y el desacato de los empleados de Corfioriente frente a la medida precautelativa...", abandonando con esa afirmación el análisis del aspecto subjetivo, para ir de regreso al desacierto objetivo de la medida adoptada, afirmando que la actuación de la primera etapa instructiva no podía decirse desconocida por quien había actuado en ella como Secretario.

El razonamiento concluye explicándole a la defensa que la designación del señor MARTINEZ como Juez por encargo no podía imputársele al Tribunal por falta de mejores candidatos, siendo en todo caso responsabilidad del designado la de aceptar o no según se considerara capaz para el desempeño del encargo.

Motivos de la apelación:

El defensor del implicado interpuso el recurso de apelación para ser sustentado de manera oral de conformidad con las disposiciones

consagradas en el artículo 27 de la Ley 81 de 993, así que cumplidas las formalidades previas, la diligencia de audiencia pública se llevó a cabo en la sede de la Corte.

Sostuvo en esta diligencia el recurrente, que la preparación y el oficio de su procurado eran los de secretario del Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Cúcuta, correspondiéndole sólo como encargado del despacho durante las vacaciones del titular hacerse cargo de la segunda calificación del expediente dentro del cual se le hacen los reproches, siendo el primer auto calificatorio –consentido por los sujetos procesales–, uno de reapertura sumarial.

Además, cuando su defendido tomó la determinación acusada de ilegal, había entrado en vigencia el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal que en su inciso 2o. establecía la obligatoriedad de la cesación de procedimiento en aquellos casos en que no se hubiera presentado cambio en la realidad probatoria, o el recaudo de pruebas. En consecuencia, mal podía predicarse que su prohijado hubiera proferido una resolución manifiestamente contraria a la ley, cuando ella se emitió justamente dentro de su estricto acatamiento.

Critica que se hubiera omitido una diligencia de insección sobre el proceso que dio origen al presente, ya que ella hubiera permitido determinar importantes circunstancias de modo, tiempo y lugar, y establecer si efectivamente la providencia acusada de prevaricadora, fue dictada con pleno conocimiento y voluntad.

También refiere al proceso adelantado en contra del Juez Segundo de Instrucción Criminal titular, para sostener que consecuentes con lo allí decidido, debieron ser procesados los restantes funcionarios que intervinieron en el proceso de origen.

Sobre esta apreciación recuerda que los hechos tuvieron ocurrencia entre los años de 1982 y 1983, y sólo el 19 de octubre de 1984 se formuló la respectiva denuncia, correspondiéndole en reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito. Que dentro de esa investigación preliminar se remitió un oficio a la Sala Laboral del Tribunal para que explicaran qué era y de qué se componía un salario, ya que la disposición de la Sala Civil ordenaba el descuento del cincuenta por ciento (50%) de los devengados por el

entonces denunciado y por todo concepto, incluido lo relacionado con viáticos, honorarios y demás.

El mencionado Juzgado en su oportunidad, se inhibió de abrir la investigación, medida que al ser recurrida en apelación resultó revocada por el Tribunal mediante providencia de mayo 27 de 1987. Dos años después, un funcionario diferente resolvió la situación jurídica de los implicados absteniéndose de proferir en su contra medida de aseguramiento y su decisión que fue confirmada por el Tribunal en septiembre 24 de 1987.

El proceso pasó luego al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal que avocó el conocimiento el 6 de octubre de ese mismo año, y seis meses después dispuso el cierre de la investigación, calificada entonces por el juez titular doctor Jaime Rodríguez con reapertura de la investigación por el término de 60 días, valor que, repite, no mereció impugnación alguna por parte de los sujetos procesales. Fue la siguiente actuación la que corrió a cargo del ahora acusado quien la asumió en la forma expuesta al inicio.

El defensor recordó igualmente que la Sala Penal de la Corte en su oportunidad había ordenado la reapertura de la presente investigación para que se investigara fundamentalmente la existencia o demostración de una posible enemistad entre el representante de la parte civil y el aquí acusado, aludiendo a la escasa instrucción académica con la que contaba el señor MARTINEZ, así hubiera permanecido al servicio de la Rama Judicial por espacio de 16 años.

Así, entonces, concluye que la actuación del procesado se ciñó a sus limitados conocimientos y con el fin de cumplir lo establecido en el inciso 2o. del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, considerando, además que la conducta desplegada por el imputado no puede equipararse con la del juez titular, resaltando que aquél jamás actuó por animadversión.

Cuestiona el pronunciamiento del Tribunal en el presente asunto al no haber ordenado investigar por prevaricato a los demás funcionarios que actuaron en el proceso durante los cinco años de su tramitación, y la falta de congruencia entre el desarrollo de la audiencia pública y la realidad procesal, insistiendo en censurar la ausencia de una inspección al proceso donde se halla la resolución pretendidamente prevaricadora.

La intervención concluye aseverando que el encausado actuó sin dolo, y que en su favor le es predicable la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 4o. del artículo 40, si se tiene en cuenta que en la providencia deja traslucir el desconocimiento de la tipicidad del hecho al señalar que como "durante el término de reapertura no aparece algo nuevo que sirva de base para poder dictar resolución de acusación es necesario de acuerdo a lo que ordena la Ley, dictar cesación de procedimiento".

Con base en las anteriores apreciaciones solicita de la Corte la revocatoria de la sentencia de condena, para que en su lugar se profiera un fallo absolutorio.

Consideraciones de la Corte:

1o. A juicio de la Sala y a diferencia del precario análisis que cumple el Tribunal, la suerte del acusado señor JOSE GUSTAVO MARTINEZ resulta inescindible de las circunstancias que precedieron y rodearon la toma de la decisión por la cual responde en esta causa, pues no podría desconocerse que así hubiese actuado precedentemente en ese asunto como secretario, la responsabilidad que se le ha de discernir es la de Juez, cargo que asumió cuando ya el proceso había superado trascendentales hitos y recibido, sobre todo, primera calificación por parte del funcionario titular de esa oficina.

Ha de partirse, entonces, porque ellos son hechos relevantes dentro del análisis y comprensión de la conducta humana que se juzga, del antecedente que constituía en ese caso el pronunciamiento sobre apertura del sumario seguido contra los funcionarios de Corfioriente, pues el expediente evidencia que la primera impresión de la justicia sobre el caso la llevó considerar que los hechos no eran constitutivos de delito, y así lo consignó el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta –del cual no hacía parte MARTINEZ– en auto inhibitorio (febrero 14 de 1985), así la decisión hubiese sido revocada en segunda instancia.

Superado este incidente, el expediente pasó aún por varios despachos judiciales antes de concluir en el Segundo de Instrucción Criminal donde el acusado se desempeñaba como secretario. Allí llegó, sin embargo, con nueva decisión valorativa no sólo de los hechos sino de la responsabilidad

de los denunciados pero a ellos favorable, porque en decisiones de primera y de segunda instancia (esta última de septiembre 24 de 1987), se había definido su situación provisional absteniéndose de imponerles medidas de aseguramiento.

Cierto es que de allí la situación probatoria sufrió cambios importantes, pues como se acreditó en la diligencia de audiencia mediante copias trasladadas a solicitud de la defensa, el Juzgado Segundo había ordenado y practicado el 29 de enero de 1988 diligencia de inspección a los libros de la Corporación Financiera de Oriente "Corfioriente" con asistencia de perito –folios 785 al 788 del cuaderno de copias–, y que en su dictamen obrante a folios del 793 al 795 y aclarado al folio 801 *ibídem*, determinaba que de acuerdo con los balances presentados a la Asamblea de Socios y a la Superintendencia Bancaria, el doctor Helí Abel Torrado había percibido durante los años de 1983 y 1984 un promedio de ingresos mensuales de $390.402.50, y $561.405.43 respectivamente, así que con tan contundente prueba no resultaba difícil deducir que los descuentos entre doce y quince mil pesos efectuados a Torrado distaban de manera considerable del equivalente al cincuenta por ciento (50%) que la Sala Civil del Tribunal de Cúcuta había ordenado se le efectuaran, y de contera, que el delito de fraude a resolución judicial cometido por los funcionarios de "Corfioriente" se había consumado.

Sin embargo de esta acreditación objetiva de la contrariedad de la decisión que al acusado se reprocha, con las pruebas obrantes en el informativo, según lo vislumbró la Sala en la providencia de octubre 29 de 1990 al desvirtuar la cesación de procedimiento motivo de alzada, sustituyéndola por una de reapertura sumarial, ya desde entonces se advertía la necesidad de encaminar la nueva etapa instructiva al esclarecimiento de la culpabilidad del acusado, confrontando la decisión inicial proferida por el Juez titular doctor Rodríguez con las gestiones posteriores a dicha providencia, y determinando los antecedentes del trato entre el denunciante y el funcionario acusado.

Así vino a saberse que en el primer auto calificatorio –mayo 11 de 1988– el Juez titular hizo mención de la diligencia de inspección judicial, pero la descartó porque en su sentir el dictamen ofrecía confusión y falta de concordancia en la documentación puesta a su disposición, lo que se

explicó como motivo determinante de la reapertura que dispuso por el término de 60 días.

Tan sólo dos comunicaciones con la Sala Civil del Tribunal de Cúcuta se cruzaron durante ese lapso de ampliación, antes que el funcionario titular dispusiera mediante auto de julio 18 de 1988 a ordenar el nuevo cierre instructivo.

El 9 de agosto siguiente, cuatro días después de posesionado el secretario como Juez encargado, recibió el expediente ya desde algunos días en el Despacho para segunda calificación, y con él las alegaciones en favor de la ofendida que sostenía la inexistencia de contrariedad o dudas en cuanto al perito apenas señalaba la existencia de tres contabilidades, y las opuestas de dos defensores solicitando la cesación del procedimiento y el sobreseimiento definitivo en favor de los procesados.

Fue entonces, solo entonces, cuando tuvo que intervenir JOSE GUSTAVO MARTINEZ. Luego sus explicaciones no pueden ser merecedoras de los reproches que les hace el Tribunal al enrostrarle que conocía el expediente y que por ello estaba obligado a acusar, pues era ese mismo expediente el que le informaba que toda esa prueba había merecido ya una primera valoración de fondo, realizada por un juez con estudios profesionales, y de añadido consentida por todos los sujetos procesales, que obraba ejecutoriada y cumplida en cuanto a parte al menos de las diligencias que había ordenado, sin que otra alternativa asomase diferente a la de proveer el nuevo auto calificatorio.

Impropio, entonces, endilgarle al acusado responsabilidad por la primera decisión calificatoria, porque ella emanaba de un funcionario diferente a quien se investigó por separado, como también sería hacerle cargo por no haber modificado su decisión si se le demostraba hallarse en un error, pues fue también el Juez Rodríguez y no el ahora enjuiciado quien adoptó la decisión que vino a mantener en firme por vía de reposición la cesación de procedimiento.

Las normas invocadas en el auto criticado y en la diligencia de indagatoria por el encausado eran en realidad las aplicables, y si sobre

ellas concluyó el señor MARTINEZ que su deber estaba en esencia en revisar si aquella situación plasmada en la primera providencia calificatoria se había o no modificada, no se puede decir con ligereza que sus explicaciones fuesen vanas o absolutamente inadmisibles.

Según de modo reiterado lo ha venido afirmando la doctrina de esta Sala, el delito de prevaricato no se configura con la sola demostración objetiva del proferimiento de una resolución manifiestamente contraria a la ley, porque tratándose de una infracción dolosa, es preciso además contar con prueba suficiente del conocimiento que el actor tenía sobre la desviación de su decisión de los cánones legales, y la orientación libre de su voluntad para actuar contrariando el derecho.

Así, entonces, se hace indispensable analizar al lado de los antecedentes de actuación que el caso ya mostraba, las aptitudes, la preparación y el empleo que caracterizaban la intervención del señor MARTINEZ MERCHAN para el momento de los hechos, porque así pudiera verse en él una persona con experiencia como subalterno de juzgado, no podrá desestimarse en ese empirismo la deficiencia de una preparación jurídica completa, ni en su condición de transitoriamente encargado de las funciones del Despacho, su disímil oficio de secretario obligado a reasumirlo al regreso su nominador.

Según la explicación que para el caso otorga MARTINEZ MERCHAN en su injurada, la determinación de cesación fue adoptada porque en la etapa de reapertura la situación para los sindicados no había sufrido modificaciones. Si ese era el estado de cosas que determinó al funcionario titular a que ordenara la reapertura, era elocuente que mérito para acusar no existía, así que al repetirse la misma situación para un segundo calificatorio, la decisión a optar estaba contenida en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, llevando a la cesación y archivo del asunto, como en tal sentido lo dispuso, orientado además por el deseo de cumplir con las tareas que le correspondían en el breve lapso del encargo, como por el criterio de su superior quien ya le había enterado que para él era esa y no otra diferente la decisión que habría de adoptarse.

Sin que se haya acreditado algún interés del acusado para entrar a definir la controversia en un sentido desviado, y revestidos de

razonabilidad los hechos de la excusa, en cuanto la decisión primera calificatoria conocedora de las pruebas sobre las cuales se endereza el reproche no había proferido encausamiento, quizás pudiera criticarse al acusado falta de mejor ilustración y preparación para el ejercicio de la delicada función que se le defería carácter, ora incapacidad de definir con mayor claridad el caso asumido, y por qué no hasta el deseo de eludir un enfrentamiento con el criterio ya plasmado por su nominador en el asunto, a sabiendas de que al regreso del doctor Rodríguez, MARTINEZ tendría que reasumir su cargo subalterno. Pero son precisamente estas alternativas las que impiden descontar la alegación de buena fe que ofrece sobre una realidad que abunda en circunstancias de respaldo para su postura, haciéndose a esta hora imposible de determinar si en realidad su determinación se expidió por causa diferente a la explicada, descartada como ha sido la existencia de un enfrentamiento radical o animadversión con quien en estas diligencias le denuncia, lo mismo que un interés de favorecimiento a otra de las partes que no se ve probado, y conocido su actuar correcto antecedente y determinante del encargo que recibió en ese Despacho.

No se distancia, entonces, la defensa, de una certera crítica al Tribunal por la designación en el cargo de Juez a personal impreparado, que no se excusa con las explicaciones que con tan poca fortuna le brinda el *a-quo* en la sentencia, porque es deber de quien nomina el de escoger como jueces a los mejores ciudadanos y más idóneos y preparados abogados, y no el del nominado el de advertir si se siente o no capaz de asumir y desempeñar una labor tan delicada y experta. Por el contrario, la aceptación que entraña la sentencia recurrida en cuanto a que se designó a MARTINEZ MERCHAN muy a pesar de impreparación por que no había otros mejores candidatos, tan sólo asoma a reconocer que no era aquel la persona más selecta y adecuada como para exigirle ahora la preparación e idoneidad bastantes en un reproche como el que se le endereza, motivo que sólo entra a reforzar que cuanto le faltó fue aquella capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento reprochado.

En suma: indemostrada una animadversión real del acusado frente al abogado desfavorecido con la decisión de cesación que se acusa de ilegal, como la existencia de interés alguno que hubiese orientado la voluntad del Juez encargado para amparar a una de las partes o perjudicar

los intereses de la contraria, el hecho endilgado, único hasta ahora conocido en la ya larga vida de MARTINEZ MERCHAN como empleado judicial, las circunstancias reales que dentro del expediente de origen asoman como precedentes al momento procesal en que adoptó la infortunada decisión que se reprocha, y la sinceridad de sus explicaciones, hacen pensar en un procedimiento ajeno de malicia y por lo mismo, inadecuado para las exigencias de un fallo de condena por el delito de prevaricato.

Ajena así la prueba de la culpabilidad dolosa, única modalidad que habilita el reproche de prevaricato, la decisión de primer grado entrará a revocarse para sustituirla en su lugar con el fallo absolutorio que la defensa impetra en esta instancia, sin que, acogido el pedimento principal, resulte necesario referir a otro aspecto de la alegación traída a la instancia.

Con fundamento en lo razonado, 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: Revocar en todas sus partes el fallo de condena proferido en estas diligencias por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

Segundo: Absolver al acusado JOSE GUSTAVO MARTINEZ MERCHAN frente a los cargos que por el delito de prevaricato le fueran formulados en la resolución acusatoria, y

Tercero: Cancelar la caución impuesta al procesado, disponiendo en su favor la devolución de la garantía prendaria.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M., "no".

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINO / CASACION DISCRECIONAL

Los términos son de riguroso cumplimiento y no puede dejarse su aplicación al arbitrio de los empleados o funcionarios judiciales. Si tal cosa se permitiera, desaparecería la seguridad jurídica que de ellos dimana, quedando sujeto el proceso a las interpretaciones caprichosas de quienes en un momento dado deben darles su curso en las actuaciones encomendadas. Tampoco resulta válida el alegar que la ley dependa de las circulares que ésta o las demás altas Corporaciones de la justicia expidan para su aplicación. Desde su entrada en vigencia, la ley debe cumplirse sin que se acepten excusas sobre su poco o ninguno conocimiento. En lo que se refiere a los términos en sí, su conteo aritmético es el que prima sin que haya lugar a elucubraciones de ninguna especie. Y si alguna duda quedare respecto de su aplicación en determinado evento por oscuridad de la norma que lo contempla, la luz brinda la jurisprudencia. La normatividad ha impuesto una serie de requisitos formales, comenzando por la providencia contra la que se interpone, los delitos por los que se procede, el monto del ilícito entratándose de una interposición por la parte civil, la personería para hacerlo, especificándose unos días para hacerlo y otros para aceptarse en el evento en que se reúnan las anteriores exigencias (artículos 218, 221, 222, 223 y 224 del C.de P.P.). Ahora bien tratándose de la discrecional, aparte de las anteriores exigencias en forma breve pero sustanciosa el impugnante ha de mostrarle a la Sala el porqué ha de aceptarse su petición enseñándole en qué podría contribuir el estudio del caso en el desarrollo de la jurisprudencia o de qué manera se vulneraron las garantías de los derechos fundamentales (artículo 218 *ibídem*).

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 79 de 19 de julio de 1994.

Vistos:

Decide la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del procesado Jaime Orlando Agudelo García, contra el auto de junio veinte (20) del año en curso.

La impugnación:

Comienza el reposicionista por recordar que la casación procede contra sentencias, calidad que no posee la providencia emitida por el Juzgado 40 Penal del Circuito por encontrarse su contenido viciado de forma y de fondo. Según su parecer, el fallo ínsitamente está consagrando una violación al derecho de defensa.

Luego de advertir que para la interposición del recurso de casación "...sólo basta la manifestación de inconformidad..." por parte de algún sujeto procesal y que para el discrecional, por ser menos técnico "...las razones son simplemente que se encuentre inconforme con las decisiones de instancia...", señala que el fallo se produjo sobre un proceso que ni siquiera era susceptible de conocimiento ya que requería de querella, según lo preceptuado por el Decreto 050 de 1987 y para la época ya había sido objeto de caducidad.

Luego se refiere a la especie de delitos de mera conducta y de resultado y asegura que no se precluyó la investigación en guarda del principio de favorabilidad, adentrándose después en un tema atinente a la reforma hecha al procedimiento penal por la Ley 81 de 1993 concluyendo en la incompetencia de los jueces para condenar a su defendido, citando al efecto el artículo 29 de la ley en comento, previendo que el quantum debe tenerse cuenta para la época de los hechos y no proceder para su cálculo la tasación de los peritos, para finalizar diciendo que la competencia le corresponde a los inspectores de policía.

Después hace una observación sobre el desconocimiento de los funcionarios de los Juzgados del Circuito acerca de los trámites del recurso

excepcional, sin que ello sea óbice para que a través de las fuentes del derecho (Ley 153 de 1887) se subsanen los vicios o tecnicismos exagerados. A continuación, advera:

> "...y de contera al entrar una nueva modificación del C. de P.P. por vía de doctrina variaría automáticamente y puede proveer la Corporación lo pertinente para que se ajuste a estas nuevas disposiciones UNA NUEVA CIRCULAR por la Honorable Corte en su Sala de Casación Penal, y estoy seguro que invocando el principio de favorabilidad a través de la inquebrantable ley citada y por la vigencia de una nueva Constitución, se puede evitar este asunto que se traduce en una página coloquial, pero jamás de investigación científica, y sería entonces, censurable que no se emplaran los medios para salvaguardarlo".

En consecuencia, solicita de la Sala "revocar" el auto de junio 20 del año en curso, en aplicación de los artículos 23, 29 y 229 de la C.N.

La Corte:

1. La Sala en varias oportunidades ha aclarado, siguiendo los lineamientos de la normatividad vigente, que los términos son de rigoroso cumplimiento y que no puede dejarse su aplicación al arbitrio de los empleados o funcionarios judiciales. Si tal cosa se permitiera, desaparecería la seguridad jurídica que de ellos dimana, quedando sujeto el proceso a las interpretaciones caprichosas de quienes en un momento dado deben darles su curso en las actuaciones encomendadas.

2. Tampoco resulta una excusa válida el alegar, como lo hace el autor del recurso, que la ley dependa de las circulares que ésta o las demás altas Corporaciones de la justicia expidan para su aplicación. Desde su entrada en vigencia, la ley debe cumplirse sin que se acepten excusas sobre su poco o ninguno conocimiento. En lo que se refiere a los términos en sí, su conteo aritmético es el que prima sin que haya lugar a elucubraciones de ninguna especie. Y si alguna duda quedare respecto de su aplicación en determinado evento por oscuridad de la norma que lo contempla, la luz la brinda la jurisprudencia que, en este supuesto, ha sido múltiple y suficiente para solucionar cualquier problema que pudiere presentarse.

3. Ahora bien, igualmente resultan insólitos sus argumentos cuando pretende la reposición de la decisión basándose en que el fallo cuestionado no es una sentencia por adolecer de vicios de forma y fondo y que acude a la casación discrecional simplemente porque se violaron las garantías fundamentales, específicamente el derecho de defensa.

Diáfana se ve su intención de extraer del instituto casacional el recurso discrecional, extendiéndole el ámbito a cualquier providencia judicial, siempre que con ella se hayan vulnerado los derechos esenciales de los acusados. No obstante, esta particular interpretación del recurso no consulta su esencia. Jamás el legislador pretendió ampliarlo hasta estos lindes. Esto sería desnaturalizar su esencia transformándolo en una simple impugnación extraordinaria en cabeza de la Sala.

No fue tal la intención. Continuó conservándose su obligación de intentarlo contra sentencias de segunda instancia, sólo que esta vez se extendió a las proferidas por cualquier otro despacho judicial diferente de los Tribunales Superiores, Nacional y Penal Militar, siempre que con su proferimiento se hubiesen violado las garantías fundamentales o se propicie un tema novedoso que amerite su estudio por esta Corporación, no sólo para profundizarlo sino también para dilucidarlo definitivamente.

De otro lado, equívoco es el razonamiento en torno a que sólo basta la manifestación de inconformidad para conceder el recurso extraordinario y que la casación discrecional requiere menos técnica que la ordinaria. En efecto, si bien para esta última se entiende interpuesta con el simple rechazo al fallo, también lo es, que la normatividad ha impuesto una serie de requisitos formales, comenzando por la providencia contra la que se interpone, los delitos por los que se procede, el monto del ilícito en tratándose de una interposición por la parte civil, la personería para hacerlo, especificándose unos días para hacerlo y otros para aceptarse en el evento de que se reúnan las anteriores exigencias (artículos 218, 221, 222, 223 y 224 del C. de P.P.).

Ahora bien, tratándose de la discrecional, aparte de las anteriores exigencias en forma breve pero sustanciosa el impugnante ha de mostrarle a la Sala el porqué ha de aceptarse su petición, enseñándole en qué podría contribuir el estudio del caso en el desarrollo de la jurisprudencia o de

qué manera se vulneraron las garantías de los derechos fundamentales (artículo 218, *ibídem*). No obstante, esto no lo releva de plantear su inconformidad dentro de los términos establecidos para ello, que es un problema bien diferente.

Así las cosas, teniéndose en cuenta que la parte inconforme no logró desvirtuar la argumentación en redor del incumplimiento de los términos para presentar su libelo y de la deficiente tramitación cumplida por el despacho de segunda instancia, no es del caso reponer la providencia impugnada.

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

Resuelve:

No reponer la providencia junio veinte (20) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por los motivos expuestos en la parte considerativa de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Juzgado de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, "no"; *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez,* "no"; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / FAVORABILIDAD

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años. Ya la Sala, con motivo de la entrada en vigecia de la citada ley, precisó que es la norma bajo cuyo imperio se profirió la sentencia la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso, como quiera que es a partir del momento en que el fallo se profiere, no antes, cuando surge el derecho a su impugnación. /Es de la esencia del principio de favorabilidad que se presente conflicto de normas, situación a la cual no se llega cuando el precepto que gobierna el caso es uno solo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 81.

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LUCIO ANTONIO MENDEZ ROJAS contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, de 30 de noviembre de 1993, por el delito de privación ilegal de la libertad.

Antecedentes:

1. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, mediante sentencia de primero de octubre de 1993, condenó al procesado Lucio Antonio Méndez Rojas a la pena principal de 12 meses de prisión, al hallarlo responsable del delito de privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 272 del Código Penal, providencia que, apelada por el defensor, fue confirmada por el Tribunal

mediante la suya de 30 de noviembre siguiente (fls. 139 y ss. cuaderno No. 2 y 25 ss. del cuaderno del Tribunal).

2. Interpuesto por el defensor del procesado recurso de casación contra dicho fallo, el Tribunal lo concedió, sin otra consideración que la de que procedía "por ultraactividad de la ley más favorable" (fls. 39 *ibídem*).

Cumplidos los traslados de rigor y oportunamente presentada por el defensor la correspondiente demanda, las diligencias fueron remitidas a esta Sala para la continuación del respectivo trámite.

Se considera:

Como se dejó dicho, la sentencia objeto del recurso de casación tiene fecha 30 de noviembre de 1993.

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 1993, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años.

Dada la fecha de la sentencia y la normatividad vigente para ese momento, se tiene que el recurso de casación interpuesto contra el fallo de condena no es procedente, habida cuenta que la pena privativa de la libertad máxima prevista para el delito por el cual se dedujo responsabilidad al procesado es de solamente cinco (5) años.

Ya la Sala, con motivo de la entrada en vigencia de la citada ley, precisó que es la norma bajo cuyo imperio se profirió la sentencia la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso, como quiera que es a partir del momento en que el fallo se profiere, no antes, cuando surge el derecho a su impugnación.

Al respecto, se dijo:

"El punto fundamental y que es preciso definir, es el relacionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.

"Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tesis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:

"'La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el tiempo en que el fallo fue dictado' (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág. 671).

"Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultraactiva a la norma que los consagraba.

"La tesis auspiciada por el recurrente es inadmisible para la Sala, pues ella conduciría al absurdo de hacer imposible cualquier reforma procesal, bajo la consideración, absoluta, de que 'El juicio para el doctor ...era el previsto en la legislación anterior", afirmación ésta que en ningún momento se demuestra.

"Cuando la sentencia cuya casación se pretende fue emitida por el Tribunal (7 de febrero de 1994), ya estaba en vigencia la Ley 81 de 1993, que en su artículo 35 modificó las condiciones para la viabilidad de este recurso extraordinario, y frente a las cuales esta impugnación no procedía. Actuó, pues, bien el Tribunal al denegarla, toda vez que el acusado jamás adquirió este derecho, y por tanto no se le estaba despojando de ninguno.

"Por lo demás, no debe olvidarse que la aplicación ultraactiva de una norma, exige que en algún momento de su vigencia ella hubiera sido aplicable al caso debatido. Por ello se ha sostenido que la ultraactividad es un fenómeno más aparente que real, contrario a lo que sucede con la

retroactividad, en cuyo caso la nueva ley sí resulta aplicándose a situaciones que existían antes de que la nueva ley empezara a regir. Y si como ya se dijo con Jiménez de Asúa, que 'la posibilidad apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada', es obvio para la Sala que el artículo 218 original del C. de P.P. jamás fue ley aplicable al proceso seguido en contra de..., porque ya estaba subrogado cuando la sentencia se produjo y por ende, su aplicación ultraactiva no es procedente" (auto de 12 de julio de 1994).

Restaría agregar, para reafirmar la improcedencia del recurso, que si el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal nunca fue aplicable al caso concreto, mal puede acudirse al principio de favorabilidad para demandar su aplicación, pues es de la esencia de esta figura que se presente conflicto de normas, situación a la cual no se llega cuando el precepto que gobierna el caso es uno solo.

Se decretará, entonces, la nulidad del auto de 27 de enero de 1994, mediante el cual el Tribunal Superior de Neiva concedió el recurso, para en su lugar declararlo inadmisible.

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

Resuelve:

1. *Decretar* la nulidad del auto por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva admitió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados. En su lugar, se le declara improcedente.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

Aun cuando la Corte, siguiendo la literalidad de la ley, ha sostenido que en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez fenecido el proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada no constituyen el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales, sin embargo, ha venido aceptándolos especialmente a partir de la creación de los Jueces de Ejecución de Penas, así estos no hayan entrado a operar en algunas regiones, y del instituto de la acumulación jurídica de penas, para evitar, de esta manera dilaciones que puedan perjudicar en alguna forma a quienes se encuentran cumpliendo una pena. /Una cosa es la competencia que ha señalado el legislador para investigar y juzgar un hecho punible y otra muy distinta por cierto para vigilar la ejecución de una sentencia, en forma perentoria, y por disposición constitucional, le corresponde la investigación y acusación a la Fiscalía General según los factores ordinarios para determinarla; en tanto que, con el mismo criterio, el juzgamiento lo ha dejado exclusivamente a los jueces de la jurisdicción ordinaria (llámese municipales, de Circuito o Regionales, o Tribunales de Distrito Judicial o el Nacional), para reservar lo concerniente a la ejecución de los fallos producidos por cualquiera de éstos, a los jueces denominados de ejecución de penas. Para que no exista duda sobre las actuaciones que cada uno de tales funcionarios ha de cumplir en desarrollo de sus específicas competencias, el Código de Procedimiento Penal, que es el debido proceso para estos fines, señala expresamente no sólo la competencia sino también el rito fundamental tanto para los fiscales como para los jueces, y en forma genérica, solamente fija la competencia a los jueces de ejecución de penas, dejando lo esencial de esta ritualidad al denominado "Código de Régimen Penitenciario y Carcelario", luego son estatutos diferentes para ser aplicados por diferentes funcionarios, es decir,

el legislador especializa cada función. De lo anterior se infiere necesariamente que factores tales como la cuantía del reato, la naturaleza del hecho punible y aún el fuero, que son determinantes en la competencia de los jueces falladores, ninguna trascendencia tienen en el señalamiento de la competencia que se deriva de la vigilancia y ejecución de las sentencias pues lo que interesa a este juez de ejecución es el fallo no quien lo ha proferido. En este último orden de ideas, se explica claramente el verdadero significado y alcance del precepto referido en el artículo 15 transitorio del C. de P.P., pues para evitar los problemas que pudieran presentarse por las demoras en el funcionamiento de los Juzgados de Ejecución de Penas creados y por los mismos cambios de competencia funcionales que introdujo el Código respecto de los jueces falladores, este estatuto consagró el precepto referido que por su claro tenor no admite otra interpretación, esto es, que mientras entran a funcionar los Jueces de Ejecución de Penas, las atribuciones a ellos dadas en la ley, deben ser cumplidas por el "Juez que dictó la sentencia en primera instancia". Cualquier agregado que se le haga es producto del capricho del intérprete y no ejercicio de de la sana hermenéutica, criterio adoptado ya por esta Corporación. Pero es que esta voluntad del legislador la que mayormente se aviene con la realidad y la justicia ya que si bien nadie está en mejores condiciones para vigilar la ejecución de una sentencia que quien se ha especializado en ello, también lo es que a falta de éste, nadie puede hacerlo en mejor forma que quien con conocimiento pleno del hecho produjo la sentencia. El salario mínimo mensual que debe tomarse en cuenta par fijar la cuantía en las competencias de fiscales acusadores y de jueces falladores es el "vigente al momento de la comisión del hecho", como lo consagró genéricamente el inciso segundo del artículo 73 del C. de P.P., subrogado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1993, tal como lo interpretó esta Corporación en providencia de marzo 22 de 1994. De acuerdo con ello los ciento cincuenta salarios mínimos, que hoy señala la ley 81 de 1993 en su artículo 9o. como límite de la competencia dada a los juzgados regionales –como falladores, no la temporal que les dio el artículo 15 transitorio del C. de P.P. como jueces de ejecución de penas–, debió multiplicarlos por el valor que el salario mínimo mensual tenía en la época en que ocurrieron los hechos.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 76 del 13 de julio de 1994.

Al ser rechazada la ponencia presentada en este incidente, decide la Corte de plano, por mayoría, la colisión de competencia negativa trabada entre un Juzgado Regional de Medellín (Antioquia) y el 23 Penal del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso que culminó con sentencia condenatoria contra LUIS CARLOS MONSALVE OLAYA por el delito de Extorsión en grado de tentativa.

Antecedentes inmediatos:

Un Juez Regional de Medellín, el 19 de mayo de 1993 profirió sentencia condenatoria contra el procesado LUIS CARLOS MONSALVE OLAYA por el delito de Extorsión en grado de tentativa, imponiéndole como pena principal 26 meses y 10 días de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, además de la obligación indemnizatoria correspondiente.

Con posterioridad, en abril 8 de 1994, el mismo Juez Regional negó el subrogado de la libertad condicional que le había impetrado el sentenciado de la referencia, y sólo el 8 de mayo siguiente resuelve "declararse INHIBIDO para seguir actuando en la presente causa" y, en consecuencia, remite la actuación a reparto de los Jueces Penales del Circuito de Medellín, proponiéndole a quien corresponda colisión negativa de competencia, en el evento de no aceptar sus razonamientos.

Razones del proponente:

Dice el Juez regional proponente del incidente que como el inciso segundo del numeral 4o. del artículo 9o. de la Ley 81 de 1993 subrogó el art. 71 del C. de P.P. en el sentido de que "Cuando se trate de delitos de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos mensuales", y

siendo el salario mínimo mensual actual de $98.700.oo, el límite de la competencia es de $14.805.000.oo, superiores a la cuantía referida en este proceso ($10.000.000.oo), circunstancia que le hace perder la competencia por lo que "se ordena que el proceso sea remitido a los señores Jueces del Circuito Penal de Medellín (reparto) por ser ellos los autorizados legales para seguir tramitando el caso a estudio".

Razones del colisionante:

El asunto correspondió en reparto al Juzgado 23 Penal del Circuito de la Capital antioqueña, cuyo titular discrepa del planteamiento del Juez regional y resuelve aceptar el conflicto con las básicas consideraciones siguientes:

"...De lo que aquí se trata entonces es que la competencia de los Jueces regionales para asuntos como el presente, efectivamente sí ha sido modificada, PERO PARA LA VIGILANCIA DE LA EJECUCION DE LA PENA, SE MANTUVO.

"Como esta causa terminó con sentencia condenatoria y así se recibió en este despacho, consideramos que la vigilancia para el cumplimiento de la misma aún le corresponde al señor Juez QUE DICTO LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA PUES LAS FUNCIONES DE JUEZ DE EJECUCION DE PENAS no le han sido modificadas ni derogadas", y remite por tanto el expediente a esta Corporación para lo de su cargo.

Consideraciones de la Corte:

1. Aun cuando la Corte, siguiendo la literalidad de la ley, ha sostenido que en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez fenecido el proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada –que es el caso presente– no constituyen el incidente de colisión de competencias previsto en la ley para las actuaciones procesales; sin embargo, ha venido aceptándolos especialmente a partir de la creación de los Jueces de ejecución de penas así éstos no hayan entrado a operar en algunas regiones, como ocurre al parecer aquí, y del instituto de la acumulación jurídica de penas para evitar, de esta manera, dilaciones que puedan perjudicar en

alguna forma a quienes se encuentran cumpliendo una pena (ver, por ejemplo, autos de Nov. 6/92, Mag. Ponente Dr. Carreño Luengas, y julio 26/93, M.P. Dr. Páez Velandia), criterio que se reafirma en esta oportunidad.

2. No hay duda que le asiste la razón en este incidente al Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, por lo siguiente: a) Una cosa es la competencia que ha señalado el legislador para investigar y juzgar un hecho punible y otra muy distinta por cierto para vigilar la ejecución de una sentencia; en forma perentoria, y por disposición constitucional, le corresponde la investigación y acusación a la Fiscalía General según los factores ordinarios para determinarla; en tanto que, con el mismo criterio, el juzgamiento lo ha dejado exclusivamente a los jueces de la jurisdicción ordinaria (llámense municipales, de circuito o regionales, o Tribunales de Distrito Judicial o el Nacional), para reservar lo concerniente a la ejecución de los fallos producidos por cualquiera de éstos, a los jueces denominados de ejecución de penas;

b) Para que no exista duda sobre las actuaciones que cada uno de tales funcionarios ha de cumplir en desarrollo de sus específicas competencias, el Código de Procedimiento Penal, que es el debido proceso para estos fines, señala expresamente no sólo la competencia sino también el rito fundamental tanto para los Fiscales como para los Jueces, y en forma genérica, solamente fija la competencia a los Jueces de ejecución de penas, dejando lo esencial de esta ritualidad al denominado "Código de Régimen Penitenciario y Carcelario", luego son estatutos diferentes para ser aplicados por diferentes funcionarios, es decir, el legislador especializa cada función;

c) De lo anterior se infiere necesariamente que factores tales como la cuantía del reato, la naturaleza del hecho punible y aún el fuero, que son determinantes en la competencia de los jueces falladores, ninguna trascendencia tienen en el señalamiento de la competencia que se deriva de la vigilancia y ejecución de las sentencias pues, se repite, lo que interesa a este juez de ejecución es el fallo, no quien lo ha proferido;

d) En este mismo orden de ideas, se explica claramente el verdadero significado y alcance del precepto referido en el artículo

15 transitorio del C. de P.P., pues para evitar los problemas que pudieran presentarse por las demoras en el funcionamiento de los Juzgados de ejecución de penas creados y por los mismos cambios de competencias funcionales que introdujo el Código respecto de los jueces falladores, este estatuto consagró el precepto referido que por su claro tenor no admite otra interpretación, esto es, que mientras entran a funcionar los Jueces de ejecución de penas, las atribuciones a ellos dadas en la ley, deben ser cumplidas por "el juez que dictó la sentencia en primera instancia". Cualquier agregado que se le haga es producto del capricho del intérprete y no ejercicio de la sana hermenéutica; criterio adoptado ya por esta Corporación, por lo demás, en los proveídos inicialmente mencionados.

Pero es que esta voluntad del legislador es la que mayormente se aviene con la realidad y la justicia ya que si bien nadie está en mejores condiciones para vigilar la ejecución de una sentencia que quien se ha especializado en ello, también lo es que a falta de éste, nadie puede hacerlo en mejor forma que quien con conocimiento pleno del hecho produjo la sentencia.

d) Finalmente, ha de referirse la Corte a un aspecto que aun cuando en estricto sentido no corresponde a esta temática según lo que se acaba de puntualizar, por haber sido el argumento en que se apoyó el Juez regional para iniciar la colisión, debe definirse.

El salario mínimo mensual que debe tomarse en cuenta para fijar la cuantía en las competencias de fiscales acusadores y de jueces falladores es el "vigente al momento de la comisión del hecho", como lo consagró genéricamente el inciso segundo del artículo 73 del C. de P.P., subrogado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1993, tal como lo interpretó esta Corporación en providencia de marzo 22 de 1994. De acuerdo con ello los 150 salarios mínimos, que hoy señala la Ley 81 de 1993 en su artículo 9o. como límite de la competencia dada a los juzgados regionales –como falladores, no la temporal que les dio el art. 15 transitorio del C. de P.P. como jueces de ejecución de penas–, debió multiplicarlos por el valor que el salario mínimo mensual tenía en la época en que ocurrieron los hechos ($65.190.oo) y no por el que tiene en la actualidad ($98.700.oo).

Significa lo consignado en precedencia que ha de dirimirse el conflicto en favor del Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, reconociendo como el competente para el cumplimiento de las funciones de Juez de ejecución de penas en los términos señalados en el artículo 15 transitorio del C. de P. P., al Juez regional de Medellín que profirió el fallo contra LUIS CARLOS MONSALVE OLAYA en la presentación actual.

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

Resuelve:

Es competente para decidir todo lo relacionado con la ejecución de la sentencia proferida en el presente caso, mientras no entre a operar el Juzgado de ejecución de penas creado para ese territorio, el Juez Regional de Medellín que profirió la sentencia condenatoria contra LUIS CARLOS MONSALVE OLAYA. Remítansele inmediatamente el expediente, en consecuencia, e infórmesele lo decidido al 23 Penal del Circuito de la misma ciudad con copia de este proveído.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez con salvamento de voto, *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*, "no".

Carlos A. Gordillo L., Secretario.

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS /
COLISION DE COMPETENCIA
SALVAMENTO DE VOTO

La modificación de competencia, para la ejecución, se está patrocinando para procesos que desde ya deben tener esa definitiva destinación, porque lo que daba atributo de conocimiento para competencia tan especializada, para tan drástica y cancerbera justicia, ha desaparecido y por tanto no hay razón para retenerlo en sus anaqueles. Para citar un ejemplo, el caso de homicidio perpetrado con arma de uso privativo de la fuerza militar, delito este último que dio esa singular competencia, pero que después deja de tener esa singular connotación, constituye proceso que después ya no debe preservarse en esta esfera, sino que debe volver a su espacio natural y propio.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

SALVAMENTO DE VOTO

En la ponencia original, sobre los aspectos pertinentes, se propuso:

A. Al primer golpe de vista se aprecia la impertinencia de la determinación del señor Juez Regional de Medellín al, por la vía de la colisión de competencias, buscar separarse del conocimiento de la fase post-sentencia del presente asunto. En tal cometido no tiene empacho en afirmar que aún se está en la etapa de la CAUSA, cuando, como es noción elemental, ella termina con la sentencia EJECUTORIADA, tal como patentemente acontece en el evento sub-exámine. Por lo que se indicará más adelante, también resulta notoria la ausencia de adecuada reflexión en cuanto al estudio completo de los varios aspectos incidentes en este conflicto; o sea, que se evidencia más precipitud que ponderación, más afán de desasirse de un proceso que de sopesar cuidadosamente la procedencia y fundamento de este sentimiento o intención.

B. Hay que reconocer que, EN PRINCIPIO, las apreciaciones del señor Juez Veintitrés Penal del Circuito son atinadas, en orden a su decisión de declararse INCOMPETENTE para conocer de la etapa posterior a una sentencia por él no emitida.

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como es sabido, son de reciente creación (art. 75 del Decreto 2700 de 1991). Y, el legislador, como bien podía suceder, por múltiples razones, que los mismos no fueran nombrados prontamente ni empezaran a desarrollar sus funciones con la premura que era y es de desearse, PREVISIVAMENTE, en el artículo 15, norma transitoria, dispuso: "Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este Código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia".

Pues bien, es del caso recordar que, como lo dispone el referido artículo 75, en ejercicio de SU FACULTAD DE EJECUCION de las sentencias proferidas por los Jueces Penales, CONOCEN:

"1.- De todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, y extinción de la condena. 2.- De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o medida de seguridad. 3.- De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona. 4.- De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción o extinción de la pena. 5.- Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminatoria haya sido declarada inexequible o haya perdido vigencia".

Así las cosas resultaría claro que quien debe legalmente continuar con el conocimiento del asunto sería el Juez Regional de Medellín que profirió la sentencia condenatoria. Pero, al señalado criterio se debe añadir este otro, consistente en que si por razón de los nuevos cálculos ha verificarse en orden a la determinación de la CUANTIA, ésta hace que el asunto sea de competencia de los señores Jueces Penales del Circuito, será a éstos a quienes corresponderá entenderse con lo que tenga que ver

con la fase post-sentencia. Igual acontece, por ejemplo, en aquellos eventos en los que se sentenció por la justicia regional (homicidio simple, en concurso con porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, *verbi gratia*), pero que, hoy por hoy, por razones del cambio de competencia sobre el ilícito que precisamente le permitió el conocimiento del asunto –arma o instrumento de la acción delictiva que ahora es simplemente de uso personal, Decreto 2535 de diciembre 17 de 1993–, fuerza legalmente concluir que del respectivo proceso y en la fase posterior al fallo, conocerán los Jueces Penales del Circuito.

C. De otro lado, es cierto que el inciso 2o. del numeral 4o. del artículo 9o. de la Ley 81 de 1995, que modificó el artículo 71 del C. de P. Penal, establece que "Cuando se trate de delito de extorsión, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales". Y se trata de disposición vigente que, en su aplicación, sigue los principios generales de imperio de la ley en el tiempo, o sea, que rige INMEDIATAMENTE hacia el futuro para todos los asuntos, por tratarse de norma que tiene que ver con el factor competencia. La CORTE ha dicho, sobre este particular: "Ahora bien, en la determinación de la CUANTIA que sirve de fundamento para determinar la COMPETENCIA se debe tener en cuenta otra de las disposiciones de la Ley 81 de 1993, que viene del Decreto 2700 de 1991 y que aun cuando está incluida en la preceptiva que alude a la competencia de los jueces penales municipales, evidentemente NO es de restrictiva aplicación en los asuntos de los cuales estos funcionarios conocen. Se trata del segundo inciso del artículo 73 del C. de P. Penal (modificado por el art. 11 de la Ley 81 de 1993), que establece: 'La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho'. La forma en que se redactó este aparte normativo es ambigüa pues ella da a pensar que una vez señalada la cuantía del hecho punible, no es posible volver a modificar la competencia. Ello, sin embargo, carece de toda lógica porque mal podría el legislador establecer una prohibición o una limitación para que él mismo, posteriormente, tomara determinaciones distintas y cambiara las competencias conforme lo aconsejen las necesidades sociales y la política criminal. Evidentemente, se ha de entender que lo que se fija DEFINITIVAMENTE no es la competencia, sino la cuantía del delito

por el cual se procede, pues, se reitera, es absurdo que se legisle en una materia en el sentido de prohibir que se pueda legislar a ese mismo respecto". (Auto de marzo 22 de 1994).

Se debe, pues, tener en cuenta el salario mínimo legal vigente para cuando los hechos tuvieron ocurrencia y, multiplicarse por ciento cincuenta (150) que es el límite legal a tomar en consideración, según la misma Ley 81 de 1993, y la cantidad que de ahí resulte será la suma de pesos a partir de la cual el conocimiento del asunto es del JUEZ REGIONAL. O, las cuentas también pueden hacerse en el sentido de tomar la suma exigida por los extorsionistas y dividirla por el salario mínimo legal mensual para el año de verificación del suceso ilícito, lo que arroja el número de salarios mínimos requeridos por los delincuentes, que si supera el número de ciento cincuenta hará el asunto de competencia de los JUECES REGIONALES.

Así las cosas, si se multiplica el salario mínimo legal mensual, para cuando los acontecimientos aquí juzgados, que era de $65.190.oo, por ciento cincuenta –150– (No. de salarios tope legal, para la determinación de la cuántía), se tendrá un total de $9.778.500.oo, suma a partir de la cual el asunto es de competencia del Juzgado Regional. Y, como lo exigido por los depredadores fue la suma de $10.000.000.oo, resulta obvio que la COMPETENCIA corresponde al Juez que provocó el conflicto. También se delimita el señalado factor al dividir los $10.000.000.oo exigidos por $65.190.oo (salario de la época), para fijar así un valor de 153 salarios que indudablemente hace que la COMPETENCIA radique en el Juez Regional.

D. La Sala, finalmente, cree oportuno, porque revaluará su opinión al respecto, ocuparse de la posibilidad que existe de suscitar una colisión de competencia luego de concluirse el proceso y estarse ya en ocasión final de ejecutar el fallo pronunciado o de controlar esta ejecución. Nadie controvierte que para diligencias previas, o para la labor de instrucción, o para la de juzgamiento y ejecución de una sentencia, se debe gozar de una específica competencia. Sobre la determinación de ésta, en cualesquiera de las eventualidades o etapas señaladas, pueden surgir y surgen frecuentes diferencias de criterios, ya porque se crea poseer, en forma exclusiva, un atributo de actuación, ya porque se entienda que

corresponde a otro organismo. Esta diversidad de apreciaciones, que no suelen eliminarse por el intercambio de argumentos entre los funcionarios que se ocupan del punto, da lugar al conflicto de competencias, sin que sea dable distinguir para este fin el que el problema sólo se vincula al sumario o a la causa, pues tanto vale esta discusión en estas áreas procesales como dudarse sobre el organismo o la persona que debe ejecutar y vigilar la ejecución del fallo. Por eso mismo puede darse, en este ámbito, una colisión de competencias que debe definirse por la entidad llamada a resolver la cuestión, según las reglas que al efecto establece el Código de Procedimiento Penal.

Aquí, precisamente, se controvierte quién puede asumir el rol de juez de ejecución de penas y, trabado como está el conflicto, la CORTE interviene y señala, conforme a lo expuesto, al Juez Regional de Medellín para continuar en el conocimiento de este fenecido proceso.

Ahora agrego como fundamento de mi discrepancia con la decisión de mayoría, la cual juzgó, sin faltar al respeto en demasía, lo siguiente:

1. Con la tesis que patrocina la mayoría, esto es, que a falta de juez especializado en ejecución de fallos, "nadie puede hacerlo en mejor forma que quien con conocimiento pleno del hecho produjo la sentencia", tendríamos tanta largueza de argumentación que, lo óptimo, está en que ha debido perdurar el sistema anterior, o sea, quien dicta la sentencia también la ejecuta.

Lamentablemente la mayoría de la Sala ha olvidado algo muy fundamental, lo cual explica el cotidiano fenómeno que se produce en Colombia de cambiar las instituciones, en el papel, pero conservarlas mediante obsoletas interpretaciones, y que consiste en que el legislador así como no ha querido ver al instructor en papel de fallador, para que aquél no se case indisolublemente con sus errores, tampoco el ejecutor del mismo quede con la impronta de las prevenciones plasmadas en él. Aspira a que una nueva etapa, la vida en cautiverio del condenado, se mire con mayor amplitud, menos rigor y con la total visualización de los factores que a esta nueva etapa corresponden, lo que equivale a no detenerse tanto en lo averiguado y decidido como sí a lo purgado y a lo que está por venir.

2. Queda muy escasa disposición de ánimo, en cuanto a tratar de hallar la verdad mediante la reflexión, cuando el contradictor se coloca en el plano de mirar una competencia tan extraña e insular, como los jueces regionales, como más apto que la de los jueces municipales, de circuito o magistrados de tribunales superiores, para cumplir la función propia de los jueces de ejecución. Y los restos de esa forzada predisposición se esfuman cuando el interlocutor pasa por alto aspectos tan decisivos como éstos: al juez de ejecución de penas, como mínimo, se le debe entender como alguien que pueda ser visto por el penado, por sus familiares, por las autoridades del sitio de reclusión, y que incluso pueda dialogar con el reo, etc., etc. En síntesis, un juez más humano que el que dicta el fallo (ver art. 51 Código Penitenciario y Carcelario). Pero a la mayoría de la Sala le satisface, y en mucho, que este papel lo cumplan los jueces regionales, los sin rostro, los que tienen que preservar su aislamiento y llevan el tatuaje de luchar contra el terrorismo y los delitos de lesa patria. Y también se tiene por algo insólito y perjudicial que un proceso cambie de competencia, para la ejecución del fallo, pero no se recuerda que, a la larga, así sea dentro de unos siete años (según el art. 2 transitorio del D. 2700/91), todos los negocios de la justicia regional irán a tener ese destino. Pero, además, porqué no se detalla algo vital, o sea, que la modificación de competencia, para la ejecución, se está patrocinando para procesos que desde ya deben tener esa definitiva destinación, porque lo que daba atributto de conocimiento para competencia tan especializada, para tan drástica y cancerbera justicia, ha desaparecido y por tanto no hay razón para retenerlo en sus anaqueles. Para citar un ejemplo, el caso del homicidio perpetrado con *armas de uso privativo de la fuerza militar*, delito este último que dio esa singular competencia, pero que después deja de tener esa connotación, constituye proceso que después ya no debe preservarse en esta esfera, sino que debe volver a su espacio natural y propio, vale decir, el juez de circuito.

3. Y el contrasentido también aparece por otra vía, conviene advertirlo: el que procurándose agilidad y concentración en el ejercicio de esta especial competencia regional y su dedicación a asuntos que constituyen su razón de ser, se la atosiga y entorpece con los más variados incidentes relacionados con la ejecución de penas, pero para procesos en los cuales no se mantiene la competencia de juzgamiento porque uno o varios de los delitos que la otorgaban, dejaron de representar esta entidad

y efecto. Total, ni atiende o mal atiende a lo suyo, ni atiende y mal atiende lo extraño y ajeno.

La literal interpretación del art. 15 del citado D. 2700/91, parte de una situación: que aun después de dictado el fallo, el juzgador retenga la competencia. Pero la realidad, en casos como el comentado, es otra muy esencial, esto es, que la justicia regional haya dejado de ser competente y si la facultad la ha perdido para la investigación y procesamiento, con mayor razón para la ejecución del fallo. No se ha querido advertir este sustancial distingo y de ahí que por escuchar la letra, se ha dejado de oír la melodía.

No más, porque para oídos sordos, lengua silente.

Gustavo Gómez Velásquez.

PRUEBA / CESACION DE PROCEDIMIENTO / TERMINO

Calificado el mérito del sumario por el funcionario instructor competente, en el evento de proferirse resolución de acusación una vez ejecutoriada, los sujetos procesales cuentan con el término común de treinta (30) días hábiles (artículo 446) para preparar la audencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción y no resueltas. Finalmente, solicitar las pruebas que sean conducentes. /La oportunidad probatoria precluye para todos los sujetos procesales, sin excepción, una vez que se inician sus intervenciones, donde cada uno concreta sus pretensiones, de lo cual, si es su deseo, podrán al concluir la audiencia, depositar en la secretaría un resumen de sus alegaciones. Las únicas oportunidades para que los sujetos procesales puedan pedir pruebas, serán en primer término el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y luego, en la audencia pública, una vez concluida la práctia de las decretadas para evacuar dentro de la misma. Si ninguno de los intervinientes considera que como consecuencia de las anteriores surjan otras, entonces precluye la oportunidad legal para solicitar pruebas. Las que demanden las partes en el momento de su intervención de fondo, no podrán ser consideradas por el juez, ya que por su extemporaneidad, de ser atendidas, se violaría ostensiblemente el mandato constitucional ya visto (art. 29 C.N.). /El Tribunal no ha debido hacer pronunciamiento alguno respecto de la petición de cese de procedimiento, pues el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, faculta al juez para diferir cualquier decisión relativa a la valoración probatoria que incida en la responsabilidad del acusado, para el momento del fallo, luego no resulta práctico para los fines del proceso que sin haber concluido las intervenciones de los sujetos procesales, la audencia se suspenda para que en forma anticipada, se califiquen las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, so pretexto de atender peticiones de la naturaleza ya

indicada. La solicitud de cesación de procedimiento que se presente en el desarrollo de la audiencia pública, con base en las pruebas sobrevinientes a la resolución de acusación, el juez debe mirarla como el sustento de una pretensión que debe resolverse en el fallo. Además, en los casos donde se juzga a más de un procesado, ninguno de ellos puede ser afectado con la suspensión del proceso para que el juez atienda, con relación a uno, peticiones de cesación de procedimiento, ya que según el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta política, les asiste el derecho a ser juzgados sin dilaciones injustificadas. /El artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al fiscal en el sumario y al juez en la etapa del juicio, la declaración de cesación de procedimiento cuando aparezcan plenamente demostradas las causales allí previstas. En cambio, una vez concluído el debate público, en la sentencia, tal requisito no resulta perentorio, ya que basta con la presencia de la duda sobre la responsabilidad del procesado, para que éste sea favorecido con el fallo absolutorio. Esta la razón para que el legislador faculte al juez para diferir al momento de dictar el fallo, peticiones de tal naturaleza.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 082.

Vistos:

Por economía procesal, procede la Sala a decidir conjuntamente los recursos de apelación interpuestos por la procesada doctora RUBIELA MARIN OROZCO Vda. de RAYO, contra la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Buga en el desarrollo de la audiencia pública, mediante la cual le negó la práctica de algunas pruebas y contra la providencia de fecha 4 de mayo del corriente año, de la misma Corporación, que le negó la revocatoria de la medida de aseguramiento, su libertad incondicional y la cesación de procedimiento.

Las decisiones recurridas:

a) *Petición de pruebas*

En el desarrollo de una de las varias sesiones correspondientes a la diligencia de audiencia pública que se celebra en esta causa seguida contra la recurrente, concretamente la verificada el día veintitrés (23) de febrero del corriente año, la doctora MARIN DE RAYO reiteró una vez más a la Sala de Decisión, que se decretaran algunas pruebas y se tuvieran como tales, los documentos aportados por ella en escritos anteriores, aduciendo su conducencia en garantía del derecho de defensa.

La Sala, luego de escuchar a la acusada procedió a dictar el siguiente auto:

"En primer lugar, el oficio que se dice allí se tenga como prueba de que usted adjunta a la copia; en cuanto al oficio de la señora Inspectora de Policía Permanente Municipal de Siloé ya obra en el expediente, de modo que se rechaza; en cuanto al certificado del Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Cartago, en el sentido de que allí se presentó el Capitán Oliverio Esguerra para averiguar si se le adelantaba algún proceso por fuga de presos también se rechaza por extemporáneo. La ley establece de acuerdo con el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal que las pruebas deben ser practicadas en la audiencia pública siempre y cuando hubieren sido pedidas con anterioridad, pedidas y decretadas con oportunidad anterior y que no se hubieren podido efectuar, o sea evacuar o practicarse, entonces lógicamente hay que negarlas. Se tiene o se acepta la parte primera de su memorial en el sentido de que usted rebate las argumentaciones de los señores Fiscal y Procurador, es un alegato suyo, no lo podemos rechazar. Así mismo por extemporáneas no aceptamos las correspondientes al último memorial en que se dice se tenga como pruebas la copia de la circular número 30018 de 9 de octubre de 1990 y la copia de la sentencia de la Sala Disciplinaria Seccional de Cali, por cuanto no se avienen a lo establecido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal. Esa es la decisión de la Sala" (fl. 517 Cd. O. No. 3).

Observa la Corte en el desarrollo de esta sesión (fl. 515 y ss.), con relación al tema objeto del recurso, un verdadero desorden que sólo lleva

a la confusión en cuanto a lo realmente acontecido. Por ello, en forma detallada procede la Sala a determinar, cuál o cuáles pruebas de las solicitadas y denegadas, deben ser objeto de pronunciamiento en esta instancia.

Es claro que en desarrollo de la audiencia pública de juzgamiento, los sujetos procesales tienen la oportunidad de intervenir en forma libre, pero las normas que la ritúan, no pueden ser desconocidas por los intervinientes en virtud del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política, como garantía de un debido proceso.

Luego que la Sala del Tribunal se pronunció en la forma antes consignada, la procesada continuó con su intervención, destacando todos aquellos hechos y circunstancias que consideró importantes para que el Juzgador pudiese valorar su personalidad. Más adelante, solicitó la revocatoria de la decisión transcrita, paro en forma independiente y entremezclada, intervinieron Magistrados, defensores y la propia procesada. Finalmente, se trató de poner orden al debate público por parte del Presidente de la audiencia, para lo cual, con base en el artículo 200 del Código Penal, otorgó el uso de la palabra al Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal, quien inicialmente consigna su extrañeza frente al desarrollo del debate, y luego, se refiere a la improcedencia de las pruebas solicitadas, para demandar de la Corporación mantener su decisión.

Si bien es cierto que tal desorden en el desarrollo de la audiencia no comporta la nulidad de la actuación cumplida, también lo es que su naturaleza oral no desarticula no hace inoperante el trámite establecido, que demanda plena observancia.

Como quiera que ya en la segunda parte de la sesión (en horas de la tarde), al continuar con el uso de la palabra la doctora Marín de Rayo, solicitó la revocatoria de la decisión proferida en la mañana, anunciando, en el evento de nueva determinación adversa, interponer los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, la Sala ha debido entrar inmediatamente a considerar tal solicitud.

Se originó, entonces, como ya se dijo, una desordenada intervención de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, los defensores y la

procesada, sin que el Fiscal Delegado haya podido consignar su opinión frente a la procedencia o no de la práctica de pruebas. La acusada intervino nuevamente para manifestar que algunas de las que ella solicita, ya habían sido decretadas en el proceso y que si no fueron allegadas oportunamente, no lo fue por su culpa. Por lo mismo tenía la facultad de aportarlas durante su intervención en la audiencia, hasta el último segundo de su desarrollo, tal como lo preceptúa el inciso 2o. del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.

"...no estoy pidiendo nada del otro mundo, quiero que me reconozcan mi prueba trasladada no más. Me pueden negar las que no son decretadas pero las pruebas trasladadas y lo que me diga el Código, me aparto respetuosamente hasta de las jurisprudencias, de que me diga el Código las facultades que el Código me dé. La prueba trasladada no es invento mío, la declaración del Juez 53 está ordenada porque allí dice, varios autos hay, los tengo y si hoy no los encontramos, los encontraremos por la noche o mañana, pero los encontraremos". (fl. 537 vto. Cd. O. No. 3). Ante dicha manifestación expresa de la acusada, no cabe duda que su insistencia la hace consistir en que aquellas pruebas ya ordenadas debían realizarse, concretándolas a aquellas que debían ser trasladadas de otros asuntos.

Debe destacar la Corte igualmente que en el acta de audiencia se dejó la siguiente constancia: "En este estado la secretaría informa que el auto de pruebas que dice la doctora es del 4 de julio de 1993, folios 1001 y 1002 del cno de copias, y se lee el numeral 8o. que dice: Ordénase el traslado de las pruebas solicitadas en el punto sexto del memorial de la procesada Rubiela Marín de Rayo... Para dicho efecto, solicítese dichas actuaciones a los funcionarios que actualmente las tramiten". (Fl. *idem*).

Y continúa la procesada: "Es simplemente el disciplinario aquí, si no está yo lo tengo y si no sirve el que yo tengo está en el folio 993 y 994 del cno. de copias. Una prueba que se decretó de oficio fue la del Consejo de Estado, ustedes pidieron la información. Se le informa que la prueba que al Consejo de Estado no se solicito prueba trasladada, se solicito una información al Tribunal Contencioso Administrativo, pero al Consejo de Estado no se pidió... Esa prueba del Consejo de Estado no les parece que al que más le conviene es al mismo Tribunal, esas son pruebas delicadas y son pruebas donde se pueden ver unas cosas que me pueden favorecer

a mí, porque no vamos a mirar no más lo que me desfavorezca...". (Fl. 537 vto. y 538 *ibídem*).

El Presidente de la audiencia, luego de las manifestaciones separadas de los Magistrados integrantes de la Sala, identificadas en cuanto a la inconducencia de la petición de la acusada, concedió el uso de la palabra a la doctora Marín de Rayo quien manifestó: "No se puede negar que es una prueba decretada y ordenada por este Tribunal, que no llegó a tiempo y que la traje ahora y me están diciendo que no, pero para eso son los recursos". Acto seguido y en cumplimiento de lo previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, el Presidente de la audiencia otorgó el uso de la palabra al Fiscal, quien se refirió inmediatamente, como ya se dijo, a la improcedencia de la pretensión de la acusada por cuanto el término probatorio ya había concluido (fl. 539 y 540). Se suspendió la diligencia para entrar a resolver los recursos de reposición y de apelación interpuestos por la doctora Marín de Rayo. El primero en forma desfavorable en forma consignada a folio 542 y vto. y el segundo positivamente, razón por la cual se conoce ahora de la actuación referida.

Se considera:

1o. La ritualidad propia de la etapa del juzgamiento, se halla prevista en los artículos 444 y ss. del Código de Procedimiento Penal, la que por su trascendencia en la definición del proceso, obliga a su más rigurosa observancia. Por ello, no se puede, como lo pretenden la acusada y su defensor, interpretar las normas que la rigen, bajo la óptica de su mejor conveniencia, sino en forma sistemática.

El artículo 29 de la Carta Política, consagra como derecho fundamental de los sujetos procesales, el debido proceso y si bien es cierto que sus preceptivas apuntan especialmente al amparo de los derechos de quien resulta sindicado (presunción de inocencia, derecho de defensa técnica, solicitar y controvertir pruebas, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, impugnar la sentencia, etc.), también lo es que a los demás sujetos procesales les asiste igual derecho, esto es, que el juicio se adelante y concluya con acatamiento pleno de su rito.

2o. Así las cosas, calificado el mérito del sumario por el funcionario instructor competente, en el evento de proferirse resolución de acusación, como ocurre en este caso, una vez ejecutoriada, los sujetos procesales cuentan con el término común de treinta (30) días hábiles (artículo 446) para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción y no resueltas. Finalmente, solicitar las pruebas que sean conducentes.

En cuanto se refiere a esto último –solicitud de pruebas– es claro que las demandas en el término ya dicho, deben ser conducentes, es decir, relacionadas con los cargos elevados en la Resolución Acusatoria, pues es allí donde el funcionario instructor los concreta, con indicación precisa de la norma infringida y sus modalidades, grado de participación y circunstancias específicas de agravación y atenuación punitiva. Entonces, aquellas que no conduzcan a desvirtuar o ratificar la comisión del hecho y a demostrar la responsabilidad o la inocencia del acusado, o la existencia de perjuicios, etc., serán inconducentes.

3o. Siendo así que la ley otorga a los sujetos procesales un amplio término para detectar cualquier nulidad, verificar la necesidad de practicar una determinada prueba y, finalmente, para preparar su intervención en el debate público, no resulta lógico que durante el desarrollo de la audiencia, hasta momentos antes de su conclusión, puedan las partes en forma caprichosa y desordenada estar demandando la práctica de nuevas pruebas.

Los sujetos procesales, con relación a la oportunidad probatoria, deben sujetarse en todo al rito previsto por la ley, pues, según lo establece el artículo 29 de la Carta Política, toda prueba aducida al proceso sin la observancia del debido proceso, será nula de pleno derecho.

Pues bien: el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal enseña que si no hay declaración de invalidez del actuar procesal, el Juez dictará auto en el que fijará día y hora para la realización de la audiencia pública y en la misma providencia, decretara las pruebas que considere concernientes y solicitadas por los sujetos procesales, o los que de oficio estime pertinentes.

Ocurre sin embargo que si de las pedidas, alguna debe declararse inconducente, entonces no proceder la citación para su realización, sino entrar a declarar tal circunstancia, mediante auto interlocutorio, susceptible de los

recursos ordinarios como garantía del derecho de defensa. Una vez ejecutoriada la providencia respectiva, podrá el juez fijar día y hora para la realización del debate público, dentro del cual, solamente se evacuarán las pruebas decretadas y, desde luego las que resulten de éstas.

Tampoco podrá el Juez ordenar la realización de la audiencia pública, cuando las pruebas decretadas deban cumplirse fuera de su sede, es decir, practicadas por comisionado o aquellas que requieran estudios previos y especializados, cuyos resultados deben ser puestos previamente en conocimiento de los sujetos procesales (objetar, solicitar adición o aclarar), como es el caso de los dictámenes periciales, pero en todo caso, dentro del término que determine el Juez, que no podrá exceder de quince (15) días (artículo 448 del C. de P.P.).

Agotada la actuación con la garantía de los derechos de los sujetos procesales, el Juez citará para la audiencia pública que se realizará dentro de los diez (10) días siguientes (artículo 447 id.). En su desarrollo, se repite, se practicarán las pruebas que el Juez haya decretado para ese momento procesal y, también, aquellas que surjan de las realizadas durante el juicio, puesto que dentro de la audiencia, una vez conocido el resultado de las anteriores, el legislador otorga una nueva oportunidad a las partes, única y extraordinaria, para solicitar la práctica de las que resulten conducentes. Las demás, son necesariamente extemporáneas.

4o. La audiencia pública, se divide en dos etapas: en la primera, se dará lectura a la resolución de acusación y a todas aquellas piezas del proceso que soliciten las partes o que el juez considere pertinentes; se interrogará al procesado si se halla presente, acerca del hecho imputado y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad. Concluida su intervención, se abre paso a la actuación probatoria, en la forma ya dicha. La segunda etapa, será la prevista en el artículo 451 del Código de Procedimiento Penal, es decir, la intervención de los sujetos procesales en el orden allí establecido, quienes se referirán libremente a los hechos, pruebas, circunstancias genéricas y específicas que agraven, atenúen o excluyan la responsabilidad del acusado, más no podrán solicitar nuevas pruebas como consecuencia de las alegaciones de quienes le han precedido, así las consideren pertinentes, no solamente porque ello desconoce el derecho de igualdad, sino que pugna con el debido proceso que garantiza a los sujetos procesales la oportunidad de controvertirlas. Esto, por cuanto no es posible en el desarrollo de la audiencia

pública, otorgar el uso de la palabra a los sujetos procesales por más de una vez, según lo establece la disposición en cita.

5o. Tan cierto es lo anterior que es el artículo 456 del estatuto procesal penal, el que finalmente determina los dos momentos procesales ya descritos, al consagrar que "Finalizada la práctica de pruebas y la intervención de las partes en audiencia, el juez decidirá dentro de los diez días siguientes", es decir, que la oportunidad probatoria precluye para todos los sujetos procesales, sin excepción, una vez se inician sus intervenciones, donde cada uno concreta sus pretensiones, de lo cual, si es su deseo, podrán al concluir la audiencia, depositar en la secretaría un resumen de sus alegaciones.

En síntesis, las únicas oportunidades para que los sujetos procesales puedan pedir pruebas, serán en primer término el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y luego, en la audiencia pública, una vez concluída la práctica de las decretadas para evacuar dentro de la misma.

Si ninguno de los intervinientes considera que como consecuencia de las anteriores surjan otras, entonces precluye la oportunidad legal para solicitar pruebas. Las que demanden las partes en el momento de su intervención de fondo, no podrán ser consideradas por el juez, ya que por extemporaneidad, de ser atendidas, se violaría ostensiblemente el mandato constitucional ya visto.

Entonces, el criterio expuesto por el Tribunal sobre el momento preclusivo que tienen las partes para la solicitud de pruebas y la práctica de las mismas, es el correcto, sin que pueda ser aceptada la posición de la procesada y su defensor, consistente en que hasta faltando unos segundos para la terminación del debate público, la ley (artículo 448, inciso 2o.) los autoriza para solicitar pruebas y obtener del juez su decreto inmediato.

Visto lo anterior, no cabe duda para la Corte que la petición de pruebas que elevara la doctora RUBIELA MARIN OROZCO DE RAYO durante la sesión del 23 de febrero del corriente año, resulta extemporánea y por lo mismo inconducente, máxime que dentro de ella pudo establecerse que varios documentos (las pruebas trasladadas que reclamaba), ya obraban en autos.

b) *Cesación de procedimiento, revocatoria de la medida de aseguramiento y libertad incondicional*

En providencia de fecha 4 de mayo del corriente año, el Tribunal Superior de Buga negó a la doctora RUBIELA MARIN OROZCO DE RAYO la cesación de procedimiento y como consecuencia de ello, la revocatoria de la medida de aseguramiento y la libertad incondicional, afirmando que "Sorprende a la Sala que a estas alturas del proceso, es decir cuando éste se encuentra en la fase final procesal de la primera instancia, como es la celebración de la audiencia pública, y con argumentos especulativos sobre pruebas, muchas de las cuales han sido varias veces debatidas para negar libertades y nulidades impetradas por la procesada MARIN OROZCO, ahora y de nuevo, pretenda hacer finiquitar la actuación con un cese de procedimiento, previa la revocatoria de la detención preventiva y la concesión de su libertad incondicional".

"En efecto, doctrinaria y jurisprudencialmente es sabido que la aplicación del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, cuando el proceso respectivo se halla en la etapa de la causa (cesación de procedimiento) solamente es viable ante la presencia incuestionable de causales objetivas de improcedibilidad de la acción penal, como por ejemplo la prescripción de la misma, la muerte del procesado, la amnistía, la oblación, el desistimiento en los casos en que es admisible, la descriminalización de la conducta, la ausencia de querella de parte; y esto porque el Estado pierde inmediatamente la competencia para seguir conociendo del proceso a través del Juez de la causa, por lo cual éste está obligado a declarar el acaecimiento de la causal objetiva que se presente y con base en ella disponer la cesación del procedimiento iniciado".

Con apoyo en algunas decisiones de esta Sala, el Tribunal agrega que "Esto significa que en manera alguna es procedente la cesación de procedimiento impetrada por RUBIELA MARIN OROZCO en este estadio del proceso, porque se destaca por su ausencia alguna causal objetiva de improcedibilidad de la acción penal que se adelanta contra ella. La inculpabilidad o inocencia en los cargos que resume la resolución de acusación, alegada por ella, obvia y naturalmente, debe ser materia de análisis y estudio de la sentencia correspondiente que pondrá fin al proceso, o sea cuando se haga la 'calificación jurídica definitiva' del mismo, y no en este momento procesal".

Dice la recurrente que no hay lugar a "SORPRESA" frente al texto del artículo 412 del Código de Procedimiento Penal que es posterior a la doctrina y a la jurisprudencia "objetivista" que invoca la providencia impugnada, ya que las pruebas sobrevinientes a la resolución acusatoria (en ella se dictó la medida de aseguramiento), "JAMAS HAN SIDO ANALIZADAS POR LA SALA". Se refiere en concreto a la Sentencia proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –Seccional Valle del Cauca–; declaraciones de los doctores JULIO CESAR CHAVES, CARLOS ENRIQUE GUZMAN, GERARDO GRAJALES y dos Procuradores Provinciales; inspección judicial demostrativa de la existencia de dos procesos contra Oliverio Esguerra Muriel y Circular de la Dirección de Instrucción Criminal sobre la facultad de los Jueces para hacer entrega de divisas con anterioridad al 9 de octubre de 1990.

Según la preceptiva mencionada –aduce la recurrente– la cesación de procedimiento puede darse en cualquier estado del proceso, pues el inciso final del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Juez, no al Fiscal, para declarar la cesación "...cuando se verifiquen durante la etapa del juicio".

Agrega que en sus peticiones de nulidad y de libertad, decididas adversamente, no se refirió a ninguna de las pruebas sobrevivientes que obligan al Juez a una calificación definitiva previa a la audiencia de Juzgamiento y que "La providencia impugnada en realidad lo que contiene es una SENTENCIA CONDENATORIA ANTICIPADA contra la suscrita, y es una sentencia condenatoria de HECHO, sin que previamente se hubiesen analizado las PRUEBAS SOBREVINIENTES sino mediante la *reiteración sistemática* de los argumentos consignados en la Resolución de Acusación, argumentos discutibles en su momento y hoy por hoy, DESVIRTUADOS por las pruebas "sobrevinientes" o posteriores a la ejecutoria de la Resolución de Acusación, respecto de las cuales, debo insistir en que, JAMAS han sido ANALIZADAS por la Sala encargada del Juzgamiento en Primera Instancia". (Fl. 652 cuad. O. No. 3).

Se considera:

El Tribunal no ha debido hacer pronunciamiento alguno respecto de la petición de cese de procedimiento, pues el artículo 454 del Código de

Procedimiento Penal, faculta al juez para diferir cualquier decisión relativa a la valoración probatoria que incida en la responsabilidad del acusado, para el momento del fallo, luego no resulta práctico para los fines del proceso que sin haber concluido las intervenciones de los sujetos procesales, la audiencia se suspenda para que en forma anticipada, se califiquen las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, so pretexto de atender peticiones de la naturaleza ya indicada.

La solicitud de cesación de procedimiento que se presente en el desarrollo de la audiencia pública, con base en las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, el juez debe mirarla como el sustento de una pretensión que debe resolverse en el fallo. Además, en los casos donde se juzga a más de un procesado, ninguno de ellos puede ser afectado con la suspensión del proceso para que el juez atienda, con relación a uno, peticiones de cesación de procedimiento, ya que según el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política, les asiste el derecho a ser juzgados sin dilaciones injustificadas.

El artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al fiscal en el sumario y al juez en la etapa del juicio, la declaración de cesación de procedimiento cuando aparezcan plenamente demostradas las causales allí previstas. En cambio, una vez concluido el debate público, en la sentencia, tal requisito no resulta perentorio, ya que basta con la presencia de la duda sobre la responsabilidad del procesado, para que éste sea favorecido con un fallo absolutorio. Esta la razón para que el legislador faculte al juez para diferir al momento de dictar el fallo, peticiones de tal naturaleza.

Ante la improcedencia de la petición principal, la revocatoria de la medida de aseguramiento y la consecuente libertad incondicional reclamadas, tampoco pueden ser atendidas sin que ello implique el desconocimiento de la excepción prevista en el artículo 454 del estatuto procesal penal, pues no podrán los sujetos procesales, se repite en forma caprichosa y desordenada, elevar solicitudes que lejos de favorecerlas apuntan a entorpecer el desarrollo de la audiencia pública, con detrimento del debido proceso.

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

Resuelve:

Confirmar en todas sus partes las providencias de fechas 23 de febrero y 4 de mayo del año en curso, proferidas por el Tribunal Superior de Buga, por las razones consignadas en precedencia.

Devuélvase el asunto al Tribunal de origen y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, "no"; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CONFESION / REDENCION DE PENA

En casos excepcionales, cuando la confesión no obstante la calificación introducida por el confesante (que niega la antijuridicidad de su conducta o en virtud de la cual afirma su inculpabilidad), efectivamente sirvió de fundamento a la condena, porque sin la asunción de autoría hecha por el procesado jamás se habría producido ésta, es posible reconocer la atenuante en comento.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 83.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpouesto contra la sentencia de 11 de marzo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto condenó a SEGUNDO GUSTAVO GOMEZ JURADO a 5 años de prisión como autor del delito de homicidio.

Antecedentes:

1. En Pasto (departamento de Nariño), en la noche del 5 de febrero de 1992, Manuel Agustín Benavides, Carlos Alberto Arcos Landázury y José Vicente Gómez Enríquez jugaban naipe e ingerían licor en el establecimiento ("cafetín" o "cantina" lo llaman en autos) de la calle 18 No. 18-36 de Pasto, adonde llegaron Segundo Gustavo Gómez Jurado (alias "el ñato") y Víctor Hugo Burbano Delgado.

Al momento de cobrarse la cuenta por lo consumido, Burbano Delgado se negó a pagarla, discutiendo con la propietaria del negocio,

Rosalba Gómez. Parece que ebrio como estaba, Benavides ofendió de palabra a Gómez Jurado, lo que motivó a éste le propinara dos puñetazos.

Segundo Gustavo Gómez Jurado y Víctor Hugo Burbano Delgado salieron seguidos por Rosalba Gómez (Benavides, Arcos Landázury y Gómez Enríquez salieron detrás), quien "chuzó" a Burbano Delgado en la región glútea. Seguramente Gómez Jurado pensó que dicha agresión provenía del otro grupo y procedió a herir con cuchillo a Arcos Landázury, haciendo luego lo mismo con Benavides, quien salió corriendo, mas, alcanzado por Gómez Jurado, éste le hizo otras heridas que minutos más tarde le ocasionaron la muerte.

A Arcos Landázury se le determinó una incapacidad de 12 días; también resultó levemente lesionado ("rayado" dice el proceso) el mencionado Gómez Jurado, con incapacidad de 8 días.

2. Luego de practicar alunas diligencias de tipo preliminar, el Juzgado 34 de Instrucción Criminal de Pasto abrió investigación, llevó a cabo otras pruebas y escuchó en indagatoria a Gómez Jurado (fls. 40 y ss.), quien sostuvo haber sido atacado por Benavides y sus amigos, agregando que él se limitó a defenderse: "...yo traté de defenderme –dice– y entonces él me tiró la última cuchillada que no la agarró, yo para defenderme lo iba a asustar con una peineta, en eso yo me encontré una navaja con la que yo empiojo mis gallos, la tenía en el bolsillo, con el objeto de defenderme para que no me siga atacando, como yo estaba bien bravo, con rabia de verdad de verme el corte y la sangre que se me estaba yendo, yo nunca intenté de coger y matar a intención o intencionalmente, sino que yo me defendí con la navaja, con la intención de herirlo" (fls. 42).

3. Dictado auto de detención contra el sindicado (fls. 62 y ss.) y practicadas algunas otras diligencias, se clausuró la investigación (fls. 106), calificándosela mediante auto de 3 de junio de 1992, con resolución acusatoria por el delito de homicidio simple (art. 323 C.P.). Se ordenó, además, expedir copias para que por cuerda separada se investiguen las lesiones causadas a Carlos Alberto Arcos Landázury y Víctor Hugo Burbano (fls. 124 y ss.).

Esa acusación fue apelada por el defensor del procesado y entrado en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía Primera

Delegada ante el Tribunal, mediante auto de 23 de julio de 1992, lo confirmó. Al efecto, se descartó la confesión calificada del procesado, resaltándose que "no hubo agresión de parte de ninguna persona contra la humanidad de Gómez Jurado, quien, por el contrario, denota dolo en su comportamiento y el deseo de terminar con la vida de una persona que nunca lo buscó ni atacó, ni agredió ni provocó..." (fls. 178).

Sobre el estado de ira que igualmente inadmitió, dijo: "No existe conducta ajena, grave e injusta, en ningún momento fue atacado él o su amigo que lo acompañaba; la realidad procesal dice todo lo contrario, es el procesado quien toma la iniciativa para atacar a unas personas a quienes su amigo les muestra la nalga herida" (fls. 183).

4. El Juzgado Sexto Penal del Circuito asumió el juicio, celebró la audiencia pública (fls. 223 y ss.) y profirió sentencia el 30 de noviembre de 1992, por medio de la cual reconoció que el procesado actuó en exceso de legítima defensa y en estado de ira. Consideró que el procesado "se aproximaba a la verdad" en su dicho y agregó: "Lo anotado, entonces lleva a la conclusión de que Gómez Jurado rebasó los límites requeridos por la ley penal, al pretender la búsqueda de la defensa, excediéndose en la cantidad de la respuesta, por lo que se está frente a un hecho punible que desde luego se adecúa a la diminuente del ilícito, prevista en el artículo 30 del Código Penal" (fls. 258).

Respecto de la ira precisó: "Reconocido objetiva y subjetivamente el ataque injusto, es obvio que, en consecuencia, los presupuestos del dispositivo legal se cumplan, puesto que esa situación imprescindiblemente tuvo que influir en el estado emocional que debió alterar su ánimo para que procediera de esa forma" (fls. 266).

En esas condiciones, condenó a Gómez Jurado a 26 meses de prisión, a interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios, y le concedió la condena de ejecución condicional.

De este fallo apeló el Fiscal 13 de la Unidad Especializada, argumentando que no existió motivo alguno para tratar de agredir al procesado y a su amigo, ya que el primer incidente había sido protagonizado sólo por Burbano y la mujer. Negó enfáticamente que el occiso hubiera exhibido un cuchillo, "pues

de tenerlo y sumado al ataque masivo, a mansalva y desventajoso del que nos habla el procesado las consecuencias de éste hubiesen sido sin duda mayores y por qué no decirlo letales", y consecuentemente pidió que "se revoque la sentencia recurrida, para que se condene a Segundo Gustavo Gómez Jurado como responsable del delito de homicidio simplemente intencional, sin el reconocimiento de las justificantes (*sic*) de las que habla el fallo de primera instancia" (fls. 288).

El Tribunal, en sentencia que recurrió en casación el defensor del procesado (fls. 297 y ss.), otorgándole credibilidad al testigo José Vicente Gómez Enríquez, descartó la versión de la legítima defensa, estimándola insular en el proceso, pues aunque el acusado resultó con algunas lesiones, no hay duda de que éstas no le fueron causadas por el occiso, "como con patente falacia lo argumentó Gómez Jurado. No, porque Benavides en ningún momento adoptó el papel de agresor de hecho; porque nadie lo vio armado; porque si éste y sus amigos salieron en pos de los demás, con el fin de auxiliar a la dueña de la cantina, en caso de que fuera atacada, si esta circunstancia no se presentó (más bien ella atacó al amigo del procesado) es obvio que aquéllos no tenían ningún motivo para agredir a éstos; porque la versión del procesado en cuanto plantea el ataque armado del occiso y por lo tanto su legítima reacción es absolutamente mendaz como ya se demostró en precedencia" (fls. 310 y 311).

Igualmente consideró el Tribunal que no existió el exceso en la justificante o el "remanente innecesario de defensa" (fls. 307).

En relación con la ira, concluyó que sí se dio. "En cuanto a la diminuente de la ira –estimó el Tribunal–, la Sala subraya que si la rabia del procesado contra el occiso y sus amigos por creerlos autores de la lesión de su compañero, sirve para darle solidez a la prueba de responsabilidad, sería por demás injusto no considerarla porque constituye circunstancia favorable al reo. Además, la ausencia de enemistad entre el agresor y agredido y en general de otro móvil le da certeza plena al planteamiento del Tribunal" (fls. 311 y 312).

Así, condenó al procesado a la pena principal de 5 años de prisión, al reconocer la atenuante prevista en el artículo 60 del Código Penal y revocó, por el quantum de la pena impuesta, el subrogado concedido.

La demanda:

Con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación (violación indirecta), el actor ataca el fallo por violar los artículo 29.4 y 30 del Código Penal, "que fueron reconocidos por Juzgados (*sic*) de primera instancia". Estima que hubo "error en la apreciación de la prueba tanto en lo relativo a las declaraciones de los testigos, que fueron unos de los atacantes, cuyo valor probatorio deja mucho que desear, y, en especial por cuanto ninguno de ellos, dice que vieron que mi patrocinado haya sido la persona que atacó con golpes mortales al Viringa (occiso); tan sólo dicen que fue el único que se fue detrás de éste; de allí el análisis serio que hizo el *a quo*..." (fls. 334). Más adelante agrega el censor:

"Creo que los elementos constitutivos de la legítima defensa se encuentran esparcidos dentro de las pruebas, en especial de la confesión, por cuanto es éste el único medio que ha llevado al juzgador de primera instancia a aclarar de una manera nítida tal y como sucedieron los hechos".

Añade el actor:

"Contrario sensu de lo que dice el señor Magistrado del H. Tribunal Superior de Pasto, por el solo hecho de calificar la confesión, no está envolatando, confundiendo a la justicia, sino por el contrario, aclara la situación misma que vivió el procesado cuando fue atacado y tuvo la necesidad de defenderse de un ataque, injusto, inminente, actual que ponía en peligro su vida o por lo menos su integridad personal.

"Pero es que el Código procesal en parte alguna desconoce el hecho de la calificación e indivisibilidad de la confesión no dan lugar para que opere la reducción de la penal (*sic*); por el contrario el artículo 298 del C. de P.P., establece de (*sic*) que para apreciación de la prueba en cualquier clase de confesión y para determinar su valor probatorio, el funcionario judicial correspondiente tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y los criterios para apreciar el testimonio.

"En el caso que nos ocupa la única persona que dijo haber sido el autor de la muerte del señor Manuel Benavides, fue el procesado, por

cuanto ninguno de los dos testios hace hincapié en esta materia de vital importancia" (fls. 335).

Solicita, pues, que se case el fallo y se deje en firme el de primera instancia.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que, antitécnicamente, el censor se limita a mencionar la causal primera de casación y a señalar como violados los artículos 29 y 30 del Código Penal sin que diga de qué modo ocurrió esa violación y si se trata de violación directa o indirecta de la ley, no especificando tampoco la clase de error que considera cometió el fallador de segundo grado.

Anota que el casacionista hace "una alegación libre", con afirmaciones generales, realizando una "simple controversia acerca de la apreciación probatoria", no permitida en casación.

Indica que el procesado no hizo en su indagatoria "ninguna manifestación de responsabilidad" sino que, por el contrario, "pretendió ser exonerado de responsabilidad, arguyendo un ataque contra su vida que nunca existió; en segundo término, la norma en cita sólo puede comprenderse en su real contenido y alcance en el entendido de que la aceptación de responsabilidad debe constituir prueba vital para el esclarecimiento de la verdad y el compromiso penal del procesado" (fls. 12 cuaderno Corte).

Y agrega la Delegada:

"Ninguna adecuación a la técnica casacional añade el actor al manifestar en seguida que la violación de la ley sustancial 'proviene de un error en la apreciación de la prueba', como que en este acápite simplemente el libelista insiste en considerar que el valor probatorio de los testimonios de los acompañantes del hoy occiso 'deja mucho qué desear', sin que traduzca semejante expresión un sentido y alcance específico de impugnación.

"Finalmente, como si reconociese lo inidóneo de su escrito, el casacionista da por descontado que la Corte ha de sumar a las 'consideraciones anteriores', el 'juicioso estudio' que entiende le corresponde hacer al contestar la demanda, ignorándose igualmente entonces, que el principio de limitación a la oficiosidad inhibe a la alta corporación de tomar su lugar para completar un libelo deficientemente elaborado" (fls. 12 y 13).

Sugiere, pues, no casar el fallo.

Se considera:

1. Sea lo primero decir que, en verdad, el escrito de casación no comporta ningún cargo, como que no obstante argüír el censor que la prueba fue indebidamente apreciada, en parte ninguna del libelo precisa a qué prueba en concreto se refiere y cuál es el error que considera se llevó a cabo en la actividad de evaluación probatoria.

De manera general redúcese el actor a oponerse a la apreciación que del material probatorio hizo el Tribunal, no sabiendo la Corte con exactitud (pues el censor es vago y confuso en ello) si lo que pretende el casacionista es que reconozca que su defendido actuó en legítima defensa, o simplemente en un exceso de la misma, pues aunque pide se reviva el fallo de primera instancia que reconoció esta última figura, insiste en sus alegaciones en sostener que el acusado obró justificadamente.

A lo anterior debe agregarse que con claro desconocimiento de la técnica de casación, el actor, que lanza el ataque para conseguir el reconocimiento del exceso de legítima defensa, resulta involucrando en éste, su único cargo, un reproche adicional que ninguna relación guarda con él y que debió hacer en forma separada: que no se reconoció a su asistido la rebaja de pena que por confesión consagra el artículo 299 del C. de P.P., porque no se le otorgó "el valor de la confesión del procesado por el solo hecho de que la califica".

No obstante lo anterior y a pesar también de la falta de demostración de esta censura adicional, dígase que la misma no está llamada a prosperar, porque evidentemente y tal como se desprende de las consideraciones

del Tribunal, la confesión de Gómez Jurado, quien manifestó haber actuado en legítima defensa, jamás sirvió de fundamento a su condena.

A este respecto ha dicho la Sala:

"...para esta Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es atendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó, cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado.

"Por esa misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es casi de ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de ésta se le ha comunicado.

"Esta misma consideración le ha servido a la Sala para estructurar su ya conocida tesis, recordada por el Procurador Delegado, de que tampoco procede la rebaja en comento, cuando se trata de una confesión calificada o cualificada, en virtud de la cual sólo se admite la autoría de la conducta, pero se niega toda responsabilidad penal aduciendo cualquier circunstancia excluyente de ésta, porque en tal caso, se ha sostenido antes y ahora se reitera, si la confesión hubiera sido la base de la sentencia, ésta forzosamente habría tenido que ser absolutoria. Pero si es condenatoria, ello se debe a que los encargados de administrar justicia acudieron a otros elementos de juicio que le permitieron establecer la materialidad del hecho y la responsabilidad de su autor, *desechando por completo la confesión vertida.* Y si esto es así, claro es que la confesión también en este caso es inútil para la investigación, y por ello no puede beneficiarse un confesante que en vez de colaborar con la justicia, por el contrario le exigió un mayor desgaste y esfuerzo, ya que tuvo que entrar a desvirtuar todas las afirmaciones mentirosas que planteaban una circunstancia excluyente de responsabilidad, que a la postre se desestimó por inexistente".

Agregó en dicha oportunidad la Sala que en casos excepcionales, cuando la confesión, no obstante la calificación introducida por el confesante (que niega la antijuridicidad de su conducta o en virtud de la cual afirma su inculpabilidad), efectivamente sirvió de fundamento a la condena, porque sin la asunción de autoría hecha por el procesado jamás se habría producido ésta, es posible reconocer la atenuante en comento, pero no es ésta la situación planteada en el proceso, como se desprende de la simple lectura del fallo de segunda instancia, que fundamentalmente se apoyó en los testimonios rendidos por José Vicente Gómez y Carlos Alberto Arcos Landázury.

Así las cosas y como la "confesión" del procesado Gómez Jurado no fue en ninguna medida el fundamento de la sentencia, estuvo bien negada la diminuente en referencia.

Por las razones vistas resulta obvio, pues, que la demanda no prospere y que el fallo acusado no debe casarse.

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:

No casar la sentencia impugnada.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"*; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido en los artículos 99 y 100 del Código de Procedimiento Penal, para que se suscite una colisión de competencias es indispensable que el funcionario colisionado que no admite ser el competente, manifieste las razones de su inconformidad. Sólo así quedará trabado el conflicto, dando lugar a que el funcionario o Corporación respectiva adquiera la facultad para entrar a dirimirlo.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., primero de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 083 de julio 28 de 1994.

Vistos:

Procedente de un Juzgado Regional de Medellín han llegado a esta Corporación, las diligencias que se siguen en contra de JHON JAIRO ESCOBAR CARDONA por los delitos de homicidio y violación al Decreto 3664 de 1986 en concordancia con el Decreto 2266 de 1991 en concurso heterogéneo, aduciendo no ser competente para seguir conociendo del asunto. La Sala decide lo que en derecho corresponda.

Antecedentes:

Mediante proveído del 10 de marzo de 1994, la Unidad Número Dos de la Fiscalía General de la Nación Grupo de Vida, profirió resolución de acusación en contra de JHON JAIRO ESCOBAR CARDONA (a. GURRE), por los delitos anteriormente señalados; la cual alcanzó ejecutoria el 18 de marzo del mismo año. A folio 256 se hace mención a la posible arma utilizada señalando ese despacho que: "dado que las

probanzas no permiten inferir que se trata de una automática pues que testimonialmente por ejemplo no se habla por ningún testigo, así sea de oídas, de disparos en ráfagas, ha de tenerse como una pistola semiautomática de calbire 9 m.m., conclusión que no oextraña a la pericia obrante a folios 124 y ss., según los análisis hechos en especial, a las vainillas encontradas (fls. 127)...".

El proceso fue remitido al Juzgado Penal del Circuito Reparto, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, despacho que el 23 del mismo mes y año avocó el conocimiento. En atención a lo dispuesto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal procedió a darle traslado a los sujetos procesales para la preparación de la audiencia. Luego, el trece de abril de 1994 emitió auto y señaló que como quiera que:

"Uno de los occisos, Albeiro de Jesús Rodríguez, fue atacado con arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

En el sitio de los hechos, a unos cuatro metros de su cadáver, fueron halladas tres (3) vainillas, marcadas en el culote "INDUMIL 9MM PAR" y "GRP 9MM Luger" (ver peritazgo de folios 124 y siguientes).

Esa denominación no hace relación al calibre y, según el criterio de expertos en la materia, le imprime a las armas y municiones el carácter de uso privativo de las Fuerzas Armadas, ante la taxatividad del Decreto 2003 del 82, arts. 7 y 8, subrogado por el Decreto 2535 de 1993, arts. 8, 9 y 11".

Con base en las anteriores apreciaciones consideró no ser competente para seguir conociendo del proceso, y dispuso su remisión al Juez Regional –reparto–, al tiempo que le proponía, en caso de no compartir su criterio, colisión negativa de competencias.

El Juzgado Regional mediante auto de abril 18 de 1994 avocó el conocimiento de la actuación y ordenó la apertura del juicio a pruebas

por el término de 20 días. Posteriormente recibió del defensor del acusado memorial, mediante el cual le solicitaba promoviera colisión negativa de competencia para seguir conociendo del asunto, en razón a que de acuerdo con la pericia y los proyectiles incautados son calibre 9 mm., que equivale al calibre 0.38, y por lo tanto corresponderían con los destinados a la defensa personal. Agregó, que el enchapado corresponde al revestimiento común de fabricación sin que por ello se pueda afirmar, que se le han introducido modificaciones que los hagan o conviertan en más peligrosos o letales.

El Juzgado Regional por medio del auto interlocutorio del 7 de junio de 1994 acogió la solicitud de la defensa, manifestando no ser el competente para conocer de la actuación de acuerdo con las disposiciones consagradas en el Decreto 2535 de 1993 artículo 11, donde se define cuales son las armas de defensa individual o de corta distancia; ya que:

> "De las normas transcritas y el análisis balístico, se concluye que las vainillas objeto del estudio, hacen parte de cartuchos utilizados en pistolas de 9 milímetros, que según las normas procedimentales, corresponde la competencia a los Jueces Penales del Circuito de esta capital y como dicho funcionario al remitir la actuación ante esta Jurisdicción propuso de antemano colisión negativa de competencia, es por lo que se debe remitir lo actuado al Superior Jerárquico, para dirimir tal colisión...".

Sin ningún otro trámite y aludiendo a lo previsto en el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, remitió la actuación a esta Corporación.

Consideraciones de la Corte:

De acuerdo a lo establecido en los artículos 99 y 100 del Código de Procedimiento Penal, para que se suscite una colisión de competencias es indispensable que el funcionario colisionado que no admita ser el competente, manifieste las razones de su inconformidad. Sólo así quedará trabado el conflicto, dando lugar a que el funcionario o Corporación respectiva adquiera la facultad para entrar a dirimirlo.

Como fácilmente puede apreciarse en el presente caso, desde el mismo momento en que el Juzgado Regional aceptó los razonamientos del Juez colisionante avocando el conocimiento de la actuación, el probable conflicto quedó agotado.

La Subsiguiente manifestación del Juez Regional en la cual expone no ser el competente para continuar con la actuación, carece de uno de los requisitos consagrados en la ley, los razonamientos del Juez Colisionado. En consecuencia ante el incumplimiento a una de las formas propias del debido proceso, el conflicto no se ha formalizado y por ello la Corte no ha adquirido competencia para conocer del asunto; siendo razón suficiente para que se disponga el envío de la actuación al Juzgado de origen, a fin de que proceda a impartirle el respectivo trámite.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, *se inhibe* de resolver el conflicto de competencia apenas esbozado, disponiendo la devolución del expediente al Juzgado de Origen para que cumpla con el trámite que corresponde remitiendo la actuación al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, en caso de insistir sobre la incompetencia.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, "no"; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

El artículo 221 de la Constitución Nacional establece que la Justicia Castrense conocerá de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o con relación a él, conforme a las prescripciones del Código Penal Militar.

El constituyente quiso así y de manera excepcional, que por la naturaleza, característica de la función y la disciplina propia de la Fuerza Pública que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictivas de sus miembros, fuera por una justicia especializada.

Por su parte el artículo 14 del precitado estatuto estatuye que la normatividad contenida en él se aplicará a "los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o cuando el ilícito sea común y esté relacionado con el mismo servicio...".

Claro resulta que el ámbito de aplicación de la ley penal militar establece dos circunstancias, cuando el militar en servicio activo cometa hecho punible militar o cuando el ilícito sea común y esté relacionado con el mismo servicio.

La Corte en pacífica interpretación del canon constitucional con las normas legales, señaló tres eventos en los cuales el Código Penal Militar es de forzosa aplicación:

"a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al estamento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento, como por ejemplo, toda la amplia gama de delitos contra la disciplina (art. 97 y ss. del D. 2550/88), contra el servicio (art. 108 y ss.), de la libertad indebida de prisioneros de guerra (art. 120 y ss.), contra los intereses de las fuerzas armadas (art. 122), contra el honor (art. 123 y ss.), contra

la seguridad de las fuerzas armadas (art. 142 ss.), etc., infracciones que, por sí, llevan ínsitas ejercicio de esa especializada actividad castrense;

"b) Definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del código penal común, incorporadas al Estatuto Penal Militar, usualmente con los rasgos típicos y pena que aquella codificación señala, pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente, con el quehacer de la Fuerza Pública para merecer la aplicación de este fuero, adicionándose, innecesariamente, en algunos casos la expresión "con ocasión del servicio", como en el homicidio, arts. 259 y ss., etc. etc., o dejando por fuera tal connotación, como en los delitos de fraude procesal, art. 236, falsedad en documentos, art. 242 y ss., daño, art. 283 y ss.; y

"c) Finalmente, delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero sí están previstos en otros dispositivos legales, v.gr., el Código Penal, como serían los delitos contra la salubridad pública (arts. 203 y ss.), contra el sufragio (art. 248 y ss.), contra la familia (arts. 259 y ss.), contra la libertad y pudor sexuales (art. 298 y ss.), etc. etc., en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento".

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 084.

Vistos:

Cumplido el trámite propio del recurso extraordinario, entra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a decidir lo que en derecho fuere pertinente.

Hechos:

El día 16 de julio de 1990 se tuvo conocimiento en la base militar de la Fuerza Aérea de Tres Esquinas (Caquetá), por actividades de inteligencia, que días antes los Suboficiales HECTOR RINCON SALCEDO Y PEDRO ELIAS DURAN ECHEVERRY pertenecientes a la base de esa fuerza en la población de Solano, habían aceptado dinero del dueño de un cargamento de varias libras de alcaloide (cocaína) que transportaba un navío hasta la Boca del Río Orteguaza, por lo cual no decomisaron la sustancia y no procedieron a informar a las autoridades respectivas del hallazgo, dejando en libertad a los responsables.

Actuación procesal:

El Juzgado 132 de Instrucción Penal Militar, conocido los hechos, inició la respectiva investigación penal en auto de fecha 16 de julio de 1990.

Practicadas las diligencias sumarias que se consideraron pertinentes y cerrada la investigación, entró el expediente al despacho del Juzgado de primera instancia quien por Resolución del 9 de noviembre de 1990, convocó a Consejo de Guerra sin intervención de vocales, para juzgar la conducta de los Suboficiales.

Celebrado el Consejo de Guerra fue dictada la sentencia de primera instancia, la cual fue declarada nula por el Tribunal Superior Militar, al desatar el recurso de apelación, al estimar que los cargos formulados en la resolución de convocatoria carecían de motivación, cercenando el derecho de defensa de los acusados.

Convocado el nuevo Consejo de Guerra y proferido el fallo de instancia, el Tribunal Superior Militar al conocer del proceso en virtud del recurso de apelación, concluyó, nuevamente, en la declaratoria de la nulidad por considerar, esta vez, que en la etapa del juzgamiento se habían predeterminado las notificaciores a los procesados, conllevando a un flagrante atentado al derecho de defensa de los Suboficiales.

Después de las anteriores contingencias, fue celebrado, por tercera vez, el Consejo Guerra y proferida la sentencia de primera instancia,

se condenó a los Suboficiales HECTOR JULIO RINCON SALCEDO Y PEDRO ELIAS DURAN ECHEVERRY a la pena de prisión de 15 meses y a las accesorias de rigor, la cual fue confirmada parcialmente por el *ad quem* al haberles revocado el subrogado de la Condena de Ejecución Condicional, con fallo que lleva fecha del 28 de septiembre de 1992, y contra esta decisión el apoderado de los condenados interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

La demanda de casación:

El demandante en casación formula cuatro cargos contra el fallo de instancia, los tres primeros con base en las causales primera y tercera que contempla el artículo 442 del Código Penal Militar y el último, a manera de petición subsidiaria, conforme a lo "normado por el inciso final, art. 225, numeral 4o. del Código de Procedimiento Penal", los cuales se pueden sintetizar así:

Cargo primero:

Considera el recurrente que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar incurrió en errores de hecho en la apreciación probatoria, al existir contradicciones en el análisis probatorio del testimonio de LUIS SILVANO MENDEZ, pues en su primera declaración éste fue incoherente y sin embargo le fue otorgado "plena credibilidad en cuanto a la concreción del cargo". Posteriormente, ya en el Consejo Guerra el deponente "niega enfáticamente, los cargos formulados contra los implicados, para luego, resaltar la inocencia de los sentenciados", en cuanto a los hechos de aceptar que era la primera vez que había observado a los procesados y por ello, no podía estar seguro que éstos fueran los autores del ilícito, más aún, cuando vestían los mismos uniformes propios de esa fuerza, haciéndolos parecidos unos a otros; así como también el haber informado que los nombres y las características morfológicas de los Suboficiales le fueron suministrados por el "TE. KREKLOW", con el fin de que declarara contra los procesados, a cambio de dinero, ropa vieja, mercado, etc.

Igualmente, el declaramente en su segunda versión negó que el Cabo Durán le hubiera entregado algún dinero.

Las dudas del testigo en torno a la posible autoría de los inculpados en el hecho punible de cohecho, no sólo afloran en la segunda versión rendida ante el Consejo Guerra, sino que en la diligencia de confrontación visible a folio 94, Luis Silvano Méndez sostuvo en cuanto al Cabo Durán" que lo había conocido hace pocos días y con antelación no había conversado con él".

Por lo anterior, considera el recurrente que el Tribunal incurrió en una "ambivalencia de tachar al testigo de impreciso en su declaración y después tenerlo como valorable en la concreción del cargo", falencia que incidió en el fallo de instancia, porque ninguno de los "acusados fueron las personas autores del ilícito y aún más, que no se probó, nítidamente, la figura del cohecho propio con otas pruebas de igual valor, como era el hecho de haber probado la promesa remuneratoria o el dinero para sí o un tercero".

Cargo segundo: Afirma el libelista que el sentenciador de segunda instancia incurrió en un error de derecho en la apreciación de las pruebas que conllevó al conculcamiento de varias normas probatorias "rituales", pues el Cabo Rincón le hizo una narración sucinta de lo sucedido ese día a los oficiales Gustavo Plazas Jiménez y Nelson Oswaldo Mossos Chávez, los cuales al rendir testimonio ante el instructor manifestaron lo que aquél les había contado, es decir su participación en el hecho, lo que ameritó que fueran tenidas en cuenta por el sentenciador para hacerles el juicio de responsabilidad a los procesados, no obstante que esa "confesión" es inexistente de acuerdo a las exigencias legales para su estimación probatoria conforme al artículo 296 del Código de Procedimiento Penal.

Lo mismo acaeció con la diligencia de reconocimiento en fila de personas, al no practicarse conforme a lo estatuído en los artículos 367 y 368 del Código Procesal, haciéndola inexistente, pues se utilizó el sistema "del ocultamiento de los testigos dentro de un sitio en el cual no pudieran ser observados por el personal formado" y sin embargo, "sirvieron de base para que el Tribunal Militar, las aceptara a través de los oficiales que la practicaron, sin el mínimo de garantías legales, al menos, mediante auto previo ordenada por el Juez competente y en presencia de su defensor".

Finaliza el cargo, afirmando que el Tribunal al conferirle valor a los testimonios de los oficiales referenciados y a la diligencia de reconocimiento, incurrió en un error de derecho, toda vez que tuvo en cuenta pruebas que se produjeron sin la observancia de las formalidades legales para su validez.

Cargo tercero:

Con base en la causal tercera de casación acusa la sentencia de segunda instancia de haberse proferido en juicio viciado de nulidad "Legal y Supralegal" con violación de los artículos 29 y 221 de la Constitución Nacional y 14 del Código Penal Militar, toda vez que los falladores de instancia son incompetentes para juzgar a los Suboficiales porque los hechos materia de investigación no guardan relación con el servicio que prestaban éstos en la guarnición militar.

En efecto, con base en los medios de convicción allegados a la investigación se estableció que los procesados para el día 5 de mayo de 1990, les estaba asignado las siguientes funciones: para el Cabo Durán Suboficial de Servicio y el Cabo Rincón como Subofiial de Reacción los cuales tenían labores específicas, "pero dentro de ninguna de ellas, se encontraba, la de salir en persecución de una embarcación que había eludido el control militar, y menos, con indicios de cargamento ilegal; en este orden de ideas, dicho militar, obró a MOTU-PROPIO y por causas perfectamente *AJENAS AL SERVICIO*, porque dicha función específica debía realizarla el *SUBOFICIAL DE PUERTO* de turno".

Concluye el recurrente que el proceso se encuentra "viciado de una nulidad de carácter legal y otra constitucional por Incompetencia de Jurisdicción".

Cargo cuarto:

A manera de cargo único y como petición subsidiaria, ataca el numeral 2o. de la parte resolutiva de la sentencia de segunda instancia, con base "en el inciso final del artículo 225 numeral 4o. del Código de Procedimiento Penal", por cuanto el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpueto contra la sentencia, revocó el beneficio de la condena

de ejecución condicional que les había reconocido el *a quo* al estimar que los procesados no tenían derecho a él.

Después de fijar algunos criterios en torno a los fines de la pena, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida al haberse demostrado los cargos contenidos en el libelo.

Opinión del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Conforme al principio de prioridad que rige en este recurso extraordinario el agente del Ministerio Público inicia el concepto con el cargo tercero –nulidad– formulado por el censor contra la sentencia de segunda instancia.

Destaca que el ataque a la sentencia no está llamado a prosperar porque la justicia castrense es la competente para el juzgamiento de los dos Suboficiales por los hechos bajo estudio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 y 15 del Código Penal Militar.

En efecto, el artículo 14 del precitado estatuto señala que el ámbito de aplicación de la ley penal militar es para los militares en servicio activo, "cuando cometan *hecho punible militar*; o cuando comenta (*sic*) *hecho punible común relacionado con el mismo servicio*".

Por su parte el artículo 15 de la misma obra considera como delitos militares "los descritos en este Código, revistiendo, en consecuencia, esta connotación el hecho punible por el cual han sido juzgados los procesados, dado que la conducta ilícita deducida en su contra en el curso del procesamiento, es la descrita en el art. 199 del Código de Justicia Penal Militar bajo la denominación de cohecho propio, y sobre lo cual el demandante no ha presentado ninguna objeción".

Estima que el recurrente no puede cuestionar la falta de competencia de la Justicia Penal Militar "porque al aceptar la entidad militar de la imputación criminosa, de hecho está aceptando el desempeño de la función castrense, connatural al hecho punible militar", equivocando la vía del ataque, pues la debió dirigir por la vía de la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación

del art. 199 del C.P.M. y "sobre lo cual, insistimos, el libelista no presenta ningún reparo".

Apoya su concepto en una decisión de la Sala del 7 de julio de 1993 para afirmar que la actividad ilícita desplegada por los acusados, "sin sombra de duda se encontraba relacionada más que circunstancialmente, con el quehacer de la Fuerza Pública y de ahí que resulte acertado su encuadramiento dentro del art. 199 del C.P.M.".

Por tal motivo solicita no casar la sentencia.

En cuanto al cargo primero, sostiene que el libelo no fue confeccionado con base en la técnica que rige en este extraordinario recurso, al no señalar la modalidad del error que le cuestiona al sentenciador y predicar sobre una misma prueba los diferentes falsos juicios que genera el error de hecho.

"A su vez, resulta igualmente desacertado plantear al mismo tiempo y sobre los mismos medios, errores de hecho y de derecho que fundados en falsos juicios de legalidad y de convicción, también nacen de la estimación probatoria".

Ante los evidentes errores de técnica, le impide penetrar en el fondo del asunto y solicita a la Corte no casar el fallo.

Para el agente del Ministerio Público el cargo segundo que propone el libelista contra la sentencia por error de derecho originados en falsos juicios de convicción también está llamado al fracaso, porque técnicamente "desacertado resulta..., pretender enervar el valor que otorgó el sentenciador, fundado en la crítica racional, a los testimonios de los Oficiales aludidos por el casacionista", pues la sentencia viene precedida de la doble presunción de acierto y verdad, "y por cuanto la controversia probatoria propia de las instancias, ha de quedar agotada con éstas", siendo por ello improcedente la censura.

Y en el último cargo formulado por el demandante demuestra un absoluto desconocimiento de las reglas de la casación, habida cuenta que sin señalar causal, sentido y motivo de la ley sustancial que demanda,

"procede el actor a impugnar en este reparo la revocatoria del beneficio de la condena de ejecución condicional, que efectuó el *ad-quem*, al revisar en apelación la sentencia de primer grado".

Sin embargo, el fallo debe casarse al no darle cumplimiento el Tribunal al mandato constitucional del art. 31 al "*agravar* la pena impuesta a los condenados, parte apelante única, mediante la revocatoria del subrogado penal de la condena de ejecución condicional que les había sido concedido por el fallador de primer grado".

Consideraciones de la Sala:

Como bien lo tiene dicho la jurisprudencia el análiis de los cargos debe empezarse, de acuerdo con la lógica que rige el recurso extraordinario de casación, y dados los efectos que su declaratoria acarrearía al proceso, con el de nulidad, así éste no hubiera sido planteado inicialmente.

Cargo tercero:

Para el recurrente la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por cuanto la justicia penal militar no era la competente para conocer y juzgar a los Suboficiales, pues la conducta desplegada por éstos no tenía relación con el servicio, porque tanto el Cabo Durán como Rincón, las funciones a cumplir ese día –5 de mayo de 1990– eran la de ser Suboficial de servicio para el primero y de reacción para el segundo. Por tanto, las funciones eran específicas y entre las cuales, no estaba la de salir en persecución de cualquier embarcación que hubiere eludido el control militar y menos, con indicios de transportar alcaloides, lo que lo lleva a concluir que el actuar de los procesados fue a "MOTU-PROPIO" y por causas ajenas al servicio y sin relación con él.

Razón le asiste al agente del Ministerio Público para predicar que el cargo formulado por la causal tercera de casación contra la sentencia de segunda instancia debe rechazarse, por cuanto la Justicia Penal Militar era la competente para conocer y juzgar a los Suboficiales, pues los hechos que se le imputan tienen relación con el servicio que desempeñaban éstos en la Base Aérea de Tres Esquina (Caquetá).

En efecto, el artículo 221 de la Constitución Nacional establece que la Justicia Castrense conocerá de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o con relación a él, conforme a las prescripciones del Código Penal Militar.

El constituyente quiso así y de manera excepcional, que por la naturaleza, características de la función y la disciplina propia de la Fuerza Pública que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictivas de sus miembros, fuera por una justicia especializada.

Por su parte, el artículo 14 del precitado estatuto represor estatuye que la normatividad contenida en él se aplicará a "los militares en servicio activo que cometen hecho punible militarr o común relacionado con el mismo servicio...".

Claro resulta que el ámbito de aplicación de la ley penal militar establece dos circunstancias, cuando el militar en servicio activo cometa hecho punible militar o cuando el ilícito sea común y esté relacionado con el mismo servicio.

Ahora bien, la Corte en pacífica interpretación del canon constitucional con las normas legales, señaló tres eventos en los cuales el Código Penal Militar es de forzosa aplicación, la cual fue citada por el Procurador Delegado y que hoy es reiterada, de la siguiente manera:

> "a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al estamento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento, como por ejemplo, toda la amplia gama de delitos contra la disciplina (art. 97 y ss. del D. 2550/80), contra el servicio (art. 108 y ss.), de la libertad indebida de prisioneros de guerra (arts. 120 y ss.), contra los intereses de las fuerzas armadas (art. 122), contra el honor (art. 123 y ss.), contra la seguridad de las fuerzas armadas (art. 142 ss.), etc., infracciones que, por sí, llevan ínsitas el ejercicio de esa especializada actividad castrense;
>
> "b) definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del Código Penal común,

incorporadas al estatuto penal militar, usualmente con los rasgos típicos y pena que aquella codificación señala, *pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente, con el quehacer de la fuerza pública* para mercer la aplicación de este fuero, adicionándose, innecesariamente, en algunos casos la expresión "con ocasión del servicio", como en el homicidio, arts. 259 y ss., las lesiones personales, arts. 266 y ss., hurto, art. 278 y ss., etc. etc., o dejando por fuera tal connotación, como en los delitos de fraude procesal, art. 236, falsedad en documentos, art. 242 y ss., daño, art. 283 y ss.; y

"c) finalmente, delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero si están previstos en otros dispositivos legales, v.gr., el Código Penal, como serían los delitos contra la salubridad pública (arts. 203 y ss.), contra el sufragio (arts. 248 y ss.), contra la familia (arts. 259 y ss.), contra la libertad y pudor sexuales (art. 298 y ss.), etc. etc., en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento y sanción" (casación del 7 de julio de 1993, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

La misión principal que debía desempeñar el puesto militar de Solano para el día de los acontecimientos, era la de "Mantener y establecer el Orden Público en el área de la jurisdicción territorial asignada, controlar el tránsito de químicos y otros elementos que sirvan para la elaboración de estupefacientes" y dentro de las capacidades, entre otras, la de "a. Conducir operaciones de tipo regular para combatir, neutralizar y/o destruir guerrillas, organizaciones narcoguerrilleras o de narcotráfico" (fl. 412).

Con base en lo anterior le fue designado a cada miembro de la guarnición militar diferentes ocupaciones, es así, que a los Suboficiales sentenciados para el día 5 de mayo de 1990 debían prestar las siguientes funciones: el Cabo Pedro Durán como Suboficial de servicios y Héctor Rincón Suboficial de reacción, las cuales debían cumplir y estar disponibles las 24 horas conforme a la orden vigente para ese día (fl. 400).

Entonces, los Suboficiales al momento de aceptar el dinero del propietario del cargamento incurrieron en el delito de cohecho que contempla el Código Penal Militar en su artículo 199, al omitir un acto propio de sus funciones como eran las de incautar la droga, dar aviso a las autoridades judiciales respectivas y colocar a disposición de éstos a los posibles infractores del Estatuto Nacional de Estupefacientes, conforme a la misión principal que debían cumplir ese día en el Puesto Milita de Solano de la Fuerza Aérea.

Por lo anterior, no le asiste razón al casacionista cuando afirma que la conducta ilícita desarrollada por los procesados era ajena al servicio, habida cuenta de que esa actividad era específica del Suboficial de turno conforme a las funciones acreditadas a la investigación, desconociendo así el censor la labor principal que desarrollaba la Base de Tres Esquinas de la Fuerza Aérea y en la que los acusados formaban parte de ella, siendo entre otras la lucha contra el narcotráfico que azotaba en ese entonces la región. Precisamente, sus comportamientos fue el de interceptar la embarcación que había eludido el control en el puerto, y proceder a su requisa en la que hallaron la sustancia sicotrópica.

Así las cosas, en el caso bajo estudio no puede negarse que el delito de cohecho por el cual se juzgó y condenó a los Suboficiales, además de estar tipificado en el Código Penal y en el Estatuto Penal Militar, la competencia recaía en la Justicia Castrense por estar relacionada, la conducta, con las funciones que debían cumplir ese día en la Base Militar de la población de Solano.

La Sala no puede pasar por alto la afirmación del Procurador Delegado en el sentido de que el libelista equivocó la vía para atacar la sentencia al formularla por la causal tercera, pues en su criterio debió hacerlo por la primera, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 199 del Código Penal Militar, por cuanto no cuestionó el comportamiento típico "señalado en el Código Castrense...", lo que lo lleva a deducir que el recurrente acepta la "entidad militar de la imputación criminosa" y "sobre lo cual, insistimos, el libelista no presenta ningún reparo".

Es indiscutible que el reparo que presenta el censor contra la sentencia de segunda instancia es por la causal tercera de casación, vía adecuada

para solicitar la infirmación del fallo por la falta de competencia del funcionario judicial y no como lo afirma el agente del Ministerio Público, pues lo que alega es una nulidad por violación al debido proceso donde explicó las razones de ella y del porqué la falta de competencia tiene prevista como sanción legal la nulidad, por ello, es fácil deducir que el demandante repudia la norma aplicada del cohecho que contempla el Estatuto Penal Militar, aceptando los hechos pero no el Tribunal especializado que los juzgó.

En las condiciones anteriores el cargo fue correctamente presentado, al amparo de la causal tercera, pero como ya se dijo, no debe prosperar porque es claro que el delito motivo de juzgamiento fue realizado por militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En consecuencia, la censura no prospera.

Cargo primero:

Funda esta censura por la causal primera de casación violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea de la prueba, al haberse contradicho el sentenciador en análisis del testimonio de Luis Silvano Méndez, pues no obstante a sus incoherencias le dió plena credibilidad al declarante "en cuanto a la concreción del cargo".

Tal como lo manifiesta el Procurador Segundo Delegado, el cargo que presenta el casacionista contra la sentencia no fue confeccionado con la técnica que impera en esta sede especial, al entremezclar los diferentes errores –hecho y de derecho– y los falsos juicios que los generan, pues en principio, el cargo lo enrumba por los caminos del error de derecho al haberse contradicho el sentenciador en el "análisis probatorio" del testimonio de Luis Silvano Méndez "en cuanto a su valoración" –falso juicio de convicción–, y posteriormente sobre el mismo testimonio dice que el Tribunal desconoció la versión inicial rendida por éste ante el instructor –falso juicio de existencia– y dio por probado un hecho que no se encuentra debidamente acreditado, dándole así un sentido contrario al de su propio contenido –falso juicio de identidad–, para concluir que los Suboficiales no fueron los autores del ilícito por el cual se le juzgó y condenó.

Múltiples han sido las decisiones de la Sala en cuanto a la improcedencia de alegar sobre un mismo medio de prueba errores de hecho y de derecho, pues además de atentar contra la lógica, la Corte, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a resolver la disyuntiva que no pudo descifrar el recurrente, por ejemplo en decisión del 24 de enero de 1990, se dijo:

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

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

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

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

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

"De la naturaleza, alcance y sentido de esta clase de errores, surge la imposibilidad de invocarlos simultáneamente en relación

con la misma prueba, pues no son coincidentes, ya que el de hecho se refiere a la pretermisión de una prueba que no aparece en el proceso, o a su ostensible desfiguración, y en el de derecho se parte de la existencia de la prueba pero se critica el hecho de que el juzgador le niegue el valor que la ley le asigna o le reconozca el valor de prueba a una que carece de relevancia jurídica o que penetró al proceso sin el lleno de las exigencias legales".

Realmente lo que pretende el recurrente es restarle valor probatorio a la estimación que de las pruebas hizo el Tribunal, en especial la segunda versión que rindió Luis Silvano Méndez y en la cual se retracta de los cargos que les había formulado a los procesados en la primera, declaración que para el fallador no le mereció la mayor credibilidad por varias circunstancias, entre ellas, el paso del tiempo y las condiciones socio culturales del deponente, olvidando así el censor, que el testimonio como los demás medios de prueba, no están sometidos a tarifa legal por lo que la estimación debe hacerse dentro de los parámetros de la sana crítica, no sin tener en cuenta que la decisión del *ad quem* viene precedida de la doble presunción de acierto y verdad, todo lo cual se traduce en un simple antagonismo de criterios que a nada conduce, resultando estéril la censura por aquello de la prevalencia de las apreciaciones del fallador.

En las condiciones precedentemente analizadas se rechaza el cargo, estando en ello de acuerdo con el agente del Ministerio Público.

Cargo segundo:

También lo hace por la causal primera de casación violación indirecta de la ley sustancial, al haber incurrido el fallador en un error de derecho en la apreciación de las pruebas porque le dio "un alcance que la ley le niega o le niega el que la ley le reconoce", vulnerando normas "probatorias rituales".

El fallador con base en los testimonios de los Oficiales Gustavo Plazas Jiménez y Nelson Oswaldo Mossos Chávez sostiene que uno de los procesados –Cabo Rincón– les narró lo acontecido y de ello dedujo una

confesión, "sin la observancia de los requisitos legales para su producción".

Así mismo, critica la diligencia de reconocimiento en fila de personas que le fue practicada a los procesados por cuanto se pretermitieron las garantías procesales y sin embargo, "el Juzgador les dio un valor probatorio diferente del que la ley establecía", al ser tenida en cuenta para formularle el juicio de responsabilidad a los procesados, no obstante de ser inexistente conforme a nuestra legislación procesal.

No es cierto como lo afirma el censor que la narración de los hechos que hizo uno de los procesados a los oficiales, Mayor Gustavo Plazas Jiménez y Capitán Nelson Oswaldo Mossos haya sido tenida por el sentenciador de instancia como confesión y que por tanto, es inexistente al haberse predetermitido las formalidades legales, conforme al artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, pues es claro que las declaraciones rendidas por precitados uniformados, a quienes se les dio planea credibilidad, fueron tenidas por el Tribunal como testimonios, que aunado a otros elementos de juicio, los llevó a estructurar inferencias lógicas, en grado de certeza, en torno a la responsabilidad de los suboficiales.

Lo mismo sucedió con el presunto reconocimiento ilegal practicado a los procesados que no existe en el proceso como prueba autónoma, habida cuenta que la identificación de los autores del delito, fue realizada por el Teniente Kreklow quien estaba al mando de las labores de inteligencia de la base aérea de Tres Esquinas, y que una vez ubicados los ofendidos por la conducta ilícita de los suboficiales, procedió a formar la Escuadra que estaba a su mando para que éstos procedieran a señalar a los infractores; y posteriormente dar el respectivo aviso al Juzgado 132 de Instrucción Penal Militar quien de inmediato inició la investigación contra los suboficiales.

Entonces, el presunto reconocimiento no existe en el proceso bajo examen, simplemente se trata de una narración sucinta de los hechos de uno de los testigos, quien precisamente era el encargado de adelantar las operaciones de inteligencia en la guarnición militar.

Para que no quede la menor duda de lo afirmado, la Corte se permitirá transcribir apartes de la sentencia:

> "Ahora bien, cómo podrían desconocerse los testimonios que rindieron los Oficiales PLAZAS JIMENEZ Y MOSSO CHAVEZ, ante quienes el Cabo Rincón hizo narración de lo sucedido?
>
> "En el proceso no solamente obra esa prueba testimonial INCONTROVERTIBLE sino un encadenamiento indiciario que coloca en responsabilidad del hecho a los suboficiales sentenciados, existen señalamientos sobre la movilización de los Cabos en bote AMARILLO; el Suboficial GAVIRIA SANCHEZ, observó cuando salieron a interceptar el bote, en que se movilizan los MENDEZ, para regresar manifestando no haberlo podido lograr;
>
> "Ahora bien, como la crítica recae, principalmente y para fundamentar su alegación el Abogado VICENTE MELO PALOMINO, en un señalamiento fotográfico de donde surge el reconocimiento, como producto de actividad que desplegara el Teniente KREKLOW, bien podemos afirmar, frente a la prueba que demuestra, suficientemente la responsabilidad que gravita contra lo procesados, que no se trata simplemente de ese reconocimiento fotográfico, pues las circunstancias específicas que apuntan hacia el comportamiento de RINCON Y DURAN, permiten concluir que ciertamente ese fue su comportamiento".

Ante la falta de razón, el cargo no prospera.

Cargo cuarto:

A manera de alegato de insistencia, el recurrente presenta el cargo con base en el inciso final del numeral 4o. del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el Tribunal Superior Militar al desatar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, revocó el beneficio de la condena de ejecución condicional que les había sido

otorgado a los procesados por el fallador de primera instancia de la Base Aérea de Tres Esquinas.

Tal como lo anota el representante del Ministerio Público, la falta de técnica es aún más patética en este ataque contra la sentencia de segunda instancia, demostrando el censor un claro desconocimiento, tanto de los principios como de las ritualidades de la casación, al no hacer el más mínimo esfuerzo en apoyar la censura con base en las causales que de manera taxativa estipuló el legislador y que ello, de por sí, hace de la impugnación el carácter de extraordinaria, y por tanto, limita a la Corte para corregir o complementar las deficiencias técnicas que presente el libelo por cuanto su alegación no es libre, sino que debe ser confeccionada conforme a la más estricta técnica jurídica.

Es así, que el recurrente confunde el inciso final del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, cuando presenta la censura con su apoyo y sin base en las causales de casación, al parecer, entendió, que la posibilidad de presentar cargos excluyentes en la nueva legislación procesal daba patente de corso para pretermitir las formalidades legales del recurso extraordinario de Casación.

Empero, obviando las anteriores fallas técnicas, tampoco le asiste razón al Ministerio Público y al recurrente, pues reiteradamente ha sostenido esta Sala que cuando los fallos de instancia opera el grado jurisdiccional de la consulta, el juzgador puede revisar en su integridad el fallo recurrido, pudiendo agravar la situación del procesado, así éste fuere el único apelante.

En efecto, el artículo 434 del Código Penal Militar establece que la consulta procede, entre otras providencias, contra las sentencias de primera instancia, es decir,que así no fuere interpuesto ningún recurso, el Tribunal Penal Militar conocerá de la actuación y podrá revisarla en su integridad y con ello, agravar la pena impuesta o revocar el beneficio de la Condena de Ejecución Condicional si fuere del caso.

Así las cosas, el Tribunal Superior Militar al revisar la sentencia de primera instancia que por vía de apelación conoció, estaba facultado legalmente para revocar el beneficio de la condena de ejecución

condicional que le fue otorgada a los procesados por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

Que la pena prometida para este logro (terminación anticipada del proceso) no fuera la más adecuada, punto en el cual más de un funcionario tendría que convenir, ello no implica por sí la necesidad de desconocer el acuerdo de las partes, fuera de tenerse que recordar que este consenso siempre implica una concesión de notable rebajas de pena, pues no es imaginable que la concertación se haga para sufrir la totalidad de la pena que correspondería de no darse esta especial circunstancia y que sólo se tendría derecho a la diminuente propia del instituto. En su aplicación inevitablemente deben ofrecerse una serie de opciones, entre ellas, la de admitir no la justificante pura y plena, sino su forma excedida, lo que de por sí ya atenúa bastante la pena.

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

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 83 de julio 28 de 1994.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de treinta de julio del año próximo pasado, impuso a ANTONIO FRANCISCO GUERRERO, como pena privativa de la libertad, dieciséis (16) meses, veinte (20) días de prisión, concediéndole, además, el beneficio de la ejecución condicional de la condena.

En tiempo se interpuso la casación y otro tanto sucedió con la demanda, la cual fue declarada ajustada a las formalidades de la ley, en auto de treinta de noviembre del ya citado año.

Hechos:

El 17 de agosto de 1992, horas de la tarde, GUERRERO esperaba el arreglo de un vehículo de su propiedad, cuando se acercó al lugar su

antiguo amigo Braulio Riobamba Narváez, quien le solicitó le transportara en él, obteniendo respuesta afirmativa, pero antes acordaron tomarse unas copas. Estas no fueron pocas y sí prolongadas, pues terminó en avanzada embriaguez, tanto que la invitación de GUERRERO, para que Riobamba le acompañara a su casa, se cumplió pero ayudando aquél a éste en esa traslación. En casa del procesado continuó la abundante ingesta de alcohol hasta que todo culminó en tragedia, pues GUERRERO hirió de una mortal puñalada a su compañero de farra. Esto aconteció hacia las tres de la mañana del día 18, en el Corregimiento "El Encano", municipio de Pasto.

La única persona que se encontraba allí, por fuera de los protagonistas mencionados, lo era la cónyuge del procesado, quien dice no haberse enterado de nada. En todo caso, el procesado confesó el hecho, alegando una defensa legítima y obtuvo, por terminación anticipada, que se reconociera la justificante en su forma excedida. Esto lo declaró así el Tribunal, al apelarse la negativa dada a este acuerdo por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto.

Tramitación:

Un más detallado recuento del desarrollo procedimiental, lo anota del siguiente modo el Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

> "Con base en las diligencias practicadas por la Corregidora Municipal de El Encano (Nar.), la Unidad Especializada No. Uno, Fiscalía Décima de Pasto, dispuso iniciar formal instrucción a la cual vinculado mediante indagatoria, *Antonio Francisco Guerrero*, contra quien ese despacho profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de Homicidio cometido en exceso de la legítima defensa, concediéndole el beneficio de la libertad provisional.
>
> "Sentada el acta de preacuerdo celebrado entre la Fiscalía Décima Especializada y el procesado y su defensor, en la que éste aceptó su responsabilidad por el delito de Homicidio que se le imputare, y el Fiscal a su vez ubicó el comportamiento típico en las circunstancias de legítima defensa en su modalidad de excesiva, reconociéndole, en consencia, la diminuente consagrada en el art. 30 del C.P., para establecer una tasación punitiva de veinte (20)

meses y con base en el inciso 3o. del art. 37 del C.P.P., por cogerse a la terminación anticipada del proceso y hallar reunidas sus exigencias, reconocérsele el descuento de una sexta parte, lo que en definitiva arrojó un quantum de dieciséis (16) meses y veinte (20) días, haciéndose además el procesado acreedor del beneficio de la condena de ejecución condicional, términos en los cuales la Fiscalía solicitó fecha para la celebración de la audiencia respectiva, previo envío de las diligencias a los Juzgados Penales del Circuito (reparto), habiendo correspondido al Quinto Penal del Circuito de Pasto, el que una vez avocado su conocimiento señaló fecha para la realización de la audiencia especial de que trata el art. 37 del estatuto procedimental.

"Llevada ésta a efecto el Fiscal Décimo teniendo en cuenta la confesión del inculpado, como aceptación de su responsabilidad en el delito de Homicidio investigado y por no hallarla desvirtuada por otros medios, dispuso formular el cargo, en la forma como se discernió en el preacuerdo y con base en la dosificación de la pena allí determinada propuso, entonces, el arreglo que al respecto se llevara a cabo previamente, a consideración del juez quien una vez efectuadas las imposiciones de ley, inquirió al acusado acerca de la aceptación del cargo, de acuerdo con lo relacionado en la negociación, habiendo éste manifestado su asentimiento; la Procuradora Judicial 143 en representación del Ministerio Público, discrepando de la Fiscalía en cuanto a la verosimilitud de la confesión del imputado, por hallar prueba indiciaria que la desvirtúa, pone en tela de juicio los términos del preacuerdo, situación planteada también en similar forma por la parte civil, quien además demandó el reconocimiento de la suma de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000), por los perjuicios morales; el defensor del encartado se opuso a los argumentos de la Procuradora Judcial y la parte civil, aduciendo que no existe prueba que infirme la confesión de su representado; y el Fiscal finalmente, estimó conveniente que el juzgado complementara su iniciativa y tasación de pena dentro de un criterio de equilibrio de acuerdo con la evaluación probatoria.

"El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto desintió de la calificación jurídica y punibilidad demandada por la Fiscalía

por considerar, que en el caso sub-examine no se puede hablar de legítima defensa y por ende no tiene cabida el exceso de la misma por lo que la confesión calificada del procesado carece de soporte legal y probatorio, y no encontrado, en consecuencia, el pacto celebrado entre las partes ceñido a la ley, resolvió no aprobarlo para efectos de la terminación anticipada del proceso y de consiguiente dar cumplimiento al último aparte del art. 37 del C.P.P. –entonces vigente–.

"Apelada esta determinación por el defensor del encartado y solicitado por la Procuradora Judicial 143 el reemplazo del Fiscal Décimo para que se proceda al cierre de la investigación, como en su alegato de traslado para la impugnación, se confirmara la decisión recurrida, el Tribunal Superior de Pasto, y considerando que no existe abundante acopio probatorio distinto de la confesión del inculpado, que no hay testigos presenciales, que corresponde, entonces, asignarle el respectivo valor probatorio a dicha confesión y que por ser calificada opera en casos de deficiencia probatoria y situaciones dudosas para la justicia, concluye que no milita en el proceso elemento que infirme la confesión del imputado con relievancia y significación probatoria en diverso sentido, lo que la hace viable y verosímil en la hipótesis y evento precalificado provisionalmente del exceso de legítima defensa, lo que posibilita el acuerdo de terminación anticipada del proceso propuesto por la Fiscalía y el imputado, siguiéndose en consecuencia la revocatoria del auto apelado, y como el acuerdo no fuere aprobado por el juez que dirigía la investigación, se resolvió así mismo su reemplazo. De esta decisión salvó voto el Magistrado Edgar Montenegro Espíndola.

"Remitido el expediente al juzgado que sigue un turno para los efectos del art. 37 del C. de P.P., el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pasto, encontrando la confesión ajustada a los requisitos formales establecidos en el art. 296 del C. de P.P. y luego de examinar los indicios infirmantes que habían sido planteados respecto de su calificación, concluyó acerca de la veracidad de la misma, que debía tenerse por indivisible y por ende, acogida en su integridad; es decir, en cuanto apunta al exceso en la legítima defensa; por lo anterior se dictó sentencia condenatoria contra

Antonio Francisco Guerrero, dando aprobación al acuerdo de las partes, por estimar que existe correspondencia del hecho punible demostrado a través del medio probatorio analizado, y la cantidad de la pena adecuada, en la forma y términos que se expusieron atrás, mediante proveído que data del 21 de mayo/ 93.

"Recurrido el fallo de primera instancia por la Procuradora Judicial No. 143 el Tribunal de Pasto le impartió confirmación integral, en la forma y términos que así mismo se expusieron con antelación".

Demanda:

Se alzó en recurso extraordinario de casación, el Ministerio Público, al caso la Procuraduría 143 en lo Judicial –Asuntos Penales– de Pasto, y, en su escrito de rigor, censura:

El fallo pronunciado por el Tribunal, quebranta "la ley sustantiva por infracción directa al no aplicar los artículos 323, 36, 61 del Código Penal, y aplicación indebida de los artículos 29, numeral 4o., 30 y 61 del Decreto 100 de 1980".

La terminación anticipada no se produjo bajo su disciplinamiento propio, pues más que esto se advierte el capricho del funcionario llamado a evitar desvíos de la institución. A este respecto advierte, de entrada, la incorrección de "la calificación jurídica del delito y la pena imponible".

Y comenta: "GUERRERO invitó a RIOBAMBA NARVAEZ a su casa, lo llevó a rastras, porque éste se había dormido a causa de la embriaguez, eran entonces las ocho de la noche del citado día; BRAULIO RIOBAMBA NARVAEZ, no era entonces el pretendido extraño que había ingresado clandestinamente a la vivienda de ANTONIO FRANCISCO GUERRERO; su presencia no constituía por sí sola amenaza incierta, más cuando RIOBAMBA NARVAEZ estaba perdido por la embriaguez, ANTONIO FRANCISCO GUERRERO no se miró precisado a defender derecho alguno, ni su vida, ni sus bienes, ni su honor o su honra".

Además, no puede tomarse como agresión las palabras de Riobamba ("yo voy a hacer lo que me da la gana") que por nadie fueron escuchadas, lo que por las circunstancias varias (la esposa no las oyó, pese a que debieron pronunciarse en alta voz y la vivienda es de tablas; nada dijo GUERRERO de esto a los vecinos que aparecieron de inmediato) más debe deducirse su inexistencia que su realidad.

Y otro tanto se afirma del pretendido puñetazo que le diera Riobamba a Guerrero, en su rostro, anotándose, también, la ausencia de proporción de la defensa en cuanto a la supuesta agresión.

Sobre esto último recuerda la estatura del occiso (7 centímetros más alto) y la edad (10 años más viejo) y la embriaguez que padecía, así como la omisión de toda solicitud de ayuda (a esposa o vecinos) por parte del sentenciado.

Respuesta de la Delegada y de la Sala:

Con el colaborador del Ministerio Público tiene que coincidirse en cuanto al notorio antitécnisismo que domina la demanda. Sobre el particular la Delegada espiga en abundancia, pero dadas las características de ese escrito, puestas de manifiesto en el resumen pertinente, cree la Corte que no sea necesario entrar en pormenores para despachar adversamente la pretención de la recurrente.

Bastaría, al respecto, señalar que el cargo se formula como violación directa de la ley, lo cual avisa un debate eminentemente jurídico, ajeno a controversias fácticas (éstas deben respetarse en el ámbito que ha fijado el Tribunal), pero se desarrolla íntegramente como violación indirecta, pues la impugnadora suscita un demérito de todo aquello en que creyó el juzgador de la segunda instancia. Tras ese análisis se llega a afirmar que el posible comportamiento de Riobamba, no entrañaba agresión y menos que impusiera una reacción tan grave y desproporcionada. Obvio, entonces, que hay una discrepancia conceptual, concretamente, que el fallador estima parcialmente atendible lo que informara el procesado, ante la falta de terceros testimoniantes o prueba indiciaria significativa, y la memorialista desatiende toda esa valoración y establece una serie de apreciaciones muy personales para hallar una prueba indirecta. Sobra decir

que, así la formulación del cargo hubiera corregido tan fatal desacierto, tampoco tendría perspectiva de éxito, ya que se trataría de un falso juicio de convicción que, por la libertad de apreciación de que goza el juez o magistrado para evaluarla, siendo ajena a toda determinación anticipada de valor, y respetando aspectos fundamentales de sana crítica, la cuestión quedaría en una oposición de criterios, nivel en el cual resulta imprescindible el predominio del justiprecio señalado por el Tribunal, por la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo emitido.

Reseñando, muy de paso, otras glosas de la Delegada, se recuerda el pensamiento de ésta, así: se alegó simultáneamente falta de aplicación y aplicación indebida, incompatibilidad que se evidencia al destacar "que no se puede reclamar la equivocada selección de una norma, que previamente se supone no haberse tenido en cuenta"; se pide la retracción del proceso, a la etapa del sumario, por obra del recurso planteado, lo cual en nada se aviene con la índole de la causal invocada que impone la emisión de un fallo de reemplazo; el juzgador no fue ajeno a las apariencias y dificultades probatorias y de ahí que anotara:

> "Surgen ciertas circunstancias que, al parecer, tienen, el carácter de indicios infirmantes de la desgravación de la confesión, pero ya en el campo jurídico no tienen tal entidad, puesto que el hecho indicador no se puede probar o mejor no puede afirmarse que están probados, porque son imprecisos o susceptibles de ser simples sospechas, que aparecen como producto de hipótesis, desde luego, ajenos al raciocinio y porque, además, son carentes del vínculo con las reglas de la experiencia para llegar a una conclusión cierta".

No está por demás anotar que en circunstancias tan insulares, en cuanto a medios probatorios, pues la parte fundamental corría a cargo de las informaciones suministradas por el propio procesado, y pudiéndose dar más de una explicación a cada uno de los aspectos que la recurrente escruta como factores indiciarios de responsabilidad, no resulta del todo improcedente propiciar, como en autos se logró, una terminación anticipada del proceso. Ahora bien, que la pena prometida para este logro no fuera la más adecuada, punto en el cual más de un funcionario tendría

que convenir, ello no implica por sí la necesidad de desconocer el acuerdo de las partes, fuera de tenerse que recordar que este consenso siempre implica una concesión de notable rebajas de pena, pues no es imaginable que la concertación se haga para sufrir la totalidad de la pena que correspondería de no darse esta especial circunstancia y que sólo se tendría derecho a la diminuente propia del instituto. En su aplicación inevitablemente deben ofrecerse una serie de opciones, entre ellas, como en el caso analizado, la de admitir no la justificante pura y plena, sino su forma excedida, lo que de por sí ya atenuaba bastante la pena, pero que la Fiscalía y luego el Tribunal, estimaron conducente llevarla al máximo de las disminuciones permitidas, sin entrar en ello la posibilidad de intensificar un poco ese mínimo de pena, con base en factores generales de punición, que bien pudieron conformarse a este fin y ser presentados como natural eventualidad, lo cual habría establecido el acuerdo en condiciones un poco distintas. Pero esto no implica afirmar, como lo hizo el Tribunal, su aceptable legalidad y procedencia, menos cuando la demanda no resulta idónea.

El cargo se desestima.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su origen, fecha y alcance.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, no firma; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD / IRA E INTENSO DOLOR.

La invocación del quebrantamiento directo de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los evaluó y valoró el fallador; en cambio, la violación indirecta permite discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados.

Si la inconformidad consiste en no haberse adelantado una investigación integral e imparcial de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, el actor tenía a su disposición la vía de la nulidad (causal tercera) para dirigir el ataque y demostrar que las señaladas fallas de la investigación socavaron las bases fundamentales del proceso, en desmedro del derecho a la defensa de su representado.

2. La ira e intenso dolor que mueve a los seres humanos a causarle daño a sus semejantes nace por una causa cierta que obnubila el ánimo, pervierte los sentidos, obsesiona a quien los sufre, impulsándolo tan sólo a descargar su furia en el objeto de su desazón. Jamás un dato incierto puede causar estas reacciones.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 83 de julio 28 de 1994.

Vistos:

Decide la CORTE sobre el recurso de casación interpuesto por el procesado Jhon Arley Urrea Giraldo y sustentado por su defensor contra

la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria de la dictada por el Juzgado 32 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante lo cual lo halló responsable de un delito de homicidio en la persona de Oscar Iván Alvarez Agudelo, condenándolo a purgar la pena principal de once (11) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, así como a pagar la suma equivalente a doscientos cincuenta (250) gramos oro por concepto de los daños y perjuicios ocasionados con el punible, sin derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

En los siguientes términos los dejó reseñados con propiedad el Tribunal:

> "Omar Iván Alvarez Agudelo (occiso) y Jhon Arley Urrea Giraldo (sindicado), eran amigos de vieja data y habitaban en el barrio Doce de Octubre del perímetro urbano de esta ciudad. Por asuntos que no se logró establecer en forma clara y precisa dentro de la investigación, entre ellos surgió agria amistad, pues Urrea Giraldo alimentaba la idea que Omar Iván habia tenido alguna participación en las circunstancias como pereció un hermano suyo en forma violenta, de nombre Wilmer, sucedida por el mes de octubre de mil novecientos noventa y uno. La familia de Jhon Arley decidió cambiarse de residencia y fue así como se instalaron en el barrio Belén de esta municipalidad. Sin embargo, Urrea continuó visitando frecuentemente el sector primeramente mencionado.
>
> Siendo las ocho y media de la noche aproximadamente del día ocho de junio de mil novecientos noventa y dos, las personas arriba señaladas se toparon en el establecimiento de billares ubicado en la calle 104A con carrera 81, parte baja del barrio Doce de Octubre. Jhon Arley blandió un arma de fuego (revólver) que llevaba consigo y la accionó en forma reiterada contra la humanidad de Omar Iván. Sintiéndose mortalmente herido Alvarez Agudelo, salió raudamente en busca de atención médica,

logrando llegar hasta un centro de salud cercano, pero allí fue enviado en forma inmediata, dada la gravedad de las lesiones que ostentaba, a la Policlínica Municipal, donde llegó sin vida. Mientras tanto, el agresor emprendía las de villadiego, siendo capturado el tres de agosto del mismo año y puesto a disposición de la autoridad correspondiente para la investigación de rigor".

Sinopsis procesal:

La Delegada, con propiedad, hizo la síntesis de rigor en los siguientes términos:

La Unidad Dos Especializada de Vida de la Fiscalía General de la Nación por auto del 4 de agosto de 1992 declaró abierta la instrucción y le recibió indagatoria a ARLEY URREA GIRALDO. mediante proveído del 11 de agosto del mismo año profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del indagado.

Cerrada la investigación, la Fiscalía Tercera de la Unidad Dos Especializada de Vida de la Fiscalía General de la Nación de Medellín por providencia del 4 de noviembre de 1992 dictó resolución de acusación en contra del procesado JOHN ARLEY URREA GIRALDO por el delito de homicidio en OMAR IVAN ALVAREZ AGUDELO. En el mismo auto ordenó expedir copias de lo pertinente del sumario a fin de que se investiguen los punibles contra la administración de justicia y contra la seguridad pública en que pudieron incurrir RUTH MARCELA CLAVIJO OSORIO y JOHN ARLEY URREA GIRALDO.

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado 32 Penal del Circuito de Medellín mediante sentencia del 25 de marzo de 1993 condenó a JOHN ARLEY URREA GIRALDO a la pena principal de once (11) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio. Se le impuso al procesado la pena accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años, y se le condenó al pago de daños y perjuicios causados con la infracción. Le fue

negado al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Interpuesto el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por providencia del 17 de mayo de 1993 le impartió confirmación.

Contra la anterior decisión se impetró recurso extraordinario de casación".

La demanda:

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 220 del C. de P.P., el recurrente acusa la sentencia de segundo grado de vulnerar directamente el artículo 60 del Código Penal, así como los artículos 249, 333, 334 del C.P.P. y 29 de la Constitución Nacional.

Luego, con relación a la muerte de Wilmer Urrea, transcribe algunos apartes de los testimonios de *Héctor Fernando Alvarez Agudelo, Carlos Arturo Cardona Hoyos y Laura Patricia Alvarez*, incluyendo un fragmento de la versión indagatoria de su poderdante, deduciendo que "...*Jhon Arley Urrea Giraldo* no actuó sin motivo alguno puesto que nada surge por generación espontánea".

Más adelante advierte que a pesar de la insistencia de la defensa sobre el estado emocional de la ira, ésta "no fue atendida en ninguna de las instancia"; sin embargo, transcribe un extenso aparte del fallo que se ocupó del punto or ser ese, arguye, el "que interesa en este asunto".

Ofrece a continuación las "RAZONES QUE LE ASISTEN" para demandar el fallo. Y, en tal orden de cosas, afirma: Que WILMER era un ser querido y valioso para la familia y que las dudas sobre su homicidio recaen en *Omar Iván Alvarez Agudelo*. Que ambos occisos tuvieron un altercado que nadie *prima facie* puede calificar de inocuo o superficial pues en Medellín se vive un clima de violencia tal, que cualquier incidente puede generar una desgracia y que el *a-quo* y la Fiscalía omitieron la aplicación del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal atinente al

deber que tiene todo ciudadano y servidor público de denunciar los hechos punibles de cuya comisión tenga conocimiento y deban investigarse de oficio.

Censura entonces al instructor por no allegar la prueba concerniente a la muerte del hermano del procesado, especialmente acerca de quien o quienes eran los vinculados por razón de esos hechos, toda vez que allí "estaban los motivos determinantes" del delito investigado. Esta omisión, sostiene, implicó la vulneración del principio de la "investigación integral" y las demás disposiciones del Código de Procedimiento Penal precitadas y 29 de la Constitución Nacional al denegarse la diminuente punitiva del artículo 60 del Código Penal.

Es que, afirma, no podía negarse la aminorante sólo por no haberse podido demostrar que el autor de la muerte de *Wilmer Urrea Giraldo* hubiese sido *Omar Iván Alvarez*, pues si existían dudas sobre el particular de todas maneras la carga de la prueba se encuentra en cabeza del Estado.

Más adelante, rechaza las consideraciones del fallo en torno al delito emocional, por no pasar de la simple especulación, pues no puede decirse "...que sea trivial y de poca monta, el tener la certeza de que alguien acabó con la vida de un ser querido..." en una ciudad donde la mayoría de los homicidios quedan impunes.

A renglón seguido se apoya en conceptos doctrinales sobre las características del delito emocional (que depende de la ofensa, la injusticia de la provocación, el descrédito público que pueda causar la afrenta y, aparte de la inmediatez, también su mediatez cuando se vuelve a ver al provocador) y recuerda lo dicho por un hermano del occiso sobre las miradas de odio que *Omar* y *Jhon Arley* se dirigían cada vez que se encontraban. A continuación habla del estado de ira putativo o subjetivo para concluir que las apreciaciones del Tribunal al respecto son erradas al asegurar que no puede tomarse como ira e intenso dolor provocaciones que apenas pueden tener eco en temperamentos anómalos capaces de reaccionar en forma desproporcionada a la causa que los afecta.

No sin antes aludir que para el caso de autos, podría estarse "...en presencia muy probablemente de la inimputabilidad cosa que lo

beneficiaría aún más si se quiere...", aunque no profundiza sobre el tema, e insistir en la pésima apreciación de las pruebas, remata la alegación poniendo de presente los hechos que descubren la falencia indicada: un perfil sicológico imaginario del condenado pretermitiendo la prueba técnica que hubiera podido determinar su verdadero temperamento, la muerte del hermano del condenado, las rencillas entre *Omar* y *Wilmer* y el dolor y la ira que dicha muerte provocó en la siquis del condenado.

En estas condiciones, pide se revoque la sentencia acusada y se profiera la que corresponda teniendo en cuenta que *Urrea Giraldo* cometió el delito en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Critica la falta de técnica del libelo. El impugnante desconoce los presupuestos metodológicos de la censura por violación directa de la ley sustancial al fundamentar el cargo como si se tratara de una violación indirecta. El ataque, dice, "...se refiere exclusivamente a la prueba, cuestionando la valoración que de ella efectuó el sentenciador, y en nada hace mención a que el Juez de la sentencia haya inaplicado la ley por error sobre la existencia de la misma...".

Dentro de esta línea argumental, la Delegada estudia y avala las consideraciones del Tribunal para negar la diminuente en comento. Y agrega que las hipótesis del recurrente acerca de los rumores sobre el responsable de la muerte de WILMER no bastan para fundamentar el reconocimiento de la ira deprecada, menos cuando no pasaron de ser simplemente eso, muestra de lo cual es que el procesado jamás supo a ciencia cierta quién mató a su hermano. Y concluye para impetrar la desestimación del cargo:

> a) Siempre se requerirá, como en la defensa putativa, que haya realmente un comportamiento ajeno que permita al autor suponer que está siendo acometido grave e injustamente, b) No es factible admitir que la sola apreciación subjetiva –sin base material– del autor pueda fundar una diminuente de punibilidad, como que ello sería entronizar en el derecho penal un factor de

la patología del procesado, que no es ciertamente un problema de error excusante o diminuente de punibilidad. Aquí no hay un comportamiento externo que permita admitir que el procesado actuó en error sobre el comportamiento ajeno como se analizó atrás, c) Pero fundamentalmente se dirá que si se mira como error, entonces no se trata de una violación directa del artículo 60 del C.P., sino de una falta de aplicación de la regla del error sobre el tipo penal, se admite que la punibilidad hace parte del mismo (art. 40 num. 4 C.P.). Pero ello no fue planteado por el recurrente, que sólo impetra un error directo de inaplicación del texto del artículo 60 del C.P., que se refiere a la existencia cierta y objetiva del estado de ira, pero no a la carencia equivocada sobre el mismo".

Tales razones lo llevan a solicitar de la *Sala* no casar el fallo impugnado.

La Corte:

1. La invocación del quebrantamiento directo de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los evaluó y valoró el fallador; en cambio, la violación indirecta permite discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados.

2. Como bien lo destaca la Delegada, el escrito de casación desconoce por completo esta perspectiva. Pese a enunciar el cargo por violación directa del artículo 60 del Código Penal, su desarrollo argumental traslada la impugnación a los ámbitos de la transgresión *indirecta*, pues su inconformidad apunta a demostrar un error del juzgador en torno al acervo probatorio y no sobre una norma sustancial, como debería ser, por exclusión evidente, selección indebida o interpretación errónea.

3. Pero, aún pasando por alto este primer desacierto técnico y coligiéndose que el reproche se dirige por el ámbito de la violación indirecta, el silencio que guarda el escrito respecto al sentido del quebranto constituye flagrante atentado a la técnica que caracteriza el ejercicio de la impugnación extraordinaria.

Por parte alguna el demandante precisa la clase de error cometido por el sentenciador; esto es, si la negativa al reconocimiento de la aminorante punitiva tuvo origen en un error de hecho o de derecho, y en caso de ser el primero, tampoco determina si la equivocación provino de falsos juicios de existencia (por suposición o por ignorancia de la prueba) o de identidad (tergiversación o distorsión de los medios de convicción).

Se ignora, por ende, cuál la naturaleza y alcance de la falencia que se pretende adjudicar al fallo censurado. Frente a este desacierto, la Sala se encuentra inhibida para continuar con su tarea. Intentarlo, sería tanto como entrar a ocupar el lugar del actor llenando los vacíos de la demanda y salvando sus imperfecciones, proceder vedado a la Corte en estos menestereses. Los principios de limitación y neutralidad que rigen el recurso así lo imponen.

4. Pero, además, tan desconcertante es el camino que transita el actor que incluso inesperadamente se ubica en los terrenos de la causal tercera de casación. Así, el yerro se daría porque la instancia omitió allegar importantes pruebas aptas para demostrar la ira excusable. Semejante argumentación transgrede en forma ostensible la autonomía e independencia que como principios caracterizan la formulación y desarrollo de cada una de las causales de casación, taxativamente fijadas por la ley. Es que si la inconformidad consiste en no haberse adelantado una investigación integral e imparcial acorde con lo dispuesto en los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, el actor tenía a su disposición la vía de la nulidad (causal tercera) para dirigir el ataque y demostrar que las señaladas fallas de la investigación socavaron las bases fundamentales del proceso, en desmedro del derecho a la defensa de su representado. No sobra señalar, sin embargo, que de todas maneras la investigación fue prolija y cuidadosa en aclarar los hechos delictuosos. Incluso, se escuchó con atención a los testigos de descargo que apoyaban al unísono la versión del procesado. Háblase de *Diego Alonso y Raúl Alberto*, cuyas versiones temprano fueron desechadas al confrontarlas con los demás elementos de juicio y salir a flote sus inconsonancias, contradicciones y desaciertos. Hubo, por consiguiente buen cuidado en investigar todos los aspectos del reato procurando encontrar la verdad de lo ocurrido.

5. Aún más palpable es su confusión cuando al finalizar el libelo sostiene que la falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal, tuvo origen en "...una ostensible omisión de procedimiento..." al pretermitir la instancia "...profundizar las causas inmediatas del homicidio"; también, "por motivoy razón de erróneos criterios en relación con el Estado de Ira e Intenso Dolor"; e, igualmente, al "...no considerar la aplicación del mismo en caso de que la ira e intenso dolor hubiesen sido putativos acorde con la sentencia de la H. Corte del 8 de junio de 1972".

Se desconoce en definitiva cuál es el yerro que se pretende demandar y, por ende, resulta del todo imposible abordar el estudio de la cuestión planteada.

6. No estará demás advertir que no hay base procesal ninguna para pensar en la posibilidad de la aceptación de la diminuente alegada. La hipótesis de la defensa sobre la ira e intenso dolor que agobiaba a *Urrea Giraldo* por tener la certeza de que el autor de la muerte de su hermano *Wilmer* era *Omar Iván Alvarez*, es descartada por el mismo acusado en la audiencia pública, en donde advierte no conocer las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión en las que perdió la vida su consanguíneo, agregando que "la gente por ahí comentaba y decían que Omar había matado al hermano mío, pero sinceramente no me di cuenta".

Como protuberantemente puede verse, el encartado apenas sospechaba de *Omar Iván Alvarez*, por simples murmuraciones, sin ninguna base real. No puede creerse, por consiguiente, que con estos precarios datos pudiera producirse en su espíritu una emoción de tal magnitud que lo impulsara a quitarle la vida al presunto agresor de su hermano.

Dolor intenso debió tenerlo en su momento ante la pérdida de un ser querido, muy cercano a sus afectos. Es posible que en él naciera el deseo de castigar al culpable. Pero jamás tuvo una indicación precisa sobre el autor de tan lamentable hecho. Mal podría albergar algún tipo de pasión dañina respecto de un simple sospechoso.

No se encuentra, por consiguiente, la relación de causa-efecto entre la muerte de su familiar y su ataque al occiso. La ira e intenso dolor que

mueve a los seres humanos a causarle daño a sus semejantes nace por una causa cierta que obnubila el ánimo, pervierte los sentidos, obsesiona a quien los sufre, impulsándolo tan sólo a descargar su furia en el objeto de su desazón. Jamás un dato incierto puede causar estas reacciones.

En estas circunstancias, no puede menos la *Corte* que adherir al pensamiento del fallador quien desechó sin dubitación alguna como causa de la occisión de *Omar Iván Alvarez* a manos de *Urrea Giraldo*, la muerte de *Wilmer*, ocurrida unos meses antes.

No prospera la demanda.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, no firma; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR / NULIDAD / CANCELACION DE REGISTRO

1. El desconocimiento por parte del sentenciador, de la diminuente punitiva de la ira o intenso dolor a uno de los partícipes del hecho punible, en el supuesto de darse los presupuestos fácticos para ser reconocida, no constituye irregularidad sustancial generadora de nulidad del proceso.

2. Si en materia penal la responsabilidad es individual en el sentido de que cada quien responde por su propio acto, culpa o preterintencióon, y en ese orden de ideas los falladores tras una evaluación global, coherente y armónica de las pruebas obrantes en autos, arribaron a la certeza de los hechos punibles y la responsabilidad de los sindicados, aunque con diferente grado de participación por tratarse de dos episodios delictuosos perpetrados en diferentes circunstancias, no puede afirmarse razonablemente que uno de ellos fue discriminado, desmejorado o desprotegido porque se le negó la diminuente punitiva de la provocación que en cambio le fue reconocida al otro protagonista de los sucesos.

3. La cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta a que alude el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal vigente, es medida que compete dictar al juez penal en procesos en los cuales se haya cuestionado su autenticidad o legitimidad (falsedad en documentos, estafa, extorsión, etc.).

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 83 de julio 28 de 1994.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por los defensores de los procesados BENITO SUAREZ RODRIGUEZ Y LUIS HERNANDO OSORIO TOLEDO la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que los condenó a 60 y 40 meses de prisión como responsables de los delitos de homicidio tentado en Ismael Lozada Murcia y homicidio consumado en estado de ira en Milton Lozada Murcia, respectivamente; decretó la anulación de la escritura pública contentiva de la venta de un inmueble de propiedad de Osorio Toledo a su compañera y tomó otras determinaciones.

Hechos:

Así los relató el Tribunal Superior:

"La noche del 31 de marzo de 1991, poco después de las diez, se encontraban departiendo en un pequeño establecimiento comercial de la carrera 83 con calle 43 de esta ciudad, los señores LUIS OSORIO, BENITO SUAREZ, JOSE PEÑA y MANUEL MORA. En ese momento ingresaron al local los hermanos MILTON e ISMAEL LOZADA MURCIA, quienes se dirigieron de manera ofensiva en contra de los allí presentes, lo que dio lugar a la reacción de los integrantes del primer grupo, y en especial por parte de OSORIO TOLEDO, saliendo éste a la calle realizando un primer disparo con un revólver de su propiedad. Ante esta actuación MILTON LOZADA se abalanzó contra OSORIO, produciéndose varias detonaciones más mientras se desplazaban algunos metros, hasta que finalmente uno de los proyectiles hizo blanco en la humanidad de LOZADA, quien quedó en el piso, falleciendo algunos minutos más tarde sin que se le hubiera podido ofrecer asistencia médica.

"De inmediato ingresó OSORIO a una vivienda cercana, cuyo propietario era BENITO SUAREZ, en tanto que éste último procedió a efectuar algunos disparos hacia el indefenso herido; ISMAEL LOZADA intervino recibiendo igualmente herida en su región abdominal, la que ha ameritado reconocimiento de incapacidad definitiva de 35 días y como secuelas una deformidad física de carácter permanente.

"En este mismo acontecer resultó herido CIRO ALFONSO SUAREZ ROJAS, hijo de BENITO SUAREZ, igualmente con proyectil de arma de fuego en una de sus extremidades inferiores. Como en el curso de la instructiva no se acreditó la autoría de tal resultado, ni siquiera se estableció la incapacidad y secuelas, en el momento de la calificación se dispuso compulsar copias con destino a los Juzgados Penales Municipales (reparto), para los fines pertinentes".

Actuación procesal:

Con base en el acta de levantamiento del cadáver de Milton Lozada Murcia y la versión de su hermana Luz Dary, el Juzgado Treinta y Nueve de Instrucción Criminal de Bogotá, inició investigación penal vinculando a ella mediante indagatoria, a Benito Suárez Rodríguez y Luis Hernando Osorio Toledo a quienes les definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio imperfecto en Ismael Lozada Murcia y homicidio consumado en su hermano Milton, respectivamente.

Por auto de 10 de julio de 1991 se decretó el embargo preventivo de los bienes inmuebles de propiedad de los sindicados Suárez Rodríguez y Osorio Toledo discriminados en los correspondientes folios de matrícula inmobiliaria; medida adoptada por el juzgado a petición del apoderado de la parte civil, previa constitución de la respectiva caución para responder por eventuales perjuicios.

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Benito Suárez Rodríguez y Luis Hernando Osorio Toledo, como autores del delito de homicidio consumado en Milton Lozada Murcia y contra el primero de los nombrados por homicidio en grado de tentativa en Ismael Lozada Murcia, ordenándose la expedición de copias de lo pertinente con destino al Juzgado Penal Municipal (reparto) a fin de que se investigaran las lesiones personales de que fue víctima el joven Ciro Alfonso Suárez Rojas.

Apelado dicho enjuiciamiento, el Tribunal Superior de Santafé de Bogótá lo confirmó con la modificación de cesar procedimiento en favor

de Benito Suárez Rodríguez en lo que respecta al homicidio de que fue víctima Milton Lozada Murcia.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública, el entonces Juzgado Cuarto Superior de Bogotá puso fin a la instancia condenando a los acusados Benito Suárez Rodríguez y Luis Hernando Osorio Toledo a la pena principal de 60 y 40 meses de prisión, respectivamente, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios causados, negándose a declarar la nulidad de la venta del inmueble hecha por Osorio Toledo a su compañera Rosa Luna, solicitada por el apoderado de la parte civil durante la audiencia pública, en razón a no encontrarse demostrada la falsedad y corresponder su pronunciamiento a la jurisdicción civil.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de 3 de septiembre de 1993, objeto del recurso de casación interpuesto, confirmó la dictada por el Juzgado Superior con la reforma de decretar la anulación de la escritura pública 1383 de 3 de abril de 1991 otorgada ante la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá y su respectivo registro, ordenando librar las correspondientes comunicaciones a las autoridades competentes.

Demandas de casación:

Demanda presentada a nombre del procesado Benito Suárez Rodríguez.

Amparado al demandante en la causal tercera de casación, acusa la sentencia impugnada por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad consistente en el desconocimiento, por parte del Tribunal sentenciador, del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, toda vez que a Benigno Suárez Rodríguez no se le reconoció, como sí se hizo con Luis Hernando Osorio Toledo, la diminuente de la ira consagrada en el artículo 60 del Código Penal a pesar que el homicidio tentado en Ismael Lozada Murcia se produjo en desarrollo de los mismos hechos, por idénticos motivos, y con las mismas pruebas allegadas al informativo, con lo que se "estableció una discriminación trascendente entre los dos procesados".

Examinando en detalle los testimonios rendidos por Manuel Antonio Mora Martínez y José Fermín Peña; las explicaciones dadas por los sindicados Osorio Toledo y Suárez Rodríguez; lo dicho por los hijos de éste Carmen Rosa y Ciro Alfonso Suárez Rojas y los resultados de la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, afirma que de tales probanzas valoradas en su conjunto y armonía, aparecen probadas las graves ofensas y agravios pronunciados por Milton e Ismael contra los contertulios que pacíficamente departían dentro de la cantina de Hermencia de Beltrán, las que no fueron consideradas por los juzgadores asignándosele en cambio, credibilidad a las manifestaciones inculpatorias del lesionado Ismael Lozada Murcia y su hermana Luz Dary, pese a los vínculos de consanguinidad que los une y a las contradicciones de esta última.

Y aludiendo a los elementos estructurales de la aminorante reclamada, los que da por demostrados en el comportamiento de su representado, pese a la negativa de portar arma de fuego y dispararla contra Ismael, termina resumiendo el reparo en los siguientes términos:

> "El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C., no vio en el proceso las ofensas de carácter grave e injusto que evidentemente fueron dirigidas por los hermanos Milton e Ismael Lozada Murcia a Benito Suárez Rodríguez la noche del 31 de marzo de 1991 en la tienda de Hermencia de Beltrán, como motivo de atenuación, de ira o intenso dolor. Y sólo vio el Tribunal en la sentencia, la persecución de Milton Lozada M. a Osorio T., dando con ello aceptación parcial a la prueba testimonial, trascendencia que ofrece la diligencia de inspección judicial en el lugar de los hechos, como fundamento de un estudio más a fondo, psicológico y objetivo, en la valoración de las ofensas a Suárez R., y los factores de alteración que éste vivió, como motivo de su comportamiento aquella noche. No se detuvo el Tribunal a analizar en la sentencia, el significado evidente de la ubicación de la residencia de Suárez R., calle 43 No. 83-06, con relación a la de la tienda de Beltrán, calle 43 No. 83-05, cuya proximidad de Suárez R., con su familia, ya en disposición del descanso, acrecentó en el procesado su alteración emocional. El desconocimiento de la atenuante de la ira o intenso dolor para

Suárez R., y aceptado a Osorio T., con ello quebrantó la sentencia de segunda instancia en el proceso referido, el derecho fundamental de igualdad entre los dos procesados en mención, consagrado ese derecho en el artículo 13 de la C.N., y al no dar aplicación al art. 60 del C.P., como sí lo hizo para Osorio T., ante los mismos (*sic*) hechos, con los mismos protagonistas, idénticas ofensas proferidas a los dos procesados, y ante las mismas pruebas de cargo, e idénticas pruebas en favor de ellos. Por cuyo motivo, el proceso quedó viciado de nulidad constitucional a partir de la sentencia de segunda instancia censurada, incluida esta providencia".

Demanda a nombre del procesado Luis Hernando Osorio Toledo:

En el marco de la causal primera de casación se formulan dos cargos a la sentencia, a saber:

Primero: Violación indirecta de los artículos 247 del Código de Procedimiento Penal; 60 y 363 del Código Penal (debe entenderse 323 de dicha codificación) por errores de hecho manifiestos en la apreciación del caudal probatorio que llevaron al Tribunal Superior a dar por demostrada, sin estarlo, la autoría material del homicidio consumado en cabeza del procesado Luis Hernando Osorio Toledo, cuando es lo cierto que éste no disparó al cuerpo del occiso y "por consiguiente no podía condenársele por un delito que no ha cometido".

A esta conclusión llegó el demandante basado en la versión suministrada por la hermana del occiso durante la diligencia del levantamiento del cadáver, Luz Dary Lozada Murcia, en la que distinguió a los atacantes como el "señor de edad" y el "señor más joven" señalando a aquél como la persona que mató a Milton y le propinó un tiro en el estómago a Ismael; la indagatoria rendida por el sindicado Osorio Toledo en la que aceptó haber disparado el arma de su propiedad en cinco oportunidades "tres veces al aire y dos al piso" con el propósito de disuadir al sujeto que lo perseguía armado de puñal; la declaración rendida por su hijo Carlos Andrés Osorio Luna corroborante de lo expuesto por el procesado y el testimonio del Agente de la Policía Nacional Uriel Fajardo Fontecha, quien dijo haber escuchado de labios de Ismael que el autor de

los disparos causantes de la muerte de Milton y su herida en el estómago había sido su vecino Benito Suárez Rodríguez; pruebas éstas que a juicio del recurrente no fueron sometidas a examen crítico por los juzgadores de instancia para arribar a las conclusiones que de ellas se derivan.

Resume así la impugnación:

> "El Honorable Tribunal Superior de Bogotá, no criticó, no analizó y no les dio el verdadero significado que tenían los testimonios de LUZ DARY LOZADA MURCIA, ISMAEL LOZADA MURCIA, MANUEL ANTONIO MORA, FERMIN PEÑA y no tuvo en cuenta los de CIRO SUAREZ ROJAS, CARLOS ANDRES OSORIO LUNA, NELLY ESPERANZA PARDO GARCIA y URIEL FAJARDO FONTECHA, todos los cuales al unísono proclaman la inocencia de LUIS FERNANDO OSORIO TOLEDO y señalan como autor material y único responsable de la muerte de MILTON LOZADA MURCIA y del homicidio tentado en la persona de ISMAEL LOZADA MURCIA a BENITO SUAREZ RODRIGUEZ, lo que hizo que el Tribunal incurriera en error de hecho en la valoración de todo el acervo probatorio y en la falta de apreciación de algunas de ellas, como si no existieran en el expediente, entre ellas las últimas cuatro citadas.
>
> "Tampoco hizo una verdadera conjunción de los anteriores hechos (*sic*) con la prueba pericial y albun (*sic*) fotográfico de la necropsia o acta de levantamiento del cadáver lo que hubiese variado totalmente la conclusión del Tribunal para confirmar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 4 Superior de Bogotá.
>
> "El Tribunal NO VIO y por tanto no le dio verdadera valoración al testimonio de LUZ DARY LOZADA MURCIA DE FOLIO 3 del expediente cuaderno principal cuando esta testigo expresó: *QUE QUIEN TAMBIEN MATO A MI HERMANO MILTON LE PEGO UN TIRO EN EL ESTOMAGO A MI HERMANO MISAEL* (*sic*) o transcribiendo el que mat=o(*sic*) a mi hermano MILTON le peg=o (*sic*) un tiro en el estómago a mi hermano ISMAEL.

"No observéo (*sic*) el Tribunal que quien le pegó el tiro en el estómago a Ismael fue BENITO SUAREZ RODRIGUEZ.

"Tampoco tuvo en cuenta que la sindicación del homicida la hizo el mismo lesionado ISMAEL LOZADA y a nadie más, según se desprende de la declaración del agente que estuvo pocos minutos después en el sitio de los acontecimientos, casi que menos de un cuarto de hora de haber sucedido las lesiones a Ismael Lozada y herido mortalmente a Milton.

"No se percató el Honorable Tribunal de la perfecta individualización que hace LUZ DARY LOZADA dentro de la misma diligencia de levantamiento para identificar al homicida por la contextura y la edad, y como identifica al otro de los atacantes, como padre e hijo, y que ambos dispararon pero que a ete señor no le vio arma. No relaciona este testimonio con las indagatorias rendidas por el condenado injustamente LUIS HERNANDO OSORIO TOLEDO.

"Tampoco relaciona, ni menos valora en conjunto el testimonio de ISMAEL LOZADA MURCIA que dice que BENITO le pegaba los tiros a su hermano estando éste en el suelo ni toma en cuenta el experticio técnico que dice que el tiro, o mejor, la herida mortal la recibió el occiso estando en un *plano inferior*. Ni con el albun (*sic*) fotográfico y planimetría de la inspección judicial".

Segundo: Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 53 y 51 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) que trataban de la cancelación de registros falsos y la prohibición de enajenar, y, falta de aplicación del artículo 59 del Estatuto Procesal vigente (Decreto 2700 de 1991), norma más favorable al procesado.

Argumenta el censor que el Tribunal Superior no podía imponer como pena accesoria al procesado Luis Hernando Osorio Toledo la anulación de la escritura pública relacionada con la venta hecha por éste a su compañera Rosa Luna de una casa de habitación de su propiedad para

compensarla por los largos años de trabajo en el hogar, porque para la fecha de otorgamiento del título en la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá (3 de abril de 1991) el vendedor no había sido vinculado al proceso mediante indagatoria, lo que sólo vino a ocurrir el 10 de mayo del citado año, momento a partir del cual debía contarse el término de un año señalado por el artículo 59 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, como prohibitivo para enajenar bienes sujetos a registro; norma que por ser más favorable al procesado resultaba aplicable al caso en forma retroactiva, en lugar del artículo 51 del anterior Código de Procedimiento Penal que fijaba la misma prohibición en el lapso de tres meses siguientes a la fecha de comisión del delito.

Solicita en consecuencia casar parcialmente la sentencia revocando el numeral que ordenó la anulación del título escriturario y la cancelación de su registro.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina por separado las demandas presentadas a nombre de los acusados por concluir que ninguna puede prosperar.

Refiriéndose al cargo de nulidad propuesto por el defensor de BENITO SUAREZ RODRIGUEZ, expresa que no demostró de qué manera la vulneración del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política pudo generar nulidad del proceso adentrándose en una crítica de las pruebas, propia de la causal primera de casación, en orden a comprobar que su representado obró dentro de la circunstancia aminorante de la ira, porque "a pesar de sustentar el demandante la censura en el motivo de la nulidad, termina desarrollando el reproche por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, lo que determina una completa falta de armonía entre la formulación y la fundamentación del reparo".

Agrega que la impugnación, basada en apreciaciones personales del libelista, sólo busca oponerse al criterio del sentenciador conforme al cual no procedía reconocer la atenuante de la ira en favor de Suárez Rodríguez por considerar que no sufrió de "importante alteración

emocional" generada por el comportamiento de terceros con caractereses de grave e injusto; pues si bien se admite que los hermanos Lozada fueron groseros con los ocupantes de la tienda, en iguales términos se les respondió y mientras las iniciales ofensas fueron apenas de palabra, se pasó a las acciones de hecho por quienes recíprocamente respondieron –los procesados–, por lo que se estima que más que un comportamiento fruto de un estado emocional nacido de grave e injusta ofensa, lo que se evidencia es la reacción de personas extremadamente temperamentales y violentas...".

Aludiendo al primer cargo de la demanda presentada a nombre de Luis Hernando Osorio Toledo por errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas que llevaron a los falladores a dar por demostrada, sin estarlo, la autoría material del homicidio de MILTON en cabeza del recurrente, afirma el señor Procurador Delegado que, contrariamente a lo expuesto por aquél, no fueron falseadas o tergiversadas en su real contenido y sentido las declaraciones rendidas por Luz Dary Lozada Murcia, hermana de los ofendidos, el Agente de la Policía Nacional Uriel Fajardo Fontecha, el hijo del sindicado Osorio Toledo y los descargos rendidos por éste y el procesado Benito Suárez Rodríguez; sino que los juzgadores a través de una valoración conjunta y armónica de dichas pruebas con otras no cuestionadas como los testimonios de Oveida Rodríguez, Hermencia Beltrán, Guillermo Enrique Suárez, José Fermín Peña y Manuel Antonio Mora, arribaron a la conclusión lógica y razonable que Osorio Toledo fue el autor de la muerte de Milton Lozada Murcia.

Y respecto al segundo reproche por aplicación indebida del artículo 51 del anterior Código de Procedimiento Penal y falta de aplicación del artículo 59 de la nueva codificación, que tratan de la prohibición al inculpado para enajenar bienes sujetos a registro, dentro de los términos allí estipulados, arguye que no obstante ser evidente la benignidad de este último precepto, lo que hacía imperativa su aplicación preferente al caso, lo cierto es que la sentencia impugnada al decretar la anulación de la escritura de venta del inmueble se basó en la hipótesis del artículo 53 del anterior estatuto procedimiental (hoy artículo 61 de la nueva codificación) que tratan de la cancelación de registros falsos orientando toda su motivación sobre este tema.

"Así las cosas –expresa el Procurador Delegado–, y en vista de que el censor sólo se limita a afirmar respecto del mencionado art. 53 del C.P.P., anterior, que 'tampoco podía aplicarse porque la cancelación lo estaba para los bienes sujetos a registro que hubiesen sido obtenidos por medios fraudulentos' (Fl. 132), insinuando en estas condiciones, que el bien inmueble enajenado mediante la escritura pública declarada nula, no fue obtenida por esos medios, es evidente que el cargo carece de demostración, dejando en la enunciación el ataque a la norma y la motivación en que se fundamentó la decisión contenida en el numeral segundo de la parte resolutia del fallo impugnado, razón por la cual e impone la improsperidad del reparo, pues *strictu sensu*, no hay cargo y por ende, ante su ausencia, como lo ha reiterado la Corte, no hay qué responder".

Consideraciones de la Corte:

Demanda de Benito Suárez Rodríguez:

De antemano replica la Sala que el desconocimiento, por parte del sentenciador, de la diminuente punitiva de la ira o intenso dolor a uno de los partícipes del hecho punible, en el supuesto de darse los presupuestos fácticos para ser reconocida, no constituye irregularidad sustancial generadora de nulidad del proceso. Trataríase, en el evento propuesto por el impugnador, del quebranto del artículo 60 del Código Penal por errores manifiestos y trascendentes en la apreciación del acervo probatorio, susceptible de enmienda a través de la violación indirecta de la ley, como lo entendió la Procuraduría Delegada.

De modo que si el demandante adujo nulidad del fallo impugnado, cuestionando las pruebas que a su juicio acreditan la gravedad e injusticia del comportamiento ajeno y la consiguientes alteración emocional (ira o intenso dolor) padecida por su cliente y que lo llevó a disparar contra Ismael Lozada Murcia; elementos de juicio que en su opinión no fueron apreciados o lo fueron erróneamente por los falladores en las instancias; planteó y fundamentó en forma equivocada la censura, porque de resultar comprobado, por la vía indirecta, el error in iudicando endilgado al sentenciador en la dosificación de la pena impuesta al responsable, éste

yerro sería enmendado por la Corte infirmando parcialmente la sentencia para rebajarle la pena, mientras que tratándose de un error in procedendo generador de nulidad, habría que invalidar el fallo retrotrayendo la actuación.

En virtud de las limitaciones propias de este extraordinario medio de impugnación, no pouede la Sala oficiosamente enderezar el ataque inmiscuyéndose en el examen y valoración de los medios de persuasión para establecer si asiste razón al impugnante porque dicho proceder le está expresamente vedado.

Por lo demás, si en materia penal la responsabilidad es individual en el sentido de que cada quien responde por su propio acto, culpa o preterintención, y en ese orden de ideas los falladores tras una evaluación global, coherente y armónica de las pruebas obrantes en autos, arribaron a la certeza de los hechos punibles y la responsabilidad de los sindicados, aunque con diferente grado de participación por tratarse de dos episodios delictuosos perpetrados en diferentes circunstancias, no puede afirmarse razonablemente que uno de ellos fue discriminado, desemejorado o desprotegido porque se le negó la diminuente punitiva de la provocación que en cambio le fue reconocida al otro protagonista de los sucesos.

El derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política tampoco fue conculcado porque en desarrollo del proceso que culminó con la sentencia acusada, el procesado recurrente no fue discriminado o desprotegido en sus derechos y prerrogativas por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión, u opinión política o filosófica.

Por el contrario, en su condición de sujeto procesal recibió trato igualitario con relación a los demás, le fue garantizada la igualdad efectiva de sus derechos por los funcionarios judiciales que conocieron del caso, y gozó a plenitud de todas las prerrogativas procesales inherentes a su defensa, dándose así cabal cumplimiento al principio rector consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Penal; secuela y desarrollo del canon constitucional supuestamente quebrantado por lo que no se abre paso el cargo de nulidad endilgado.

No prospera la impugnación.

Demanda de Luis Antonio Osorio Toledo:

Primer cargo: Está llamada al fracaso la demanda que apoya la censura en una valoración personal del censor respecto a los medios de convicción aducidos al proceso porque la simple discrepancia en cuanto a dicha apreciación no tiene cabida dentro de ninguno de los motivos de error de hecho o de derecho en la estimación probatoria.

El Tribunal Superior afirmó la autoría y responsabilidad del procesado Luis Hernando Osorio Toledo en el homicidio consumado en Milton Lozada Murcia de la directa sindicación que le hicieron los hermanos del occiso, Luz Dary e Ismael Lozada Murcia y Oveida Rodríguez Vargas, esposa de éste último; quienes refieren al unísono que aquél disparó arma de fuego contra Milton, que lo seguía desde la tienda, hasta agotar la carga, refugiándose luego en casa de Benito Suárez Rodríguez; declaraciones a las cuales se les asignó por los juzgadores un alto índice de credibilidad en virtud de encontrarse respaldadas con los descargos rendidos por el propio sindicado en el sentido de haber disparado el arma en cinco oportunidades con el fin a ahuyentar a su injusto agresor y con lo dicho por las personas que departían en la cantina con los dos acusados.

A esta conclusión arribaron los sentenciadores después de una valoración conjunta, coherente y razonable de los elementos de convicción obrantes en autos, siguiendo en ello las reglas de la crítica testimonial.

Opuesta a ella, esgrime el impugnante su personal apreciación de la versión suministrada por Luz Dary durante la diligencia de levantamiento del cadáver de su hermano y el testimonio de oídas del Agente de la Policía Nacional Uriel Fajardo Fontecha que apuntarían a señalar como autor del homicidio al copartícipe Benito Suárez Rodríguez; declaraciones que a juicio de la Sala aparecen desvirtuadas por las manifestaciones hechas por los propios deponentes Luz Dary e Ismael en el sentido de señalar inequívocamente a Luis Hernando como el autor del homicidio y porque resulta ingenuo pensar que éste no hubiese disparado el arma contra la humanidad de su injusto agresor que lo acosaba puñal en mano, como él y su hijo lo afirmaron.

La intervención de Suárez Rodríguez, según dichos testigos, es posterior al agotamiento de la carga del revólver que portaba Osorio Toledo y cuando Milton yacía caído en el suelo a consecuencia del disparo salido del arma de Luis Osorio.

No prospera la impugnación.

Segundo cargo: Teniendo en cuenta que el Tribunal Superior al reformar la sentencia dictada por el Juzgado en el sentido de decretar la anulación de la escritura pública contentiva de la venta de un inmueble de propiedad del sindicado Luis Hernando Osorio Toledo a su compañera Rosa Luna y su correspondiente registro, (la 1383 del 3 de abril de 1991 otorgada ante la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá), adoptó la medida porque en su criterio la negociación era un acto fraudulento y simulado de parte del procesado con el fin de evadir el pago de los perjuicios en el evento de ser condenado; situación contemplada en el artículo 53 del anterior Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 61 de la nueva codificación); el cargo a la sentencia ha debido plantearse y fundamentarse sobre dicha hipótesis como anota la Procuraduría Delegada, y no respecto a la prevista en el artículo 51 de la anterior codificación, hoy artículo 59 del nuevo Código de Procedimiento Penal que alude a la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro dentro del término allí contemplado.

De manera pues, que si el recurrente equivocó el diagnóstico del error endilgado al sentenciador, porque la orden de anulación del título escriturario y su correspondiente registro, lo fue por tratarse de un acto fraudulento o de una negociación simulada o aparente con el propósito de burlar la pretensión indemnizatoria de los perjudicados con el delito y no, por haberse realizado durante el término de prohibición para enajenar, previsto en los artículos 51 y 59 ya mencionados; la Sala no podría adentrarse en su examen porque se vería avocada a suplir las deficiencias y llenar los vacíos de que adolece el libelo, cometido que no le está permitido por razones de limitación del recurso.

Es verdad que la situación prevista en el citado artículo 59 resulta más favorable al sindicado que la contemplada en el artículo 51 de la anterior legislación (Decreto 050 de 1987), porque el término de la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro, se cuenta a partir de su

vinculación jurídica y no desde la consumación del delito; pero comoquiera que la norma sustancial aplicada en la sentencia no fue aquella, sino el artículo 53 de dicho estatuto, que se refiere a la cancelación de registros falsos, el cargo se muestra totalmente desavenido.

A pesar de lo dicho, conviene enfatizar que la cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta a que alude el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal vigente, es medida que compete dictar al juez penal en procesos en los cuales se haya cuestionado su autenticidad o legitimidad (falsedad en documentos, estafa, extorsión, etc.) y no en aquellos, como el presente, en los que el homicidio imputado al procesado recurrente nada tiene que ver con a autenticidad o legitimidad de la escritura de venta de un inmueble a su compañera.

Si además, la orden de anulación del título escriturario y su correspondiente registro, se tomó a espaldas de la titular del derecho de dominio, esto es, la mujer Rosa Luna quien siendo extraña a la comisión del hecho punible resultaría obligada a responder civilmente por un hecho que no cometió, es palmar que respecto a ella se desconocieron las prerrogativas inherentes a la defensa de sus derechos patrimoniales.

Los agravios inferidos por la decisión controvertida a las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa consagradas en el artículo 29 de la Carta Política serán enmendados por la Corte mediante el mecanismo de la casación oficiosa contemplado en el artículo 228 del Estatuto Procedimiental Penal revocando la orden de anulación de la escritura pública 1383 de 3 de abril de 1991 y la cancelación de su registro, disponiéndose comunicar lo resuelto a la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.

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

Resuelve:

Casar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de revocar la orden de anulación de la escritura pública 1383 de 3 de abril de 1991

otorgada por la Notaría Catorce del Círculo de Bogotá y su correspondiente registro, comunicado lo resuelto a las autoridades competentes. En lo demás, la sentencia recurrida no sufre ninguna modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, no firma; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

RECURSO DE HECHO

Cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal manda que "Si ninguno lo sustenta, el magistrado de segunda instancia declarará desierto el recurso", natural y lógicamente se está refiriendo al hecho de que vencido el traslado de ley para la presentación de la respectiva demanda, tal requisito no se cumpla. Ahora bien, si vencido ese término se presenta la demanda en nada incide frente a la previsión normativa en cita, pues no sustentar y el hacerlo por fuera del término legal, constituye en rigor la misma situación jurídica, que conlleva a la declaratoria que en este evento se reprocha, sin que, para la segunda hipótesis hubiese previsto el legislador una traslación de competencia, que sería por lo demás absurda y contraria al propósito mismo de la ley de pedir la intervención de la Corte, cuando se incumplen los requisitos previos en la tramitación del extraordinario recurso de casación.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas*, Presidente.

Aprobado Acta número 084.

Vistos:

El defensor del proesado JOSE DOLORES MORELOS CORENA, interpuso *recurso de hecho* en contra de la providencia del 8 de julio de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de decisión Penal, DECLARO DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por Morelos Corena, en contra del fallo de segundo grado de marzo 23 del año en curso proferido por esa misma Colegiatura,

que lo condenó por los delitos de homicidio y lesiones personales, ambos en la modalidad de culpa.

Consideraciones de la Sala:

1. Es inadmisible por improcedente el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado JOSE DOLORES MORELOS CORENA, pues de dirige en contra de la providencia interlocutoria que declaró desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto en contra del fallo de segundo grado, evento éste que escapa a la expresa previsión del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el recurso de hecho procede en contra del que *niega la apelación o el de casación.*

2. El argumento del impugnante, según el cual *el competente* para declarar la deserción del recurso lo era la Sala Penal de la Corte, dado que el recurso sí se sustentó, carece por completo de logicidad, pues cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal manda que *"Si ninguno lo sustenta, el magistrado de segunda instancia declarará desierto el recurso"*, natural y lógicamente se está refiriendo al hecho de que vencido el traslado de ley para presentación de la respectiva demanda, tal requisito no se cumpla. Ahora bien, si vencido ese término se presenta la demanda, que es el evento acá ocurrido, en nada incide frente a la previsión normativa en cita, pues no sustentar y el hacerlo por fuera del término legal, constituye en rigor la misma situación jurídica, que conlleva a la declaratoria que en este evento se reprocha, sin que, para la segunda hipótesis hubiese previsto el legislador una traslación de competencia, que sería por lo demás absurda y contraria al propósito mismo de la ley de impedir la intervención de la Corte cuando se incumplen los requisitos previos en la tramitación del extraordinario recurso de casación.

3. La opción a la que debió acudir el inconforme defensor, debió ser a la de la reposición, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, que no a una atípica hipótesis de viabilidad del de hecho, carente por completo de sustento legal y lógico.

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

Resuelve:

Declarar improcedente el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado JOSE DOLORES MORELOS CORENA, en contra de la providencia interlocutoria de julio 8 de 1994, que declaró desierto el extraordinario de casación interpuesto en contra del fallo de segundo grado, fechado en marzo 23 de 1994.

Vuelva la actuación al Tribunal de orígen para que haga parte del expediente respectivo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NOTIFICACION / SANA CRITICA / SENTENCIA

Por parte alguna el Código de Procedimiento Penal manda que la sentencia se notifique personalmente al defensor del procesado.

Por virtud del principio de integración, contemplado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, para determinar qué clase de providencias se notifican por estado y por edicto, hay que acudir al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 323 ordena notificar las sentencias por edicto.

Hoy en día no existe la tarifa legal, que era el valor que el legislador le otorgaba previamente a determinada prueba. Actualmente todas las pruebas están sometidas, para su evaluación, a la sana crítica (art. 254 C. de P.P.). De ahí que, en rigor, no quepa hablar de error de derecho por falso juicio de convicción.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 85.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de mayo de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo condenó a AUGUSTO RAFAEL ARTEAGA RAMBAUT y ANUAR VILLADIEGO ALVAREZ a 12 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

1. En Sincelejo (departamento de Sucre), alrededor de las 7:20 de la noche del 19 de octubre de 1991, Hugo de Jesús Alvarez Revollo se

encontraba en la puerta de su residencia en compañía de su mujer Ana Beatriz González Flórez y su cuñada Luz Stella González Borja, cuando llegaron hasta él Augusto Rafael Arteaga Rambaut y Anuar Villadiego Álvarez, quienes le preguntaron por el nombre y le tendieron la mano en señal de saludo. Al suministrarles Alvarez Revollo su nombre, los mencionados visitantes sacaron armas de fuego y le dispararon repetidamente cuasándole la muerte en forma inmediata, para luego huir del lugar.

Avisada la policía, arribó al lugar de los hechos en donde obtuvieron la descripción física de los homicidas, en cuya búsqueda salieron, encontrándolos aproximadamente media hora después en el establecimiento "Antiguo Canecao", ubicado en la vía que de Sincelejo conduce a Toluviejo, sitio en el cual compartían con Hernán Martínez Flórez y Francisco Meléndez Martínez.

Ana Beatiz González Flórez formuló la correspondiente denuncia y en diligencia de reconocimiento en fila de personas practicada por la Jefatura de Policía Judicial de Sincelejo señaló a Arteaga Rambaut y Villadiego Alvarez, como los victimarios. En dicha diligencia estuvieron presentes un apoderado (abogado) que se nombró para el efecto y el Personero Delegado en lo Penal.

En esas mismas dependencias policiales se les recibieron a los imputados "declaraciones libres y espontáneas", en las cuales negaron cualquier participación en los hechos, alegando encontrarse en otro lugar, cosa que fue corroborada por los citados acompañantes.

2. El Juzgado 13 de Instrucción Criminal de Sincelejo abrió investigación, oyó en declaración a Ana Beatriz González Flórez y en indagatoria a los implicados, quienes se mantuvieron en su argüída inocencia (fls. 35 y ss-1). También se escuchó en declaración a la cuñada del occiso, Luz Stella González Borja, quien del mismo modo acusó a los sindicados de ser los autores del homicidio (fls. 46 y ss-1).

Se recibieron otras declaraciones y se llevó a cabo diligencia de reconocimiento en fila de personas (fls. 54 y 55-1), ya con intervención

de la referida cuñada de la víctima, procedimiento en el cual fueron señalados los sindicados como los autores del hecho.

Se dictó en contra de aquéllos auto de detención (fls. 59 y ss-1), y, practicadas otras pruebas, se cerró la investigación, calificándosela por auto de 30 de diciembre de 1991 con resolución acusatoria por el delito de homicidio, agravado por el numeral 7o. del artículo 324 del Código Penal (indefensión) –fls. 156 y ss–.

Esta providencia fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación. El juzgado, mediante proveído de 13 de enero de 1992, no repuso. Concedida la apelación, el Tribunal, por medio de auto de 10 de abril de 1992, confirmó la acusación (fls. 18 y ss-2).

3. El Juzgado Unico Superior de Sincelejo asumió el juicio, practicó algunas pruebas, celebró audiencia pública (fls. 307 y ss-1), y el 15 de diciembre del mismo año dictó sentencia (fls. 345 y ss-1), por medio de la cual, en armonía con la acusación, condenó a los procesados por homicidio simple a la pena principal de 12 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios. Se desestimó la agravante, por falta de motivación.

Apelada esa sentencia por el defensor de Arteaga Rambaut, el Tribunal, por medio de la suya que aquél recurrió en casación, le impartió entera confirmación (fls. 40 y ss-3).

La demanda:

Cargo primero:

Dice el actor que el sentenciador "incurrió en la causal primera de casación (artículo 220 numeral 1o. del C. de P.P.), *POR VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL (sic) POR FALTA DE APLICACION* de los artículos 445, 2 y 247, siendo este último que no existiendo los presupuestos para dictar sentencia condenatoria le dio aplicación indebida al mismo" (fls. 78 y 79-3). (Mayúsculas y subrayas del original).

Se refiere al "fenómeno de la duda" (fls. 80-3) y afirma que se ha infringido la referida normatividad "de acuerdo a un falso juicio de hecho y de derecho en cuanto a la valoración y reproche mismo de los alcances de la prueba; que no tuvo un análisis tecnificado conforme a la sana crítica y en (*sic*) juicio razonable de apreciación del conjunto casi todo el plenario" (fls. cit.).

En su intento por demostrar este cargo, aduce el actor que el Tribunal "no apreció en su conjunto el caudal probatorio razón por la cual desestimó su valor; y a contrario sensu (*sic*) en un error in-judicando sobre un falso juicio de apreciación le concedió un valor innegable a los testimonios de los parientes de la víctima Hugo de Jesús Alvarez Revollo, Ana Beatriz González Flórez (fls. 5, 6, 7, 8, 33 y 34), Luz Stella González Borja (fls. 46 y 55), Javier Antonio González Flórez (fls. 48 y 88).

Luego alude al reconocimiento en fila de personas en el que intervino la testigo Ana Beatriz González Flórez y anota: "...la informalidad de la prueba en (*sic*) reconocimiento en fila de personas se predica en su esencia y su fundamento se vierten (*sic*) en vicios de irregularidades sustanciales dado que el objeto y el tema de esta prueba es el expreso reconocimiento de lo que a exposición de la doctrina de algunos autores que son materia de autoridad han concluido que ésta no es más que una prolongación del testimonio; sin embargo a estudio de la sana crítica probatoria aquel que reconoce de los que está totalmente seguro a visibilidad expuesta de manera pública como lo hizo el organismo de seguridad de la Sijin a través de Ana Beatriz González Flórez, socava todas las garantías y ritualidades y sustancialidad de la forma y contenido de esta prueba que no se hace esperar su calificación de amañada..." (fls. 82 y 83-3).

En seguida critica la prueba testimonial de cargo, la tilda de contradictoria y no creíble y señala: "anteriormente era necesario demostrar en el Código de Procedimiento Penal derogado, dentro del juicio de legalidad sobre la existencia del error de hecho y de derecho en esa causal del Código abolido (*sic*) pero dentro del Código de Procedimiento Penal vigente el legislador simple y llanamente sostiene que si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente" (fls. 85-3).

Recalca que en las indagatorias los acusados "se mostraron absolutamente inocentes del hecho" (fls. 87-3) y trata de hacer ver la inconsistencia de la prueba de cargo, señalando que con respecto a las indagatorias de los procesados" el Juez de segunda instancia esgrimiendo argumentos de criterio objetivo las calificó de coartada procesal" (fls. 90-3).

Cargo segundo:

Aduce nulidad a tenor del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal, porque en la resolución acusatoria se cometieron "irregularidades sustanciales que genera nulidad por violación a las formas propias del juicio", precisando que dicho proveído es anfibológico y que "lo más importante de la crítica de este tipo de nulidad se basa en que ni siquiera se motiva ni estructura el agravante del numeral séptimo, no hace ni siquiera alusión de esta situación jurídica y que es fundamental para efecto de esta calificación" (fls. 93-3); más adelante insiste en que "la resolución acusatoria es incongruente, inmotivada, sin pilares de fundamento lo que será materia de censura" (fls. 98-3).

En dichos términos pide, pues, que se case el fallo.

Alegato del defensor del otro procesado:

Dice el defensor del procesado Anuar Villadiego Alvarez:

"Estuve pendiente de la sentencia de segund instancia, con el fin de interponer, en el caso de que –como lo fue– hubiese sido contraria los intereses que representó, el recurso de casación.

"Desafortunadamente no hubo pronunciamiento dentro del término legal.

"Habiéndose dictado dicha sentencia fuera de término, y habiendo constancia en el expediente de que soy un profesional del derecho que tiene su domicilio profesional en Cartagena, ciudad retirada aproximadamente 150 kilómetros de Sincelejo (Sucre), es lo normal el que, por cualquier medio, antes de

notificarme por edicto, se me hubiese avisado, sobre todo porque el procesado que defiendo se encuentra privado de su libertad.

"Véase que el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal es del siguiente tenor:

"'Art. 190. Notificación por estado. La notificación por estado se hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado'.

"Si en lo menos –como se ve– que es la notificación por estado, debe antes intentarse la notificación personal, en lo más, que es la notificación por edicto, debe, por vía de lógica, acontecer lo mismo. Y más, cuando el defensor no reside en el lugar en que tiene su casco el funcionario judicial correspondiente.

"Solicito a la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues, para que se me ofrezca la oportunidad de hacer uso del recurso de casación, decretar la nulidad del asunto de la referencia, antes de examinar la demanda presentada por el doctor Juan José Romero, para que se notifique la sentencia de segunda instancia como lo manda la ley. La nulidad debe ser a partir del edicto, inclusive" (fls. 101-3).

Alegato apreciatorio:

Dentro del término de traslado a los no recurrentes, el Procurador Judicial 169 para Asuntos Penales, dice:

"De la lectura del libelo se puede llegar a comprender que el demandante con el primer cargo ataca la sentencia en razón de que, a su entender, existe duda y que no se tuvo en cuenta la presunción de inocencia que ampara a todo procesado.

"Debate el defensor la credibilidad que se le dio al acervo probatorio y con ello está impugnando la prueba y en ese caso no puede haber violación directa" (fls. 102-3).

Cita el Procurador Judicial jurisprudencia sobre la no procedencia de alegar en casación como si se tratara de una instancia y señala en cuanto a la nulidad aducida por el casacionista:

> "No es cierto que no se haya fijado el alcance de las pruebas y por el contrario se analizó debidamente el aspecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad tanto en la sentencia de primero como la (*sic*) de segundo grado.
>
> "No es cierto que no se hayan motivado la providencias atacadas. Para darnos cuenta de ello no basta sino leerlas.
>
> "No comprende este agente las afirmaciones del recurrente al hablar de falta de claridad en las sentencias y manifestar que hay anfibología y ambigüedad.
>
> "Hubo el suficiente análisis, claridad y precisión y se respetaron los derechos fundamentales y el debido proceso" (fls. 105 y 106-3).

Pide entonces a la Sala mantener la sentencia impugnada.

Concepto de la Procuraduría:

Causal tercera:

Al respecto observa el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que en ninguna medida el casacionista fundamenta la nulidad que invoca; señala que, por el contrario, la resolución acusatoria "en lo relativo a la responsabilidad del imputado (*sic*) sí presenta una adecuada fundamentación" (fls. 11 cuaderno Corte).

Agrega que, además, esa providencia está debidamente motivada y que en relación con la agravante que en la misma se dedujo, ella no fue tenida en cuenta en la sentencia.

Por esas razones, opina que no se da la nulidad planteada.

Causal primera:

No obstante aducir violación directa de la ley, el actor combate la prueba, lo cual constituye un error, dice la Delegada, y añade que si en gracia de discusión se acepta que es una violación indirecta la argüída, "tampoco podría prosperar el cargo por cuanto que, como lo enseñan la jurisprudencia y la doctrina, el yerro fáctico por falso juicio de identidad se presenta cuando la apreciación de la prueba que hace el juzgador no coincide con su naturaleza, o cuando se falsea su expresión fáctica que le hacen producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto, aspectos éstos a los cuales en nada se refiere el recurrente. En el fndo lo que el libelista hace es criticar el análisis y valoración jurídica que de los medios de prueba efectuó el fallador... lo que no es de recibo en casación en razón de que el Juez de la sentencia tiene la libre apreciación racional de los diferentes medios de convicción allegados al proceso, conforme al principio de la sana crítica (lógica, experiencia y datos de la ciencia) que informan su conocimiento, lo que prima frente a los criterios particulares del casacionista, y por otra parte la sentencia está amparada por la doble presunción de legalidad y acierto" (fls. 14).

Concluye entonces la Procuraduría diciendo: "Ello permite insistir H. Magistrados, en que la impugnación consiste en la crítica probatoria, repetición por demás de lo sostenido en la audiencia pública de las instancias y en sus alegatos" (fls. 15).

En tales condiciones, solicita no casar el fallo.

Se considera:

Antes de pronunciarse la Corte sobre la demanda de casación presentada, es pertinente hacer las siguientes precisiones, en torno a lo aducido por el defensor del procesado Omar Villadiego Alvarez.

El expediente entró al despacho del Magistrado ponente (Dr. Armando Vergara Cárdenas) el 5 de febrero de 1993 para que se produjera el fallo impugnado (fls. 39 vto. 3), el cual se emitió el 14 de mayo del mismo año (fls. 40 y ss.), siendo notificados personalmente del mismo los procesados y el Procurador Judicial; luego se notificó por edicto, según las voces del

artículo 323 del Código de Procedimiento (fls. 67 vto. y 68). El 26 de mayo se corrió el traslado para recurrir, haciéndolo el mismo día el defensor de Arteaga Rambaut. Mediante auto de 17 de junio se concedió ese recurso de casación, disponiéndose que una vez vencido el término para presentar la respectiva demanda, se cumpliera el traslado a los no recurrentes.

El 2 de agosto, el mencionado defensor presentó la correspondiente demanda (fls. 74 y ss.) y el 11 de dicho mes se corrió traslado a los no recurrentes (fls. 100), siendo entonces cuando se recibieron los escritos del defensor de Anuar Villadiego Alvarez y del Procurador Judicial 169 (fls. 101 y ss.).

Como puede apreciarse, el proceso de notificación se dio correctamente. Es que por parte alguna el Código de Procedimiento Penal manda que la sentencia se notifique personalmente al defensor del procesado, como lo pretende el apoderado de Villadiego Alvarez, quien, de otro lado, yerra al citar el artículo 190 del referido Código, el cual prevé la notificación por estado, caso que nada tiene que ver con el que ocupa la atención de la Sala.

Por virtud del principio rector de integración, contemplado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, para determinar qué clase de providencias se notifican por estado y por edicto, hay que acudir al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 323 ordena notificar las sentencias por edicto.

Ha debido entonces el abogado de Villadiego Alvarez estar atento al decurso procesal y así habría podido recurrir en casación, como lo hizo oportunamente el defensor del coprocesado Arteaga Rambaut.

Cargo primero:

En verdad la nulidad que plantea el casacionista se exhibe en sumo grado difusa, ya que si bien le endilga a la resolución acusatoria ambigüedad y anfibología, no indica siquiera de qué modo pudo tal cosa dificultar u obstaculizar el derecho de defensa de su representado Arteaga Rambaut o cómo pudo ello afectar el debido proceso.

Pero lo demás, diciente al respecto es que no se aprecia cierta dicha censura, pues si se repasa la resolución de acusación de 30 de diciembre de 1991, proferida por el Juzgado 13 de Instrucción Criminal radicado en Sincelejo (fls. 156 y ss-2), se constata que en primer lugar se narran los hechos claramente, se relacionan las pruebas recaudadas y se califica el homicidio como agravado por la indefensión "por la misma modalidad y naturaleza en que ocurrió el hecho" (fls. 158-1).

Ahora bien: en lo que atañe a la responsabilidad de los procesados, el Juzgado anuncia: "Entramos entonces al examen de todas y cada una de las pruebas relacionadas en el acápite anterior" (fl. cit.), concluyendo al efecto que la prueba cardinal de cargo está conformada por las declaraciones de quienes presenciaron los hechos (esposa y cuñada del occiso) y del reconocimiento que los mismos realizaron, al punto que señalaron sin ambages a los justiciables como los autores del homicidio.

En contraste, no se otorgó credibilidad ninguna a Hernán Martínez Flórez y Francisco Meléndez Martínez, acompañantes de los procesados cuando éstos fueron aprehendidos y quienes pretendieron corroborar la coartada esgrimida por los mismos, al coincidir en afirmar que a la hora del homicidio de Hugo de Jesús Alvarez Revollo se encontraban con los acusados en sitio distante del escenario delictual. "Igual cosa se puede decir de las declaraciones de Hernán Martínez Flórez y Francisco Meléndez Martínez –dijo el Juzgado a fls. 159-1–, pues si éstos así lo dejaron entrever, al afirmar que venían con los sindicados en sus motos de la ciudad de Montería, conclusión que se llega (*sic*) en el hecho de que mientras el uno dice que compraron una botella de ron Medellín, el otro afirma que fue de aguardiante; tal como se desprende de las versiones libres rendidas ante la policía, aunque al rendir sus testimonios en el Juzgado tergiversaron estas deposiciones diciendo a su acomodo lo que querían".

En suma, se nota sin esfuerzos que el cargo de homicidio hecho a los procesados se basó esencialmente en las referidas declaraciones y en los reconocimientos en fila de personas.

Es tan claro que la acusación no adolece de las fallas enrostradas por el casacionista, que en la audiencia pública ninguna de las partes que en

ella intervinieron (Ministerio Público, apoderado de la parte civil y los dos defensores de los encausados) se mostró confundida o dubitativa con respecto a la acusación. El Tribunal, al revisar por apelación ese proveído, lo compartió en esencia.

Es así como *de acuerdo con dichos cargos* se dijo en el fallo de primer grado: "En conclusión, ni los dichos de los procesados, ni las declaraciones de sus presuntos acompañantes, como tampoco los testimonios llamados en coadyuvancia, alcanzan a traer los elementos de juicio que le permitan a este juzgador tener *convicción y certeza* de la existencia de las *coartdas* esgrimidas por los procesados. Mucho menos logran socavar las bases y cimientos de las pruebas que constituyen el soporte de incriminación. Aún más, no alcanzaron a debilitarlas o enervarlas. En consecuencia, no se dan los presupuestos del in dubio pro reo que invocan el Fiscal y los defensores. Aquí se está en presencia de dos testimonios plenamente apuntalados en el proceso, sin que hayan podido ser infirmados. Son testimonios que traen *certeza y convicción* al Despacho acerca de la existencia del hecho y de sus autores. Frente a ellos aparecen las pruebas de descargos totalmente plagadas de contradicciones, imprecisiones, ambigüedades, incoherencias y dubitaciones" (subrayadas del original).

Por su lado, el Tribunal, al aprobar esas consideraciones –provenientes de la resolución acusatoria, se repite–, dijo: "De tal manera que el soporte de la acusación que se ha formulado contra los acusados lo constituye las deponencias de la esposa de la víctima y su cuñada, quienes no sólo relataron el episodio criminal en sus diferentes secuencias, sino que suministraron la filiación de los homicidas y sus atuendos y luego los reconocieron plenamente" (fls. 61, 62-3).

En cuanto a la claridad y precisión de los cargos, no hay, pues, duda.

Por último, conviene anotar que las censuras que dirige el casacionista al hecho de la atribución de la agravante en torno al homicidio, devienen totalmente inanes, si se tiene en cuenta que precisamente en la sentencia de primer grado (y luego en la de segunda instancia) se sustrajo esa agravante. De ahí que si no se tuvo en cuenta en el fallo impugnado, mal puede ser combatida en casación por el censor.

No prospera entonces este primer cargo.

Segundo cargo:

Lo primero que cabe resaltar es que –como lo hizo ver en su alegato el Procurador Judicial–, pese a haber aducido la violación directa de la ley (cosa que el casacionista hizo en mayúsculas y en forma subrayada, dejando ver, por tanto, que no se trata de un lapsus o cosa semejante), el censor se dedica a discrepar de la valoración probatoria, yerro sumo en casación, pues bien es sabido que cuando se alega dicha clase de violación se aceptan los hechos (vale decir las pruebas) tal como el sentenciador los ha asumido, discutiéndose únicamente su encuadramiento legal. Que la violación de la ley sea por la vía *indirecta* quiere significar que ocurre a través de la prueba, tal como lo intenta el actor en su demanda.

Hoy día no existe la tarifa legal, que era el valor que el legislador el otorgaba previamente a determinada prueba. Actualmente todas las pruebas están sometidas, para su evaluación, a la sana crítica (art. 254 C. de P.P.). De ahí que, en rigor, no quepa hablar de error de derecho por falso juicio de convicción.

Ahora bien: también es una verdad el hecho de que el casacionista alega al respecto como si se tratara de una instancia, aunque de manera deficiente, porque no combate las pruebas centrales de cargo, como son las declaraciones de la mujer y de la cuñada de la víctima y los reconocimientos en fila de personas que éstas realizaron.

Es obvio que ante sus nada serias divergencias probatorias, prevalezcan las consideraciones que al respecto hizo el sentenciador, las cuales solamente pueden ser derruídas si se erigen sobre errores protuberantes, que el actor está muy lejos de demostrar.

Otra cosa: si bien es cierto que la actual normatividad no se refiere expresamente a yerros de hecho o de derecho, no se ve de qué otra manera pueda el casacionista establecer ante la Corte las equivocaciones del fallador. Centenaria es de verdad la jurisprudencia en la precisión y esclarecimiento de esas clases de error, motivo por el cual no tiene razón el censor, quien implícitamente asevera que se alega en casación como

en una instancia, cosa que justamente hizo él en la demanda de casación que se encara. No se olvide, ni por bien sabido se deje de repetir, que el fallo de las instancias está cobijado por la doble presunción de acierto y legalidad, que tócale al actor derribar si persigue que su pretensión salga avante.

En cuanto al reconocimiento en fila de personas, el actor lo discute pero sin sustentar la razón de ese disenso. De lo farragosamente expuesto en la demanda se desprende que lo que se combate es el hecho de que tal diligencia se haya realizado después de que la esposa del occiso, Ana Beatriz González Flórez, había visto a los procesados. Semejante tesis de suyo no sirve de manera alguna para desvirtuar esa clase de prueba. Al respecto dijo el Juez 13 de Instrucción Criminal cuando no repuso la resolución de acusación: "En cuanto a la objeción que se le hace a las diligencias de reconocimiento judicial a los sindicados, ella no solamente contiene el señalamiento directo que hicieron Ana Beatriz González y Luz Stella González Borja, de las personas de los sindicados, sino el testimonio de las mismas personas en cuanto a todos los efectos ejecutados (*sic*) por esos sindicados para causar el hecho" (fls. 187-1).

Por su parte, el Tribunal, al confirmar la acusación, señaló que de conformidad con los artículos 332 literal e), 334-5 y 6 del Código de Procedimiento Penal (Dto. 50/87), la policía judicial estaba facultada para llevar a cabo esos reconocimientos, los cuales se practicaron –agrega– a tenor de los artículos 389 y 390 ibídem.

Las generales y abstractas discrepancias del casacionista con parte de la prueba, dejan incólume la valoración del fallador, motivo por el cual este cargo tampoco prospera, debiéndose, por tanto, mantener intacto el fallo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

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

Carlos Alberto Gordillo L., Secretario.

PRESCRIPCION / FAVORABILIDAD

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena del 31 de mayo de 1984 declaró inexequibles, entre otros, los numerales 2 y 3 del artículo 1o. de la Ley 2a. de 1984, en los cuales se daba competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no pasara de treinta días y no produjera otras consecuencias, y contra el patrimonio económico cuando la cuantía no fuera superior a treinta mil pesos ($30.000.), pero dejó vigente el artículo 9o. que modificó el término de prescripción de la acción penal para esas infracciones.

Siendo una norma posterior a la ocurrencia de los hechos y favorable a los intereses del procesado, era forzosa su aplicación retroactiva desde el momento mismo en que entró en vigencia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 85.

Vistos:

Procede la Sala a resolver la acción de revisión instaurada por la defensora del condenado JOSE ANTONIO TORRES MORENO, contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, confirmatoria de la dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en la cual se le impuso una pena de dos años de prisión por el delito de hurto.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros los consigna el Tribunal en el fallo así:

> "Indican los autos que el día domingo veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta, de diez a onche de la mañana, en la vereda "Pie de Peña" jurisdicción de Pachavita, en su propia residencia de habitación ESTHER CONTRERAS VDA. DE ROPERO fue agredida brutalmente por los sujetos que ella reconoció de nombres José Antonio Torres "a. Llanero" y a uno de los Barreto Julio o Rafael, residentes en la misma vereda, quienes la enlazaron por el cuello y la llevaron arrastrada un buen trayecto donde finalmente la dejaron y creyendo que estaba muerta, luego de quitarle una bolsa del seno que contenía más de diez mil pesos, la taparon con hojarasca. Después de que se fueron los victimarios la señora se fue a gatas para su casa botando sangre por los oídos, nariz y boca".

Conforme al procedimiento entonces vigente, el 16 de septiembre de 1985, el Juzgado Segundo Superior de Tunja profirió el llamamiento a juicio por tentativa de homicidio agravado en concurso con hurto agravado. Este mismo despacho, luego de la audiencia pública con intervención de jurado de conciencia, el 28 de septiembre de 1987 dictó sentencia absolutoria por la tentativa de homicidio y condenatoria por el hurto, imponiéndole al acusado dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo tiempo.

El fallo fue consultado ante el Tribunal Superior de Tunja, y obtuvo su confirmación mediante proveído de abril 13 de 1988.

Demanda de revisión:

La accionante invoca la causal segunda de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es el siguiente:

> "Cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querella o petición válidamente formulada o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal".

El reproche consiste en que no era posible dictar sentencia condenatoria por el delito de hurto, porque la acción penal ya se encontraba prescrita.

En la fundamentación se afirma lo siguiente: encontrándose en curso el proceso contra JOSE ANTONIO TORRES MORENO, entró en vigencia la Ley 2a. de 1984, donde se estableció la competencia, procedimiento y prescripción para algunos delitos, entre ellos el de hurto en cuantía inferior a treinta mil pesos ($30.000.). La Corte declaró inexequibles los artículos que le otorgaban competencia a las inspecciones de policía, pero dejó intacto lo referente a la cuantía, y mediante el Decreto 1450 de 1984, se estableció que los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no excediera de treinta mil pesos sería de competencia de los jueces penales municipales.

Se debe entender entonces, que el trámite y prescripción de estos delitos se regía por el artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984, que al respecto decía: "Las acciones de que trata el presente capítulo prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho".

Por tanto, "...en aplicación al principio de favorabilidad, la acción penal por el delito de hurto en el caso sub-examine había prescrito desde la entrada en vigencia de la mencionada ley, pues los hechos habían ocurrido el 25 de mayo de 1980; y por ser esta Ley 2a. de 1984 favorable al procesado por señalar un tiempo menor de prescripción, se hacen inmediatos sus efectos retroactivos y cobijaban entonces al procesado Torres Moreno".

Agrega que sobre la aplicación de la Ley 2a. de 1984 por favorabilidad, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en fallos de diciembre 18 de 1989 y 4 de julio de 1990.

La petición es que se declare sin valor la sentencia del Tribunal Superior de Tunja y se dicte la de reemplazo que corresponda.

En el alegato de conclusión repite los mismos argumentos consignados en la demanda, y reitera la solicitud formulada en ella.

Consideraciones de la Sala:

1o. De conformidad con lo que aparece en autos, el hurto investigado tuvo ocurrencia el 25 de mayo de 1980, y la sentencia de segunda instancia que puso fin a la actuación se dictó el 13 de abril de 1988.

La Ley 2a. de 1984 entró en vigencia en enero de ese año, y en su artículo 1o. numeral tercero, estableció como de competencia de las autoridades de policía, conocer de los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no excediera de treinta mil pesos ($30.000.oo).

En el artículo 9o., dispuso que las acciones de que trata ese capítulo prescriben en dos (2) años contados a partir de la realización del hecho.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena del 31 de mayo de 1984, declaró inexequibles, entre otros, los numerales 2 y 3 del artículo 1o. de la Ley 2a. de 1984, en los cuales se daba competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no pasara de treinta días y no produjera otras consecuencias, y contra el patrimonio económico cuando la cuantía no fuera superior de treinta mil pesos ($30.000.), pero dejó vigente el artículo 9o. que modificó el término de prescripción de la acción penal para esas infracciones.

Siendo una norma posterior a la ocurrencia de los hechos y favorable a los intereses del procesado, era forzosa su aplicación retroactiva desde el momento mismo en que entró en vigencia, época para la cual ni siquiera se había calificado el mérito del sumario, no obstante que habían transcurrido casi cuatro años desde el día de la comisión del ilícito.

Como bien lo señala la defensora, el hecho de que por razón de la conexidad con la tentativa de homicidio estuviera conociendo del hurto de los diez mil pesos ($10.000.) un juez superior, no sustraía a este punible de la nueva reglamentación, que ha debido ser aplicada de inmediato.

Por haberse dictado las sentencias de primera y segunda instancia, en un proceso en el que la acción penal por el delito de hurto había

prescrito desde mayo 25 de 1982, se accederá a declarar sin valor el fallo motivo de la acción, y en su lugar se decretará en favor del acriminado la cesación del procedimiento por prescripción de la acción 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:

Declarar sin valor la sentencia de abril 13 de 1988, dictada por el Tribunal Superior de Tunja contra JOSE ANTONIO TORRES MORENO por el delito de hurto, según hechos relatados en la parte motiva, y en su lugar decretar en su favor la cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PECULADO / FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

Cuando el Estado aborda terrenos propios de los particulares como sucede en el de la intermediación financiera, claro resulta que, de inmediato sus actividades comienzan a ser gobernandos por el derecho privado. No es un mero capricho del legislador. La equidad es la razón de ser de dicha previsión. Los particulares verían atropellados sus derechos ante un competidor como el Estado, dotado de las prerrogativas que le confiere su especial condición, quien tendría todas las facilidades para su tarea y, con ellas, las ganancias posibles en detrimento de los demás.

Sin embargo, ello no quiere decir que al acudir a esta esfera privada y someterse a sus reglas, los caudales que maneje automáticamente pierden su esencia y dejen de ser públicos. El Estado por mandato constitucional, ha de intervenir en el ajuste debido de la economía nacional, regulando, ayudando o dirigiendo uno de sus sectores. En algunos casos compromette sus mismos recursos en dicha tarea, por lo que las ganancias que obtenga o las pérdidas que sufra afectan en mayor o menor escala los caudales estatales.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 82 de 27 de julio de 1994.

Vistos:

Decide la SALA sobre la demanda de casación interpuesta por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal

Superior de Neiva, mediante la cual absolvió a *Edgar Tovar Ramírez, Humberto Cuéllar España y Heriberto Gómez Vela* de todos los cargos que les fueron imputados en este proceso.

Hechos:

Con propiedad y acierto el Tribunal los compendió en las siguientes palabras:

> "Jesús Antonio Gómez Muñoz, por varios años uno de los buenos clientes del Banco Cafetero sucursal Pitalito donde tenía una cuenta de ahorros, el 10 de enero de 1989 solicitó a esa entidad un préstamo agropecuario para invertir en sus fincas "La Ceiba" y "Mirador" ubicadas en la inspección de Bruselas, el que fue aprobado el 1o. de febrero del mismo año con garantía personal de la firma de su esposa Anatilde Vela, según aparece en la parte inferior del formulario que obra a folio 34 del cuaderno No. 1. Al día siguiente quedaron diligenciados tanto el pagaré a la orden (folio 24) como la solicitud de seguro de vida de deudores (folio 45).
>
> "El 3 de febrero de 1989 ocurrieron varias cosas: A las cinco de la madrugada según el registro de defunción cuya fotocopia aparece a folio 3, Jesús Antonio Gómez Muñoz dejó de existir. Sin embargo, a partir de las ocho de la mañana de esta misma fecha se continuó con el trámite del préstamo contabilizándose mediante las formas denominadas "liquidación y Novedad Sicab", la planilla de concentración y la planilla auxiliar del movimiento diario entre otras, que aparecen con la data del día anterior. También el día 3, mediante un comprobante de débito 20 se efectuó el cruce por acreedores varios, indicando esto que el dinero fue abonado a la cuenta de ahorros del prestatario en esa fecha y no en la anterior, como aparece en los otros documentos mencionados.
>
> Se denuncia como irregularidad delictiva precisamente este hecho, es decir, el de aparecer con fecha 2 algunas actuaciones que en realidad habrían ocurrido el 3 de febrero de 1989, horas

depués del fallecimiento de Gómez Muñoz, conducta en la que estarían comprometidos el Gerente del banco sucursal Pitalito EDGAR TOVAR RAMIREZ, el empleado de la misma institución HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA y uno de los hijos del causante HERIBERTO GOMEZ VELA, quien en últimas sería el principal interesado para que la transacción se efectuara y se le dieran las facilidades para sacar dinero de la cuenta de ahorros en la cual sólo figuraba como beneficiario su padre Jesús Antonio Gómez Muñoz".

Sinópsis procesal:

En los términos que se citan a continuación sintetizó la Delegada los avatares del proceso:

"El Juez 23 de Instrucción Criminal de Pitalito por auto del 30 de octubre de 1989 ordenó indagación preliminar. Con fecha 14 de diciembre del mismo año dispuso la apertura de la investigación y vinculó a la misma mediante indagatoria a EDGAR TOVAR RAMIREZ, HERIBERTO GOMEZ VELA y HUMBERTO CUELLAR ZAPATA. Por proveído del 25 de enero de 1990 dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de EDGAR TOVAR RAMIREZ y HERIBERTO GOMEZ VELA.

Cerrada la investigación, el Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Pitalito por medio de providencia del 14 de enero de 1991 profirió resolución de acusación en contra de EDGAR TOVAR RAMIREZ, HERIBERTO GOMEZ VELA y HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA, por los delitos de falsedad ideológica en documento público, falsedad ideológica en documento privado y tentativa de hurto en concurso de hechos punibles.

Interpuesto el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra el auto calificatorio, el Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Pitalito en auto del 31 de enero de 1991 dispuso: 1) Reponer la providencia recurrida en el sentido de

proferir resolución de acusación en contra de EDGAR TOVAR RAMIREZ, HERIBERTO GOMEZ VELA y HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA, por concurso material de falsedad en documento privado y no por falsedad ideológica en documento privado. 2) Cesar procedimiento en favor de HERIBERTO GOMEZ VELA, por el delito de hurto entre condueños. 3) Compulsar copia de lo pertinente para que se investigue el delito de falsedad sobre la fecha colocada en el sello que aparece en el reverso del pagaré como lo pagado por el impuesto de timbre y que consta al folio 340 del cuaderno original. Concedió el recurso subsidiario de apelación propuesto contra la resolución acusatoria.

El Tribunal Superior de Neiva, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, mediante proveído del 11 de abril de 1991 decretó: 1) Revocar el cese de procedimiento que por tentativa de hurto entre condueños se había impartido en favor de HERIBERTO GOMEZ VELA, quedando vigente la imputación que inicialmente se le hiciera como presunto autor de hurto en grado de tentativa. 2) Revocar la acusación hecha en contra de HERIBERTO GOMEZ VELA por falsedad ideológica en documento público, y en su lugar, cesar todo procedimiento adelantado al mismo, al no haberse cometido por éste tal ilicitud. 3) Revocar la acusación contra los procesados por falsedad en documento privado, ordenando al respecto, el cese de procedimiento por inexistencia del hecho punible, y en consecuencia revocar el ordenamiento para investigar la presunta falsedad de la fecha que ostenta el sello de timbre impreso en el pagaré. 4) Confirmar el ordenamiento acusatorio en contra de EDGAR TOVAR RAMIREZ y HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA por falsedad en documento público y hurto simple tentado.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pitalito, por auto del 1o. e agosto de 1991, varió la calificación provisional del numeral cuarto de la parte resolutiva de la providencia de fecha 11 de abril de 1991 emanada del Tribunal Superior de Neiva, para en su lugar, acusar a los procesados EDGAR TOVAR

RAMIREZ, HERIBERTO GOMEZ VELA y HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA, como autores del delito de falsedad en documento privado, con la circunstancia de agravación considerada en dicha providencia artículo 501 del C.P.P. modificado por el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989).

Celebrada la correspondiente audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pitalito mediante sentencia del 10 de julio de 1992 absolvió de los cargos formulados a los procesados EDGAR TOVAR RAMIREZ, HERIBERTO GOMEZ VELA y HUMBERTO CUELLAR ESPAÑA.

El Tribunal Superior de Neiva, al desatar el recurso de apelación que fue interpuesto contra el fallo de primera instancia por el adpoderado de la parte civil, le impartió confirmación".

La demanda:

Con fundamento en la causal *tercera* de casación, el recurrente plantea un único cargo por la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y más exactamente un error en la denominación jurídica de la infracción. Esta es la esencia de su planteamiento. Luego de recordar los antecedentes normativos de esta especie de nulidad precisa que la falencia se dio tanto en lo referente a los delitos de hurto y falsedad en documento privado pues en vez del primero se estructura un delito de peculado y en lugar del segundo se tipifica uno de falsedad en documento público.

Respecto al hurto, recuerda que los dineros del Banco Cafetero son oficiales por ser éste una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de las que contempla el art. 133 del C.P. Por consiguiente, apropiarse de estos valores constituye peculado. Como quiera que al momento de fallecer *Jesús Antonio Gómez* no se había perfeccionado el mutuo con la entrega del dinero, éste "...pertenecía al Banco y no al presunto mutuario...", hecho que conocían *Cuéllar y Tovar.*

Rechaza la aplicabilidad del Decreto 1686 de 1988 pues sólo los herederos y el cónyuge pueden disponer de la cuenta de ahorros del

causante en el evento de que al morir deje saldos en ella, hecho que no sucedió pues el abono que aparece se le hizo después de su fallecimiento. Finaliza este aparte de su escrito detallando las maniobras fraudulentas de los procesados: falsificación de documentos para revertir la contabilidad, y alteración de la tarjeta de la cuenta de ahorros a fin de que su hijo *Heriberto Gómez Vela* pudiera retirar los fondos.

Cuanto a la falsedad en documento privado resalta que para la época del suceso investigado regía el Código Penal de 1987. A continuación recuerda el alcance jurídico de los vocablos "Documento público" y "empleado oficial". Considerando el carácter público del Banco Cafetero se tiene que sus empleados son oficiales y, por tanto, los documentos que expidan tienen también dicho carácter, sin importar el concepto de la Superintendencia Bancaria que hace suyo el juez del conocimiento por no tener validez jurídica frente a la referida normatividad.

Por consiguiente, "...Al no haberse juzgado por los delitos realmente cometidos, se dejó de proferir sentencia con respecto a las verdaderas infracciones de cuya existencia real depende también la obligatoriedad de indeminizar perjuicios causados al Banco Cafetero". Por tales razones solicita de la SALA, la casación de la sentencia acusada, decretando la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria.

Alegatos de las partes no recurrentes:

1. El defensor de *Edgar Tovar* advierte sobre la fianza solidaria que prestó la cónyuge supérstite respecto del pagaré que suscribió *Jesús Antonio Gómez* antes de su muerte. Ello la convertía en deudora de la entidad crediticia y ésta se encontraba en posibilidad de hacer exigible la obligación a su vencimiento. Con relación al pagaré mismo resalta su autenticidad, reconocida por el mismo Tribunal, hecho que motivó el cese de procedimiento por inexistencia de la falsedad en documento privado que se les imputara, decisión que "pasó a cosa juzgada".

En lo referente al intento que hiciera Heriberto Gómez, heredero de Jesús Antonio Gómez, de retirar de la cuenta del causante, el valor del

crédito, advierte que "...este dinero no era del Banco, entidad depositaria del mismo y por lo tanto, el delito de peculado se descarta desde un principio, quedando la imputación reducida a un simple delito de hurto...". No existe, por tanto, la nulidad invocada por el recurrente por lo que solicita de la Corte no casar el fallo recurrido.

2. A su turno, el defensor de Heriberto Gómez Vela transcribe las consideraciones que expuso ante el Tribunal sobre los requisitos que se le exigen a la parte civil para recurrir en casación: resarcimiento de los perjuicios y cuantía para recurrir. Cuanto a lo primero, advierte que no se debe considerar "la pena que corresponde a delito o delitos" y respecto a lo segundo, resalta que el valor actual del monto para impugnar es de diecinueve millones seiscientos mil pesos ($19.600.000.oo), suma que jamás alcanzará el pagaré de tres millones de pesos ($3.000.000.oo), más los intereses de mora, la corrección monetaria y los perjuicios morales. Por consiguiente, considera que el *ad quem* no debió conceder el recurso de casación.

3. Finalmente, en forma conjunta, los apoderados de *Edgar Tovar y Humberto Cuéllar* presentan sus puntos de vista sobre la demanda de casación presentada por la parte civil.

Lo primero que refutan es la existencia como causal de nulidad del error en la denominación jurídica de la infracción pues puede ser corregido por la vía del art. 501 del C. de P.P. de 1987, vigente para la época en que sucedieron los hechos, lo que no hicieron las partes en su momento oportuno. Además, afirman, el censor debió demostrar la lesión al debido proceso. Sin embargo, calló sobre este aspecto.

De todas maneras, destacan la calidad de provisional que tenía la calificación, amén de su acierto, pues el pagaré nació a la vida jurídica antes de la muerte de *Jesús Antonio Gómez* con la solidaridad de su esposa *Anatilde Vela de Gómez*, lo que le da plena validez, convirtiendo en deudora del banco a ésta última. De otro lado, la posible invalidez del documento fue desechada por el Tribunal cuando decretó la cesación de procedimiento en favor de los acusados por el posible delito de falsedad en documento privado, decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, quedando reducido el punible a un hurto entre condueños, cuya

investigación no se pudo realizar al ser presentada la querella en forma extemporánea y por quien no podía tenerse como perjudicado por el suceso criminoso.

Niegan igualmente que los dineros producto del mutuo pertenecieran al Banco al morir el prestatario, por no haberse perfeccionado la transacción con la entrega del dinero, depositándolo en la cuenta de ahorros de *Gómez Muñoz*. Repitiendo los argumentos que han sostenido a lo largo del proceso, indican que la obligación la tuvo el Banco desde el mismo momento en que hizo uso del pagaré, lleándolo en sus espacios en blanco, es decir, a partir del dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989). A estos dineros tenían derecho tanto *Jesús Gómez Muñoz* como su esposa, de modo que pasaron a ser parte del patrimonio de ambos, ya que *Anatilde* también era copropietaria y codeudora de los mismos. Pero, más aún, los dineros nunca se movieron de la cuenta de ahorros del occiso, por lo cual no se puede hablar de "apropiación".

Una referencia al Decreto 1686 de 1988 les sirve para continuar su alegato. No están de acuerdo con el reproche que la parte civil le hace al Tribunal por citarlo en favor de su argumentación, pese a su inaplicabilidad. Al respecto, adiverten que nadie hizo uso del pagaré. Y si la Sala de Decisión habla de él, es para resaltar que los herederos de Gómez Muñoz, pese a obrar en su favor, no lo invocaron, "...pudiendo ante esta vía expedita considerarse inocuas las acciones de agregar el nombre de HERIBERTO GOMEZ VELA a la tarjeta de control y la expedición del C.D.T. a su favor, acciones que nunca se llevaron a cabo en su totalidad para que pudieran producir algún efecto. El C.D.T. fue anulado de puño y letra del Gerente y el nombre de HERIBERTO GOMEZ tachado antes de que éste registrara su firma y su huella dactilar".

Por último, respecto a la calidad de documentos públicos que ostentan los soportes contables y el rechazo que le merece al censor el concepto de la Superintendencia Bancaria, advierten que ésta ejerce funciones de policía judicial conforme a lo preceptuado por el artículo 310 del C. de P.P. de 1987, por lo que sus opiniones técnicas son atendibles por los jueces. De otro lado, los dichos soportes no exhiben la calidad de documentos públicos por cuanto no devienen de persona que ostente dicha calidad sino de quien por ley está obligado a llevar la contabilidad de sus

negocios. Con citas doctrinales sobre el particular rematan su aserto, reafirmando el carácter privado que tienen dichos escritos.

Solicitan, por tanto, mantener incólume la sentencia recurrida.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

En un amplio estudio, el colaborador del Ministerio Público realiza algunas precisiones sobre el tema del peculado respecto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta. Según su parecer, la estructuración del punible "...no puede verse solamente por la cualificación del sujeto activo considerado como empleado oficial...". Debe examinarse también si en estas empresas se cumple con las actividades y servicios que le otorga la Carta a la Administración Pública, circunscritas a las áreas ejecutiva, legislativa y judicial y las de control (Procuraduría y Contraloría).

Las actividades financieras no se encuentran comprendidas dentro de este marco constitucional por lo que "...mal puede una conducta típica penal realizada en el sector de las empresas vinculadas a la administración pública ofender a ésta ya que ontológicamente no la comprende".

Como argumento *a fortiori* cita el art. 8o. del Decreto 1050 de 1968, en el que se establece que los actos y hechos cometidos por este tipo de empresas se rigen por el derecho privado, salvo que la ley de su creación excepcionalmente les confíe funciones administrativas. Encuentra el mandato explicable pues reglan una actividad comercial propia de particulares. De lo contrario, seguirían al régimen legal administrativo y quedarían sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto a la falsedad documental pública se remite a lo dicho en precedencia y advierte que el censor apenas se ocupa de la calidad de tabajador oficial que le asiste a quien comete este tipo de delitos pero no advierte que el acto documental debe ser creado en ejercicio de sus funciones como tal, pues de lo contrario se estaría frente a un documento privado.

Luego de transcribir apartes de una providencia de primera instancia sobre la variación de la calificación provisional a falsedad en documento privado, llama la atención sobre el concepto de la Superintendencia Bancaria que demuestra "..cómo la interpretación más sana es la de tomar la naturaleza de la actividad como determinante de los fenómenos de ofensa a la administración pública, o como generadora de documentos públicos".

Con base en estas proposiciones, solicita *no casar* el fallo impugnado.

La Corte:

1. Antes de entrar en materia la *Sala* considera conveniente referirse a los planteamientos del defensor de *Heriberto Gómez Vela* sobre la ausencia de interés que le asiste a la parte civil para recurrir en casación, dado que el monto de los perjuicios no alcanza el señalado por la ley como necesario para impugnar en casación.

Como en varias oportunidades la *Sala* lo ha aclarado,

> "El interés jurídico de la parte civil está marcadamente dirigido a obtener la indemnización de los daños y perjuicios causados con el delito. Por lo tanto, para que la parte civil pueda recurrir en casación, es indispensable que la sentencia contenga un desconocimiento o una disminución de ese derecho...". (Auto de junio 25 de 1980, M.P. Dr. Servio Tulio Pinzón).

En el caso presente, con la sentencia absolutoria que favoreció a los implicados, es claro que quedó cerrada la posibilidad del resarcimiento de los perjuicios que buscaba la parte civil. Por consiguiente, es legítima su impugnación si busca, por uno de los varios caminos que le brinda el recurso extraordinario, conseguir que se case el fallo pues con ello se le abre la oportunidad de alcanzar los objetivos que se propuso cuando decidió constituírse formalmente como sujeto procesal.

Una de las vías escogidas puede ser la nulidad. Si el representante de la parte civil –como en el asunto de ahora– observare que se presentó una errónea calificación del sumario, y que por consiguiente, el fallo no

podía dictarse como se hizo, es obvio que su desquiciamiento reabre el debate procesal, durante el cual sus alegaciones pueden tener el eco esperado y con ello conseguir la indemnización buscada.

Legítima es la impugnación de este interviniente y así lo declara enfáticamente la Corte.

2. Ahora bien, centrándose la *Sala* en el estudio del libelo, llano es advertir que una nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción es el fundamento de la impugnación. Lo que era un delito de peculado se calificó como hurto y lo propio se hizo con el de falsedad en documento público al que se le catalogó como falsedad en documento privado. El error estriba, según el recurrente, en que pese a que el Banco Cafetero es una Empresa Industrial y Comercial del Estado y por ende sus caudales son públicos, se calificaron las conductas imputadas como si los dineros que maneja fuesen privados.

3. Frente al estudio presentado por la Delegada y el concepto de la Superintendencia Bancaria en que encuentra su sustrato, la *Corte* considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

a. El fomento de la economía nacional, sobre todo a partir del Acto Legislativo No. 1 de 1945, es un servicio público del Estado que la ley puede regular a través de planes y programas. No obstante, como la labor es de suyo compleja y requeriría una infinidad de instituciones, en veces se autoriza a organizaciones privadas para que colaboren en este empeño, como es el caso de la Federación Nacional de Cafeteros.

El artículo 8o. del Decreto 2078 de 1940 creó el Fondo Nacional del Café, en forma de cuenta especial en el Banco de la República, para que en ella se depositaran los impuestos establecidos por cuenta de giros al exterior, reintegro de divisas, utilidades obtenidas por la venta de dichos dólares, etc., cuyos fondos debían destinarse al fomento y la protección de la industria del café y la defensa de las divisas extranjeras indispensables para el comercio exterior.

El propio Decreto 2078 autorizó al Gobierno para contratar con la Federación Nacional de Cafeteros, la ejecución de las operaciones

comerciales del Fondo, encargándose en razón de tales funciones de manejar estos caudales públicos sin que ello quiera decir que al servirse el Estado de una entidad particular, se desprenda de la propiedad de estos dineros que siguen siendo públicos. En este evento, la Federación actúa como simple delegataria del Gobierno para la administración del Fondo.

Como quiera que se necesitaba darle un apoyo decidido al sector cafetero, el Decreto 2314 de 1953 creó el Banco Cafetero y autorizó a la Federación Nacional de Cafeteros para que con cargo al Fondo Nacional del Café suscribiera hasta cincuenta millones de pesos en acciones de dicho banco, quedando la Federación como único accionista. Ahora bien: el que la Federación requiriera de autorización legal para disponer de fondos con destino a dicha suscripción demuestra que el capital no era suyo sino del Estado y si aquella entidad figuraba como único accionista era solamente por tener a su cargo el Fondo Nacional del Café. A más de ello, dos de sus directores y el gerente general eran nombrados por el Presidente de la República, lo que a todas luces indicaba, en su momento, el carácter estatal de la institución.

El Decreto 886 de 1969 despejó cualquier tipo de duda señalando a la entidad crediticia como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, cuyo domicilio es la ciudad de Bogotá, vinculada al Ministerio de Agricultura y organizada conforme a las disposiciones establecidas en dicha normativa. Aquí es conveniente resaltar, sin embargo, que se le permitió su autonomía administrativa y la independencia de su capital, señalando como objeto principal del Banco "...todas las operaciones, negocios, actos y servicios propios de la industria bancaria..."; disponiéndose que su funcionamiento se regularía, aparte del Decreto 2314 que le dio origen, por "...las disposiciones aplicables a las entidades de su clase".

No obstante, la Junta Directiva del Banco quedó presidida por el Ministro de Agricultura, participando en ella también un delegado del Presidente de la República junto a los tres representantes del Comité Nacional de Cafeteros. El gerente general continuó siendo nombrado por el Presidente de la República, determinándose que todos los empleados del ente son trabajadores oficiales, según lo precisó el Decreto 3135 de 1968 en su artículo 5o., quedando aquel como empleado público, calidad

que se explica por ser un agente directo del Presidente de la República, sujeto por consiguiente, a su libre nombramiento y remoción.

Prescindiendo del examen de los Decretos que tuvieron que ver con aumentos de capital (490 de 1969) o modificación de estatutos (0065 de 1984), es de ver que en este estado permaneció hasta la expedición de los Decretos 1748 y 2055 de 1991, los cuales fueron compilados en los artículos 264 a 267 del Decreto 663 de 1993, "...por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del sistema financiero y se modifica su titulación y numeración". Con dichas normas se modificó el Banco Cafetero, en cuanto a su organización, dirección y administración, régimen patrimonial y operaciones autorizadas. Dicho Decreto subrogó las partes pertinentes del Decreto 886 de 1969, como quiera que lo convirtió en Sociedad de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura, le dio la calidad de sociedad anónima sometida a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, regido por las normas del Código de Comercio. No obstante, como esta situación es posterior a los hechos delictuosos materia de estudio, esta transformación en nada interesa al tema en comento.

b. Es claro, por tanto, que la totalidad de los bienes del Banco Cafetero –para la época en que sucedieron los hechos– eran públicos. Por consiguiente, una defraudación contra su patrimonio afectaba los caudales estatales, tipificándose una apropiación de ellos en los términos del artículo 133 del C.P. Hasta aquí no existe dificultad alguna.

c. El recurrente adopta esta tesis teniendo en cuenta la calidad de empleado oficial que les asiste a *Edgar Tovar y Humberto Cuéllar España* y el origen público del patrimonio del Banco Cafetero. Con estos dos fundamentos advierte que los caudales manejados son estatales y, por ende, los delitos cometidos son peculado y falsedad en documento público y no hurto y falsedad en documento privado, como lo advera el fallo impugnado.

d. La Delegada –apoyada en el concepto de la Superintendencia Bancaria– analiza el asunto desde el punto de vista de los objetivos que cumple el Banco Cafetero, admitiendo que si bien los dineros son públicos, al tener su ámbito de acción en el terreno privado (intermediación

financiera) se comporta como un particular más, sujetándose sus actividades al derecho privado, apartándose de los objetivos esenciales del Estado consagrados en el artículo 2o. de la Carta y trascendiendo el específico linde que ésta le impone en lo atinente al renglón económico que se limita apenas a regular las distintas actividades propias del sector (financiera, bursátil, aseguradora, etc.), según las voces del artículo 150-19-d.

En consecuencia, teniéndose en cuenta –asegura la Delegada– que el Estado actúa en estos menesteres como un competidor más, sujeto a los avatares de dicha actividad y, por ende, a las reglas que lo regulan, una actividad ilícita que lesione o ponga en peligro los intereses del ente, ocasiona un perjuicio que sólo se extiende a su particular esfera, pues el menoscabo que llegue a sufrir sólo le impide cumplir con los propósitos onerosos que se ha fijado, ajenos por completo a la Administración Pública.

Ahora bien, la controversia planteada por el Ministerio Público puede ser válida en el terreno del Derecho Administrativo, pues trata sobre la mayor actividad que cumple el Estado moderno en la sociedad, difuminándose en ocasiones su esencia al establecer relaciones comerciales, ajenas a su papel de administrador de un país. No obstante, el tema no proporciona las luces necesarias para solucionar el conflicto materia de estudio.

Obsérvese:

Cuando el Estado aborda terrenos propios de los particulares como sucede con el de la intermediación financiera, claro resulta que, de inmediato sus actividades comienan a ser gobernadas por el derecho privado. No es un mero capricho del legislador. La equidad es la razón de ser de dicha previsión. Los particulares verían atropellados sus derechos ante un competidor como el Estado, dotado de las prerrogativas que le confiere su especial condición, quien tendría todas las facilidades para su tarea y, con ellas, las ganancias posibles en detrimento de los demás.

Sin embargo, ello no quiere decir que al acudir a esta esfera privada y someterse a sus reglas, los caudales que maneje automáticamente pierdan

su esencia y dejen de ser públicos. El Estado, por mandato constitucional, ha de intervenir en el ajuste debido de la economía nacional, regulando, ayudando o dirigiendo uno de sus sectores. En algunos casos compromete sus propios recursos en dicha tarea, por lo que las ganancias que obtenga o las pérdidas que sufra afectan en mayor o menor escala los caudales estatales.

Un ejemplo de ello fue lo sucedido en relación con los Bancos de Colombia y del Estado. Los manejos irregulares de sus directivos afectaron todo el conjunto del sistema financiero, y por ello el Estado se vio obligado a nacionalizarlos para evitar traumatismos en la economía, pero esto no indica que los dineros utilizados para dicho objetivo a partir de allí hayan dejado de ser públicos, transformándose en privados, pues cualquier resultado no sólo afecta a la institución en particular sino, indirectamente al Estado mismo. Un fracaso en estas actividades por fuerza lo perjudica ya que dineros que hacen parte de su patrimonio fueron los comprometidos.

En lo que se refiere al Banco Cafetero, aunque es cierto que se le otorgó independencia a su capital, ello se hizo con el fin de otorgarle una mayor agilidad a sus operaciones comerciales. No obstante, la entidad continuó siendo manejada por el Gobierno como quiera que los medios con los que contaba eran exclusivamente los del Fondo Nacional del Café, cuenta estatal que manejaba los recursos provenientes de los impuestos causados con la exportación del café. Es claro, por consiguiente, que cualquier desmedro en ello, independientemente del renglón en que sean empleados, afecta directamente las finanzas estatales y por ende, quien se apropie de ellos comete el delito de peculado. Resulta un contrasentido afirmar, por consiguiente, que dichos bienes, pese a ser del Estado, dejan de serlo cuando se utilizan en actividades privadas. Lo cual quiere decir, por ejemplo, que los que hacen parte de su reserva y se encuentran depositados en el Banco de la República, en virtud del encaje, como quiera que no están empleados directamente en las actividades bancarias, serían estatales, mientras el resto se convertiría en privado? Lo absurdo de la situación es la eficaz respuesta a quienes propugnan por realizar este tipo de separaciones artificiales.

No sucede lo propio con los documentos expedidos por este tipo de entidades. Aquí es necesario diferenciar entre las certificaciones proferidas

sobre la entidad en sí (capital, patrimonio, actas de la junta directiva, etc.) y los documentos propios de la actividad bancaria como asientos contables, tarjetas de apertura de cuentas corrientes o de ahorros, expedición de certificados de depósito a término, etc.

Es claro, en lo que se refiere a los primeros, el carácter público de dichos documentos pues mediante ellos se está dando fe sobre el funcionamiento del ente en general, por parte de su representante legal, agente directo del Presidente de la República (en el momento de sucederse los hechos). En cambio, respecto de los segundos, solamente responden al desarrollo de sus actividades, iguales a los de sus similares privados por los que no existe razón alguna para darles tratamiento preferencial.

En este sentido es palmar que el Banco Cafetero, aparte de tener como función principal el fomento de la actividad cafetera, también cumple funciones de intermediario en el mercado financiero, sujeto a sus especulaciones, pujando con sus homólogos para lograr mayores ventajas en el mundo bursátil, en fin, asesorando en cuestiones de comercio exterior o simplemente prestando y recibiendo dinero, tareas netamente particulares y, por ende, subordinadas a las regulaciones del derecho privado, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1050 de 1988 que a letra dice:

> "Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia".

Es evidente, entonces, que en desarrollo de su labor de intermediación bancaria, el Banco Cafetero expide documentos netamente privados como que están destinados a respaldar actividades de tal naturaleza y poseen el mismo valor y alcance que los emanados de sus competidores. Las falsedades cometidas en este concreto ámbito tienen, pues, la calidad anotada.

4. Elucidado este punto, se analizan las conductas imputadas a los encartados. En las instancias, en definitiva, la resolución de acusación se dictó con fundamento en un concurso material de hurto y falsedad en documento privado, cesándosele procedimiento a *Heriberto Gómez Vela* como presunto autor de un delito de hurto entre condueños.

Tal calificación fue producto del concepto de la Superintendencia Bancaria en el que destaca que los documentos utilizados por el Banco Cafetero son de naturaleza privada, por ser simples comprobantes de contabilidad que no tienen la calidad de públicos "...por cuanto no devienen de persona que ostente dicha calidad, sino de quien por ley está obligado a llevar contabiliad de sus negocios, esto es, del empresario, sea persona natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado". Sin mayores modificaciones se produjeron los fallos absolutorios de primera y segunda instancias.

5. No estará demás aclarar, con relación a cierta falsa apreciación que podría suscitar la cita anterior, que la Corte tiene entendido, en cuanto a los títulos valores que la naturaleza de documento privado le viene dada por la ley comercial, siendo indiferente la condición de la persona que los emite, sea ésta funcionario o empleado público o simple particular. Afín con este enunciado puede verse la decisión de 16 de abril de 1986, con ponencia del M. Lisandro Martínez Zúñiga.

6. Como atrás se dijo, para el momento en que sucedieron los hechos, los dineros del Banco Cafetero eran del Estado. De otra parte, tanto *Tovar Ramírez* como *Cuéllar España* ostentaban la calidad de trabajadores oficiales. También, de los autos se desprende que dichos valores los tenían a su cargo en razón de las funciones que cumplían como dependientes del Banco Cafetero, cada cual en su respectiva área de trabajo. Cualquier maniobra que se haga para apropiarse de dichos dineros constituye un comportamiento que ofende el bien-interés de la administración pública.

7. Finalmente, es dable predicar que, según se desprende de los autos, su situación jurídica al momento de cerrarse la investigación, se encontraba seriamente comprometida al indicar las pruebas su intento por apropiarse de los caudales en referencia, hecho que los señala como

presuntos responsables de un delito de peculado por apropiación, según la preceptiva del artículo 133 del C.P. Respecto al tercer implicado, *Edgar Gómez Vela*, de la indagación se desprende su calidad de partícipe en los ilícitos investigados.

8. En lo que atañe al delito de falsedad en documento privado, como ya se explicó arriba, la *Sala* encuentra correcta la determinación de la instancia. Es claro, que cuando el gerente del banco, en compañía de su subalterno, procedieron a realizar diversas modificaciones en el cuadro contable, en la tarjeta de apertura de la cuenta de ahorros del fallecido, en el certificado de depósito a término, en una solicitud para créditos, en la cartera a personas naturales y en un pagaré, tales conductas recaen sobre documentos propios de la actividad bancaria en general. No tiene, por consiguiente, el carácter de públicos.

Es todo.

9. Débese aclarar, desde otra perspectiva, que la nulidad impetrada en razón del delito de falsedad en documento privado, no tiene razón de ser. El Código de Procedimiento Penal de 1987, bajo cuyo imperio se calificó el mérito del sumario en este proceso, prescribía en su artículo 483, que la denominación del punible se haría conforme a su género, entendiéndose por tal, el que se le asignara en el capítulo correspondiente. En este linde, por consiguiente, le era dable al juzgador realizar las variaciones correspondientes en cuanto a su especie se refiere, de acuerdo con el acervo probatorio y los elementos de juicio que surgieran de él.

En varias ocasiones la Sala hizo precisión al respecto. Por ejemplo, se recuerda el fallo de junio veinte (20) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), cuya ponencia estuvo a cargo del H. Magistrado, Lisandro Martínez Zúñiga:

> "La *Nulidad* a qu se refiere el numeral 5o. del artículo 210 del C. de P.P. consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, se hace patente en la no coincidencia del caso concreto con la situación de hecho condicionante de la norma

> sustancial que *describe el delito en su forma general y abstracta.* De suerte que el error debe expresar un *nomen iuris* que no corresponde a la forma delictiva que conforman los hechos probados en el sumario. Nombre jurídico que de acuerdo con el artículo 483 del C. de P.P., en la parte resolutiva del auto "...se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca ni señalar el artículo especial que se considere aplicable...".

Esto significa que el error de calificación a que se contrae esta nulidad, tiene que recaer sobre la denominación jurídica de la infracción, según la ley. Y contrario sensu, que no existe nulidad cuando la equivocación versa sobre la especie particular que, dentro del género delictivo, se le señala al ilícito...".

Estas palabras mantienen su vigencia si se tiene en cuenta que tal preceptiva fue recogida en la actual sistemática, disponiéndose en su artículo 442, numeral 3o., que la resolución de acusación debe contener "La calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal".

Pero si algún yerro pudiese existir, no cabría dentro de este ámbito pues poseería una naturaleza diferente. La discusión se centraría en torno al proceso de adecuación típica y ya sería la causal primera la vía correcta para remediar un posible entuerto, específicamente por violación directa de la ley sustancial proveniente de la aplicación indebida del precepto escogido.

En tal orden de ideas, y aún teniendo razón el censor en lo que se refiere al delito de falsedad en documento público, la vía escogida destinaba al fracaso sus esfuerzos.

10. Así las cosas, prospera la demanda en el sentido de decretar la nulidad parcial de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación,

la cual permanecerá incólume en lo que se refiere al delito de falsedad en documento privado, dado que el error en la denominación jurídica de los punibles sólo se dio respecto del delito de hurto, como se dejó explicado con antelación.

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:

Casar parcialmente el fallo impugnado en relación con el delito de hurto y, en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calificatorio, que deberá rehacerse, de acuerdo con los motivos expresados en la parte considerativa de este proveído.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, no firmó; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

APERTURA DE INVESTIGACION / AUTO INHIBITORIO

Resulta elemental entender que la iniciación de la instrucción penal demanda un conocimiento serio y confiable sobre la real ocurrencia del hecho punible que se imputa, ya sea que provenga de la percepción directa del funcionario, del aviso que suministre otra autoridad, de petición o de la iniciativa de los particulares, caso en este último en el que para proteger a la administración de justicia de burlas, imputaciones perversas o denuncias temerarias el legislador exige el aval de su versión bajo la gravedad del juramento (arts. 27 y 29 del C. de P.P.), entrando a reprimir en su caso los abusos en el Capítulo Primero del Título IV, Libro Segundo del Código Penal como los delitos.

Mirada la situación desde el punto de vista de la persona denunciada, tampoco escapa que ante la prevalencia constitucional de la presunción de inocencia, la iniciación de una instrucción resulta abusiva cuando no exista ese conocimiento serio de la posible violación de la ley penal, previéndose como alternativa, que aún de llegar al auto inhibitorio no cause éste una ejecutoria material, lo que implica una conciliación de intereses entre aquél de la comunidad y la administración de perseguir las infracciones y sancionar al responsable, y el del ciudadano a no ser molestado sino por las causas y dentro de las circunstancias que expresamente autorice la ley.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 85.

Vistos:

Decide la Sala si la actuación preliminar cumplida en este asunto amerita para abrir instrucción penal en contra del representante a la Cámara OSCAR LOPEZ CADAVID como aforado ante la Corporación.

Antecedentes:

1. La Fiscalía General de la Nación recibió un escrito sin firmas, fechado el 17 de marzo del año en curso y supuestamente elborado por Aníbal Ayala y Gonzalo Moreno quienes allí se dicen mayoristas de Corabastos y comerciantes del Guaviare, dentro del cual afirman que el sujeto NEBIO ECHEVERRY, uno de los seguidores del desaparecido Pablo Escobar Gaviria, viene utilizando el Local 12 de Corabastos bajo la razón social "Comercializadora El Proveedor" con el fin de intercambiar víveres por cocaína en las poblaciones de San José del Guaviare, Puerto Inírida, Miraflores, Cururú, Puerto Carreño, llevando en camiones junto con los despachos de verdura, papa y granos, precursores para la elaboración del alcaloide, el cual transporta de ingreso a Bogotá y luego a Medellín y la costa el representante LOPEZ CADAVID, aprovechando su calidad de congresista.

En contra del aforado se añade que finalizando la campaña electoral y con el fin de "no perder el puesto en la Cámara" se hizo autosecuestrar de unos amigos, diciendo luego que había sido la guerrilla y que además, en compañía de Nebio Echeverry, Javier López, Gustavo López, Reynel Echeverry y otros, fueron los responsables del homicidio del ex-Gobernador del Meta Narciso Matus.

2. Acreditada la calidad del doctor OSCAR DE JESUS LOPEZ CADAVID como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Guaviare, (cargo para el cual fue reelegido en las últimas elecciones, según se desprende de la copia del listado respectivo remitido por la subsecretaría Auxiliar de ese órgano legislativo a la Secretaría de la Sala), dentro del diligenciamiento preliminar dispuesto logró establecerse lo siguiente:

2.1. La Corporación de Abastos de Bogotá (Corabastos) informó mediante Oficio 000547 del 27 de mayo último, que el individuo Gonzalo

Moreno Correa, a quien se atribuye por antefirma la comunicación recibida en la Fiscalía es persona fallecida desde el 1o. de octubre de 1990, lo que equivale a decir que ni remotamente puede adjudicársele frente a esa denuncia autoría, pues para la fecha que el escrito registra llevaba ya más de tres años de desaparecido.

Con relación al local número 12 se confirma que su arrendataria es la "Comercializadora El Proveedor" y su representante Miguel Peña Torres, lo mismo que el responsable del contrato de alquiler Rubén Antonio Barrera González.

2.2. La Fiscalía Regional Delegada ante la Unidad de Policía Judicial SIJIN entera desde la capital del departamento del Guaviare, que bajo la radicación 20.313 tiene abierta desde el 28 de febrero de 1994 una actuación preliminar relacionada con el delito de secuestro del cual se hiciera víctima al Representante a la Cámara OSCAR LOPEZ.

Al referir algunos pormenores de ese caso advierte que los hechos sucedieron en jurisdicción de Charras, que el congresista iba acompañado de Fabio Acevedo y Saúl León, siendo obstruídos por dos sujetos sobre la carretera y retenido el aforado por dos sujetos que les dijeron pertenecer al 44 frente de las Farc, previniendo que se trataba de un secuestro político. El doctor LOPEZ; quien fuera liberado a los pocos días, dio su versión y los pormenores del sujeto que lo entrevistó: "un comandante BEN-HUR", del lugar donde se le condujo: "CAÑO JABON", y de la entrega de los "COMUNICADOS DE LAS FARC" que el grupo subversivo quería hacer llegar al gobierno. También se añade que no se ha logrado individualizar a las personas responsables del reato, pero que se han verificado diferentes diligencias sobre el particular.

El episodio, por lo demás, fue registrado en la prensa nacional según copia de un recorte que se anexó al escrito anónimo de denuncia que encabeza la presente actuación, y de este reporte se desprende que la acción no fue insular ni ocasional, sino ocurrida dentro de una serie de agresiones de igual índole perpetrada en diferentes sitios del territorio nacional, con la advertencia de que serían rápidas las liberaciones, sumándose ataques a sedes políticas y bloqueo de vías.

2.3. A su vez, el Director Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá respondió a la solicitud de la Sala que en esas dependencias por el delito de homicidio en la persona del doctor Narciso Matus habían pasado de esas dependencias a los Juzgados Regionales con resolución de acusación en contra de Guillermo Arroyave y otros, y así en efecto se ratificó con adjunción de copias de las providencias de primera y de segunda instancia relacionadas con el enjuiciamiento de Guillermo Arroyave, Juan Carlos Valencia, Rodolfo Domínguez y William Ernesto Pineda, sin que remotamente siquiera se aluda a la posible participación del aforado.

Consideraciones de la Sala:

Resulta elemental entender que la iniciación de la instrucción penal demanda un conocimiento serio y confiable sobre la real ocurrencia del hecho punible que se imputa, ya sea que provenga de la percepción directa del funcionario, del aviso que suministre otra autoridad, de petición o de la iniciativa de los particulares, caso este último en el que para proteger a la administración de justicia de burlas, imputaciones perversas o denuncias temerarias el legislador exige el aval de su versión bajo la gravedad del juramento (arts. 27 y 29 del C. de P.P.), entrando a reprimir en su caso los abusos en el capítulo primero del Título IV, Libro Segundo del Código Penal como delitos.

Mirada la situación desde el punto de vista de la persona denunciada, tampoco escapa que ante la prevalencia constitucional de la presunción de inocencia, la iniciación de una instrucción resulta abusiva cuando no exista ese conocimiento serio de la posible violación de la ley penal, previéndose como alternativa, que aún de llegar al auto inhibitorio no cause éste una ejecutoria material, lo que implica una conciliación de intereses entre aquel de la comunidad y la administración de perseguir las infracciones y sancionar al responsable, y el del ciudadano a no ser molestado sino por las causas y dentro de las circunstancias que expresamente autorice la ley.

En el caso que se analiza, la primera objeción que la nota incriminatoria ofrece se refiere a la ausencia de firmas, direcciones o documentos de identidad de quienes supuestamente la avalan, situación que obligaría su ratificación para poder otorgarle seriedad. Sin embargo,

cuando respecto del sujeto Moreno Correa se pretendió su localización, pues cuando menos en su caso se dijo que sería localizable en Corabastos, la respuesta que de esa entidad se obtuvo enteró que se trataba de persona fallecida violentamente desde el año de 1990, situación que lleva a tener el escrito como anónimo.

Sin descontar con lo anterior la Sala la posibilidad de que sobre esta clase de papeles pueda hacere una averiguación preliminar que encause a la apertura sumarial, tal posibilidad implicaría, sin embargo, que la información cobrara ribete de precisión, claridad y exactitud, que al permitir su corroboración, abran camino al esclarecimiento serio de unos hechos.

No es ese, sin embargo, el caso que se examina, pues si bien respecto de algunos particulares se suministran nombres y números telefónicos y se señala la bodega 12 de Corabastos, se trata de personal no aforado respecto del cual carecería la Corte de competencia para investigarlo por detentarla la Fiscalía de la cual proviene el escrito; mientras que en el caso del Representante la afirmación de que transporta cocaína es genérica y vaga y como ya se ha dicho, carente de cualquier aval de seriedad que la sostenga o lleve a conjeturar siquiera el hecho como cierto.

Pasando al caso del así llamado "autosecuestro", es la propia infomación de prensa adosada la que avisa que la privación de libertad del aforado no se dio como hecho aislado sino dentro de todo un contexto de hechos violentos desplegados como se hace ya costumbre en épocas preelectorales en contra de los candidatos a cargos o corporaciones; pero además se ha establecido que no siendo indiferente el caso para la Fiscalía, las averiguaciones previas que allí se están adelantando, en proximidades al lugar del hecho y con inmediación de pruebas, ningún compromiso en estas se arroja que vincule con actividad punible al doctor LOPEZ, quien muy por el contrario posa de ofendido.

La misma situación ofrece el cargo que se le insinúa al congresista como virtual partícipe en el homicidio del ex-gobernador del Meta Narciso Matus. La averiguación allí ya culminó por cuenta de la Fiscalía, y conocido el contenido de las providençias calificatorias que definieron la situación de los vinculados –enjuiciando a unos y precluyendo en favor

de otros–, ni la más mínima advertencia de una posible participación de OSCAR LOPEZ CADAVID en esas piezas se vislumbra.

Muy al contrario, lo acreditado abunda en señalar que el informal escrito de imputación al aforado es temerario y falto de la más mínima seriedad para inducir a la apertura de instrucción penal, motivos suficientes para concluir esta actuación preliminar con la medida que prevé el artículo 327 del Código Penal, en cuanto los hechos concretamente imputados al comportamiento del doctor LOPEZ CADAVID no se han dado.

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

Resuelve:

Primero: Inhibirse de abrir instrucción penal en contra del aforado doctor OSCAR DE JESUS LOPEZ CADAVID, frente a los hechos contemplados en la parte considerativa, y

Segundo: Disponer que una vez en firme esta providencia, se archive el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

PRUEBA / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD /
PENA ACCESORIA

Si la prueba fue tergiversada no podría intentarse sobre ella una valoración certera, en tanto un vicio sobre la credibilidad parte del presupuesto de una exacta comprensión del contenido, sólo que se yerra al otorgarle al medio un valor del cual carece, o al desconocerle aquel legalmente asignado.

El falso juicio de identidad supone que el juzgador falsée el contenido objetivo de la prueba, deformándola o adulterándola para hacerle decir algo distinto o contrario de lo que realmente en ella se contiene.

2. El sistema consagrado en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal le otorga amplitud al Juez para emprender en su conjunto el racional análisis de los medios bajo el criterio de una sana crítica.

3. Tampoco resulta afortunada la alegación del in dubio pro reo para pregonar la irresponsabilidad del procesado, cuando al mismo tiempo se plantea que su culpabilidad debió fijarse frente al delito de lesiones y no de homicidio, pues siendo de la exclusiva iniciativa del censor el planteamiento de los cargos en la impugnación extraordinaria, esa contradicción se torna insalvable frente al principio de limitación que restringe a la Corte la posibilidad de preferir entre alegaciones opuestas, como la opción de corregir o complementar un deficiente escrito de la demanda.

4. Las sanciones accesorias restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de

consumir bebidas alcohólicas, todas ellas como lo destaca el artículo 52, quedan a la discrecionalidad del juez, pero ceñidas a unos parámetros concretos en cuanto a su aplicación y duración, como son los de la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 88.

Vistos:

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado OBDULIO CHAPARRO contra la sentencia de enero 29 de 1993 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual confirmó, reformando la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas de tres a cinco años, la condena emitida en primera instancia por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, imponiéndole al acusado la pena principal de cinco (5) años de prisión por el delito de homicidio imperfecto.

Hechos y actuación procesal:

1. En la tarde del 9 de diciembre de 1991, OBDULIO CHAPARRO interceptó en la vía que de Barichara conduce a San Gil, sitio denominado "Quiebrapatas" un vehículo campero que en esos momentos conducía el ciudadano Alfonso Vargas y en cuyo interior viajaban como pasajeros Lilia Rangel de Rojas, Jesús Reyes Bernal y el menor José Ascensión Monsalve. Después de intimidar a Varga, CHAPARRO se aproximó a la mujer y amenazándola de muerte en caso de que no le pagara un dinero que le adeudaba desde años atrás, pasando de la agresión verbal a las vías de hecho al dirigirle un disparo hacia la cabeza, que terminó por herir a Jesús Reyes Bernal quien se hallaba en la parte trasera del vehículo.

La lesión produjo una incapacidad inferior a 30 días sin secuelas, por lo que el conocimiento de este hecho le fue trasladado a un Inspector de Policía. Con un segundo disparo el acusado lesionó a la mujer en la cadera, detonando el arma todavía por dos veces más contra el automotor cuando el conductor reaccionó abandonando el paraje.

2. A iniciativa de Alfonso Vargas los hechos fueron denunciados ante el Juzgado 15 de instrucción Criminal de San Gil. Allí se recepcionó declaración a la agredida pasando el expediente por reparto al Juzgado Segundo de la misma ciudad y especialidad, donde se oyó en injurada al imputado y se resolvió su situación provisional decretando su detención preventiva por el delito imperfecto de homicidio, adecuación sobre la cual se insistió en la subsiguiente resolución de acusación.

El Juzgado Primero Superior de San Gil dio inicio al ejuiciamiento, prosiguiendo el trámite a la vigencia de la nueva codificación procesal penal como Juzgado Tercero Penal del Circuito. Celebrada la diligencia de audiencia se emitió el fallo de condena en los términos inicialmente señalados mediante decisión oportunamente impugnada por el defensor del acusado, que obtuvo su confirmación ante el Tribunal Superior de Distrito en la forma evocada, providencia ésta última recurrida en casación.

La demanda:

El impugnante le concreta tres cargos al fallo de segunda instancia, todos al amparo del numeral 1o. inciso segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusando la ocurrencia de errores de hecho al considerar que algunas pruebas fundamentales fueron erróneamente apreciadas. De manera subsidiaria propone la nulidad de lo actuado con asidero en los artículos 304, 306 y 307 del Código de Procedimiento Penal. Como normas violadas cita los artículos 1o., 15, 246, 247, 248 y 294 *ibídem*, el artículo 22 del Código Penal y 29 de la Constitución.

Primer cargo: En sentir del recurrente se presenta por la tergiversación de los medios de prueba que condujeron a un error sobre su convicción o apreciación, repercutiendo de manera contundente y

adversa a los intereses del acusado. Trayendo como primera cita las expresiones de Lilia Rangel de Rojas que aparecen en los folios 2vto. y 7vto. del expediente, recuerda que en el relato la ofendida dijo que se le "puso el revólver como a la altura del pecho y dijo le voy a apuntar bien alto, luego motivó como el revólver y disparó... y resulta que lesionó a un señor Jesús Reyes... inmediatamente me puso el revólver en la cadera y cuando sentí fue un tiro que me pegó en la nalga".

Contrariamente a esta afirmación de la testigo –sostiene el censor–, el Tribunal dedujo que OBDULIO en principio le disparó a la víctima a la cabeza, y que si no hizo blanco fue porque instintivamente la anciana se movió, añadiendo que "el acusado accionó varias veces el arma que portaba: en el primer momento le disparó a la señora Lilia cuando apuntaba a la cabeza pero instintivamente la víctima eludió esa acción...", versión que supuestamente tuvo correspondencia con lo afirmado por los testigos presenciales, pues así se dijo:

> "...si bien es cierto que no impactó en la humanidad de la víctima, no puede descartarse su intención de causar daño en esa región del cuerpo, ya que seguidamente realizó el segundo disparo causando la única lesión ya mencionada. Si su deseo era, como lo manifiesta el censor, de 'impresionar o asustar' no se ve la razón para que observando que con esa actitud había herido a un tercero –Jesús Reyes– procediera de inmediato a agredir materialmente a quien pretendía sólo atemorizar (fl. 10 sentencia impugnada)".

De lo cotejado surge una distorsión, según entiende el censor, pues la señora: "nunca habló de la cabeza sino del pecho", ni mencionó que hubiera llegado a moverla. Por el contrario, el disparo lo proyectó el acusado de manera diversa (dejando un ángulo de aproximadamente cuarenta y cinco grados) y en consecuencia, mal puede predicarse que existiera la intención de causarle la muerte, sino a lo sumo unas lesiones personales.

Recordando el tiempo que duró la exigencia del acusado a la agraviada, y los motivos que le asistían de cobrarle unas prestaciones sociales por los servicios que años atrás le había brindado como

mayordomo, agrega que CHAPARRO se encontraba muy cerca de la víctima, sentada e inmóvil, y que el término "matar" partió de ella. Al momento de los disparos, por ser una persona fuerte y joven OBDULIO contó con la facilidad de dirigirlos hacia "una pata" como lo expresó en su indagatoria; pero como los pies de la ofendida estaban vertical al muslo, el disparo sólo lesionó en esa parte a doña Lilia. Nadie intervino para desviar el curso de los proyectiles.

El inicio del recorrido del disparo distaba más de 20 centímetros del lado derecho del cuello de doña Lilia y el cañón se encontraba pegado al espaldar del cojín, como puede apreciarse en la segunda fotografía que muestra el orificio de salida del proyectil; por ello no quedaron huellas, ni existió el peligro de muerte. Existe la certeza absoluta de que el acusado no tuvo intención de matar "sino de impresionar o de herir pero en la parte opuesta a la cabeza (a una pata)".

Segundo cargo: Propone aquí el casacionista que también la versión de Jesús Reyes Bernal (fls. 6 y 7) resultó tergiversada, mal apreciada y mal valorada Sobre el particular el Tribunal expuso:

> "Tenemos en primer término que absolutamente todos los ocupantes del vehículo Jesús Reyes, Alfonso Vargas, José Ascensión Monsalve y Lilia Rangel, dan versión diferente a la del procesado... efectuando un primer disparo a la altura de la cabeza sin hacer blanco en ella pero sí en el pasajero Jesús Reyes Bernal, realizando un segundo disparo con el cual hirió a su antigua patrona...".
>
> Pero lo que el testigo afirmo fue: "Le puso el revolver al lado derecho de la cabeza y disparó y me dio...".

A juicio del recurrente, en ningún momento el testigo afirmó que se hubiese disparado con dirección a la cabeza de doña Lilia; por el contrario, estima que: "el revólver fue movido, desviado, virado o quitado o alejado para disparar y por eso no la lesionó. La segunda fotografía del asiento deja ver una distancia de más de veinte centímetros de donde normalmente podía estar la cabeza y como OBDULIO estaba a quema ropa fue su propia voluntad la que no quiso causar daño con ese disparo a la señora

Lilia". El error en este caso consistió en confundir lo que es disparar a la cabeza con disparar al lado derecho de la cabeza como lo aseguró el testigo, quien a su vez agregó:

> "No estoy seguro si bajó el revólver y le dio a doña Lilia". "Puso me parece un tronco atravesado". Doña Lilia dijo ¿me va a matar con el revólver que le regaló mi hijo para que cuidara la hacienda?. "Me imagino que cuando fue a tirar el tambor, doña Lilia se arrecogó". "Y luego bajó el revólver y sonó otro tiro".

En estas condiciones: "si el Tribunal sostiene que dicho testigo y todos los demás son prueba de haber disparado a la cabeza a esa señora, es rechazable ese planteamiento porque exactamente el testigo descarta la supuesta tentativa de homicidio"; ya que "se cambió el verdadero alcance de esa prueba testimonial, pues el testigo presencial José Ascensión Monsalve (fl. 33), que viajaba en el mismo automotor, afirma que OBDULIO manifestó `que si se iban' le cogía el carro a tiros y que luego únicamente le dio un tiro en la pierna...". Con la cita de la declaración de Monsalve insiste en que no existieron las amenazas de muerte.

Tercer cargo: Dirigido en contra de las manifestaciones de Alfonso Vargas, a quien se tilda tergiversador y prefabricante de pruebas, por haber alegado el pago de trescientos mil pesos por concepto de gastos de hospitalización y atención médica, mencionar la colocación de un árbol o tronco para obstruir la vía y afirmar la presencia de motivos abyectos, fútiles o innobles, desvirtuadas por la misma ofendida a folio 145. Controvirtiendo esos medios, la demanda sostiene que ellos

> "se desviaron por lo desfavorable y se habló de mal comportamiento del procesado, siendo que nunca había sido sentenciado (Art. 12 C.P.P.) y por ende, su conducta tenía que admitirse como buena y presumirse su inocencia; pero esos principios rectores se violaron por encima de lo ordenado por el art. 22 del C. de P.P. que lo manda prevalentemente".

> "...no se habló de la personalidad de los testigos, de su dependencia (Vargas, subalterno de Lilia) no se analizó lo referente a los $300.000.oo que dice recibió Vargas, ni del que

se dice pagó a enfermeras y médicos, etc., siendo que el Seguro Social pagó todo (folios 194-196) y se tergiversó la prueba para enfrentarla incluso a la prueba científica que desvirtúa el peligro de muerte. Es apenas natural que se transgredió el art. 22 del C. Penal, ya que se habla de tentativa, pero los presupuestos exigidos por la norma no se dan...".

Para el casacionista, el Tribunal:

"conforme con nuestro régimen probatorio tiene facultad discrecional para evaluar o graduar certeza de determinadas pruebas y conforme a ese sistema libre de convicción" pero obrando en contrario "sacó una apreciación errada, inexacta, contraria a una sana lógica jurídica tangible que conllevó o determinó la sentencia condenatoria, cuando si hubiese hecho una apreciación subjetiva ceñida a lo que concretamente dicen las pruebas, es decir, sin agregar cargos graves que ellas no contienen, necesaria e irrefutablemente hubiera absuelto".

El cuarto cargo: Presentado de manera subsidiaria, propone la nulidad de lo actuado por el rompimiento de la unidad procesal, y el juzgamiento por separado de las lesiones personales producidas con el primer disparo que se dice dirigido a la cabeza, pues con ello "desapareció el argumento único, esencial y principal para poder atribuir la supuesta tentativa de homicidio, lo que permite exponer lo relativo a la incidencia de la Cosa Juzgada, quedando sólo la ilicitud de lesiones personales ocasionadas con el segundo disparo, que concretamente sólo ocasionó la incapacidad fijada en el reconocimiento médico del folio 196, que en forma precisa y científica descarta cualesquier peligro de muerte de la señora Lilia...".

Argumenta que mientras el proceso por lesiones personales en Jesús Reyes Beltrán remitido al conocimiento de los funcionarios de Policía de Barichara terminó con cesación de procedimiento por desistimiento, el Tribunal aceptó y tuvo como base para el fallo de condena ahora recurrido en casación, aquel primer disparo respecto del cual el Inspector de Policía ya se había pronunciado, y ello pone en evidencia la necesidad de declarar la nulidad legal y supralegal consagrada en los artículos 1o. y 15 del

Código de Procedimiento Penal, los cuales determinan que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho sin que se afecte el principio de la cosa juzgada.

Fue un solo disparo el que sirvió para adelantar el juzgamiento por las lesiones personales de Reyes Bernal, y al mismo tiempo pero con una denominación diferente, la tentativa de homicidio en la persona de Lilia Rangel de Rojas, así que el debido proceso se vulneró por no aplicar la ley permisiva, garantizada en los artículos 3o., 8o., 10o. y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos relacionados con la libertad, la garantía de los derechos fundamentales y los principios de igualdad e inocencia.

Como inquietud final se agrega la posible vulneración del principio de la *reformatio in peius*, por cuanto el *ad-quem* le modificó a su defendido de 3 a 5 años la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, y para terminar solicita la revocatoria de la sentencia a fin de que se absuelva al acusado, o en subsidio se declare la nulidad de lo actuado y se disponga su libertad inmediata e incondicional.

Extemporáneamente, el defensor hizo llegar un nuevo escrito a la Secretaria de esta Sala de la Corte, dentro del cual insiste en que se case la sentencia y se absuelva al acusado, o subsidiariamente se declare la nulidad y se le otorgue la libertad inmediata. Luego de repetir someramente el contenido del libelo, el impugnante añade: "considero que es superfluo agregar otros argumentos de los expuestos en la demanda, puesto cualesquier omisión, imprecisión, vacío, desvío o error en mis planteamientos, el art. 228 de C. de P.P. podría ser aplicado en toda su extensión para corregir la grave irregularidad de Derecho Sustancial y Procesal presentada en el caso *sub-judice*".

Concepto del Procurador:

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal los cargos de la demanda sólo merecen un parcial respaldo.

Iniciando su análisis por el cargo *cuarto*, formulado como subsidiario por la vía de la nulidad, la Delegada afirma que en su proposición no se

reúnen los requisitos que la técnica del recurso exige, pues dentro de una misma censura se incluyen diferentes aspectos como el rompimiento de la unidad procesal, la violación de los principios de la cosa juzgada y del *non bis in ídem*, pero la deficiente argumentación impide desentrañar en el primer caso si se estaba o no de acuerdo con la ruptura, omitiendo adentrarse siempre en la incidencia que los errores pudieron tener en la sentencia y el sentido de la decisión en caso de que llegara a prosperar la censura.

Tampoco se dice a partir de qué momento procesal debía reponerse la actuación, ni la razón según las previsiones del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal para que el vicio procesal hubiera llegado a afectar el derecho de defensa del acusado.

En lo relacionado con el principio del *"non bis in ídem"* no se demuestra por qué la tentativa de homicidio debía subsumirse en las lesiones personales, siendo evidente

> "que afirmaciones de esta naturaleza están refiriéndose en concreto al hecho anteriormente juzgado (o concomitante sólo que terminó antes) sin relación alguna con el que motivó este enjuiciamiento, pues aunque fue una sola acción (un disparo), tuvo dos consecuencias: la lesión de Jesús Reyes Bernal y la puesta en peligro del bien jurídico vida de Lilia Rangel de Rojas, es lo que en derecho penal se denomina CONCURSO, que en el caso de estudio trátase de un concurso material entre un delito y una contravención que no pueden investigarse conjuntamente por razón de la diferente competencia, razón por la cual se rompió la unidad procesal.
>
> De cualquier manera no es un "único disparo" el que generó la presente investigación, es todo el contexto de acción del procesado el que permitió al fallador deducir la intención homicida, junto con los otros disparos y la lesión por la víctima sufrida. Todo esto es un problema de culpabilidad que no puede traducirse, como lo hace el censor, en definirlo como un solo "hecho" –refiriéndose al disparo dirigido a la cabeza de Lilia Rangel de Rojas– que ya fue juzgado y que por ese mismo

> "hecho" no podía adelantarse otro proceso, ni mucho menos fallarse después de fallado el primero, para mal sustentar una petición de nulidad por violación al debido proceso. Pues, diversas son las acciones, son distintos también los bienes jurídicos en juego y por tanto, diferentes también fácticamente las circunstancias determinantes del reproche jurídico, razón por la cual debe concluirse que no se quebrantó en modo alguno el principio *non bis in idem* que es fundamento de la censura".

El primer cargo en sentir del Procurador tampoco cumple con los requisitos de claridad y precisión que exige la técnica del recurso, pues aun cuando el censor lo orientó por la vía indirecta, omitió establecer si correspondía a un error de hecho o de derecho, y la clase del falso juicio, ya de existencia, ora de identidad.

Limitado a transcribir fragmentos de la declaración de Lilia Rangel de Rojas, simplemente se asevera que el Tribunal tergiversó y valoró la prueba equivocadamente, pero de esa manera se traslada la denuncia al campo del error de derecho en la modalidad del falso juicio de convicción, formulación ésta que no puede servir de fundamento en sede de casación, ya que desde el año de 1987 el legislador eliminó la asignación de un determinado valor a los medios de convicción. El libelista pretende:

> "revivir el debate probatorio que se encuentra finiquitado en las instancias, al trasladarse al problema de la valoración probatoria con el pretexto de encontrar allí, en una actuación que no admite el fundamento de su alegato, una causal de casación que carece de todo respaldo con el fin de hacer valer su tesis de que no existió en el actuar de su procurado intención homicida alguna, adentrándose en el problema del dolo para explicar otro fenómeno bien diverso, cual es un dispositivo amplificador del tipo penal, como lo es la tentativa...".

El problema consiste, para la Delegada, en determinar en cuál de los tipos penales se subsume la conducta del procesado:

> "no se discute el dolo sino la vulneración o puesta en peligro de uno de los bienes jurídicos en conflicto y en el caso de examen

se ha dicho desde la resolución de acusación que el procesado con su comportamiento puso en peligro el bien jurídico de la vida de Lilia Rangel de Rojas, por lo que se calificó el hecho como tentativa de homicidio y no como lesiones personales; pues, aunque fue este bien jurídico el que sufrió on el resultado producido (la integridad personal), sí estuvo en peligro la vida de la víctima, comportamiento éste que se consideró idóneo e inequívocamente dirigido a la consumación del propósito homicida, el cual no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del procesado.

Nótese que las alegaciones del libelista –continúa– se refieren exclusivamente al testimonio –una parte de él– rendido por la víctima, sin confrontación alguna con el material probatorio recaudado en la investigación, lo que de por sí impide la demostración del pretendido falso juicio de identidad que se adivina en su ataque, pues para que éste se pueda acreditar, necesario es que se enfrenten las pruebas presuntamente mal apreciadas con las aseveraciones del fallador e, incluso con los demás medios de convicción que serán los puntos de referencia con los cuales se pondrá de manifiesto la falta de concordancia entre unos y otros".

Como la agredida Rangel de Rojas manifestó que "el tiro debió pasarme rosando (*sic*) la cabeza...", no hubo tergiversación alguna por parte del Tribunal, como tampoco fue esa la única declaración o circunstancia que le sirvió de base para proferir la resolución de acusación (en la cual se debatió ampliamente el dispositivo amplificador del tipo penal de la tentativa), ni para las sentencias de primera y de segunda instancia.

Ni siquiera de aceptarse que el acusado apuntó con dirección al pecho de la víctima y no a la cabeza daría lugar a una variación sustancial de la imputación, pues aquella zona es igualmente comprensiva de órganos vitales, siendo claro que comprometían o ponían en peligro la vida de la mencionada señora.

Así, trayendo a colación apartes de lo consignado en la resolución de acusación y en las sentencias de primero y de segundo grado, colige que en

ausencia de técnica en la proposición del cargo y dada su improcedencia, tales errores relevan de emitir cualquier comentario adicional.

El segundo cargo contiene los mismos errores de técnica en los que el censor incurre en su primera enunciación, pues al encaminar el reproche sobre la declaración de Jesús Reyes Bernal, y rechazar la actividad falladora presentando en su lugar una nueva visión valorativa de las pruebas, se olvida que:

> "el criterio del fallador prevalece por sobre el del demandante, por aquello de la doble presunción de acierto y legalidad de que viene precedida la sentencia que supone agotada la controversia probatoria, lo cual sólo tiene espacio en las instancias, no siendo dable revivir, como ya se expresó, sus debates en sede de casación donde sólo se pueden agitar aspectos inherentes a la legalidad de la sentencia".

El libelista persiste en su empeño de señalar que la prueba fue tergiversada y mal valorada, afirmaciones que no cuentan con soporte fáctico. Las divergencias que le reprocha el fallo parten de que no es lo mismo decir al lado derecho de la cabeza, que a la cabeza misma, para con base en ello predicar que no existió la intención de matar, o que el testimonio de José Ascensión Monsalve es inverídico. Así las cosas, existe una evidente falta de técnica en la presentación de la censura, razón suficiente para desestimarla.

Tampoco *el tercer cargo* le merece a la Procuraduría un análisis de fondo frente a los yerros técnicos de que adolece. La propuesta del casacionista se dirige a cuestionar aquí el testimonio de Alfonso Vargas, considerando que fue apreciado erradamente, pero al mismo tiempo pretende convertir una misma situación fáctica en tres. Primero, por la forma como el deponente narró lo ocurrido; luego, en relación con los gastos médicos sufragados por la ofendida, y finalmente reprochándole las manifestaciones tergiversadoras o acomodaticias de algunas pruebas que tenían relación con lo ocurrido.

El casacionista llega incluso a cuestionar la valoración que el sentenciador hiciera del dicho de las enfermeras, al afirmar que dicha

apreciación no se ajusta a la sana crítica, pero con esta crítica repite su error de pretender demandable en casación la credibilidad de la prueba, desatendiendo la doble presunción de acierto y legalidad que ampara a las sentencias judiciales.

En el aparte que denomina el recurrente: "VIOLACION DE NORMAS", en donde hace referencia al *in dubio* pro reo, la Delegada encuentra que el alegato se ofrece contradictorio, porque mientras de una parte acude a la irresponsabilidad del acusado, al mismo tiempo reclama que su deseo era tan sólo el de lesionar a Lilia Rangel de Rojas, planteamientos que se distancian de las exigencias de una correcta proposición en casación, tanto por su deficiencia intrínseca, como por su distanciamiento con las razones expuestas por el fallador, que indebidamente se eluden.

Atraído sin embargo, el Procurador, por el planteamiento –aunque desordenado– del desconocimiento del artículo 31 constitucional incluido en la demanda, relacionado con la agravación de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, avisa que el *ad-quem* basándose en un pronunciamiento de esta Corporación, la aumentó de tres a cinco años para igualarla a la pena principal.

> "Contra lo que afirma el Tribunal –continúa la Delegada– y lo que sostiene la Corte en providencia de fecha catorce de diciembre de mil novecientos noventa y dos con ponencia del doctor Dídimo Páez Velandia, esta representación del Ministerio Público no considera que el artículo 52 del Código Penal esté regulando el límite mínimo de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que, al igual que las demás penas establecidas en nuestro ordenamiento, no cuenta en las normas generales con mínimos establecidos por la ley.
>
> Afírmase lo anterior, porque el artículo 52 que se comenta, en su propia redacción, aleja en nuestro parecer la posibilidad de entender su contenido como el señalamiento de un límite mínimo de la mencionada pena accesoria. Dice así:
>
> "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".

El termino *"implica"* en su acepción gramatical, quiere decir *contiene, lleva en sí, significa,* pues tales son las expresiones que utiliza el diccionario de la Real Academia de la Lengua para definirlo. Hace alusión, entonces, a que es connatural con la pena de prisión la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo lapso que se fije para aquélla.

Quiere decir lo anterior que *siempre* que se condene a un procesado a pena de prisión, aun cuando así no lo exprese el juzgador en su sentencia, se entiende que también se le ha impuesto la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción principal de prisión, en tanto que ésta la contiene e impide en consecuencia al sentenciado, el ejercicio de tales derechos y funciones por todo el tiempo que deba durar la prisión, a partir del cual comenzará, entonces sí el descuento de ese mismo tiempo de sanción, si se hubiera fijado por el juez, y por el término que éste haya señalado.

Es por ello que posteriormente el artículo 55 del Código Penal dispone que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas *se aplicará de hecho mientras dure la pena privativa de la libertad concurrente con ella*, esto es, que ésta implica a aquélla y que, cumplida ésta, empezará a correr el término señalado para la accesoria en la sentencia.

Encuentra esta oficina otro apoyo para su interpretación de la norma: el artículo 44 del ordenamiento penal fija los límites de las penas, estableciendo para la de interdicción de derechos y funciones públicas un lapso *máximo de diez 10 años*, sin que sea posible al juzgador sobrepasarlo, so pena de violar derechos fundamentales.

Si la interpretación que se da al contenido del artículo 52 del Código Penal fuera la de que en tal forma se señalan los

límites de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, se advertiría un contrasentido en el legislador, pues allí habría de asumirse que la máxima duración de la pena accesoria comentada sería igual al máximo de la prisión, lo que resulta abiertamente contrario al contenido del artículo 44 citado.

Adviértese, de lo dicho, un doble carácter accesorio de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas: por un lado, en cuanto es connatural con la de prisión y corre pareja con ella para permitir una adecuada ejecución de la privación de la libertad; por otro, en tanto que discrecional del sentenciador que, si lo estima pertinente, puede fijar un término de restricción de los derechos y funciones públicas que se deberá descontar después de cumplida la sanción de prisión, obviamente si el delito por el cual se profiere la condena amerita esta nueva restricción de derechos.

Así vistas las cosas, puédese concluir que las normas mencionadas no quitan al juez la discrecionalidad para imponer la pena de interdicción de derecho y funciones públicas, sino que se combina esta discrecionalidad concedida para la imposición y la fijación del término, con una "operancia de hecho" mientras dure la de prisión.

De esta forma, cuando el juez de primera instancia impuso al procesado OBDULIO CHAPARRO la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de tres años, no estaba violando el principio de legalidad de las penas; solamente hizo uso de su discrecionalidad y por tanto la sanción no deviene ilegal".

Por las razones anteriores la Delegada le sugiere a la Corte la casación parcial del fallo impugnado, para que de conformidad con el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal sanée el vicio detectado, permitiendo que el punto debatido de la decisión de primer grado recobre validez.

Consideraciones de la Corte:

1. Muy a pesar de la formulación del cargo cuarto de la demanda como subsidirio, se ocupará de él la Sala para comenzar, porque de prosperar en cuanto atañe con una invalidación ajena y previa a la sentencia, haría inoficioso el estudio de las tres censuras iniciales, lo que indica la necesidad de su análisis prioritario.

Como acertadamente lo critica la Procuraduría Delegada, desatendiendo que en casación las nulidades no toleran la informalidad (ni siquiera ahora de recibo en las instancias art. 307 C.P.P.), el libelista pretermite en este caso las exigencias del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que en lugar de aplicarse a demostrar la sustancialidad del vicio, su trascendencia hacia las actuaciones subsiguientes y la imposibilidad de su saneamiento hasta el punto de obligar la invalidación de lo cumplido, desordenadamente enumera una serie de supuestos errores de procedimiento sin adentrarse en su repercusión ni análisis, como tampoco se ocupa de precisar el momento trascendente de su surgimiento para marcar de allí en adelante la reposición de lo indebidamente adelantado.

Es así como se enlistas desordenadamente el desconocimiento del principio de unidad, el de prohibición del doble juzgamiento, la garantía penal de la favorabilidad y hasta la prohibición de la *reformatio in peius* que por limitarse a un vicio del fallo se ha de analizar por separado, condicionando inexplicablemente a la prosperidad de estas diversas alternativas una libertad del acusado, sin que en modo alguno se explique la relación que guardan los vicios anunciados con ese resultado final y contingente a un fallo de casación.

Sin embargo de esta dispersa y confusa argumentación, como el libelista esboza la posibilidad de algunos vicios que de darse podrían redundar en un decreto oficioso de nulidad, comenzando por la transgresión del principio de unidad que ubica cuando al resolver la situación del indagado se dispuso la expedición de copias para que las autoridades de Policía de Barichara investigaran las lesiones de Jesús Reyes Bernal, de donde infiere la posibilidad de un doble juzgamiento, obliga responder que el acusado con su inicial acción de disparar no

solamente lesionó el derecho de Reyes a su incolumidad física y salud causándole incapacidad menor de treinta (30) días, sino que además, con intención puso en peligro la vida de la mujer Lilia de Rojas.

El segundo disparo que causó la herida a la señora Rangel de Rojas no podía desarticularse del contexto para calificar el delito de lesiones. Desde que el acusado obstruyó la vía y empuñó agresivo el arma esgrimida hizo inequívoca la intención de matar que le anunció a su víctima, haciéndola inconfundible al disparar primero a la cabeza y persistir luego hasta herirla, insistiendo en disparar aún contra el campero cuando huía.

Ahora bien: obedeciendo el mandato expreso del artículo 18 del Decreto 800 de 1991, reglamentario de la Ley 23 de ese año y el 304.1 del Código de Procedimiento Penal, no otro camino le quedaba al instructor que ordenar la ruptura de la unidad procesal, porque de lo contrario afrontaría a una nulidad por incompetencia. Tampoco se vislumbra ni el libelista prueba que con la ruptura de la unidad se hubiera afectado al acusado su derecho de defensa, y muchos menos que viniera a violentarse el principio de la cosa juzgada, pues como queda visto, las dos acciones produjeron efectos en diferentes sujetos pasivos y distintos bienes jurídicamente amparados (vida en uno, e integridad personal en el otro).

Dentro del mismo cargo se refirió el actor a la inaplicación de la ley permisiva, olvidándose que el principio de favorabilidad tiene que ver con la vigencia de la ley en el tiempo, en tanto que ninguna de las disposiciones invocadas se sucede con otra cronológicamente, salvo que lo buscado sea el que se califique como lesiones personales una tentativa de homicidio, situación bien diferente porque al apuntar hacia la adecuación típica de la conducta, ésta se define no por la preferencia de la norma menos drástica sino por la demostración de los respectivos elementos del tipo.

El desconcierto en el manejo del recurso por parte del actor se hace evidente, cuando una vez precluído el término para sustentar el recurso extraordinario, introduce un nuevo escrito repetitivo de lo expuesto en el primero, agregando que se hace superflua cualquier otra manifestación, omisión o imprecisión, como si con ello quisiera dar a entender que a

pesar de la normativa del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, la Corte deba entrar a corregir las irregularidades de las demandas para vigencia del derecho sustancial sobre las formas. El precepto acudido establece justamente lo contrario: esto es, que la Corte no puede tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas expresamente alegadas por el recurrente, y que es requisito de su análisis el previo cumplimiento de las exigencias de forma establecidas en el artículo 225 *ibídem*.

Si a la oficiosidad que asiste a la Sala para el decreto de nulidades que por su iniciativa vislumbre, el casacionista en el segundo escrito se refiere, tendrá que responderse que ninguno de los vicios de procedimiento por él enunciados asoma ocurrido, razón bastante para desestimar el cargo como la invalidación propuesta.

El cargo no prospera.

Con descuido de las exigencias de precisión y claridad que el legislador impone, y omitiendo determinar la clase de error invocado y señalar de qué manera resultó vulnerada la ley sustancial, cuando no en distanciamiento de la realidad procesal, pretende infructuosamente el censor en la formulación de los restantes cargos enfrentar sus personales apreciaciones al análisis de los juzgadores.

El cargo primero se limita a aseverar que la versión de Lilia Rangel de Rojas fue tergiversada, pues en tanto que jamás dijo que el disparo le fue hecho con dirección a la cabeza, mencionando que se le apuntaba al pecho, el Tribunal sostuvo que el tiro sí tenía aquella dirección, y que si no hizo blanco fue porque instintivamente la mujer se movió, lo cual se desprende de lo aseverado por todos los testigos presenciales.

Como acertadamente critica el Procurador, el cargo imposibilita conocer si la demanda acusa la sentencia por la vía del error de hecho o de derecho, y en cada caso la entidad del falso juicio. Mayor incertidumbre asoma cuando a un mismo tiempo se asevera que el testimonio de la agraviada fue tergiversado pero además mal valorado, porque con esa afirmación se punta indistintamente a dos formas diferentes de error e incompatibles, pues si la prueba fue tergiversada no podría intentarse sobre ella una valoración certera, en tanto un vicio sobre la credibilidad

parte del presupuesto de una exacta comprensión del contenido, sólo que se yerra al otorgarle al medio un valor del cual carece, o al desconocerle aquél legalmente asignado.

Intentando, sin embargo, una aproximación al aspecto controvertido, la pretensión del recurrente se torna todavía más remota, pues ni siquiera se examina en el libelo esa versión con la elemental lealtad que en este esfuerzo se reclama, ya que a distancia de lo que el censor observa, fácil se ve que la agredida sí dijo como se lee al folio 3 que el disparo le pasó rozando la cabeza. También –folio 23– que ya en marcha el vehículo gracias a la distracción que al agresor logró hacerse, CHAPARRO disparó dos veces más hacia el automotor. Si esos disparos no hirieron a los ocupantes, fue por circunstancias ajenas al inculpado (uno de los disparos no alcanzó a traspasar la lámina de la puerta quedando allí incrustado, y el otro rebotó). Y si el segundo disparo hirió a la de Rojas a la altura de la cadera, ello por sí tampoco desdibujaba la intención exhibida por la trayectoria de la detonación primera.

Decae además en este aspecto la censura cuando a sabiendas de que el juzgador tomó asidero en las versiones de todos los ocupantes del campero, tan sólo se critica la de la lesionada, pues aún prescindiendo de la información que rinde la Rangel, el fallo seguiría reposando en el dicho del denunciante y de los otros pasajeros, perdiendo el esfuerzo del censor toda su contundencia.

Por su distanciamiento de la realidad y la contradicción interna de sus argumentos, el ataque no prospera.

Al plantear el *segundo cargo*, inicia el libelista sosteniendo que los Juzgadores tergiversaron y mal valoraron la declaración de Jesús Reyes Bernal, formulación que de entrada podría responderse como la anterior, por enunciar contradictoriamente y sobre la misma prueba un falso juicio de identidad y otro de convicción.

Superando este inicial equívoco y avanzando en su exposición, centra sin embargo el recurrente su inconformidad sobre un verdadero error de hecho por falso juicio de identidad al afirmar que el testigo Reyes nunca sostuvo que el acusado apuntara su revólver a la cabeza de doña Lilia,

pese a lo cual el Tribunal dio por sentada esa premisa, errando al identificar que es lo mismo disparar a la cabeza que hacerlo al lado derecho de la cabeza.

Fundado en esa afirmación concluye que si el impacto no lo recibió la dama en la región craneana ello obedeció a la propia voluntad del acusado quien viró el cañón del arma, pues como prueba complementaria se tiene la diligencia de inspección donde la fotografía muestra que nada le impedía a CHAPARRO haber deflagrado el disparo libremente en contra de la ofendida, y en el dicho de José Ascensión Monsalve, al sostener que de labios del acusado oyó la amenaza de que cogería el vehículo a tiros si se iban, cuando tan sólo hizo el disparo hacia la pierna de la ofendida.

El falso juicio de identidad supone que el juzgador falsée el contenido objetivo de la prueba, deformándola o adulterándola para hacerle decir algo distinto o contrario de lo que realmente en ella se contiene.

Si bien se miran las exposiciones de Reyes Bernal y de Ascensión Monsalve, y con ellos los dichos de Alfonso Vargas y de la ofendida a quienes da el Tribunal como testigos presenciales amplio crédito, pronto se desvanecen los reproches:

A los folios 6 y 7 del expediente Jesús Alfonso Reyes afirmó aludiendo al procesado: "...le puso el revólver en el pecho y se lo puso en el lado derecho de la cabeza, entonces fue cuando disparó y me dio a mi aquí, y más adelante insiste: "primero le tenía el revólver en el pecho a doña Lilia y se lo puso luego en la cabeza y me imagino que a lo que fue a tirar el tambor doña Lilia se arrecorrió y me pegó a mí". La expresión, pues, es inequívoca en cuanto a su observación de los movimientos que le vio a CHAPARRO en el instante del disparo, resaltando el punto de colocación del arma cuando escucha la detonación y recibe el impacto, y atribuyendo la desviación de la bala no a la voluntad del agresor sino a la actitud asumida por la víctima.

Alfonso Vargas al folio 20 y 21 expresa: "Lo que pasó fue que Jesús venía en el puesto de detrás del chofer o sea detrás mío, en forma diagonal a doña Lilia y como al parecer Obdulio, le hizo el primer disparo a doña

Lilia para pegárselo en la cabeza y tal vez ella se agachó para esquivar el disparo...". De nuevo la explicación es clara y coincidente: el arma se enderezaba a la cabeza de la señora Rangel y el resultado no se dio por un oportuno e instintivo movimiento de la víctima, no por otra causa.

Y el menor José Asunción Monsalve Porras como aparece al folio 33 afirma: "Era que el tiro se lo iba a pegar Obdulio a la señora Lilia en la cabeza porque le tenía el revólver en la cabeza cuando disparó y tal vez ella se quitó y le pegó el tiro fue a Jesús".

Si el Tribunal, fundado en estas explicaciones de quienes presenciaban la agresión en acto, dio por hecho que la intención del acusado era la de disparar a corta distancia y a la cabeza de la ofendida, infiriendo de ello el propósito homicida, no pudo incurrir en la deformación de los medios invocados, pues las palabras vertidas por los presenciales fueron claras e inequívocas, y así se acogieron en su sentido castizo, obvio y evidente, correspondiéndole dentro de su competencia al funcionario el otorgarle a cada medio el alcance que lógica y razonadamente le correspondía, dentro del cual se tiene la exhibición de un ánimo de matar, el empleo de un instrumento idóneo, la deflagración a corta distancia y un resultado distinto del querido, no variado a voluntad por el agente, sino por el reflejo instintivo y oportuno de la asustada víctima.

Las afirmaciones del casacionista no hallan la más mínima correspondencia dentro del plenario, y ello se constituye en motivo suficiente para que el cargo no prospere.

El tercer cargo es tan desafortunado como los anteriores, pues orientándose en diferentes sentidos no logra precisar ni el error que parecería anunciar, ni su naturaleza, ni su incidencia en el fallo al punto de variar el sentido en que esa decisión se ha producida.

Iniciándose la réplica con una crítica al testimonio rendido por el menor Alfonso Vargas, el casacionista lo ataca por disímiles aspectos: la relación de dependencia con Lilia Rangel, la exageración sobre las sumas canceladas por gastos médicos en el tratamiento de la ofendida que en realidad pagó el Seguro y no la lesionada, y la referencia a la obstrucción

de la vía con un tronco como a los motivos bajos o ruines como móvil de la ofensa.

Una tan desordenada crítica no facilita descifrar si el interés radica en desprestigiar al declarante como prueba de las modalidades del hecho, de la responsabilidad del procesado, de los motivos o de la cuantía del resarcimiento, ni mucho menos, al citarse como norma vulnerada la del artículo 22 del Código Penal, cual es la relación que existe entre lo afirmado por el declarante y la calificación del homicidio imperfecto.

La desorientación se torna más notoria si se compara la trascendencia de las afirmaciones del testigo frente al contenido del fallo que se ataca, porque ninguna repercusión le concedió el Juzgado a aquellas referencias negativas del móvil ni de la personalidad del procesado, cuando en particular se justificó la imposición del mínimo de pena en los términos que siguen:

> el homicidio en grado de tentativa se cometió en forma simple y voluntaria; el procesado carece de antecedentes judiciales y de policía y las circunstancias modales no revisten en el acusado una personalidad torcida y de alto riesgo para la comunidad, justo y equitativo nos parece sancionarlo con el mínimo consagrado en el artículo 323 del C.P. en concordancia con el artículo 22 *ibídem*".

Peor aún, cuando por fin parece que el casacionista se define desembozando un falso juicio de convicción por reprocharle al juzgador haber tomado una "apreciación errada, inexacta, contraria a una sana lógica jurídica tangible que conllevó o determinó la sentencia de condena", además de perderse en afirmaciones genéricas que vanamente enfrentan el criterio personal del libelista con los razonamientos de las dos instancias en vez de acreditar la ocurrencia de vicios *in procedendo* o *in iudicando* como correspondía al recurso extraordinario, al tiempo se ignora la improcedencia de esa clase de reparos dentro de un sistema que como el consagrado en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal le otorga amplitud al juez para emprender en su conjunto el racional análisis de los medioss bajo el criterio de una sana crítica.

Por último y como bien lo responde el Procurador, tampoco resulta afortunada la alegación del *in dubio* pro reo para pregonar la irresponsabilidad del procesado, cuando al mismo tiempo se plantea que su culpabilidad debió fijarse frente al delito de lesiones y no del homicidio, pues siendo de la exclusiva iniciativa del censor el planteamiento de los cargos en la impugnación extraordinaria, esa contradicción se torna insalvable frente al principio de limitación que restringe a la Corte la posibilidad de preferir entre alegaciones opuestas, como la opción de corregir o complementar un deficiente escrito de demanda.

La insuficiencia y falta de claridad del cargo es evidente. La censura no puede prosperar.

Tan sólo restaría, según se tiene anunciado, por responder a las razones con las cuales y bajo el patrocinio de la Delegada el censor ataca la sentencia de segunda instancia como violatoria del artículo 31 constitucional, fundado en que en ella se agravó la situación del apelante único, pues esa calidad tenía el acusado ante el *ad-quem* cuando se incrementó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas de tres a cinco años.

La respuesta que esta objeción merece debe iniciar por recordar que a juicio de la Sala el alcance del precepto superior que ahora se invoca no puede ser ilimitado frente al también constitucional principio de legalidad, pues siendo éste de arraigo en el artículo 29 de la Carta Política, implica que no podrá imponerse al acusado una sanción distinta ni por su naturaleza ni por su duración de aquella que para el respectivo delito prevé con anticipación la ley de modo expreso.

En estos términos tiene dicho la Sala que

> "La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollada solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayada por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorada por el juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronuncia-

miento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Cuando la Constitución en su artículo 230 consagra la independencia del juez al disponer inequívocamente que

"Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley", no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. Es evidente que el juez debe aplicar el mandato legal por ser la expresión de la voluntad soberana del Estado, tal como objetivamente lo reconoce él en el caso concreto, y no según su discrecionalidad.

Tratadistas connotados se han pronunciado en tal sentido. Manzini, por ejemplo, al comentar en su Tratado de Derecho Procesal Penal precisamente la "*reformatio in peius*" dice: "Pero la prohibición de la *reformatio in peius* tiene como presupuesto que la pena inflingida por el primer juez sea legal, mientras que, si no lo es (ejemplo: aplicación de la reclusión en medida inferior al mínimo consentido), no puede valer como término de comparación". (Manzini Vicenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. T.V. Buenos Aires, 1954...).

Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente conocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia" (sentencia de julio 29 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Dídimo Páez Velandia).

Ahora bien: que la legalidad de la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, cuando la principal ha sido de prisión, implica que su duración resulte coincidente con el término de la privativa de la libertad emerge del precepto del artículo 52 del Código Penal lo ha sostenido también con criterio mayoritario esta Corporación, según se consigna en fallo de diciembre 14 de 1992 bajo ponencia del mismo Magistrado doctor Páez Velandia:

> "No hay... discrecionalidad para tasar la pena de interdicción de derechos y funciones públicas como sí la tiene el Juez respecto de las demás penas accesorias. La dosificación de la pena accesoria de interdiccion es uno de los pocos casos en donde no hay libre arbitrio del juez, sino completa sumisión a la ley, así resulte en ocasiones drásticas la sanción".

La conclusión que así se plasma, lejos de gratuita, toma asidero tanto en el precepto que se invoca, pues de su texto surgen definidas y concretas diferencias con las restantes penas accesorias, como del contenido y naturaleza de la sanción de que se trata (también en ocasiones prevista como principal). En cuanto a lo primero, ya en su oportunidad tuvo ocasión de recordar la Delegada el texto del artículo 52 del Código Penal, para entrar a resaltar la obligatoriedad de la interdicción cuando la pena principal es la prisión. Complementariamente, el mismo texto fija cual ha de ser la duración, pues sólo con relación a esta sanción se dice que se prolongará "por un período igual al de la pena principal", lapso que no podrá exceder de los diez años pues ese es el límite mayor que autoriza el artículo 44, sin que el tema convoque aquel análisis que sobre la forma de ejecución posterior de esa medida invita la Procuraduría Delegada.

La duración igual a la pena principal también se explica por la naturaleza de la interdicción, pues si ésta medida represiva priva de la facultad de elegir y de ser elegido, y del ejercicio como de la adquisición de cualquier otro derecho político, función pública u oficial y dignidades conferidas por las entidades oficiales, incapacitando para pertenecer a los cuerpos armados de la república, es comprensible que su duración para el legislador atiende la naturaleza y gravedad del delito cometido, y en esa misma forma se

proyecta con paralelismo por el plazo de duración de la pena principal, privando de la posibilidad al juzgador para graduarla a su arbitrio, con riesgo de su desnaturalización.

Cosa distinta ocurre con las demás sanciones accesorias: restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas, pues todas ellas, como lo destaca el ya citado artículo 52, quedan a la discrecionalidad del juez, pero ceñidas a unos parámetros concretos en cuanto a su aplicación y duración, como son los de la gravedad y modalides del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente.

De regreso al caso que se controvierte, siendo la pena privativa de la libertad impuesta la de cinco años de prisión, y careciendo el juez en cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas de la discrecionalidad concedida en el caso de las restantes, por principio de legalidad tenía que fijarse en cinco años y no en más ni en menos la duración de la media accesoria. Si equivocadamente el *a-quo* alteró esa medida, limitándola, ningún obstáculo surgía para que en la segunda instancia se corrigiera el defecto, así la parte impugnante hubiese sido tan sólo la defensa, pues resultaba obligado para el superior obedecer el mandato del artículo 29 de la Carta, no regraduando la pena sino imponiendo aquella que exacta e invariablemente corresponde, en la medida en que desconocer de otro modo el principio de legalidad sería tanto como conceder al juzgador poderes legislativos que pugnan con la función constitucional que le ha sido encomendada.

Se mantendrá por consiguiente, y en su integridad, el fallo recurrido.

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 por el defensor del acusado OBDULIO CHAPARRO, decisión de fecha, origen y contenido analizados en esta providencia.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jaime Bernal Cuéllar, Conjuez, *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

DEMANDA DE CASACION / DOLO / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Solamente frente a casos excepcionales (como violación de garantías fundamentales o las nulidades) puede decirse que la Corte procede en sede de casación como tercera instancia, en el sentido de que le corresponde revisar oficiosamente la parte respectiva del proceso. De resto no, porque se impone el principio de no oficiosidad o de limitación, de conformidad con el cual es el demandante –y sólo él– el que le fija a la Corte el derrotero para decidir el recurso extraordinario de casación.

Cuando se alega la violación indirecta de la ley el casacionista está obligado a considerar todas las pruebas que el fallador tuvo en cuenta para arribar a la parte conclusiva del fallo correspondiente. No le es permitido, pues, al recurrente seleccionar sólo algunas probanzas que le convengan de acuerdo a la posición que su representado ocupe en la relación jurídico-procesal. Porque un ataque así de parcelado desconoce las realidades procesal y de la sentencia impugnada en sí y es motivo suficiente, entonces, para que la censura esté llamada al fracaso.

2. Como el dolo es conocimiento y voluntad, éste no puede manifestarse sino mediante la exteriorización, el hacer o no hacer del respectivo procesado. De todos modos es una conducta la que saca a flote el aspecto subjetivo de la delincuencia, tornándose superflua una repetición de todo el quehacer típico y antijurídico con miras a reiterar el dolo, el cual debe merecer examen especial en el evento de que se aduzcan algunas de las causales de inculpabilidad previstas en el artículo 40 del Código Penal.

Sin perjuicio de lo dicho es dable reiterar que unos hechos bien contados y unas pruebas correctamente analizadas, exhiben de suyo la clase de culpabilidad respectiva.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 088.

Conoce la Corte del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de noviembre 26 de 1992, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a MOISES CLIMACO MERIÑO HERNANDEZ y RUBEN CARDONA QUEZADA a 60 y 36 meses de prisión, respectivamente, por los delitos de Peculado por apropiación, el primero, y cómplice de dicho delito y autor de uso de documento público falso, el segundo de dichos procesados.

Hechos y actuación procesal:

1. En el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales, Tesorería General de la Nación (hoy División Primera Nacional de Ejecuciones Fiscales) –a cargo de la doctora Marcela del Pilar Pérez– se adelantaban procesos ejecutivos contra el Banco del Comercio. El 7 de julio de 1989 el apoderado de dicho Banco solicitó que se le fijara cuantía para constituir caución. El Juzgado accede diciendo que tal cosa debería cumplirse con cédulas hipotecarias –cambiando su inicial decisión de tener como garantía pólizas de seguros– y es así que el 30 de agosto de 1990 el referido apoderado entregó al Juzgado cédulas del Banco Central Hipotecario, al portador, por valor de $47.370.000.oo, cédulas que recibió al empleado Jaime Arturo Gracia Vera y las pasó a su jefe el abogado sustanciador Moisés Clímaco Meriño Hernández, quien a su vez las entregó al abogado Luis Eduardo Eraso Muñoz, para que éste las guardara en una caja fuerte más amplia. Empero, Meriño Hernández luego le pidió a Eraso que se las devolviera, lo cual efectivamente hizo.

Posteriormente se tuvo conocimiento que la mayoría de esas cédulas habían sido negociadas en Santafé de Bogotá y especialmente en Barranquilla, ciudad donde mediante una diligencia de allanamiento se capturó a Rubén Cardona Quezada, amigo de Meriño Hernández y a quien se le encontraron en su apartamento varias de

las mencionadas cédulas, a las cuales se les había levantado el endoso hecho al citado Juzgado, por medio de falsificaciones y los sellos y firmas. También se encontraron documentos que revelaban que gran parte de los dineros provenientes de la negociación de dichas cédulas habían ido a parar a cuentas de Benedetto Ricardo Mojica Higuera, quien fue por ello así mismo capturado.

Esos hechos fueron denunciados por la mencionada doctora Marcela del Pilar Pérez, quien enfatizó que la recepción de esas cédulas ha debido anotarse en los libros de radicación correspondientes, lo cual en este caso se pretermitió.

2. El Juzgado 114 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá abrió investigación, amplió la denuncia, en la cual se dice que Meriño Hernández insistió en que se aceptaran las cédulas hipotecarias, las cuales ella –la quejosa– no sabía que figuraban al portador (fls. 6 y ss.-1).

Se practicaron otras pruebas y capturados, los imputados dijeron en sus indagatorias:

a) Meriño Hernández (fls. 145 y ss.-1) que el paquete con las cédulas hipotecarias lo entregó al abogado Eraso Muñoz, que él conoce a Cardona Quezada, pero que nada tiene que ver con la sustracción de las cédulas.

b) Jaime Arturo Gracia Vera (fls. 156 y ss.-1) afirma haberle entregado a su jefe Mariño Hernández las cédulas y que éste no se las regresó para radicar su entrada. Sostiene que a petición de Meriño le devolvió al mismo esos documentos.

c) Quezada Cardona dijo (fls. 316 y ss.-1) que recibió esas cédulas de un individuo llamado "Milke", que trabaja en esos menesteres y que no sabía de la sustracción de las mismas ni de su falsificación. Afirma que conoce a Meriño.

d) Mojica Higuera dijo que recibió los dichos dineros de Cardona Quezada por compra que hizo a éste de mercancía. Dice ser comerciante en finca raíz y conoce a "Guillermo Milke" (fls. 409 y ss.-1).

e) También fue capturado Juan Alberto González Rojas, mensajero que se presentó a hacer efectivas algunas de las cédulas y quien dijo haber negociado las mismas con un "tramitador" de la Tesorería (fls. 340 y ss.-1).

h) Finalmente, fue indagado José Antonio Sanabria Guerra, empleado de Meriño para la época de los hechos quien admite que se hallaba en la oficina del extravío de las cédulas hipotecarias, pero que nada tiene que ver con el mismo (fls. 556 y ss.-1).

3. Cerrada la investigación (previo proferimiento de auto de detención contra los sindicados, salvo Gracia Vera y Sanabria Guerra), se calificó la misma de la siguiente manera:

a) Resolución acusatoria respecto de Meriño Hernández como autor de Peculado por apropiación.

b) Resolución acusatoria contra Cardona y Mojica como cómplices de dicho delito y autores de Falsedad por uso de documento público falso.

c) Respecto de Eraso y Gracia se reabrió la investigación.

d) Con relación a González y Sanabria se cesó procedimiento.

4. El Juzgado 27 Penal del Circuito asumió el juicio, practicó algunas pruebas e inició audiencia pública el 10 de junio de 1992 (fls. 215 y ss.-2), dictando sentencia el 10 de septiembre del citado año (fls. 1 y ss.-3), de conformidad con la cual, en armonía con la acusación, condenó a Meriño Hernández a la pena principal de 60 meses de prisión, multa de $200.000.oo, interdicción de derechos y funciones públicas y a la pena accesoria de pérdida del empleo.

A Cardona Quezada lo condenó por el Peculado como cómplice y autor de falsedad a 36 meses de prisión, multa de $100.000.oo e interdicción de derechos y funciones públicas; y a Mojica Higuera lo condenó a 30 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas, absolviéndolo en lo que atañe al uso de documento público

falso. A todos los condenó al pago de perjuicios y les negó la condena de ejecución condicional.

Apelaron el fallo los defensores de los procesados y el Tribunal, mediante la sentencia que recurrieron en casación éstos, lo confirmó (fls. 58 y ss.-4).

Las demandas:

Las demandas presentadas a nombre de los procesados Meriño Hernández y Cardona Quezada se declararon ajustadas a las prescripciones de ley, mientras que con respecto a Mojica Higuera se declaró desierta la impugnación por no haberse presentado la correspondiente demanda (fl. 6 cdn. Corte).

Demanda a nombre de Moisés Clímaco Meriño Hernández:

Primer cargo:

Al amparo del artículo 220-1 del Código de Procedimiento Penal se acusa la sentencia por errores de hecho "en la apreciación probatoria", afirmándose que por esa vía se aplicó indebidamente el artículo 133 del Código Penal.

Dice el casacionista que la prueba obrante en el proceso no permite afirmar con el Tribunal que Meriño Hernández "fue la persona que se apoderó y dispuso ilícitamente de las 585 cédulas hipotecarias entregándolas a personas externas al Juzgado para que procedieran a su cobro".

Afirma que el Tribunal yerra cuando sostiene que recibir las cédulas hipotecarias al portador era francamente excepcional, ya que –dice el actor– la decisión de recibir así esos títulos fue "absolutamente legal". En segundo lugar anota que la decisión de esa manera de recibir las cédulas la tomó la denunciante como Juez, y que si bien lo corriente es que se hubiera girado al Tesoro Nacional, "sin embargo, un título al portador reemplaza el Tesoro Nacional" (fl. 157 infra 4). "Con lo anterior –prosigue el casacionista– se demuestra entonces un error trascendental en la medida

en que se pretende atribuir a Meriño una conducta que no fue realizada por él, que no tiene el carácter de irregularidad que el Tribunal pretende darle, ni tampoco se puede conceptualizar una supuesta preparación de un hecho punible en cabeza del doctor Meriño Hernández como equivocadamente lo hace el juzgador" (fl. 158-4), y además no tuvo en cuenta que las cédulas estaban endosadas a la División de Ejecuciones Fiscales. "Con esto se desvirtúa –anota el censor– procedimiento torticero alguno y lógicamente si alguna responsabilidad por el desgreño o descuido cabría en cabeza de la doctora Pérez, pero no en Meriño en quien el Tribunal resuelve hacer recaer todos los desaciertos posibles como si hubiere manipulado todo en cumplimiento de un plan criminal, prueba de lo cual no hay en el proceso".

También se equivoca el fallador, en sentir del actor, al aseverar que los empleados del Banco del Comercio nunca hablaron con la quejosa doctora Pérez, como el doctor Villate, apoderado de aquella entidad afirma haber hablado con ella previamente al momento en que las cédulas fueran entregadas al Juzgado a su cargo. "Entonces –dice el impugnante– ¿cómo afirma el Tribunal lo contrario y cómo deduce consecuencias en contra de Meriño que no tienen asidero? Por qué además de ser consultadas la doctora Pérez, la decisión de admitir la caución de esa manera es decisión suya como titular de ese Despacho sin que pueda ponerse tal acto en cabeza de Meriño y menos pretender ver en ello un caso preparatorio dentro de un supuesto e imaginario *iter criminis* que no tiene asidero probatorio" (fl. 159-4).

Admite el casacionista que sí hubo descuido al no radicarse en los libros la recepción de las cédulas, "pero lo que no es posible es que se responsabilice de él al doctor Meriño, cuando fue Jaime Antonio Gracia Vera quien las recibió correspondiéndole a él la radicación –para después pasárselas a Meriño– quien en ningún momento niega que le fueron entregadas por Gracia Vera, sin que se pueda dentro de un proceso lógico probatorio, deducir implicaciones a nivel indiciario contra Meriño Hernández, como lo hace el Tribunal..." (fl. 159-4).

En cuanto al trámite posterior que se dio en relación con las cédulas hipotecarias "el Tribunal no hace ninguna referencia a la importante declaración de la doctora María Marcela Pérez, quien al relatar la forma

como se enteró de la pérdida de las cédulas dijo en informe a la doctora Mariela Lasso Salas", en el sentido de que cuando el apoderado del Banco del Comercio se presentó con dos funcionarios de la auditoría para verificar lo referente a las cédulas, Meriño Hernández de inmediato dijo que el abogado Eraso Muñoz tenía las mismas en su caja fuerte pero no las encontró luego de buscarlas. "De tales pruebas –dice– de haber sido tenidas en cuenta por el fallador hubiese podido concluir que la actitud de Eraso Muñoz, fue perfectamente equívoca y distinta a la que habría de haber asumido una persona que sabía que ya había devuelto las cédulas con antelación" (fl. 162), y es del criterio del censor que Eraso "mintió para evitar complicaciones" (fl. cit.).

Concluye el actor: "es criticable también la ligereza de los juzgadores en concluir como un mecanismo indiciario en contra de Meriño el haber preguntado a Eraso en estado de nerviosismo y palidez las cédulas hipotecarias. Tal conclusión se nos antoja injusta en la medida en que ella era y también podía ser como en efecto lo creemos, la preocupación de quien acaba de saber que tales títulos estaban circulando ilícitamente" (fls. 162 y 163-4).

Segundo cargo:

Afirma el actor que el fallador incurrió "en evidentes y trascendentes errores de hecho (falsos juicios de existencia e identidad) vulnerando las siguientes normas probatorias (246, 247, 254, 294, 300, 301, 302, 303) que lo llevaron a aplicar indebidamente los artículos 23, que define el concepto de autor; 133, inciso primero, del Código Penal que tipifica el denominado peculado por apropiación" (fls. 163 infra y 164-4), y asevera que no existe en el proceso prueba de que Meriño Hernández se haya puesto de acuerdo con los demás procesados para cometer el peculado que se le imputa, máxime que no está probado que tuviera las cédulas en su poder ni que haya dispuesto de las mismas, como que tampoco se estableció la amistad de Meriño con Cardona Quezada, y del hecho de que sean `conocidos' no puede desprenderse un elemento "para edificar una relación amistosa y sentar como un hecho cierto una coordinada actividad delictiva entre estos dos sujetos... Se trata entonces de una suposición de prueba en la medida en que nada existe en el proceso que diga o insinúe un plan criminal entre estas personas, y se trata también

de una errónea interpretación de la prueba existente que a la afirmación de Meriño de conocer al sujeto Cardona le dan unos alcances de amistad permitiéndole generar sin ninguna consecuencia lógica la creencia de que allí se demuestra con suficiencia la existencia de un plan criminal" (fl. 166-4).

Tercer cargo:

Dice que el sentenciador incurrió en errores de hecho, pues "para edificar su sentencia por peculado por apropiación el juzgador de instancia supuso la existencia del dolo en las actividades del procesado Meriño Hernández, en la medida en que ubicó su conducta dentro del peculado por apropiación, que es esencialmente doloso, sin existir ninguna prueba que permita establecer tal grado de culpabilidad" (fls. 166 y 167-4) y añade:

> "Se trata en este caso de un notorio error de hecho por falso juicio de existencia probatoria, ya que el juzgador supuso la existencia de tal prueba, la dio por sentada, siendo un importante síntoma de la sentencia el hecho de que no le dedica un acápite a estudiar tan importante elemento del delito.
>
> "Si bien es cierto que dentro del ámbito penal no es tarea fácil el precisar el aspecto subjetivo del hecho punible y en particular el contenido de la voluntad del sujeto dentro del *iter criminis*, como muy bien lo ha reconocido universalmente la doctrina con lógica elemental..." (fl. 167-4).

Transcribe parte de un fallo de esta Sala sobre el no juicio de responsabilidad objetiva y enfatiza en que el dolo no puede presumirse. "En el caso que nos ocupa –dice– el procesado Meriño Hernández tiene derecho a que se le demuestre su culpabilidad dolosa, que del acervo probatorio se extraiga si eso es posible con acierto y con tino los senderos seguros de donde emana con certeza el dolo que permita ubicar en él la conciencia y voluntad de realizar tal comportamiento típico y antijurídico" (fl. 168-4).

En esos términos, pues, pide la casación del fallo y su reemplazo correspondiente.

Demanda a nombre de Rubén Cardona Quezada:

La casacionista acude también a la violación indirecta de la ley por erro de hecho "al darle un alcance diferente a las pruebas que se encuentran en el plenario como son: la diligencia de inquirir y sus ampliaciones, las cuales encuentran respaldo bajo la gravedad del juramento por la señora Luz Mila Acevedo Rico a folios 49 a 51 del segundo cuaderno original" (fl. 173-4), testigo que sostiene que en su presencia Alberto Milke le entregó las cédulas a Cardona Quezada, a quien no cabe deducírsele responsabilidad "por la sola circunstancia de haber elaborado en una época y en el mismo sitio donde laboró el doctor Meriño Hernández y donde se distinguieron, más nunca tuvieron amistad ni relación de trabajo, pues no compartieron oficinas a pesar de haber sido empleados de la misma rama" (fl. cit.).

Al indicar el "alcance de la impugnación" dice la censora:

> " La causal primera que invoco del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal pretende que la Honorable Corte Suprema de Justicia invalide parcialmente la sentencia impugnada y en su lugar reconozca que la conducta delictiva de mi representado debe ser sancionada con el reconocimiento expreso de su actuar; es decir el solo hecho de haber utilizado las cédulas hipotecarias que le entregó el señor Alberto Milke, imponiéndose la digna reducción de pena impuesta como principal y reducción de las sanciones accesorias que conlleva por lapso igual al de su duración.
>
> "Acuso concretamente a la sentencia recurrida, pues el fallo desfigura el alcance o sentido de la prueba dando un seguimiento (*sic*) diferente al hecho de que mi patrocinado en época remota conoció ocasionalmente al doctor Meriño Hernández, situación que motivó se le endilgara una complicidad inexistene a Rubén Cardona Quezada en el delito de peculado por apropiación. Si el Honorable Tribunal hubiese considerado las pruebas en conjunto y de acuerdo a la sana crítica la condena hubiese sido menor necesariamente y no se sustentaría en este aserto contrario a la verdad" (fls. 173 infra y 174-4).

Luego señala la actora que "ni siquiera existe certeza en el plenario de cuál fue la persona que sustrajo del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales la cédulas hipotecarias..." (fl. 174-4), y añade:

> "Con lo anterior se demuestra entonces un error trascendental en la medida en que se le pretende atribuir una conducta que no fue realizada por él interpretándose las pruebas, dándole un alcance que no tienen. Pues como lo dicen y afirman los dos implicados se conocieron mas nunca tuvieron relaciones de amistad o trabajo porque no compartieron oficinas, a pesar de que fueron empleados de la misma rama.
>
> "Mas cuando obra en el plenario dentro de la diligencia de inquirir de mi defendido que recibió las cédulas hipotecarias de manos del señor Alberto Milke, entrega que es respaldada bajo la gravedad del juramento por la señora Luz Mila Acevedo Rico. Pues el hecho de que Cardona Quezada tuviera en su poder los aludidos títulos valores tampoco es prueba de su complicidad con el doctor Meriño. O si no qué se podría deducir de los representantes legales o dueños de la firma Servi-valores S.A. que también negociaron con estas cédulas hipotecarias? Lo que lleva a concluir a la defensa que no hay certeza de la autoría del ilícito de peculado, mucho menos de la presunta complicidad" (fls. 175-4).

En esos términos, pues, demanda la casación del fallo impugnado y pide a la Corte "deduzca con preferencia la absolución de la complicidad en el ilícito de peculado a mi defendido".

Concepto de la Procuraduría:

Primer cargo:

Dice primeramente el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que "el actor se dedica a exponer una visión subjetiva de la forma como llegaron los títulos al Juzgado de Ejecuciones Fiscales, sin traspasar en sus alegaciones al yerro que le sirve de fundamento a este aparte de la demanda" (fl. 37 cdno. Corte) y relaciona los hechos que el Tribunal

estimó probados: a) Que Meriño Hernández como sustanciador de los procesos tenía la custodia de las cédulas hipotecarias; b) Que se observaron ciertas irregularidades para recibir las mismas; c) Que Eraso devolvió las cédulas de Meriño Hernández y d) Que "la mayor parte de los documentos objeto material del delito fueron encontrados en poder de Rubén Cardozo Quezada, amigo de Meriño Hernández" (fl. 38).

Se refiere a las declaraciones de la denunciante y a la de la abogada Mariela Lasso Salas –jefe de aquella–, a las indagatorias de los sindicados y considera que concretamente el actor no demuestra ninguno de los errores de hechos arguídos, y que el mismo alegó "creyendo que el solo hecho de mostrarse inconforme con lo allí decidido constituye base suficiente para derrumbar el fallo del *ad quem*" (fl. 40).

Precisa que el demandante no tuvo en cuenta la consideración del fallador en el sentido de que "el recibimiento de las cédulas al portador era algo excepcional como en efecto se desprende del contenido de tales declaraciones" (las rendidas por Eraso, Ivonne Carmenza Hernández, Mariela Lasso Salas, Fanny Santamaría y José Joaquín Sánchez), como tampoco que el Tribunal estimó que Meriño Hernández influyó determinadamente en la decisión tomada por su superiora doctora Pérez cuando ésta tomó la decisión de aceptar como caución las cédulas hipotecarias. Dice que también olvida el censor "que la doctora Pérez no revisó los títulos y que el doctor Meriño en su calidad de Jefe de Grupo, una vez que se le asignaba determinado proceso, debía proyectar el auto de admisión o rechazo, lo que en efecto ocurrió (fl. 41), y agrega la Delegada: "El demandante pretende revivir el debate probatorio que ya finalizó en las instancias, pues siguiendo con la misma cuerda argumentativa manifestó más adelante que según declaración del doctor Pablo Villate, apoderado del Banco del Comercio, se puso de acuerdo con la doctora Marcela Pérez como titular del Juzgado Unico y con el empleado Moisés Meriño, quienes dieron el visto bueno de la entrega de las cédulas, para contraponerla con la afirmación del Tribunal consistente en que los apoderados nunca hablaron con la Juez" (fl. 41).

Alude a la declaración de Villate y anota que de conformidad con todo el proceso "resulta imposible que el doctor Meriño Hernández resulte ajeno a los hechos cuando el mismo acervo probatorio apunta a demostrar

su injerencia en ellos, máxime cuando el libelista para demostrarle no se refiere a la totalidad de las pruebas que sirvieron de base para edificar el fallo de condena" (fl. 42), anotando que el casacionista "más bien se dedica a hacer consideraciones subjetivas que no cobijan la totalidad de los elementos de juicio que sustentan la sentencia y su subsistencia en torno a la responsabilidad de Meriño Hernández, lo que hace que su alegato se torne inútil" (fl. 42).

Enfatiza en que la casación no es tercera instancia, que el actor "sectoriza" su ataque probatorio y que "lo que sucedió y no tuvo en cuenta el recurrente en el análisis de los medios probatorios efectuado por el fallador, fue que éste otorgó mayor credibilidad a Eraso Muñoz que a Meriño, de quien calificó sus intervenciones de imprecisas y ambiguas (fl. 43).

Anota que en el fondo lo que el censor plantea es un falso juicio de convicción, no permitido por no existir tarifa probatoria y concluye: "La equivocada postura asumida por el recurrente a lo largo de la demostración del cargo conlleva a su inevitable desestimación, como quiera que se limita a efectuar una crítica meramente subjetiva y parcializada del acervo probatorio, del que dicho sea de paso considera esta Delegada, efectuaron los juzgadores (sobre todo el de primer grado), un análisis conforme a las reglas de la sana crítica (fl. 44).

Piensa entonces que el cargo no debe prosperar.

Segundo cargo:

En este cargo la Delegada le reprocha al actor las mismas falencias que en el anterior y respecto de la afirmación de la demanda, en el sentido de que no está probado que Meriño Muñoz tuviera a su disposición las cédulas hipotecarias y mucho menos que hubiera dado las mismas a terceros, dice que de este aserto "se evidencia por parte del libelista su total desconocimiento de los medios de convicción allegados al plenario, que a la postre no ataca sino que se limita a lanzar afirmaciones y cuestionamientos que se quedan en el aire, lógicamente encaminados por vía diferente a la propuesta, pues en tanto que enuncia un error de hecho, se pregunta por la veracidad y suficiencia de las pruebas que al Tribunal

le basta para concluir sobre la participación criminal, reclamo que es propio del error de derecho por falso juicio de convicción" (fl. 45).

Copia la Delegada parte de las consideraciones del sentenciador sobre este aspecto de la participación y dice: "Entonces, pregunta la Delegada, cabría aquí descartar la posibilidad de la participación de Meriño Hernández cuando justamente las cédulas hipotecarias que estaban bajo su responsabilidad por un proceso ejecutivo que le correspondía sustanciar, aparecen en poder del también procesado Cardona Quezada a quien aquél conoció en Barranquilla, donde fueron compañeros de trabajo; cuando en las deponencias que sobre el punto hace cada uno de los sentenciados se contradicen y, lo que es peor, cuando Cardona Quezada no da explicación satisfactoria de la manera como llegaron las cédulas a sus manos?: respondemos que no; lo que sucede es que hay una disparidad de criterios entre el censor y el fallador que aquél trata de enrostrar con yerros en cabeza de éste, ya que ignora casi en su totalidad los aspectos considerados por los falladores, cuyo criterio prevalece sobre el del demandante por estar amparado de la doble presunción de acierto y legalidad" (fl. 46).

Igualmente, sugiere que este cargo no debe prosperar.

Tercer cargo:

Dice la Delegada:

> "Para el libelista, el juzgador supuso una prueba –que no identifica– según la cual se condenó Meriño como autor del peculado sin prueba que permita establecer el grado de culpabilidad dolosa.
>
> "Pues bien, como se ha venido reiterando, los fallos de primera y segunda instancia conforman una unidad jurídica inescindible por los aspectos que ambos coincidan, lo que hace que las consideraciones probatorias referidas por el juez de primer grado se entieendan incorporadas en todo lo que no se desvirtúe o modifique, así no se haya reproducido en forma expresa en el fallo *ad quem*.

"Dicho lo anterior es claro que el demandante no consideró ninguno de los argumentos que llevaron al sentenciador de primer grado a concluir que Meriño es responsable de peculado por apropiación, artículo 133 del Código Penal, con lo que queda la censura en el mero enunciado y deja a la Corte en la tarea de adivinar cuál es la prueba que supuso el fallador para imputarle a título de dolo la responsabilidad a Meriño.

"Con ello, insiste el memorialista en desconocer la naturaleza de este recurso extraordinario mediante un alegato de instancia en el que, antes de demostrar lógica y jurídicamente los errores cometidos por el fallador, pretende que se reexamine el material probatorio sin tener en cuenta que la Corte al desatar el recurso está supeditada al camino que le señale el libelista sin que se pueda salir de las pautas que el mismo plasme en el escrito de demanda.

"No obstante, considera la Delegada que el sentenciador de primer grado analizó ampliamente tal aspecto sin que resulte suficiente el esfuerzo analizado por el recurrente, porque el dolo se deduce de su participación activa en el hecho delictivo y su compromiso con el resultado finalmente obenido. Demostrar, como lo pretente el recurrente, la responsabilidad que a título de dolo se le imputó a su prohijado Meriño Hernández, implica realizar nuevamente el análisis del acervo probatorio allegado a los autos en forma global, el cual ya se encuentra plasmado en autos.

"Ante la falta de técnica y razón, el cargo no puede prosperar".

Demanda a nombre de Rubén Cardona Quezada:

Dice la Delegada que la actora, al pretender que se le de credibilidad al indagado Cardona Quezada y a la testigo Luz Mila Acevedo, se desplaza hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, que no fue el que adujo. "Para ello asegura –dice la Procuraduría– que las cédulas fueron entregadas a Cardona Quezada por Alberto Milke y en cambio parte de

una premisa, ideada por ella, de que en el plenario no hay prueba de quién fue la persona que sustrajo las cédulas del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales proponiendo una nueva visión sobre la forma como ellas llegaron al Despacho aludido, imputándole responsabilidad a Eraso Muñoz para así excluir de la participación de los hechos a Meriño Hernández y en consecuencia a su representado, lo que en manera alguna implica el alcance desmedido de una prueba por parte del fallador, sino una visión subjetiva de los hechos para sacar avante su tesis" (fl. 49).

Dice además la Delegada que la actora "no aborda la totalidad de los elementos que el fallador tuvo en cuenta para llegar a la conclusión" de responsabilidad de Cardona Quezada, transcribe aparte pertinente del fallo anota que, así, "la libelista no entró en el fondo del asunto, esto es las razones por las cuales se le endilgó complicidad a Cardona Quezada, quien precisamente por cobrar las cédulas hipotecarias y demás circunstancias que rodearon su conducta, permitieron su adecuación al tipo contentivo del delito de peculado" (fl. 50) y añade:

> "Por lo tanto, no resulta viable, como lo pretende la censora, deslindar su conducta de la desplegada por Meriño Hernández, para que se le tenga como responsable únicamente del uso de documento público falso, máxime que los argumentos utilizados en el escrito de demanda resultan totalmente ineficaces para quebrantar el fallo condenatorio, el cual se mantiene incólume frente a la total ausencia de demostración del yerro impetrado, lo que impide la prosperidad del cargo".

Es del criterio, entonces, que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Corte:

Unas breves consideraciones previas juzga la Sala que deben hacerse y que son aplicables a las dos demandas que se han presentado aquí:

a) La sentencia de segunda instancia (que se entiende forma un solo cuerpo jurídico con el fallo de primer grado en todo aquello que no lo excepcione o contradiga) viene amparada por la doble presunción de legalidad y acierto. Por ello, si el casacionista pretende rebatir la misma,

debe demostrar que allí se incurrió en errores de tal magnitud –manifiestos, reveladores, protuberantes– que tornan forzoso a la Corte reconocerlo así y decidir la casación pertinente.

Por esa razón, resùltan inanes afirmaciones tales como que determinadas consideraciones del sentenciador devienen "injustas", desenfocadas o cualquier otro ataque similar. Se insiste, tócale al casacionista, en orden a probar las equivocaciones arguídas, examinar cada prueba en concreto y establecer que, con respecto a ésta, se inobservaron requisitos esenciales para su aducción (error de derecho por falso juicio de legalidad), que se supuso ignoró o que se desdibujó su sentido objetivo, haciéndole decir lo que no dice (error de hecho por falso juicio de existencia y de identidad). No valen, pues, afirmaciones "generales", que solamente revelan el personal criterio del recurrente, que, se reitera, no puede prevalecer sobre el del funcionario judicial.

b) Hace ya más de un lustro nuestra legislación procedimental penal erradicó el sistema de tarifa legal o de prueba tasada, mediante el cual el legislador calificaba previamente el valor a dar a cada elemento de juicio; hoy impera el sistema de la sana crítica en la evaluación probatoria, frente al cual únicamente le es dable al casacionista demostrar que el juzgador, rompió la lógica y abordó la prueba con su mero capricho o irracionalidad, lo que lo colocaría de cada a un error de hecho en los términos vistos. Por eso la simple "credibilidad" que el fallador otorgue a una prueba no puede intentarse derruir con el mérito que, en sentir del actor, merezca tal medio de convicción.

c) Solamente frente a casos excepcionales (como violación de garantías fundamentales o las nulidades) puede decirse que la Corte procede en sede de casación como tercera instancia, en el sentido de que le corresponde revisar oficiosamente la parte respectiva del proceso. De resto no, porque se impone el principio de no oficiosidad o de limitación, de conformidad con el cual es el demandante –y sólo él– el que le fija a la Corte el derrotero para decidir el recurso extraordinario de casación.

d) Cuando se alega violación indirecta de la ley (como se ha hecho en este caso) el casacionista está obligado a considerar todas las pruebas que el fallador tuvo en cuenta para arribar a la parte conclusiva del fallo

correspondiente. No le es permitido, pues, al recurrente seleccionar sólo algunas probanzas que le convengan de acuerdo a la posición que su representado ocupe en la relación jurídico-procesal. Porque un ataque así de parcelado desconoce las realidades procesal y de la sentencia impugnada en sí y es motivo suficiente, entonces, para que la censura esté llamada al fracaso.

Con esa necesaria introducción, la Sala pasará a examinar las demandas.

Demanda a nombre de Moisés Clímaco Meriño Hernández:

Primer cargo:

Dice el actor que el Tribunal yerra al inculpar al procesado Meriño Hernández como quien decidió admitir como caución las cédulas hipotecarias y al reprocharle también haberlas recibido "al portador".

Desconoce el casacionista que en el fallo impugnado repetidamente se dice que Meriño Hernández tiene una personalidad "dominante", aparte de que era más experto y antiguo que su jefe la doctora marcela del Pilar Pérez, recién entrada a trabajar en ese específico oficio de Ejecuciones Fiscales. Por ello, como abogado-sustanciador del Juzgado Unico, el Tribunal consideró que "se impuso" sobre su referida jefe, quien, por lo demás, niega haberse enterado de que dichas cédulas figuraban al portador.

En cuanto a que los empleados del Banco del Comercio –girador de las cédulas hipotecarias– hablaron al respecto con la mencionada doctora Pérez, ésta fue bien clara al declarar que sólo en contadas oportunidades lo hicieron, y el doctor Villate en su declaración (fls. 118 y ss.-1) es bien claro al decir que casi siempre habló fue con el abogado Meriño Hernández, a quien le recomendó especialmente la operación. Ya se dijo en el punto anterior que dicho procesado fue realmente quien condujo todo lo relativo a los procesos de ejecución contra el nombrado Banco.

Por lo que hace a la no radicación de las cédulas hipotecarias –"irregularidad" considerada en contra de Meriño Hernández–, tampoco es de recibo la alegación del actor en el sentido de que esa omisión no es

imputable a Meriño Hernández sino al empleado García Vera. A ello la Sala responde que el Tribunal no fue irracional ni arbitrario al creerle a Gracia Vera cuando sostuvo que Meriño Hernández no le pasó las cédulas para anotar su entrada, como siempre lo hacía. De suerte que ese indicio tomado en cuenta –junto con los demás– para resaltar el compromiso penal de Meriño Hernández, no consigue ser destruído por el censor.

En lo que atañe a la tramitación posterior de que fueron objeto las cédulas hipotecarias, la Sala pone de relieve que el Tribunal le creyó al abogado Eraso Muñoz cuando éste sostuvo que si bien Meriño Hernández primero le entregó esos títulos, al poco rato se los pidió. Ya inicialmente se precisó que tales aspectos de credibilidad asumidos por el fallador deben ser respetados, como también el referente al nerviosismo dejado ver por Meriño Hernández cuando los empleados del Banco del Comercio presentaron al Juzgado Unico para indagar por el destino cierto de las cédulas hipotecarias.

En fin, ninguno de los reparos vistos que hace el casacionista logra siquiera conmover el fallo impugnado.

Segundo cargo:

Aquí critica el censor la forma como el Tribunal valoró la prueba con miras a afirmar la participación de varios de los procesados en la delincuencia, concretamente al tener a Meriño Hernández como autor y a Cardona Quezada y a Mojica Higuera como cómplices de dicho peculado.

Baste decir al respecto que el sentenciador tuvo en cuenta la amistad o de todos modos el conocimiento que tenían entre sí los procesados Meriño Hernández y Cardona Quezada, por haber laborado ambos en las mismas oficcinas de Barranquilla. Ahora bien, que el casacionista sostenga que tal relación no dio origen a una amistad, resulta ser un muy personal concepto, que jamás puede prevaleccer sobre el del Tribunal, en el sentido que los dos mencionados procesados sí entablaron amistad y, por tanto, se torna muy explicable que las cédulas hipotecarias que tenía Meriño Hernández hayan sido encontradas en poder de Cardona Quezada. En este punto ni de lejos puede decirse, entonces –como lo hace el casacionista– que el Tribunal "supuso" la prueba al respecto.

No prospera tampoco esta objeción.

Tercer cargo:

Discute en este cargo el censor la no demostración del dolo atribuído a su representado Meriño Hernández. A tal cosa cabe responder que, en rigor, de una narración correcta de los hechos y del respectivo análisis probatorio en lo que atañe a la autoría, se desprende –directa e inmediatamente– el aspecto subjetivo del hecho punible. Dicho con otras palabras, como el dolo es conocimiento y voluntad, éste no puede manifestarse sino mediante la exteriorización, el hacer o no hacer del respectivo procesado. De todos modos es una conducta la que saca a flote el aspecto subjetivo de la delincuencia, tornándose superflua –como anota la Delegada– una repetición de todo el quehacer típico y antijurídico con miras a reiterar el dolo, el cual debe merecer examen especial en el evento de que se aduzcan algunas de las causales de inculpabilidad previstas en el artículo 40 del Código Penal, cosa que en este caso no se ha hecho.

Sin perjuicio de lo dicho es dable reiterar que unos hechos bien contados y unas pruebas correctamente analizadas, exhiben de suyo la clase de culpabilidad respectiva.

No prospera el cargo.

Finalmente conviene transcribir ciertos apartes del fallo del Tribunal:

Se dice a folio 67-4 que la denunciante, doctora Pérez, "llevaba muy corto tiempo en el cargo, de lo cual puede deducirse fundadamente, como lo hizo el juez de primera instancia, que Meriño Hernández efectivamente influyó en la decisión de aceptar las cédulas hipotecarias al portador como caución dentro de los procesos ejecutivos mencionados. Y se agrega que la misma doctora Pérez en una declaración rendida aduce que de haber sabido que las cédulas eran al portador las hubiera revisado y no se hubiera conformado con la manifestación del inculpado, referida a que se había prestado la caución por el Banco sin mostrarle en ningún momento los documentos. Se infiere de igual manera que el manejo de las cédulas estuvo a cargo únicamente de Meriño Hernández, dado que nadie más las vio o las detalló".

Y a folio 68 se lee: "...Eduardo Eraso muy al contrario de lo sucedido con Meriño Hernández, es enfático y concordante en todas sus declaraciones en señalar que le devolvió el paquete; que a la postre se enteró contenía las cédulas hipotecarias, en cuanto el procesado sólo le pidió que le guardara el paquete junto con los dos títulos judiciales al inculpado al igual que los títulos referidos. Debe resaltarse que una vez se efectuó el arqueo correspondiente se halló en la caja fuerte de Meriño, los dos títulos aludidos más ninguna cédula hipotecaria".

La sentencia, pues, no se casará al respecto.

Demanda a nombre de Rubén Cardona Quezada:

La casacionista pretende que se le dé credibilidad a la indagatoria del susodicho procesado y a la corroborante rendida por Luz Mila Acevedo (fls. 49 y ss.), en el sentido de que Cardona Quezada recibió las cédulas hipotecarias de Alberto Milke.

Lo primero que debe replicarse en ello (aparte de que se sale del error planteado para penetrar en error de derecho por falso juicio de convicción) es que aún admitiendo que el referido Milke le entregó esos títulos a Cardona Quezada, ello por sí solo no le quita ni disminuye responsabilidad a este último frente a la complicidad en el peculado por la cual se le condenó; o por lo menos la actora no demuestra lo contrario, es decir, que esa intervención del otro sujeto (cuya existencia real se demostró en el proceso y se comprobó que había fallecido) exime de imputación a Cardona Quezada.

Por otro lado, igual de débil es la alegación de que Cardona Quezada no era amigo de Meriño Hernández y que por tanto la participación de los dos en el hecho punible corresponde a una invención de prueba. No; ya se dijo que el sentenciador es enteramente libre, dentro de la sana crítica, al asumir como ciertas cosas como la de la mencionada amistad participativa entre los dos procesados.

Aparte de ello la actora parece desenfocada al aseverar que no existe prueba de que Meriño Hernánde tuviera bajo su custodia las cédulas hipotecarias, afirmación que corre insular dentro del contexto del cargo y se lanza sin ninguna sustentación.

Dijo el Tribunal respecto de Cardona Quezada que se debe colocar en tela de juicio "su pretendida buena fe con la que dice recibió los instrumentos negociables, por otro lado, el constante giro de dinero al tercer procesado –Mojica Higuera– y nunca a Milke como lo indicaría el orden de hechos aludidos por Cardona Quezada. Si a esto último se agrega que no suministra razón satisfactoria de los constantes e importantes envíos de dinero realizados a Mojica Higuera, dado que en principio dice que correspondían a préstamos y luego a venta de repuestos, discrepancia que dicho sea de paso, no tiene razón válida de ser, si lo afirmado por Cardona correspondiera a la verdad de las cosas, no puede menos que inferirse razonablemente una mala justificación que redunda en hacer aún más clara su participación en el delito contra la Administración Pública que se le endilgó".

Con relación a este procesado, pues, tampoco se casará la sentencia impugnada.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida extraordinariamente. En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, no firmó; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas,* no firmó; *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

CASACION DISCRECIONAL

De conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993), cuando la sentencia de segunda instancia se ha dictado en relación con delitos cuya pena máxima privativa de libertad no supere los seis (6) años, el recurso extraordinario de casación sólo procede si la Corte lo considera "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Pero es claro también que es al impugnante a quien le corresponde demostrar esta necesidad. Deberá, por tanto, hacerlo, así sea en forma breve, pero precisando a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso sub lite, que estima necesario sean desarrollados por la Corte, o cuáles fueron los derechos fundamentales vulnerados. Sólo de esta manera le resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso. Como esta determinación es presupuesto indispensable para que surja la oportunidad de presentar la demanda de casación, obvio resulta que la demostración que se comenta no puede posponerse para un postrer momento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 88.

Mediante la presente providencia la Sala inadmitirá el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de 20 de junio último, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a ADELA CALVO DE CALVO como responsable del delito de peculado culposo, que se le había imputado en la resolución de acusación.

Se considera:

1. Contra dicha sentencia, que confirmó la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales, el defensor de la procesada Adela Calvo de Calvo interpuso recurso de casación "por cuanto considero –dijo a folios 612– que es necesario que la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre aspectos de la sentencia impugnada con el fin de desarrollar la jurisprudencia en aspectos que a mi juicio son fundamentales para orientar a los Jueces y Magistrados de los Honorables Tribunales Superiores respecto a temas vinculados a la apreciación probatoria y a la interpretación de los artículos 37 y 40 del C. de P.P.".

El Tribunal procedió entonces a remitir el proceso a esta Sala.

2. De conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el art. 35 de la Ley 81 de 1993), cuando la sentencia de segunda instancia se ha dictado en relación con delitos cuya pena máxima privativa de libertad no supere los seis (6) años, el recurso extraordinario de casación sólo procede si la Corte lo considera "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales".

Pero es claro también que es al impugnante a quien le corresponde demostrar esta necesidad. Deberá, por tanto, hacerlo, así sea en forma breve, pero precisando a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso *sub lite*, que estima necesario sean desarrollados por la Corte, o cuáles fueron los derechos fundamentales vulnerados. Sólo de esta manera le resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso. Como esta determinación es presupuesto indispensable para que surja la oportunidad de presentar la demanda de casación, obvio resulta que la demostración que se comenta no puede posponerse para un postrer momento.

Así lo ha sostenido esta Corporación, tal como puede verse en auto del 28 de octubre de 1992, cuando con ponencia del H. Magistrado, doctor Torres Fresneda, expresó:

> "La necesidad de que el impugnante fundamente así sea de manera breve pero con suficiente claridad cuáles son los

> motivos que le animan en la interposición del recurso, a fin de poder examinar la viabilidad de su pedido, pues dentro de la respuesta que compete a la Corte, el ejercicio de su discrecionalidad le exige, sea en el evento de que la petición se niegue o atienda, el apoyo de un debido fundamento, y ello obliga al conocimiento anticipado de las razones que a juicio del inconforme hace de recibo el recurso, pues no de otra manera podrían ellas descubrirse, ni conocerse el punto que suscita la respectiva controversia, exposición que en modo alguno perjudica o se opone a la necesidad de que en caso de admisibilidad, la impugnación extraordinaria se concrete a través de la formal y oportuna demanda de casación".

El defensor de la procesada Calvo de Calvo al interponer el recurso de casación, se limitó a consignar que lo consideraba necesario para "que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia se pronuncie sobre aspectos de la sentencia impugnada con el fin de desarrollar la jurisprudencia en aspectos que a mi juicio son fundamentales para orientar a jueces y magistrados de los Honorables Tribunales Superiores respecto a temas vinculados a la apreciación probatoria y a la interpretacion de los arts. 37 y 40 del C.P.".

Con toda claridad se advierte cómo el impugnante no señaló de ninguna manera cuále son esos aspectos fundamentales que él considera necesario que la Corte desarrolle, y en estas condiciones es apenas lógico que el recurso interpuesto sea negado, porque no se demostró su necesidad.

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

Resuelve:

Inadmitir el recurso de casación discrecional interpuesto contra la sentencia de fecha y origen anotados.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, no firmó; *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

NOFITIFICACION PERSONAL / NOTIFICACION POR ESTADO

La notificación personal era el acto más idóneo para comunicar a las partes las incidencias medulares del proceso. En armonía con este criterio, el artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, que aún no había sufrido las modificaciones de la Ley 81 de 1993, señalaba que la calificación se notificará personalmente "...cuando sea posible...". Esta medida garantizaba sobremanera el derecho de cada cual a controvertir o apoyar la medida judicial materia de la notificación y así se le coloca en un lugar principalísimo. En este sentido, las demás notificaciones son supletorias y por ello, el artículo 190 de aquella obra, advierte que la notificación por estado se hará "...cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado".

No estará demás anotar que en la sistemática procesal vigente, tal medida se reservó al procesado privado de la libertad y al Ministerio Público (art. 188 del C. de P.P.), aunque no excluye que también cualquier sujeto procesal que acuda a la secretaría del despacho judicial respectivo pueda hacerlo, leyéndose íntegramente la providencia, tal como lo prescribe el artículo 189. Pero además el artículo 190, *ibídem*, –modificado por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993– enseña que cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos procesados diferentes a los mencionados en el artículo 188 de este código se hará la notificación por estado que se fijará tres días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 85 de 3 de agosto de 1994.

Vistos:

Decide la *Sala* sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Ramiro de Jesús Florián Florián* contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Chiquinquirá, que halló responsable al acusado, a título de autor, de la comisión de un delito de homicidio cometido en estado de ira, en la persona de Angel Custodio Cancelado, condenándolo a purgar la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión. Como accesoria le fijó la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y fijó los perjuicios materiales en quinientos mil pesos ($500.000.oo) y los morales en doscientos (200) gramos oro.

Hechos:

Los hechos suceden en el barrio "El Silencio" de las minas de Coscuez, jurisdicción de San Pablo de Borbur (Boyacá). Es el nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa (1990) y aproximadamente son las nueve (9) de la noche. En la casa de *Vicente Gualteros* se hallan reunidos con el anfitrión varios de sus amigos, entre ellos, *Ramiro Florián, Jesús Salgado* y *Roque Peña.* En aquel momento aparece *Angel Custodio Cancelado* y poco después se pone a discutir con *Florián*, sin que se sepa a ciencia cierta el motivo del enfrentamiento bien que se presume que fue porque la víctima le entregó unas esmeraldas al acusado y éste se apoderó de ellas. Sorpresivamente, el procesado saca un arma y la acciona contra su adversario ocasionándole la muerte.

Sinópsis procesal:

Con acierto la Delegada hace el compendio del acaecer procesal en los siguientes términos:

"Con base en los anteriores sucesos el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo de Borbur el 18 de septiembre de 1990 ordenó la indagación preliminar. Cumplida ésta el expediente fue enviado por competencia al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de Tunja donde con pronunciamiento fechado el 19 de noviembre de 1990 se abrió formalmente la investigación e impartió orden de captura en contra de RAMIRO DE JESUS FLORIAN.

Fallidos los intentos de búsqueda para dar con el paradero del ciudadano, cumplidos los trámites de ley se le declaró persona ausente con proveído del 5 de agosto de 1991.

Resuelta la situación jurídica del encartado el 2 de octubre de 1991 con medida de aseguramiento de detención preventiva se practicaron pruebas de carácter testimonial pedidas por la defensa.

La investigación se cerró el 27 de marzo de 1992 y el sumario fue calificado por la Fiscalía Veintiuna de Chiquinquirá con resolución acusatoria en contra del procesado por el delito de homicidio cometido en estado de ira, según decisión que lleva fecha 2 de septiembre de 1992.

Repartido el asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma localidad, con proveído del 4 de diciembre de 1992 se dispuso evacuar pruebas testimoniales e inspección judicial para lo cual se comisionó al Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo de Borbur.

Cumplida la referida comisión se señaló fecha para celebrar la audiencia de juzgamiento, la que desarrollada en debida forma el 24 de marzo de 1993, concluyó con la sentencia de primera instancia cuyos resultados ya se reseñaron.

Apelado el fallo, el Tribunal decidió confirmarlo en su totalidad el 3 de junio del mismo año, en sentencia que ahora es censurada por vía del recurso extraordinario".

La demanda:

La libelista presenta un único cargo con fundamento en la causal *primera* de casación, prescrita en el numeral 1o. del artículo 220 del estatuto procedimental. Según su parecer, el fallo erró en la apreciación de la prueba testimonial. Más adelante, en el acápite que denomina "Demostración", advierte que el juzgador incurrió en un error de valoración e interpretación de la prueba, fundamentalmente la testimonial, "... al otorgarle el valor que no le corresponde (la de MARCOS RODRIGUEZ Y JOSE OLMEDO PEREZ) y, por el contrario, desestimar de todo valor pruebas testimoniales regular y legalmente recepcionadas (las de LEOVIGILDO MURCIA, ROQUE ALBERTO PEÑA, JESUS ANTONIO SALGADO y JOSE VICENTE GUALTEROS), testimonios éstos que fueron desestimados no obstante favorecer la situación del procesado...".

Más allá tilda la crítica hecha en el fallo a estas deposiciones como "equívoca y errónea, por no haberlas tenido en cuenta al no otorgarles valor probatorio simplemente por el hecho de haber sido recepcionadas un año después de ocurridos los hechos. En cambio la de *Marcos Rodríguez*, cuñado del occiso, sí debe considerarse como parcializada y contradictoria, teniéndose en cuenta la retractación de *Olmedo Pérez* quien señala que su declaración inicial la hizo a instancias del propio *Marcos Rodríguez* y de *Concepción Rodríguez*.

Luego de calificar los testimonios de descargo como claros, coherentes y precisos, manifiesta que se incurrió en un error *in iudicando* de hecho y que la trascendencia del entuerto es manifiesta como que fue la causa determinante de la ilegalidad de la sentencia impugnada, dado que lo único que hizo *Florián* fue defenderse del ataque actual e inminente del occiso.

Esta falencia, concluye, fue determinante en la ilegalidad de la sentencia "...por cuanto dio lugar a una opuesta contraria, a aquella proveniente de la correcta interpretación y valoración probatoria y que no había podido ser diferente a la absolutoria".

Finaliza su intervención advirtiendo que ante la "tergiversación" señalada no procede otra cosa que la restauración del derecho mediante la casación de la sentencia, dictando en su lugar una de carácter absolutorio.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

Advierte, en primer término, acerca del silencio que guarda la demanda sobre la especie del error en la apreciación probatoria que denuncia. Más adelante nos explica el porqué escoge, sin razonamiento alguno, el falso juicio de convicción, pues no se toma el trabajo de comparar las diferentes versiones de *Gualteros y Pérez*. Tampoco determina con claridad la norma que estima infringida. "No demostró –advierte– si en realidad FLORIAN FLORIAN fue agredido por Angel Custodio Cancelado, si la defensa era necesaria, si la reacción fue proporcional a su agresión, ni la forma como el sentenciador llegó a aseveraciones contrarias a las que imponía la verdad procesal o la disposición legal pertinente". Así las cosas, considera que el alegato es apenas aceptable como memorial de instancia.

En segundo lugar, por propia iniciativa, resalta dos situaciones que encuentra dignas de análisis. La primera, referente a la notificación de la resolución de acusación. Según su parecer y atendiendo el tenor del artículo 440 del compendio procesal vigente, debió haberse hecho en forma personal al procesado y, subsidiariamente, si ello no fuera posible, hacerlo por estado. Sin embargo, el secretario, sin agotar lo primero procedió a hacer lo segundo. No obstante, como quiera que la defensora del acusado acudió presta a notificarse personalmente e intervino en defensa de los intereses de su representado, la Delegada considera que esta irregularidad no alcanza la categoría de sustancial que afecte el debido proceso. Empero, considera que ésta conduzca realizada por el secretario de la Unidad de Fiscalías amerita la correspondiente investigación disciplinaria, razón por la cual, compulsa las copias correspondientes con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial.

Habla luego del contenido de la resolución de acusación. Con alarma señala que en este proveído se reconoció que el acusado actuó bajo el estado de ira, sin que en el proceso se encuentre prueba alguna de ello. Por dicha razón considera que el fiscal delegado cometió un delito de prevaricato por acción, situación que no es fruto de la inexperiencia o de una simple equivocación, pues con el mismo proveído había aceptado la agresión del reo en contra del interfecto.

Por consiguiente, considera que no se puede corregir el entuerto dictando un fallo de reemplazo que desconozca la diminuente pues ello agravaría la situación del imputado, contrariando la disposición constitucional que lo prohíbe. De igual manera, tampoco procede la causal de nulidad pues no se afectó el derecho de defensa, ni se generó incompetencia alguna respecto del funcionario, ni mucho menos se afectó el debito proceso, instituído para garantizar los derechos fundamentales que la Carta consagra en favor del procesado. Ni siquiera puede decirse que se infringió el principio de legalidad de las penas, pues la irregularidad se traduce solamente en "...la frustración de las expectativas sociales frente a un correcto sistema de administración de justicia, lo que no implica transgresión del artículo 29 constitucional, que protege al ciudadano y no a la comunidad". Considera, entonces, que la única reacción posible es la expedición de copias para la investigación penal del fiscal delegado que, en contra de la ley, dispensó un beneficio legal.

Termina afirmando que no procede la declaratoria de nulidad y advierte:

> *"...por lo que se concluye, lo decimos con todo respeto, que desde un comienzo, como al parecer fue la opinión del Magistrado Ponente que la declaró ajustada por* ***mayoría****, se ha debido rechazar in limine la demanda que exhibe, según se dejó anotado, protuberantes vicios que la hacen imprósperа".*

Por último, anota sobre la omisión en las instancias de compulsar copias para investigar las versiones mendaces de *Pérez* y *Gualteros* por un presunto delito de falso testimonio, solicitándole a la *Corte*, aparte de no casar la sentencia, suplir la negligencia comentada.

La Corte:

1. La demanda:

1.1. El libelo, como bien lo destaca la Delegada, presenta ostensibles defectos de técnica que temprano predican su rechazo. Aunque el enunciado señala la causal primera y aduce un error de apreciación en la prueba testimonial, al desarrollar sus argumentos, la confusión es la regla

que gobierna el escrito. Cuando se espera que indique la especie de la violación indirecta invocada, esto es, la clase de error y el falso juicio que le dio origen, comienza por lanzar frases equívocas que terminan por dejar en la total oscuridad su planteamiento inicial.

1.2. En un comienzo advierte que el yerro se presentó en torno a un error de valoración e interpretación de la prueba al otorgar una tasa que no le corresponde a los testimonios de *Marcos Rodríguez* y *José Olmedo Pérez*, al tiempo que les negaba cualquier justiprecio a las palabras de *Leovigildo Murcia, Roque Alberto Peña, Jesús Antonio Salgado y José Vicente Gualteros*. Es claro, por consiguiente, que el actor opta por el error de derecho por falso juicio de convicción.

El camino escogido, sin embargo, no tiene la capacidad para reportarle ningún éxito. Sabido es que desde la desaparición de la tarifa legal para sopesar las probanzas, tal tropiezo, en general, no es alegable en sede de casación. Las reglas de la sana crítica reemplazaron los rígidos postulados legales. En vez de una valoración predeterminada, la experiencia, la ponderación, el conocimiento, la lógica, la razón misma, son las guías para el fallador. Ellas, unidas a la íntima convicción determinan al final la importancia que pueda tener cada evidencia por sí misma y en conjunción con las demás. Explicable, por tanto, la inanidad de un reproche en esta materia, pues no hay manera de confrontar una diferencia entre algo que no señala la ley y la decisión tomada por el juzgador.

1.3. Más adelante asegura el actor que los testimonios de descargo no se tuvieron en cuenta, afirmación que da a entender, ahora, la presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia pues ya no habla de desestimación sino de omisión. La contradicción en el planteamiento es manifiesta. Es ilógico predicar al mismo tiempo y sobre la misma prueba que se le valoró erróneamente lo que indica que se le tuvo en cuenta para luego señalar que se le ignoró.

1.4. Los desaciertos prosiguen a la par que se avanza en la lectura del libelo. Ahora se dedica a precisar el yerro nombrándolo como error *de hecho* pues, a su modo de ver, lo que ha querido demostrarle a la Corte, es que el tropiezo judicial se produjo en relación con el sentido de

la prueba. Así las cosas, junto al error de derecho al cual le dedica la primera parte de su intervención emerge ahora el error de hecho, creando la dilogía que se anunciara en precedencia. Tal cúmulo de desaciertos provocan la desestimación de rigor.

1.5. Pero aún no termina el caos argumental. Ya para finalizar el corto escrito en el que abundan las generalidades y las expresiones abstractas, en las últimas frases desnuda el recurrente su total desconocimiento de la causal que alega. Luego de insistir en la incorrecta "valorización" de las probanzas y su incidencia en la decisión desfavorable que se tomó en contra de su patrocinado, asegura que las pruebas fueron tergiversadas citando entre comillas un trozo (sin mencionar al autor) de una alusión al error de derecho.

Y para que no quede duda de su ignorancia absoluta sobre el tema, el último párrafo, antes de presentar su petición resume cabalmente su confusión. Base su cita para demostrarlo: Según su parecer a la decisión cuestionada se llegó por la vía del *"error in iudicando de hecho por equivocación proveniente de la tergiversación de la prueba testimonial por el fallador en el curso de la interpretación y valoración de la prueba"* (subrayas del escrito).

1.6. A más de ello, como tinosamente lo señala la Delegada, unida a la deficiencia técnica se encuentra la pobreza argumental. Olvidó el recurrente que para abordar este extraordinario recurso se debe conseguir la demostración completa del yerro planteado, analizando en profundidad tanto la sentencia impugnada como la realidad procesal y normativa. De su confrontación ha de salir manifiestamente la falencia y con ella el remedio consiguiente. A la par con ello, ha de demostrar su trascendencia en contra de los intereses encomendados, de tal magnitud que de no haberse producido el tropiezo los habría favorecido notoriamente.

Dicientes son las palabras del Ministerio Público cuando advera:

> *"Más notorio aún es el yerro de la memorialista, si se tiene en cuenta que José Olmedo Pérez y José Vicente Gualteros Florián hicieron más de una declaración bajo la gravedad del juramento siendo que el primero en dos intervenciones diferentes*

rindió distintas versiones de los hechos investigados, al paso que el segundo, en tres declaraciones que se le recibieron en el proceso, suministró igualmente dos declaraciones disímiles de lo ocurrido. La recurrente, pese a ello, ni siquiera se tomó el trabajo de aducir en relación con cuáles de los contenidos probatorios –de signo diferente– se cometió el falso juicio por parte del sentenciador, limitándose a insinuar *que son verídicas las versiones que relatan una presunta defensa del inculpado ante agresión qu le hiciera la víctima".*

1.7. Finalmente, como último desacierto de la demanda, es dable anotar la ausencia de indicación alguna sobre las normas vulneradas con el fallo. Ni el menor comentario le merece este tema. Apenas insinúa la posibilidad de existencia de una legítima defensa, sin desarrollar el aserto, esto es, desbrozando los hechos hasta este resultado final, indicando (con el acervo probatorio en la mano) la agresión grave e injusta que sufrió *Florián* por parte de Angel Custodio Cancelado, su respuesta defensiva como única opción y su debida proporcionalidad. Luego de ello, enseñarle a la *Corte* que pese a esta realidad probatoria el fallador decidió contrariamente a lo establecido por el proceso, violando la normatividad.

El rechazo es la medida de la demanda y así habrá de declararse.

2. La petición de la Delegada:

Dos constancias deja la delegada en su concepto. La primera tiene que ver con la notificación del pliego de cargos al procesado, hecha por estado, la que únicamente podrá hacerse luego de agotarse las posibilidades de hacerlo personalmente, lo que no sucedió en el presente caso. La segunda, sobre la resolución de acusación la que, a su entender, ha debido hacerse sin reconocerle al procesado la diminuente de la ira causada por grave e injusta provocación, ya que ninguna prueba recaudada tan siquiera tiende a demostrar su existencia. Luego de su crítica solicita de la Sala compulsar las copias necesarias para investigar penalmente al Fiscal Veintiuno de la Seccional de Fiscalía de Chiquinquirá. Lo propio ha de hacerse con los testigos *José Olmedo Pérez y José Vicente Gualteros* por el presunto delito de falso testimonio.

Tales razonamientos merecen las siguientes precisiones de la Corte:

2.1. En lo que se refiere a la notificación de la resolución de acusación, la *Sala* está de acuerdo con las afirmaciones de su Colaborador. Para la fecha del acto procesal en cuestión, la notificación personal era el acto más idóneo para comunicar a las partes las incidencias medulares del proceso. En armonía con este criterio, el art. 440 del Decreto 2700 de 1991, que aún no había sufrido las modificaciones de la Ley 81 de 1993 (recuérdese que la resolución de acusación y sus notificaciones se surtieron en septiembre de 1992), señalaba que la calificación se notificará personalmente "...cuando sea posible...". Esta medida garantizaba sobremanera el derecho de cada cual a controvertir o apoyar la medida judicial materia de la notificación y así se le coloca en un lugar principalísimo. En este sentido, las demás notificaciones son supletorias y por ello, el artículo 190 de aquella obra, advierte que la notificación por estado se hará "...cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado".

No estará demás anotar que en la sistemática procesal vigente, tal medida se reservó al procesado privado de la libertad y al Ministerio Público (art. 188 del C. de P.P.), aunque no excluye que también cualquier sujeto procesal que acuda a la secretaría del despacho judicial respectivo pueda hacerlo, leyéndosele íntegramente la providencia, tal como lo prescribe el artículo 189. Pero además el artículo 190, *ibídem*, –modificado por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993– enseña que cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos procesales diferentes a los mencionados en el artículo 188 de este código se hará la notificación por estado que se fijará tres días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente.

En el caso de la especie, luego de infructuosos intentos por lograr la captura del sindicado (cfr. fls. 45 y ss.), el instructor determinó emplazarlo (fl. 62). Como tampoco se obtuviera respuesta positiva del encartado, lo declaró persona ausente (fl. 65), luego de lo cual se hizo presente una profesional del derecho con el ánimo de convertirse en su apoderada, pretensión que le fue aceptada al aportar el poder de rigor. La situación

permaneció invariable hasta el proferimiento de la resolución de acusación.

Por las constancias visibles a folio 123 del primer cuaderno, se conoce que el vocatorio a juicio fue notificado personalmente al agente del Ministerio Público. Al día siguiente –según aparece en el respectivo sello– se surtió la notificación por estado. Cumplidas estas previsiones, se remitió la actuación al reparto de los Juzgados del Circuito para que se asumiera la conducción de la etapa del juicio.

Empero, el secretario de la Unidad Seccional de Fiscalía se abstuvo de cumplir on la obligación legal. Una posible consecuencia negativa para el procesado puede desprenderse de aquí ya que el proveído quedó en firme sin que se hubiese interpuesto recurso alguno. No obstante, se encontraba legalmente nombrada y posesionada su representante legal quien hasta ese momento había tenido una presencia activa en el expediente, incluso presentando el respectivo alegato de conclusión.

Por lo demás, en la etapa del juicio aquella en ningún momento alegó la presencia de dicha irregularidad y no sólo con su silencio sino también con sus plurales intervenciones en la nueva etapa procesal, hizo posible la salvaguardia plena de las garantías fundamentales de su poderdante. Así las cosas, esta carencia apenas comporta la calidad de simple irregularidad, incapaz de afectar el debido proceso.

2.2. Cuanto atañe a la segunda inquietud del representante del Ministerio Público, también la Sala se encuentra de acuerdo con su razonamiento. Como bien lo pone de presente, el proceso al través de todas las pruebas recaudadas, no revela en ningún momento la posible existencia de la diminuente de la ira. Ni la menor alusión existe en ellas por lo que resulta un exabrupto la decisión del fiscal encargado de la investigación al reconocerla en el momento de calificar el mérito del sumario.

En efecto, la prueba testimonial desde un comienzo se orientó en otro sentido. Primero se insinuó que el móvil del crimen pudo haber sido un problema surgido entre los protagonistas del suceso criminoso por unas esmeraldas que el occiso le dio a guardar a *Florián* y éste se negó a

devolverlas. Sin embargo, esta hipótesis jamás se comprobó pues los testigos negaron conocer algo sobre el particular.

La segunda conjetura que surgió en la investigación fue la posible existencia de una legítima defensa del incriminado. Recuérdese que, intempestivamente, cuando ambos se encontraban tomando cerveza, se dijo que el occiso había sacado un arma de fuego con la intención de accionarla en contra de *Florián*, no consiguiendo su objetivo ante la rapidez de la respuesta del agredido quien impidió el hecho quitándole la vida a su oponente. Las declaracionees que afirman tal hecho son contradictorias y, por ende, sospechosas.

Ninguna otra posibilidad se desprendió de la investigación. En tal orden de cosas, resulta insólito que en la citada providencia, luego de descartar la legítima defensa, se advierta:

> *"Aceptemos por lo mismo que pudo haber procedido por la ira causada al momento de discutir gravemente con Cancelado; porque fue dentro de ese momento decidió dispararle. Ninguno se dio cuenta de los pormenores de la discusión, pero se les vio hacerlo airadamente y se coincide en afirmar que la motivó Cancelado.*
>
> *El sentimiento es tan subjetivo y teniendo en cuenta que ninguna prueba desvirtúa, es viable conceder el beneficio de la duda a su favor para este atenuante, art. 60 C.P.".*

Esta es toda la argumentación que se presenta. Sin ningún soporte probatorio, basándose en una simple hipótesis propia, decide reconocer la atemperante. Es manifiesta su irreflexión y precipitud y como quiera que este comportamiento puede constituir una falta contra la eficacia de la administración de justicia, se dispone compulsar las copias pertinentes conforme lo dispuesto en el Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía) toda vez que se hizo constar en la resolución de acusación un hecho que en verdad no corresponde a la realidad procesal como el de aseverar que el homicidio se cometió en estado de ira. Por consiguiente, se dispone compulsar copias correspondientes con destino a las autoridades competentes para que se realice la investigación de rigor.

2.3. Ahora bien, una decisión en procura de corregir la falencia, casando la sentencia y dictando la de reemplazo, por fuerza agravaría la situación jurídica del encartado, posibilidad prohibida por la Carta. La compulsación de copias para investigar disciplinariamente al funcionario queda como la eficaz respuesta al entuerto.

2.4. Igualmente –atendiendo la sugerencia del Ministerio Público– es pertinente la expedición de copias en contra de *José Olmedo Pérez y José Vicente Gualteros* para que se investigue la posible comisión de un delito contra la administración de justicia.

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:

1. *No casar* el fallo impugnado.

2. *Ordenar* la compulsación de copias de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de este proveído para que se investigue disciplinariamente al Fiscal 21 de la Unidad Seccional de Fiscalía de Chiquinquirá, Pedro José Martínez Calderón y penalmente a los testigos José Olmedo Pérez y José Vicente Gualteros Florián según razonamientos de la parte motiva de este proveimiento.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, (no); *Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.* con aclaración de voto.

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Valencia Martínez.*

Tiene toda la razón el Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal cuando reclama investigación de carácter penal contra el Fiscal 21 de la Unidad Seccional de Fiscalía de Chiquinquirá por el delito-tipo de prevaricato por acción en que pudo incurrir el funcionario al inventarse –sin base procesal ni probatoria ninguna– la circunstancia modificatoria de punibilidad prevenida en el artículo 60 del Código Penal. Y esto sí que no puede pasar.

Y como me parece harto grave la conducta adoptada por el Fiscal en este proceso y aunque creo que la investigación disciplinaria algún valor alcanza pero no logra cubrir toda la responsabilidad de su comportamiento, para bien de la justicia se hace menester una denuncia de carácter criminal. En lo que no me cabe duda.

Cordialmente,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra.

RECURSO DE HECHO / APELACION

Es principio fundamental, en el procedimiento penal, que toda decisión de funcionario judicial que pueda lesionar derechos de los sujetos procesales, sea recurrible en busca de que el error sea corregido.

Como consecuencia de este principio de impugnación, resulta el de las dos instancias, que permite que se acuda a Juez singular o plural, superior jerárquico del que dictó el acto atacado, para obtener su revocación o corrección cuando sea efectivamente contrario a derecho.

De ese sistema no es extraño nuestro Estatuto Procesal Penal, porque en el artículo 16 aparece la doble instancia consagrada y, al precisar que los Jueces del Circuito conocen de la segunda instancia de los procesos penales que sean de conocimiento de los jueces penales, municipales o promiscuos, que las Salas Penales de Decisión de los Tribunales conocen de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los jueces del Circuito, y que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito y Tribunal Nacional (arts. 72, 70 y 68), entra otra distribución de competencias, no ha hecho cosa distinta a establecer la organización jerárquica en la administración de justicia, teniendo en mira que todo proceso sea conocido por dos jueces de la diversa jerarquía si así lo quiere algún sujeto procesal con la interposición oportuna del recurso ordinario de apelación.

En el caso presente, la determinación cuya apelación interpuesta por el procesado fue rechazada por el Tribunal –la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria–, no era susceptible

del recurso de apelación, porque la Corporación en el momento actuaba como Juez de segundo grado, vale decir, como superior jerárquico del Juez del Circuito, y por consecuencia, con su resolución se agotaba la segunda instancia.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 085 de 3 de agosto de 1994.

De plano decide la Corte lo que corresponda en derecho en punto al recurso de hecho interpuesto por el procesado JOSE ANGEL APARICIO GOMEZ contra la providencia que denegó conceder la apelación que presentara contra la decisión fechada el 16 de junio del presente año, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá despachó desfavorablemente la petición de sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, elevada por su defensor.

Antecedentes inmediatos:

De las copias expedidas para dar trámite al recurso de hecho se sabe que el recurrente fue condenado, en primera instancia, por el Juzgado 9o. Penal del Circuito de esta ciudad por los delitos de extorsión y falsedad documental y que la Corporación arriba mencionada al conocer del fallo, por vía de apelación, lo confirmó en su integridad.

Se sabe igualmente que en tanto se surtía la notificación de la sentencia de segundo grado, el defensor del imputado formuló solicitud de que se sustituyera la medida restrictiva de la libertad que afectaba a éste por la detención domiciliaria, la cual le fue negada. Si bien no se complementaron las copias con el memorial contentivo de la apelación, suscrito por el procesado, se tiene certidumbre de su existencia y de que el recurso fue interpuesto en tiempo por las referencias que se hacen sobre el particular en el auto que lo denegó (fl. 47) y en la constancia de Secretaría que aparece al folio 78.

El acusado sustentó el recurso aduciendo que al negársele por el Tribunal la apelación interpuesta contra el auto que desestimó la petición de la sustitución de la medida cautelar, violó el principio de las dos instancias, pues impidió que su superior conociera la ilegalidad de su determinación y la revocara. Pide, luego de hacer prolijas consideraciones sobre el derecho que le asiste a la detención domiciliaria, que la Corte se lo reconozca.

Es principio fundamental, en el procedimiento penal, que toda decisión de funcionario judicial que pueda vulnerar derechos de los sujetos procesales, sea recurrible en busca de que el error sea corregido.

Como consecuencia de este principio de impugnación, resulta el de las dos instancias, que permite que se acuda a Juez singular o plural, superior jerárquico del que dictó el acto atacado, para obtener su revocación o corrección cuando sea efectivamente contrario a derecho.

De ese sistema no es extraño nuestro estatuto procesal penal, porque en el artículo 16 aparece la doble instancia consagrada y, al precisar que los jueces del Circuito conocen de la segunda instancia de los procesos penales que sean conocimiento de los jueces penales municipales o promiscuos, que las Salas Penales de Decisión de los Tribunales conocen de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los jueces del Circuito, y que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito y Tribunal Nacional (arts. 72, 70 y 68), entre otra distribución de competencias, no ha hecho cosa distinta a establecer la organización jerárquica en la administración de justicia, teniendo en mira que todo proceso sea conocido por dos jueces de diversa jerarquía, si así lo quiere algún sujeto procesal con la interposición oportuna del recurso ordinario de apelación.

En el caso presente, la determinación cuya apelación interpuesta por el procesado fue rechazada por el Tribunal –la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria–, no era susceptible del recurso de apelación, porque la Corporación en ese momento actuaba como Juez de segundo

grado, vale decir, como superior jerárquico del Juez del Circuito, y por consecuencia, con su resolución se agotaba la segunda instancia.

El error del recurrente, explicable por no ser conocedor de las disciplinas jurídicas, reside en la creencia de que podía acudir, en revisión del acto denegado, a una tercera instancia, la cual sí evidentemente es ajena a nuestro sistema procesal.

La Corte conocería de este asunto, eventualmente, como Tribunal de casación tras el cumplimiento de las exigencias que este recurso extraordinario comporta, pero no como colegiatura de tercera instancia, por lo que ya se dejó explicado.

Significa lo anterior que la pretensión del recurrente debe ser denegada.

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

Resuelve:

Deniégase, por improcedente, el recurso de hecho interpuesto contra el auto que negó el de apelación incoado contra el interlocutorio de fecha dieciséis de junio del presente año, mediante el cual el Tribunal Superior se abstuvo de sustituir la detención preventiva por la domiciliaria.

En firme, regrese la actuación a la Corporación de origen, para lo de su cargo.

Cópiese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PRESCRIPCION

La prescripción de la acción penal es una causal objetiva de improseguibilidad de la actuación judicial aún en sede de casación, por lo que resulta imperativa su declaración y como consecuencia de ello la cesación de todo procedimiento.

En los términos del art. 84 del C.P., interrumpida la prescripción de la acción con la ejecutoria del llamamiento a juicio o resolución acusatoria empieza a contarse nuevamente pero, en esta ocasión, el término se reduce a la mitad sin que pueda ser inferior a cinco años.

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

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 85 de agosto 3 de 1994.

Correspondería en esta oportunidad resolver el recurso extraordinario de casación incoado por la apoderada de la parte civil contra la sentencia absolutoria que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali profirió el 12 de agosto de 1993 en favor del procesado ABSALON CEBALLOS HERNANDEZ a quien ese le imputó una pluralidad de delitos de homicidio y lesiones personales en la modalidad de culpa, de no ser porque se detecta que ha prescrito la acción penal, causal de improseguibilidad de forzosa aplicación aún en sede de casación.

Cuestión fáctica y actuación procesal:

1. En las horas de la mañana del 1o. de febrero de 1987, en el sitio denominado "La Víbora" comprensión jurisdiccional de Cisneros en la vía que de Cali conduce a Buenaventura, colisionó la buseta de servicio

público interdepartamental, afiliada a "Flota Magdalena S.A." y de placas VJ-1021, con el bus intermunicipal de placas VJ-1439 afiliado a la empresa "Verde San Fernando", a consecuencia de lo cual murieron BLAS GAVIRIA GONZALEZ, AYDE BUENO GIL, JOSEFA JIMENEZ PORTOCARRERO, PEDRO PABLO CALDERON CORTES Y AMANDA GONZALEZ GONZALEZ y resultaron lesionados ELVIA JIMENEZ GAVIRIA, CLAUDIA CAICEDO, ROSA GARCIA MILLAN y seis pasajeros no identificados que viajaban en el bus de la empresa "Verde San Fernando".

2. El Juzgado 7o. de Instrucción Criminal de Buenaventura inició la investigación y en junio primero de 1988 calificó el sumario con resolución acusatoria contra ABSALON CEBALLOS HERNANDEZ, conductor de la buseta referida, por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales en la misma modalidad, cesando procedimiento respecto del conductor del bus. Dicha determinación fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali mediante providencia de agosto 29 de 1988 (fols. 195 y ss. C.1), que quedó ejecutoriada el día siguiente según el rito procesal bajo el cual se tramitó la presente actuación (art. 197 C.P.P. de 1987).

3. Ya el proceso en el Juzgado Unico Superior de Buenaventura, se produjo el control de legalidad en octubre 13 de 1988 (fol. 209) y la apertura a pruebas el 20 de enero de 1989 (fol. 214) para en julio 2 de 1992 (fol. 340), es decir, después de algo más de tres (3) años enviar la actuación a los Jueces Penales del Circuito, correspondiendo al quinto en donde después de una serie de dificultades para la audiencia pública, se realizó ésta el 4 de mayo de 1993 (fol. 412) y cuyo fallo absolutorio se produjo el 17 de mayo del mismo año (fol. 425), determinación recurrida en apelación; el proceso llegó al Tribunal el 9 de junio de 1993 (fol. 450) y el 12 de agosto siguiente se confirma la sentencia (fol. 469) la que es notificada y recurrida en casación por la parte civil, impugnación concedida el 14 de septiembre de 1993 (fol. 490); enviado el proceso a la Corte, llega a ésta el 9 de diciembre de ese año; se ajusta la demanda el 15 y regresa de Procuraduría Segunda Delegada con concepto desfavorable a la casación el 20 de mayo de 1994.

Consideraciones de la Corte:

1. La prescripción de la acción penal es una causal objetiva de improseguibilidad de la actuación judicial aún en sede de casación, por lo que resulta imperativa su declaración y como consecuncia de ello la cesación de todo procedimiento;

2. En los términos del art. 84 del C.P., interrumpida la prescripción de la acción con la ejecutoria del llamamiento a juicio o resolución acusatoria empieza a contarse nuevamente pero, en esta ocasión, el término se reduce a la mitad sin que pueda ser inferior a cinco años.

De acuerdo con la premisa anterior, se tiene que habiéndose calificado el sumario con resolución acusatoria por el delito de homicidio culposo, el de mayor gravedad, el 29 de agosto de 1988, los cinco (5) años requeridos para la prescripción de cada uno de los delitos imputados se cumplieron el 30 de agosto de 1993, cuando el proceso se encontraba en la Secretaría del Tribunal transcurriendo el término para interposición del recurso extraordinario de casación.

Implica lo anterior que tanto el trámite cumplido por el Tribunal a partir del auto que concedió la impugnación (fol. 490), como el que se surtió en esta sede tras el arribo del expediente, se encuentran viciados de nulidad, pues la única determinación posible era la relacionada con la prescripción. Habrá que, en consecuencia, procederse de conformidad, no sin antes destacar la considerable mora en que incurrió el Juez Unico Superior de Buenaventura que necesariamente amerita compulsar copias con destino a la Procuraduría para la vigilancia judicial correspondiente a fin de que se investigue, si a bien lo tiene, tal irregularidad que incidió evidentemente en la prescripción de la acción.

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

Resuelve:

1. *Declarar* la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir inclusive del auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que

obra a folios 490 y ss. del cuaderno principal por medio del cual se concedió el recurso extraordinario de casación. En consecuencia y en desarrollo del principio de economía procesal.

2. *Declarar* prescrita la acción penal adelantada en este proceso contra ABSALON CEBALLOS HERNANDEZ por la pluralidad de delitos de homicidio y lesiones personales en la modalidad de culpa que se le imputaron en la respectiva resolución acusatoria y disponer en su favor, por tanto, la *cesación* del procedimiento respecto de todos los hechos punibles referidos.

3. *Compúlsense*, por la Secretaría del Tribunal respectivo, las copias pertinentes referidas en la parte motiva y envíense a la Procuraduría para la Vigilancia Judicial correspondiente para lo de su cargo.

En firme esta determinación, devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase:

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

LIBERTAD PROVISIONAL / CAUCION

El artículo 55 de la Ley 81 de 1993, consagra las causales de libertad provisional, la que se garantizará con caución prendaria o juratoria. La primera, se fijará teniendo la gravedad del hecho y la situación económica del procesado, en cambio, la segunda, sólo procederá ante la absoluta imposibilidad de prestar la primera, situación que debe hallarse debidamente probada dentro del proceso.

La sola manifestación del procesado de no contar con los recursos económicos para prestar la caución prendaria fijada, no es suficiente para acceder a la exoneración demandada. Debe en todo caso el peticionario, al menos, presentar prueba sumaria que permita al funcionario judicial constatar su afirmación, pues sin ningún respaldo documental o testimonial que acredite la imposibilidad del beneficiario para cumplir con la exigencia económica, la sustitución por caución juratoria resulta inconducente.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 091.

Vistos:

El procesado JOSE ERNESTO PANTANO VILLAMIZAR, a quien se le otorgó el beneficio de libertad provisional en providencia de fecha tres (3) de los corrientes mes y año, solicita se le exonere de la caución de trescientos mil pesos que se le fijó como requisito para disfrutar del beneficio aludido, por no contar con los recursos económicos para

constituirla y su familia hallarse en situación delicada en razón a la detención que sufre actualmente.

Consideraciones de la Corte:

El artículo 55 de la Ley 81 de 1993, consagra las causales de libertad provisional, la que se garantizará con caución prendaria o juratoria. La primera, se fijará teniendo la gravedad del hecho y la situación económica del procesado, en cambio, la segunda, sólo procederá ante la absoluta imposibilidad de prestar la primera, situación que debe hallarse debidamente probada dentro del proceso.

La sola manifestación del procesado de no contar con los recursos económicos para prestar la caución prendaria fijada, no es suficiente para acceder a la exoneración demandada. Debe en todo caso el peticionario, al menos, presentar prueba sumaria que permita al funcionario judicial constatar su afirmación, pues sin ningún respaldo documental o testimonial que acredite la imposibilidad del beneficiario para cumplir con la exigencia económica, la sustitución por caución juratoria que es lo que en el fondo se demanda, resulta inconducente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *niega* a JOSE ERNESTO PANTANO VILLAMIZAR, la exoneración de la caución fijada en providencia de fecha tres (3) de los corrientes mes y año, por las razones consignadas en precedencia.

Comuníquesele esta decisión por vía telegráfica al procesado y al Juez Primero Penal del Circuito de Ibagué a quien se comisionó para recibir la caución prendaria, asentar la diligencia de compromiso y librar la correspondiente boleta de libertad en favor del citado procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no), *Gustavo Gómez Velásquez* (no), *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FLAGRANCIA / REBAJA DE PENA / CONFESION

De conformidad con los parámetros jurisprudenciales sentados por la Corporación, en este caso no se han dado los presupuestos para conceder la rebaja punitiva por confesión, por cuanto es claro que el procesado planteó una causal de justificación, como lo es la legítima defensa, y en tales condiciones la confesión como prueba única, porque no lo es, no ha podido ser fundamento de la sentencia; debe aceptarse que excepcionalmente podría concederse cuando se trate de prueba única para llegar al esclarecimiento de los hechos.

El legislador consagra beneficios de este tipo como un estímulo a los procesados, para que confiesen su participación en hechos delictivos, con el fin de que el Estado y los funcionarios que ejercen la represión puedan reducir el tiempo y los esfuerzos que deben dedicar a la investigación de los mismos, porque es apenas lógico pensar que una confesión facilita la investigación y disminuye el tiempo que ésta puede durar, pudiendo concretarse la represión de manera más acelerada.

Si éstos son los fines buscados por el legislador para que un procesado se haga merecedor a este tipo de rebajas es obvio, que con su confesión tiene que aportar los elementos necesarios para facilitar la investigación y para que aquella sea fundamento de la sentencia de responsabilidad. Lo que no ocurre cuando el procesado plantea una causal de exclusión de responsabilidad, como en el caso presente y por eso considera la Sala que no incurrieron en error los juzgadores cuando negaron la rebaja punitiva por confesión y por tanto no hubo vulneración de la ley sustancial.

Dentro del mismo planteamiento recuérdese que el código de 1987 consagraba la posibilidad del procedimiento abreviado cuando

se presentaba el fenómeno de la flagrancia o la confesión del sindicado, y si se trataba de la segunda eventualidad debía de ser confesión simple (art. 474) porque si era calificada, se imponía el procedimiento ordinario, porque en el caso legalmente contemplado se reducía la complejidad investigativa del hecho delictivo, no así en el caso de la confesión calificada, caso en el cual como ya se dijo era menester desarrollar la investigación ordinaria.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 091.

Vistos:

El 15 de diciembre de 1992 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza profirió sentencia condenatoria contra Marco Antonio Dimaté Rozo, a quien impuso la pena principal de diez años de prisión como responsable del delito de homicido cometido en perjuicio de Gonzalo Chingate Rodríguez.

La sentencia del 9 de marzo de 1993, dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmó la anterior decisión, con modificaciones en relación con la cuantía de los perjuicios materiales y morales. Posteriormente esa misma autoridad concedió el recurso extraordinario de casación, oportunamente interpuesto.

Al revisar la demanda correspondiente al recurso extraordinario, esta Sala la encontró ajustada a las exigencias legales, en consecuencia dispuso oír al Procurador Delegado, para este caso el primero, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos:

El 19 de octubre de 1991 Marco Antonio Dimaté Rozo estaba con algunos amigos en el establecimiento de la señora Clara Romero Romero, ubicado en el municipio de Une, esperando la llegada de sus hermanos Angel María, Carlos Ernesto y Estéban; poco después se inició una discusión entre el primero de los nombrados y Julio Eduardo Chingate, de la que Marco Antonio saldría herido en el pómulo. Tal situación obligó a la dueña del establecimiento a cerrarlo, quedando adentro algunos de los Chingate y afuera los Dimaté, quienes esperaron la salida de aquellos para atacarlos resultando mortalmente herido José Gonzalo Chingate quien fallecería poco después en el Hospital de Cáqueza.

Actuación procesal:

El 28 de octubre de 1991 el Juzgado Promiscuo Municipal de Une abrió proceso penal; y el 7 de noviembre siguiente aceptó la constitución de parte civil.

El 8 de dicho mes y año fueron indagados Marco Antonio Dimaté Rozo, Angel María Dimaté Rozo, Carlos Ernesto Dimaté Rozo, y Estéban Dimaté Rozo. Seis días después se resolvió la situación jurídica de los sindicados ordenando la detención preventiva de Marco Antonio, en tanto que contra los restantes implicados no se adoptó medida de aseguramiento alguna.

Así mismo el 26 de noviembre rindieron indagatoria José César Chingate Angel, Saúl Ernesto Chingate Rodríguez, y Luis Horacio Chingate Romero; tres días más tarde lo hicieron Julio Eduardo Chingate y Posidio Chingate Angel. Contra ninguno de éstos sindicados se profirió medida de aseguramiento, según consta en auto proferido el 3 de diciembre del año que se viene citando.

Las sumarias se calificaron el 5 de marzo de 1992, habiéndose proferido resolución de acusación contra Marco Antonio Dimaté Rozo.

Por auto del 31 de agosto de 1992 se aplicó la excepción de inconstitucionalidad para efectos de no realizar la audiencia pública con la participación de jurados de derecho.

En el mismo año de 1992 se realizó la diligencia de audiencia pública y se dictó sentencia de primera instancia; aquella el 13 de noviembre y ésta el 15 de diciembre de 1992. La segunda instancia emitió su pronunciamiento definitivo el 9 de marzo de 1993.

Argumentos de la demanda:

El impugnante presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera, a la cual atribuye la violación indirecta la ley sustancial y de manera concreta el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, referente a la rebaja de pena por confesión, "al considerar que por el testimonio de uno de los acompañantes del ahora occiso, se reunieron los elementos de la flagrancia, efecto más de la teoría jurídica que de la expresión auténtica de la ley. Y esa violación de la ley es consecuencia, ni más ni menos que del error en que se incurrió el Juzgador al apreciar la prueba que contiene el testimonio de Julio Eduardo Chingate".

El actor inicia su critica diciendo que la errónea apreciación del testimonio que cita lo deduce de que en la sentencia acusada el Tribunal afirma que: "presenció el acuchillamiento de su hermano, individualizando su autor", cuando el deponente no es hermano del occiso, sino primo hermano y sobrino del denunciante Posidio Chingate Angel, circunstancia a la que señala de irrelevante, pero advierte que la destaca como demostración de que quienes suministran justicia, de manera ligera examinan la actuación y sacan conclusiones completamente ajenas de la realidad procesal.

De otra parte, el censor explica que el error consiste en concluir que Julio Eduardo Dimaté además de presenciar el acuchillamiento individualizó a su autor, por cuanto los hermanos Marco Antonio y Angel María son gemelos y el testigo en lugar de individualizar al agresor constantemente está diciendo que no los distingue por el gran parecido que tienen. Al efecto destaca pasajes de la declaración como el siguiente: "uno de los gemelos bajaba por el carro y creo que fue él, el de sombrero amarillo, él fue el que bajó corriendo...".

De lo anterior concluye que no se dio la flagrancia y que finalmente la individualización del autor del hecho solo vino a darse gracias a la confesión del propio Marco Antonio.

El impugnante concluye sus argumentaciones de la siguiente manera: "La defensa no considera necesario discutir los demás elementos aducidos en la sentencia acusada, para considerar la existencia de la flagrancia, pues disiente plenamente de la teoría jurídica según la cual, hay flagrancia cuando la persona es vista ejecutando el hecho o cuando éste se realiza, porque la distinción que para el caso indica la Ley, no corresponde a su significación sino a una figura especial que dice relación (art. 370 C. de P.P.) a que la persona sea sorprendida, no vista, no observada, no identificada, no individualizada al momento de cometer el hecho, etc. Porque si las cosas pudieran ser interpretadas de esta manera, jamás podría tenerse en cuenta la rebaja de la pena por confesión, porque estrictamente hablando, al cometerse el hecho se comete la flagrancia. Si la situación fuera así, sencillamente la ley no ha debido hacer distinciones de ninguna naturaleza, ni hacer la específica significación contenida en el art. 370 del estatuto ya anunciado, sino simplemente haber eliminado la posibilidad a que por el reconocimiento de la confesión del hecho por parte del acusado, éste fuera acreedor a rebaja de ninguna naturaleza".

Termina solicitando se case la sentencia y se haga la rebaja punitiva que la ley consagra en caso de confesión.

Criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Solicita no se case la sentencia e inicia su argumentación destacando en la demanda fallas de orden técnico y conceptual, al haber omitido el recurrente indicar la modalidad y el sentido de la violación respecto del medio de convicción controvertido, esto es si se trata de un error de hecho o de derecho y en el primer caso si se dio por falso juicio de existencia o de identidad.

El Delegado también censura que igualmente se hubiera omitido señalar el sentido de la transgresión de la norma sustancial, es decir, si lo fue por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

Refiriéndose ya al asunto medular del problema, considera que efectivamente en la aprehensión de Marco Antonio Dimaté no se da el fenómeno de la flagrancia, puesto que este hecho se produjo 17 días después de la muerte que aquí ha sido investigada.

A continuación afirma:

"Sobre el tema de la flagrancia existe una ya antigua discusión, en la cual la jurisprudencia de la Sala ha mantenido una línea conceptual consistente en diferenciar claramente la flagrancia en el delito, con el sentido de sorprendimiento del autor en el hecho mismo, y la captura en el acto o inmediatamente después autorizada por la Constitución y la ley, este último como consecuencia del sorprendimiento que configura la flagrancia.

"Si bien se ha mantenido ese criterio esencialmente, no cabe duda que ha oscilado la jurisprudencia entre la idea del "comportamiento sinuoso" del autor del delito, o aquel otro criterio de la "oportunidad de presenciar el hecho" de parte de terceros que concluyó con dos elementos definidos por la Sala: la actualidad (presencia de personas en el momento de comisión del hecho), y la actualidad (presencia de personas en el momento de comisión del hecho), y la individualización o identificación del autor del hecho punible, que deviene luego en la "visión de los hechos" por terceros y aún de la propia víctima. Tal criterio jurisprudencial ha sido repetido recientemente diciendo la Sala expresamente: `...la Sala insiste en la necesaria diferenciación entre el sorprendimiento flagrante y la captura bajo una relación de causa a efecto...' que apoya en conceptos no sólo etimológicos y gramaticales, sino en la norma constitucional y las disposiciones legales vigentes.

"En realidad, obviamente con el respeto siempre reiterado por la Sala, a esta Delegada le parece acertado el criterio expuesto por el salvamento de voto en la reciente decisión sobre flagrancia –sept. 9/93– que vincula los dos fenomenos en la noción de flagrancia. En efecto, si bien la Constitución Nacional en su art. 32 describe una situación procesal, que bien puede admitirse que tiene dos elementos: el sorprendimiento del autor en la comisión del hecho (situación excepcional probatoria) y la autorización de la Carta para la aprehensión de esa persona (facultad de captura por particulares) o la autorización de penetrar al domicilio si propio del autor directamente, y si ajeno con un

simple permiso del morador (eliminación de la orden judicial de allanamiento, que ahora la Corte Constitucional amplia excesivamente), ello no permite considerarlos de manera separada so pena de que pierdan significado y esencia. En efecto es claro que no resulta ni importante ni siquiera necesario, más aun será superfluo, que la Constitución Nacional se ocupe de definir la situación del delito flagrante por sí misma, entendido como aquel en que el autor es sorprendido en su comisión. Ello es corriente en el derecho penal procesal y ciertamente que habrá un hecho punible, con testigos de vista, que cae bajo las reglas habituales de análisis de credibilidad de las probanzas respecto de ello. Por esa razón sólo tiene sentido, tanto gramatical como jurídicamente, que a dicha situación probatoria prevista como premisa constitucional, se aplique el predicado que la misma Carta ha querido definir para los particulares, y como excepción al sistema de captura previa orden judicial escrita, a quienes autoriza para capturar in situ y sin formalidades a quien se sorprenda en la ilicitud. Es decir, el constituyente no tenía por qué ocuparse de la flagrancia (que procesalmente puede no tener desarrollo alguno en la ley) sino en la medida en que ello constituye un presupuesto conceptual para poder establecer la regla-excepción relativa al poder de captura de los particulares en ese caso. Las dos expresiones ciertamente se refieren a dos elementos: el sorprendimiento, y la facultad de captura de los particulares, que no pueden escindirse so pena de deformar la institución de la flagrancia. En efecto, la autonomía del sorprendimiento en el marco de la norma constitucional no existe, y el mismo debe verse no analíticamente sino en su síntesis como institución procesal penal: la flagrancia involucra el sorprendimiento y la aprehensión física por fuera de las reglas generales, en virtud de la situación excepcional probatoria que se deriva del sorprendimiento in acto. Parece que la ruptura en elementos conlleva a la desnaturalización de la institución creada por la Carta fundamental. Por ejemplo: se dice que no hay flagrancia si el autor oculta su rostro de manera que no pueda ser identificado. Pero si se completara el cuadro el ejemplo para decir que si un particular, cuando el delincuente embozado se apresta a salir del sitio en que cometió el hecho, lo captura

–todavía con el disfraz que le oculta– y lo conduce a la autoridad en esas condiciones, se dirá que allí existe una situación de flagrancia, a la inversa, si una persona es sorprendida en el acto de la comisión del factum delictivo: ha matado a cuchillo en playa concurrida, pero logra huir durante varios meses, se dirá que no hay flagrancia a pesar de haber sido visto y aún individualizado –en nuestro criterio– puesto que allí no aparecen las dos notas características de la institución que constitucionalmente se ha querido definir en el art. 32 invocado.

"Ahora bien, es claro que las referencias a la flagrancia deben ajustarse a la institución constitucional que aparece en el art. 32 de la Carta vigente, que no parece admitir la escisión por elementos particulares, que rompe en el análisis la solidez conceptual que muestra en el concepto sintético que conjuga los dos aspectos que la jurisprudencia ha dividido. En ello, como bien lo anota la decisión de la Sala ya invocada, bien caben las dos soluciones pregonadas, pero ciertamente que el criterio de flagrancia que combina tanto el sorprendimiento del autor del delito, como el apresamiento físico del mismo (captura) por cualquier ciudadano, permite manejar muchísimo mejor y más efectivamente los diversos problemas que plantea el concepto de flagrancia. Más aún, parecería que la expresión flagrancia se ha convertido en palabra que sincréticamente expresa los dos aspectos: el de la prueba por haber sido in actum, y el procesal del aprehendimiento de la persona del autor. Por ello los textos legales que se refieren a la flagrancia, sin la connotación de la aprehensión física, deben entenderse como abarcantes de este último aspecto vinculado al del sorprendimiento. Así, los artículos 370 y 371 del C. de P.P., que obedecen la orientación que aún mantiene la Sala en este punto, indudablemente consagran los elementos del análisis, pero es evidente que el primer texto sirve como presupuesto lógico de la permisión de captura previsto en el segundo, lo cual los une en simbiosis conceptual. Eso mismo permitirá afirmar que el artículo 299 del C.P. consagra una reducción punitiva para el indagado que no hubiera sido visto y capturado en el momento de cometer el hecho delictivo, que confesare de manera simple el delito cometido y que en esa

medida debe definirse el tema de la reducción penal con confesión. O el art. 373 del C.P., en que por razones de la gramática se enuncian tanto la flagrancia como la captura ("...cuando el servidor público sea capturado en flagrancia..."), en el entendido de que la institución sólo cobra significado que justifique la elaboración de un concepto propio a su alrededor cuando van los dos elementos conjugados como un todo. De lo contrario será inoficioso hablar de delito flagrante, puesto que sería no más que un delito con testigos presenciales, lo que en verdad es corriente en el derecho penal, y no reviste importancia alguna como para que la Constitución Nacional se ocupe de ello. Ni procesal ni probatoriamente alcanza una dimensión especial para regularlo por fuera de las consideraciones propias de la prueba en el proceso penal.

"Completando el concepto, se tiene además que por ello se requiere el sorprendimiento en el acto, con tal fuerza de evidencia que no haya duda, a fin de que se levanten normativamente todas las protecciones del sistema jurídico sobre el poder de captura, de manera tal que cualquier particular pueda hacerlo".

De las anteriores reflexiones teóricas concluye que en el caso *sub judice* no hubo captura del autor y por tanto al no darse este otro elemento indispensable de la institución no se puede concluir la existencia de la flagrancia, porque en su opinión "...el puro sorprendimiento del sujeto agente sin su captura no pasaría de ser un crimen con testigos, requiriendo par la aprehensión del mismo, así esté plenamente identificado, orden escrita de autoridad competente; de no ser así, de aceptarse su captura posterior sin tal requisito se pondría en riesgo potencial el derecho fundamental de la libertad pues sería muy fácil su vulneración por agentes del Estado y particulares".

Para el funcionario que conceptúa, aún siguiendo el criterio de la Sala mayoritaria en este tema, tampoco en este caso se podría concluir la existencia de la flagrancia puesto que la identificación o por lo menos la individualización del autor no se satisfizo y ello sólo se logró con la indagatoria y la confesión de Marco Antonio Dimaté. Su conclusión es la siguiente: "Tanto es así, que la verdadera individualización del autor se

produjo en el momento en que, capturados varios hermanos Chingate, el autor de la herida mortal confesó haber causado la muerte, sólo que cualificó dicha confesión con la argumentación de haber actuado en legítima defensa. O sea, para efectos de la flagrancia no hubo individualización e identificación del autor, la cual se obtuvo sólo de la confesión del procesado".

Prosigue el agente del Ministerio Público expresando que a pesar de asistirle razón al impugnante en lo relativo a la no verificación de la flagrancia en la captura del procesado, considera que no tiene motivo para estar inconforme con que no se hubiera concedido la rebaja punitiva por confesión. Destaca que en la indagatoria el procesado confiesa el homicidio, pero eludiendo la responsabilidad penal para efectos de plantear una legítima defensa, pues dice que al verse agredido por varios miembros de la familia Chingate y creyendo que lo iban a matar se vio en la necesidad de defenderse.

Y en relación con esta temática destaca la decisión de la Sala de Casación Penal del 8 de octubre de 1992, que precisa que para efectos de la rebaja de pena por confesión, ésta debe servir de fundamento para la sentencia condenatoria, exigencia que expresamente consagraba el artículo 301 del Decreto 050 de 1987, y no contemplado en el Decreto 2700 de 1991.

Considera que la conservación de esta exigencia se explica "por cuanto la rebaja de pena por confesión persigue una finalidad muy definida como es la de lograr la eficacia de la administración de justicia dentro de límites de economía procesal, atendido un juzgamiento justo, lo cual se logra cuando el procesado ofrece su versión de confesión facilitando el pronunciamiento judicial, pero no cuando lo dificulta, oscurece o exige un mayor esfuerzo procesal en busca de la verdad necesaria para sentenciar. Ello ocurre cuando la confesión es cualificada, y la cualificación es exculpante o excluyente de la antijuridicidad, pues en tales eventos la negación de la responsabilidad plantea dificultades procesales y probatorias especiales. Además, ciertamente que en esencia no haya verdadera confesión cuando se pretende la exoneración de responsabilidad penal como en estos eventos".

Solicita no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala:

Es indudable que el representante del Ministerio Público acierta al destacar algunas falencias técnicas de la demanda, como la falta de precisión del ataque por no especificar si se orienta por una violación directa o indirecta y por no definir si se trata de falta de aplicación o aplicación indebida. No obstante, es preciso reconocer que pese a las deficiencias destacadas, resulta claro, por la demostración del cargo, que la impugnación está centrada en la existencia de una violación indirecta por falta de aplicación de la norma que consagra la rebaja punitiva por confesión, y en consecuencia aquellas no son obstáculo para que la Sala inicie el estudio de la demanda en su parte medular.

La distorsión testimonial que predica el actor es verídica, en cuanto la sentencia impugnada ubica a Julio Eduardo Chingate como hermano del occiso y como agente individualizador del autor de la herida mortal, puesto que de una parte, el deponente en el inicio de su declaración afirma que es sobrino del denunciante Posidio Chingate y primo hermano del muerto, y de otra, porque en realidad, lo único que el testigo precisa es que el agresor fue uno de los gemelos Dimaté, pero que no logró distinguir cuál de los dos.

Ahora bien, los razonamientos del censor que aluden al fenómeno procesal de la flagrancia, no se ajustan al criterio que en forma mayoritaria ha adoptado la Sala, el cual quedó plasmado en sentencia del 9 de septiembre de 1993, en estos términos:

> "La anterior apreciación de la Procuraduría, sobre la cual concluye en que el acusado resultó aprehendido en flagrancia no del último de los episodios ocurrido, sino de todos los eventos engañosos realizados los días anteriores, obliga de nuevo a volver sobre el concepto mismo del sorprendimiento flagrante como de las distintas consecuencias que de él emanan, pues así surjan ahora dentro de la Sala conceptos discrepantes, constituye unánime criterio el de la imposibilidad de extender como erradamente lo entienden Juzgado y Tribunal, la pretensión de que unos hechos lejanos en el tiempo faculten para operar capturas sin orden escrita de autoridad judicial competente, o

que dentro de un concurso homogéneo y sucesivo el sorprendimiento y captura en flagrancia predicable de un solo hecho pueda comunicarse a los restantes.

"Como la Delegada advierte que a esa conclusión de llega mediante la interpretación de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, clara parece la necesidad de partir en el análisis de cuanto al respecto dijo la Corporación en las dos ocasiones que se citan:

"El primer pronunciamiento que se evoca, con ponencia del Magistrado doctor Rodolfo Mantilla Jácome apuntó el primero de diciembre de 1987 que:

> 'Doctrinariamente se ha pretendido por algunos conceptualizar la flagrancia junto con la captura del partícipe en el hecho, esto es que mientras no exista captura no puede hablarse de flagrancia. Tal opinión parece equivocada en cuanto confunde la causa con el efecto, ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales; de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma".
>
> 'En este sentido la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, la hace el Código de Procedimiento Penal al referirse claramente a una y otra situación; así por ejemplo, en tratándose del artículo 301 que comentamos, habla simplemente de flagrancia, al tiempo que al señalar los asuntos cuyo trámite es el procedimiento abreviado, expresamente se refiere a los casos en que el imputado sea capturado en flagrancia (474).
>
> 'Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto

genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes estos sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho puniible, o es sorprendida con objetos, o instrumentos o huellas del mismo.

'De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del actor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así nos atuviéramos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado.

'La Sala estima que la flagrancia debe entenderse como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundamentalmente su participación en un hecho punible.

'Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia,en primer término la actualidad esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo

término, la identificación o por lo menos la 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 en un hecho punible, siendo por ello indispensable que de tal situación se desprenda con certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Así, si en la misma hipótesis del homicidio en el establecimiento público, si el autor del hecho ha cubierto su cuerpo y su cara en forma tal que es imposible siquiera individualizarlo, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia.

'Es claro entonces que la captura del sujeto que actuó en flagrancia es una consecuencia de ello, pero puede ocurrir o no sin que de la aprehensión dependa la calificación como tal'.

"Posteriormente y con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel ratificó la Corte este entendimiento en decisión del 16 de noviembre de 1988 en los términos que siguen:

'La flagrancia desde el punto de vista constitucional tiene un efecto expreso: El permitir a cualquier persona el apresamiento del delincuente y a la autoridad el perseguirlo y penetrar, sin que sea necesario requerimiento alguno, a su propio domicilio, o a uno ajeno, caso éste último en el cual sólo es necesario requerimiento al dueño o morador, quien no puede oponerse ni obstaculizar la acción de la autoridad.

'Por eso el criterio de más expedita y común aplicación para distinguir un delito de flagrancia, suele ser el de la

persecución o aprehensión coetáneas como la comisión del hecho delictuoso. Y esto porque permitir la captura del delincuente, aún por particulares y sin orden de autoridad competente o no respetar el domicilio propio o ajeno en donde se refugie, tienen que tener una base de excepcional mérito no sólo en cuanto a la identidad de la persona que debe tomarse como procesado, sino en cuanto a la conciencia de la ilicitud de la conducta realizada, observándose, entonces, que en estos casos el hecho cometido, por sí mismo, pregona su punibilidad, además de poderse contar con el fácil diligenciamiento de las pruebas que deben aportarse.

'Pero así como es dable decir que la captura que sigue a la comisión del hecho, cuando ésta y aquella guardan una íntima relación cronológica de inmediatez, denota por sí la flagrancia del delito y el sorprendimiento, por tanto, del incriminado en su comisión, no es menos cierto afirmar que así no se persiga de manera física al delincuente una vez ejecutada la conducta criminosa, o no se logre su captura tan prestamente, es procedente deducir esta característica mediante la visión de los hechos por terceras personas y de la víctima, con identificación precisa o aceptable del procesado, y la claridad conceptual de que se está en presencia de un hecho delictuoso. El artículo 24 de la Constitución Nacional, con el empleo de la expresión "cogido in flagranti" está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que se significa es el sorprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes". (Fallo agosto 13 de 1987. Magistrado ponente doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P.P.)'.

"Con criterio de mayoría en esta ocasión la Sala insiste en la necesaria diferenciación entre el sorprendimiento flagrante y la captura bajo una relación de causa a efecto, concepto que emerge no tan sólo de nociones etimológicas y doctrinales, sino en los claros términos de la Carta Constitucional y las disposiciones legales vigentes y aplicadas en este juzgamiento, y aquellas que a la fecha de este pronunciamiento rigen:

"En una primera visión del concepto frente a su signifiado lingüístico y doctrinario el tradicional criterio de la Sala viene a encontrar su inicial respaldo:

"Citando a Escriche, la ponencia inicial recordó su concepto como sigue:

> 'Denomínase así el delito que se ha cometido públicamente y *cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba.* Flagrante es participio activo del verbo flagrar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y no deja de aplicarse con cierta propiedad al *crimen que se descubre en el mismo sitio de su perpetración.* Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le sorprende en el mismo hecho, como v.gr. en el acto de robar o con las cosas robadas en el lugar mismo en que se ha cometido el robo; o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato. *Todo delincuente puede ser arrestado en flagrante*, y todos pueden arrestarle y conducirle a la presencia del juez'.

"Acudiendo luego al diccionario de la Academia de la lengua se recordó la noción etimológica del vocablo:

> 'Que flagra. Que se está ejecutando actualmente. En flagrante, en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir'.

"Y de la Nueva Enciclopedia Jurídica (en estudio realizado por Enrique Jiménez Asenjo) se tomó todavía el siguiente fragmento:

'...la expresión delitos infraganti es un apócope de la más general "delitos descubiertos in fraganti" o delitos sorprendidos en su flagrante realización. La expresión metafórica se refiere a la llama que denota con certeza la combustión. Cuando se ve la llama es cierto que alguna cosa arde' (Carnelutti).

'El nombre así acuñado posee carta de naturaleza en el mundo entero del procesalismo penal, con significado técnico igual o semejante en todos los sectores jurídico-nacionales en que se desarrolle articuladamente su concepto. Esto da lugar a un sistema procesal propio llamado proceso o procedimiento en flagrancia, o simplemente "flagrancia". En definitiva, se puede configurar el concepto de estos delitos como *aquellos que son sorprendidos in ipsa perpetratione facinoris*".

'Así, la flagrancia es una idea doble, compuesta por un elemento real o material; verificación de un hecho presuntivamente delictivo y otro causal: *que se sorprenda al autor del mismo en el momento de su verificación, o bien conste indubitadamente cuál sea éste, por elementos reales incontrovertibles que le ligan inmediatamente con el hecho realizado*' (pág. 589, Tomo VI, Francisco Seix, Barcelona, 1954)'.

"De la Enciclopedia Jurídica Omeba (en estudio realizado por Wesley De Benedetti) también se reprodujo:

'Sorprender al autor del delito en el momento de cometerlo es lo que caracteriza al delito examinado. Como expresa acertadamente Manzini: "El concepto jurídico de flagrancia está constituido por una *idea de relación entre el hecho y el delincuente*. No puede haber flagrancia en virtud solamente del elemento objetivo: *es necesaria siempre la presencia del delincuente*, fuera de los casos expresamente exceptuados por la ley, "un cadáver todavía sangrante; una casa que en ese momento se incendia..." no

constituyen flagrancia si el reo no es sorprendido en el acto mismo o no se lo consigue inmediatamente.

'El elemento único y necesario de la sorpresa del delincuente para determinar la flagrancia, se extiende en algunos casos, pues se la admite aunque se verifique un cierto tiempo después de cometido el delito y conforme a ciertas condiciones, es la llamada cuasi flagrancia (verbigracia, la persecución inmediata del delincuente, después del hecho; encontrarlo en posesión de cosas, cerca del lugar del hecho que hagan presumir fundadamente que intervino en su perpetración" (pág 299, Tomo VI, E. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1957).

"Y regresando a la cita de Jiménez Asenjo todavía se insistió:

'La razón de existencia del procedimiento reside en la *certeza de la comisión del hecho y la simplicidad de su contextura*. Normalmente la notificación y descubrimiento de los delitos se verifica indirecta o mediatamente a través de las pruebas accidentales. Los órganos oficiales encargados de su represión tienen noticia de los mismos por medio de voz pública difusa, la notoriedad, la aseveración, no muy precisa, de un testigo, la indicación de hechos o actos que llevan al ánimo del investigador una sospecha o convicción que luego hay que probar a posteriori por los más complicados y científicos medios de investigación. En cualquier caso, el hallazgo se verifica después de haberse realizado el delito y; normalmente, envuelto en la ganga de duda o incertidumbre, que es compañera inseparable de todo suceso humano que no es sorprendido en su nacimiento.

'Un delito cometido y no descubierto al instante, conspira incesantemente por desaparecer, y cuando esto no se consigue totalmente, se propende al menos a transformarse en un hecho de apariencia inocente. Así, cuando más

nos alejamos del momento de su aparición, más se debilitan las huellas vivas que atestiguan su comisión. He aquí la razón de este singular y abreviado procedimiento penal. La certidumbre que brota de las pruebas directas y materiales ha influido siempre en la consideración de la responsabilidad humana, por la incontrovertible convicción que de ellas emana. La corroboración la tenemos, en sentido inverso, en el hecho de la falta de convicción que suministraba la confesión del reo, sin cuerpo del delito, y al contrario, se estimó como prueba irrefragable el descubrimiento del crimen en el momento de cometerlo. Es, por tanto, un procedimiento abreviado que nada influye ni sobre los elementos de la culpabilidad en juicio, quedando ambas intactas.

'Por tanto, la flagrancia se relaciona con la mejor prueba directa en cuanto el delito es flagrante, y por ello constituye la prueba de sí mismo' (pág. 580, Ob. cit).

"Común a todas las nociones expresadas –según lo resaltó la Sala– aparece la diferenciación entre el sorprendimiento flagrante como causa y la aprehensión como una de sus consecuencias, y no la incondicional confusión entre estos dos aspectos, mucho menos la dependencia del criterio de flagrancia de la aprehensión efectiva del delincuente sorprendido.

"La misma conceptualización se traslada al texto constitucional vigente, no distanciado en su redacción del precepto sustituido en la Carta Política anterior y bajo la cual se desarrolló el criterio jurisprudencial que se discute según pasa someramente a verse:

'El delincuente *cogido in flagranti podrá se aprehendido* y llevado ante el juez por cualquier persona" decía el artículo 24 superior hoy superado. "*El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido* y llevado ante el juez por cualquier persona", reza el texto del actual artículo 32 constitucional (resaltados de nuevo de la Sala).

"En uno y otro caso, forzoso es precisarlo, la noción de flagrancia cumple el propósito de exceptuar por motivos de solidaridad (artículos 1o. y 95-2 de la Constitución Política) y de necesario apoyo a la administración de justicia (artículo 95 numeral 7) la garantía de libertad que ahora plasma el precepto del artículo 28, en los términos que siguen:

> 'Nadie puede ser molestado en su *persona* o familia, ni reducido a prisión o *arresto*, ni detenido, ni su domicilio registrado, si no en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley'.

Por ello y en cuanto los preceptos 24 anterior y 32 vigente de la Constitución Política guardan el mismo contexto conceptual, bien merece connotar aquel aparte del fallo de Sala Plena de agosto 13 de 1987 transcrito en la ponencia del Magistrado doctor Giraldo Angel evocada en renglones precedentes, en la medida en que allí se resaltaba que la expresión 'cogido in flagranti' no remitía a 'un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuese a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona.

"Guardando estrecha relación y coherencia, fácil se comprende que tanto el Código de Procedimiento Penal por el cual se rigió esta causa como el Decreto 2700 de 1991 que le sucede en el tiempo hayan otorgado a la flagrancia distintas consecuencias, no solamente para reiterar en ese caso la facultad de capturar al delincuente sin previa orden judicial escrita (artículos 394 de antes y 371 de ahora), sino además para introducir en aquella compilación el procedimiento abreviado si a la flagrancia se sumaba la captura (artículo 474), y en ella como en la de ahora un condicionamiento a la rebaja por confesión y al advertir que ese beneficio de claro espectro hacia una política criminal de colaboración con la justicia, carece de sentido si el procesado aparece sometido por la fuerza de las

evidencias que derivan de un sorprendimiento flagrante, así no haya operado bajo esas circunstancias su captura (artículo 301 anterior y 299 actual).

"Es más: la anterior conclusión todavía se refuerza tanto para distanciamiento del criterio vertido por el Ministerio Público como para acentuar las diferencias con la postura de la disidencia, si se revisa el texto de las disposiciones contenidas hoy en los artículos 370 y siguientes del C. de P.P. y en concordancia la del artículo 299 *ibídem*.

"En la primera de estas preceptivas (artículo 370), refiere el Decreto 2700 de 1991 a la flagrancia y de manera descriptiva apunta que ella se da "cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él..." comprendiendo de este modo tanto la flagrancia propiamente dicha como la doctrinariamente denominada cuasi-flagrancia, añadiendo en este género la situación de la persona que "es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

"Obviamente que la noción se limita a referenciar el hecho del sorprendimiento en acto delictivo o en sus momentos inmediatos subsiguientes, pero con exclusión de la captura, que como bien se ve del artículo 371 que subsigue y precisamente confirma como una consecuencia, la más importante si se quiere, del sorprendimiento flagrante. El epígrafe mismo del precepto así se enuncia: "Captura en flagrancia", y del texto no hay lugar a equívoco, porque al autorizar en él que "quien sea sorprendido en flagrancia será capturado por cualquier autoridad o persona y conducido en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el fiscal o funcionario competente para iniciar la investigación", se está diferenciando claramente que no en todos los casos de flagrancia puede darse la aprehensión del delincuente, pero que en cualquiera de aquellos que describe el artículo 370, y sólo en ellos, podrá operarse la captura.

"Obligado concluir, entonces, como así se desprendía de las doctrinas de la Sala que en páginas precedentes se recuerdan, que ante el sorprendimiento inmediato, flagrante o cuasiflagrante dentro de la noción traída en el artículo 370 (antes artículo 394), el delincuente puede ser aprehendido por la autoridad o un tercero porque así lo autoriza la Constitución sin otra exigencia; pero también y a sentido contrario de fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado supeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción.

"Otras disposiciones, ya se ha dicho, ratifican todavía más el criterio que se expresa. Ténganse entre ellas en cuenta el evento del artículo 373 que regula única y exclusivamente los casos dentro de los cuales se conjugan la flagrancia y la captura en el caso del "servicio público", el artículo 344 que autoriza el allanamiento sin previa orden escrita del fiscal en casos de flagrancia, sin que la penetración al lugar no abierto al público se supedite al logro o no de la captura de los responsables pues lo que allí se busca es ante todo "impedir que se siga ejecutando el hecho", o el artículo 322 cuando faculta a la policía judicial para recibir versión "a la *persona captura en flagrancia* y al imputado que voluntariamente la solicite", para resaltar la excepcionalidad de esa autorización concebida ante todo como oportunidad para que el retenido pueda procurar en su favor las constataciones inmediatadas que puedan favorecerle, y que de otra manera se perjudicarían con el aplazamiento.

"Todo lo anterior confirma la vigencia y actualidad de los criterios doctrinarios plasmados por la Sala en las dos decisiones traídas como sustento por la Procuraduría Delegada, si bien bajo un alcance que no entrañan, motivo por el cual se mantendrán por parte de la Corte en todo el ámbito de su vigencia, con las

necesarias precisiones que sólo para disipar los riesgos de la sugerencia suscitada en el concepto de la Delegada se han hecho menester.

"De regreso entonces al caso de la controversia, resulta claro que no podría compartir la Corte la tesis del Procurador cuando hace de la jurisprudencia de la Sala su propia interpretación para extender con un alcance omnicomprensivo la captura en flagrancia a episodios ocurridos precedentemente y lejanosos en el tiempo cuando afirma que

"...el sorprendimiento en flagrancia de *Echavarría Borja* en el concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado a él imputados" hacen que su aprehensión el día 22 de mayo de 1991 constituya "inescindible episodio, perfectamente ligado a su ilícito proceder del 18, 20 y 21 del mismo mes y año, comportamientos típicos que se engloban dentro de idénticas circunstancias y evidencia probatoria".

"Y es que el anterior planteamiento resulta además inaceptable porque si se trata de una pluralidad de delitos autónomos, cometidos en momentos diferentes, y si el sorprendimiento y captura del delincuente operó en la última de las realizaciones ilícitas, es obvio concluir que la flagrancia sólo puede predicarse en relación con el hecho delictivo que estaba perpetrado cuando fue *sorprendido* y *capturado*, requisitos estos dos que conjugaba entonces el artículo para operancia del procedimiento abreviado".

De esa tesis nos apartamos en aquella ocasión el Magistrado Calvete Rangel y quien ahora funge como ponente en este caso, bajo las siguientes consideraciones:

"Ante el hecho de que la Sala aceptó en gran parte la motivación presentada en el proyecto convertido en fallo en este asunto y que adoptó la decisión del recurso en los términos propuestos, debemos limitarnos a aclarar el por qué de nuestra inconformidad con la fundamentación finalmente aprobada.

"Nos corresponde advertir que esta sentencia, no obstante expresar que no existen motivos para modificar el alcance del criterio jurisprudencial vigente en materia de flagrancia, finalmente cumple ese objetivo que habíamos propuesto a la Sala, pues restringe la interpretación laxa y peligrosa que advertíamos en el proyecto discutido, para delinear los alcances de ese fenómeno procesal.

"El concepto emitido por la Delegada Penal ha obligado a realizar un nuevo análisis que nos condujo a apartarnos de la afirmación contenida en el pronunciamiento de primero de diciembre de 1987, del cual fue ponente el Dr. Mantilla Jácome, en cuanto que, en nuestro sentir, la identificación o individualización del autor del hecho no es elemento integrante del concepto de flagrancia, pues lo que ésta exige es el sorprendimiento del autor del hecho punible en el momento de la realización del mismo o en los momentos subsiguientes, y su consecuente captura.

"Pretender que la flagrancia se estructura con el solo sorprendimiento de una persona en el momento en que comete el delito, sin captura, sería ampliar el concepto a límites no previstos en la Carta Política y que podría dar lugar a excesos, arbitrariedad y desconocimiento del principio constitucional, porque bastaría que una persona o grupo de personas dijeran haber visto a alguien cuando realizaba un delito, para que mucho tiempo después se pudiera operar la captura sin orden escrita de autoridad judicial; o en la hipótesis prevista en el artículo 301 del anterior ordenamiento procesal y ahora en el artículo 299, sería suficiente que alguien dijese haber visto al delincuente en el momento de la realización ilícita para que su confesión fuera inútil para efectos de obtener la rebaja de pena prevista en las normas antes citadas.

"Cuando una persona es vista cometiendo una actividad ilícita y no es capturada en ese momento o en los inmediatamente subsiguientes, bajo ninguna circunstancia y para ningún efecto procesal puede ser considerada en situación de flagrancia; y su

vinculación al proceso dependerá del análisis que se haga de las exposiciones de los testigos presenciales de los hechos, pero no como un caso de flagrancia.

"Por lo tanto, no se puede pensar en la existencia de la flagrancia cuando ni en el momento de la realización del hecho, ni en los subsiguientes es posible capturar el autor, así éste haya sido plenamente identificado o individualizado, porque con la tesis hasta ahora imperante prácticamente desaparecería la garantía constitucional que protege la libertad ciudadana, pues, se reitera, bastaría que cualquier agente de la autoridad o ciudadano particular dijera haber identificado al autor de un delito para que no fuera indispensable la orden escrita de autoridad competente, por motivos previamente definidos en la ley.

"Tanto fundamento tendrá el temor planteado en lo que evidentemente se trata no de una inadecuada interpretación de la jurisprudencia en cuestión, sino de su cabal y entendible significado, que el Procurador Delegado con base en ella sostiene que en el caso concreto que es motivo de juzgamiento la flagrancia no sólo se operó en la última de las delincuencias realizadas por el procesado, sino también en las realizadas en los tres días anteriores, no porque hubiera sido capturado en el momento de haberlas realizado, sino por haberse logrado su identificación o individualización.

"Esta es precisamente la nefasta consecuencia de la jurisprudencia que se comenta, porque con la identidad de su contenido se termina concluyendo que para que se dé la flagrancia como concepto constitucionalmente consagrado no es menester la captura, sino la simple identificación o individualización en el momento de la realización delictiva.

El único concepto válido de flagrancia con consecuencias jurído-procesales es el contenido en la Carta Política, y por ello la interpretación de su alcance y contenido no debe hacerse tomando como única base la norma procesal, sino que debe ser

entendido a la luz del artículo 32 del texto constitucional cuando sostiene: "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador".

"De conformidad con ese texto superior si una persona sorprende a otra en el momento de una realización delictiva y no logra la captura, deberá presentarse ante la autoridad y denunciar el hecho o servir como testigo haciendo un relato de los hechos percibidos, dando la respectiva identificación o individualización del autor de tal conducta.

"Tan acertada es esta interpretación, por demás fiel a los lineamientos constitucionales, que la definición del vocablo flagrancia, desde la perspectiva jurídico-constitucional-procesal, se encuentra en el Título III del Código de Procedimiento Penal que trata sobre "Captura, medidas de aseguramiento, libertad provisional y Habeas Corpus" y de manera específica en el Capítulo I que alude de manera especial a la "Captura", porque es obvio que el sorprendimiento de un delincuente en el momento de su accionar antisocial sólo puede tener relevancia si es capturado de inmediato.

"No se puede desconocer que la interpretación dada desde la perspectiva de la lingüística admite las dos posibilidades, esto es, que se entienda sorprendida en flagrancia la persona que ha sido vista en el momento de realizar una conducta delictiva; y la universalidad del idioma igualmente permite la expresión gramatical de haber sido capturado en flagrancia, cuando el ciudadano no sólo fue sorprendido, sino también capturado en ese momento. Pero frente a tal reconocimiento se debe actualizar la aplicación de una norma importantísima de interpretación jurídica contenida en el artículo 28 del C.C. en cuanto determina: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando

el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

"Es lo que sucede en este evento, porque como se expuso con anterioridad, el concepto lingüístico admite la concurrencia de dos situaciones fácticas relacionadas con el término flagrancia; una la del simple sorprendimiento, y la segunda, la del sorprendimiento seguido de captura. No obstante, tal posibilidad lingüística es restringida por el constituyente en cuanto recurre al vocablo flagrancia para unirlo indisolublemente al de captura, como ya se vio en la cita del texto constitucional y como ocurre en la realidad legal de la norma procesal, en donde se define la flagrancia indiscutiblemente referida a la captura.

"Ello es así, porque la preceptiva constitucional comentada no establece un derecho, sino una excepción al derecho consagrado en el artículo 28 de la Carta, en cuanto garantiza la libertad y la imposibilidad de que ésta sea desconocida salvo por "virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley".

"De tal manera que si se trata de una excepción al procedimiento constitucionalmente previsto para que un ciudadano pierda la libertad, es apenas obvio que la Carta hace relación a la flagrancia en un concepto inescindible con el de la captura, puesto que en el artículo 28 dispone que sólo se podrá ordenar la pérdida de la libertad por medio de orden escrita de autoridad judicial; y en el artículo 32 establece una excepción, en cuanto que, si el delincuente es sorprendido en flagrancia, la captura se puede realizar sin que sea menester la previa orden escrita de autoridad judicial.

"En el mismo sentido se define el concepto de flagrancia en la norma procesal penal, esto es, referiéndola a la captura; y por ello se integra dentro del respectivo título y capítulo donde se prevén todas las formas autorizadas de captura existentes en la Constitución y la ley.

"Las expresiones flagrancia y captura en flagrancia son utilizadas en numerosas normas procesales. Es así como el artículo 370 define lo que es flagrancia; el artículo 371 precisa el procedimiento a seguir para el capturado en flagrancia; y el 373 regla el procedimiento que impera para la captura en flagrancia del servidor público.

"Es importante destacar como en el 372 que consagra la captura del públicamente requerido al establecer que: "En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia" y obsérvese que en esta norma no se le agrega el vocablo captura, pero es perfectamente evidente y lógico que se está refiriendo al procedimiento a seguir cuando se presenta la captura en flagrancia previsto en el artículo 371.

"También conviene resaltar el contenido del inciso segundo del artículo 322 relacionado con la versión del imputado en la investigación previa, en donde se afirma: "Quienes cumplen funciones de policía judicial sólo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. *Cuando no se trate de flagrancia, la versión tendrá que recibirse en presencia del defensor...*".

"Es apenas lógico concluir que cuando el legislador utiliza la expresión flagrancia, en la parte subrayada por la Sala, está haciendo alusión única y exclusiva a la captura en flagrancia, así no utilice el primer vocablo, es decir "captura".

"En las anteriores circunstancias es imperioso que el intérprete, en el análisis gramatical de las expresiones legales referidas a la flagrancia, así no se mencione o cite el vocablo captura, deba sobreentenderlo ligado al anterior, porque ha sido querer del constituyente y del legislador darle esta especial connotación, por fuera de las eventualidades que pudieran surgir de la utilización del lenguaje en toda su universalidad.

"Por ello, la concepción de la jurisprudencia que se analiza resulta equivocada, porque, bien sea para referir la flagrancia a

la captura sin orden judicial, o a las consecuencias que puede tener en relación con la rebaja de pena por confesión, prevista en el artículo 392, necesariamente al sorprendimiento ha de subseguir la captura, porque si se da solo el sorprendimiento, el acto de presenciar un hecho delictivo derivará en una declaración en la que el testigo manifestará ante las autoridades lo que ha presenciado, pero en nada más.

"Así mismo en la parte del proyecto de fallo no respaldada por la Sala expresamos la necesidad de revaluar el alcance de la jurisprudencia de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, de la que fuera ponente el Dr. Giraldo Angel, cuando refiriéndose a la misma temática afirmó:

> 'Ahora bien, cuando sorprendida una persona en la comisión de un hecho delictuoso, y se la identifica en forma plena y segura, pero no se logra su captura, es factible hablar de flagrancia, por lo que en el caso de surgimiento posterior de una confesión es dable desestimarla como aminorante de la pena –artículo 301 del C. de P.P. (el de 1987), porque la flagrancia sí se dio, aunque sin su correlato de la captura, aspecto este último que no exige el citado artículo 301 para establecer la desfavorable consecuencia que prevé.
>
> 'No hay, se reitera, la flagrancia cuando la víctima o terceros no descubren, al momento de ejecutarse el punible, su carácter delictivo. Es necesario, pues, que el ofendido o terceras personas sientan, con la comisión del hecho, que se perpetra o intenta perpetrar un delito, que sacude su sentimiento y desencadena la reacción denunciatoria (voces de auxilio) y persecutoria de quien así se comporta, cuando ello es física y psíquicamente posible. De ahí que no se pueda hablar de flagrancia en el caso del estafador que gira un cheque de chequera robada para pagar una compra sin que el vendedor se percate del engaño que es objeto, o el terrorista que entrega en la portería de un edificio una carta bomba que estalla varias horas o días después, así se le capture posteriormente como resultado de la investigación'.

"En el mismo texto jurisprudencial que se cita y haciéndose referencia al artículo 24 de la anterior Constitución se dijo: *"El artículo 24 de la Constitución Nacional, con el empleo de la expresión "cogido in flagranti" está significando no un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuera a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente, en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Lo que se significa es el soprendimiento (ser visto, percibido, descubierto) al momento de cometer el delito o tiempo inmediatamente después del mismo, o como dijo la Corte "que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes"* (fallo agosto 13 de 1987. Magistrado ponente doctor Jesús Vallejo Mejía, exequibilidad del artículo 393 del C. de P.P.).

"De la parte resaltada se ha de reiterar que la interpretación que hace el Procurador Delegado en relación con la jurisprudencia que se analiza, no es una malinterpretación, ni se trata de que le esté dando alcances que la Sala en ningún momento pensó, sino que, por el contrario, se limita a interpretarla justamente en lo que dice de conformidad con su literalidad y como hasta ahora se ha venido aplicando.

"En la parte final de la jurisprudencia de la Sala, últimamente citada, se menciona un fragmento de una decisión de constitucionalidad que a continuación se transcribirá en la integridad de su texto, porque esa interpretación refrenda y ratifica la contenida en el proyecto discutido. En relación con el tema de la flagrancia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, dijo: "En flagrante' significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el mismo momento de estar cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir'. La definición qu ofrece el texto acusado se ajusta a este concepto, pues para que haya flagrancia requiere que se esté cometiendo un delito o que éste acabe de consumarse momentos antes, *sin que el actor haya podido huir*; de ahí que haya flagrancia cuando el delincuente sea perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pida su captura" (el subrayado es del texto).

"Véase entonces cómo el Juez Constitucional hace referencia a la flagrancia como necesariamente unida a la captura, pero sin mencionarla.

"Es claro que el derogado artículo 393 del C. de P.P. de 1987 utilizaba el término "sorprendida" y en esto se limitaba a copiar la expresión constitucional del artículo 32 en el mismo sentido, pero, de su utilización no se puede llegar a la conclusión que en su momento adoptó la Sala en la jurisprudencia citada por el Ministerio Público y que ahora es motivo de análisis, porque la norma constitucional relacionada con la flagrancia justifica su existencia en el propósito de crear una excepción al principio general según el cual la libertad de locomoción de un ciudadano solo puede ser restringida por "mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley", de conformidad de las previsiones del artículo 28 de la Carta. El establecimiento de esta excepción indica entonces que quien sea sorprendido en el momento de la ejecución de un hecho delictivo o en los momentos inmediatamente subsiguientes a su realización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 370 del C. de P.P., puede ser capturado y llevado ante el juez o fiscal competente por cualquier persona. Esta genérica autorización comprende a las autoridades, como es apenas obvio, y a todos los ciudadanos; o la posibilidad de perseguirlo y en caso de refugiarse en su domicilio penetrar en él sin necesidad de orden judicial o si lo hace en domicilio ajeno, no necesitará más que un requerimiento al morador del mismo.

"Al tenor de esta comprensión, entonces, la Constitución está utilizando la expresión en el significado etimológico que de flagrancia da el idioma, pero uniendo el concepto al de captura, y emplea el vocablo como un instrumento descriptor de la conducta que es presupuesto fáctico para que surja la facultad excepcional, para cualquier persona, de capturar sin que medie orden judicial.

"Bajo ninguna circunstancia se podría aceptar que quien fue identificado en el instante de cometer el delito, pero no fue

capturado en ese momento o en los inmediatamente subsiguientes, pudiera serlo con posterioridad, sin la existencia de la orden judicial; y menos admisible sería autorizar un apresamiento cuando la identificación se ha logrado por medio de testigos, o como ha sucedido en muchas ocasiones, mediante fotografías o video grabaciones captadas en el momento de la realización del hecho ilícito. Ese solo hecho no permite hablar de la flagrancia, pues la consecuencia de su reconocimiento sería la permisión de la captura, días, meses o años después sin que mediara orden de autoridad judicial.

"Si la garantía constitucional para preservar y salvaguardar la libertad de los ciudadanos de la omnipotencia del Estado y de la arbitrariedad de sus funcionarios, ha sido el establecimiento de una única competencia que pueda limitarla, con la única excepción a que se ha estado haciendo referencia, es lógico concluir que la interpretación dada en su momento por la Sala, aun cuando para llegar a conclusiones relacionadas con asuntos diversos a los ahora analiados, podría significar un franco desconocimiento de la libertad tal como aparece constitucionalmente consagrada porque bastaría la simple afirmación de cualquier ofendido o testigo, de haber reconocido al imputado en el momento de la realización del hecho ilícito, para que las autoridades pudieran operar la captura sin necesidad de orden judicial.

"Las providencias comentadas establecían una diferencia entre flagrancia y captura en flagrancia, como si se tratara de dos expresiones utilizadas por el legislador para hacer referencia a fenómenos diversos; es así como aquella de la cual fue ponente el doctor Mantilla Jácome hace relación al artículo 301 de la legislación anterior afirmando que habla simplemente de flagrancia, mientras que al referirse a los casos que daban lugar al procedimiento abreviado la normatividad alude a la captura en flagrancia y de allí, entonces, se deduce la existencia de una diferencia entre las dos expresiones; interpretación que se adopta en el pronunciamiento del cual fue ponente el doctor Giraldo Angel al afirmar que cuando la persona es identificada en el momento del hecho delictivo, así no sea capturada, se habrá

dado la flagrancia, para efectos de negarle la rebaja prevista en el artículo 301 por confesión simple.

"Es claro que la referencia a la flagrancia en el artículo 301 de la legislación anterior, alude al hecho de haber sido sorprendido y capturado, que es en realidad la única interpretación que admite la expresión normativa, siguiendo los lineamientos constitucionales ya analizados.

"En tratándose del tema específico de la libertad y de la única excepción consagrada constitucionalmente para que ella pueda ser desconocida sin orden escrita de autoridad judicial, es importante precisar que la denominada captura del públicamente requerido que aparece consagrada en el artículo 372 del C. de P.P. no es una excepción a la garantía constitucional del artículo 28. En la norma citada se dispone: "Cualquiera podrá aprehender a la persona cuya captura haya sido públicamente requerida por la autoridad competente. En estos casos, se aplicará lo dispuesto para las situaciones de flagrancia"; y no es una excepción a las previsiones del artículo 28 de la Carta, porque en este caso concreto se tiene la convicción de que existe una orden de captura, emitida por escrito por un juez competente, con el lleno de las formalidades de ley y por motivos previamente señalados en ella; ocurriendo que de manera regular, por la peligrosidad del solicitado, se hace conocer públicamente del medio social que está requerido por la autoridad y por ello se faculta a cualquier persona para que realice la captura. Este tipo de requerimientos públicos ha sido utilizado en todos los tiempos y en todos los países y, como ya se dijo se reserva fundamentalmente para los delincuentes más peligrosos, incluyendo, a veces, el ofrecimiento de una recompensa para quien posibilite la captura de quien es solicitado por la justicia.

"Lo anterior para concluir que la garantía constitucional de la libertad no admite sino las excepciones especialmente previstas en la Carta.

"Ahora bien, la Sala en este pronunciamiento ha restringido la amplia interpretación que admitía la jurisprudencia precedente,

pues proclama: "...fuerza afirmar que transcurrido el tiempo y distanciado ese sorprendimiento, no podrá realizarse la aprehensión sin previa orden judicial escrita, formal y legalmente justificada, porque en ese caso y sin desaparecer el sorprendimiento en acto que habrá quedado supeditado a la aportación probatoria que lo acredite, se ha distanciado en el tiempo del instante de su ocurrencia, único dentro del cual se autorizaba la consecuencia principal del aprehendimiento por vía de excepción".

"Y posteriormente concluye que mantendrá la vigencia de los pronunciamientos citados por el Ministerio Público "con las necesarias precisiones que sólo para disipar los riesgos de la sugerencia suscitada en el concepto de la Delegada se han hecho menester".

"Cumplido en esos términos el objetivo que se propuso en el proyecto de fallo, sólo nos resta manifestar que, con una motivación distinta, participamos de la decisión adoptada, sin dejar de guardar el debido respeto por la opinión de los distinguidos compañeros de Sala".

Vistos los diferentes puntos de vista, es evidente que el planteamiento del recurrente y el concepto del Procurador Delegado concuerdan con la posición expuesta en la aclaración de voto, pero se apartan de la tesis mayoritaria de la Sala.

Sin embargo, como lo observó el Ministerio Público, ni siquiera al amparo del criterio jurisprudencial minoritario se podría concluir que en el caso estudiado se concretó el fenómeno de la flagrancia, porque además de que no se logró individualizar al autor del hecho delictivo, éste sólo fue aprehendido 17 días después de los hechos y su verdadera identificación sólo se vino a concretar con la confesión que hizo el procesado en el momento de su indagatoria; luego, por este aspecto le asiste plenamente la razón al censor, pero aún así, su pretensión no tiene perspectivas de prosperidad, porque para que la confesión motive la rebaja de pena tiene que ser fundamento de la condena, como lo ha sostenido la Sala.

En sentencia del 8 de octubre de 1992 de la cual fuere ponente el Dr. Duque Ruiz, la Sala dijo al respecto:

> "...una confesión calificada que no permite deducir responsabilidad alguna al procesado, como cuando se reconoce la autoría del hecho pero al mismo tiempo se esgrime una causal de justificación o de inculpabilidad, mal puede ser el fundamento de una sentencia condenatoria y por tanto no alcanza a satisfacer uno de los requisitos exigidos por la norma para el otorgamiento de la rebaja de pena, y esto es lo que sucedió en el caso *sub-judice*.
>
> "Es verdad que ...en su primera versión que rindió ante las autoridades de policía, confesó ser el autor de la muerte de..., pero desde ese primer momento calificó su confesión aduciendo una legítima dfefensa: "...yo creí que me iban a matar por eso le disparé (fls. 5 y 6), actitud que mantuvo a lo largo del proceso.
>
> "Si esta confesión suya hubiera sido "el fundamento de la sentencia", necesariamente ella habría sido absolutoria, porque hubiera tenido que aceptar la defensa, legítima o putativa, que él planteó.
>
> "Con esta misma argumentación los juzgadores de primera y de segunda instancia se negaron a reconocerle la rebaja de pena que para el procesado solicita el recurrente: "Si se examina la versión rendida ya ante los jueces –se lee en el fallo del Tribunal– en ella se intenta el planteamiento de una especie de legítima defensa por la que siempre batalló el defensor. Obviamente esta versión no puede considerarse como fundamento de la sentencia ya que ésta es condenatoria".
>
> "Todo lo que acaba de expresarse continúa siendo válido frente al artículo 299 del nuevo Código de Procedimiento Penal, a pesar de que en esta última norma no se exija, de manera expresa, como sí lo hacía el estatuto anterior, que la confesión "fuere el fundamento de la sentencia".

> "La rebaja de pena por la confesión del procesado, no es más que un estímulo que el legislador otorga al delincuente para que reconozca su culpa, porque mediando este reconocimiento se agiliza el proceso penal. Mas, para que esta última consecuencia se presente, es menester que la confesión implique la asunción de responsabilidad, así sea disminuída".

De conformidad con los parámetros jurisprudenciales sentados por la Corporación, en ste caso no se han dado los presupuestos para conceder la rebaja punitiva por confesión, por cuanto es claro que el procesado planteó una causal de justificación, como lo es la legítima defensa, y en tales condiciones la confesión como prueba única, porque no lo es, no ha podido ser fundamento de la sentencia; debe aceptarse que excepcionalmente podría concederse cuando se trate de prueba única para llegar al esclarecimiento de los hechos.

El legislador consagra beneficios de este tipo como un estímulo a los procesados, para que confiesen su participación en hechos delictivos, con el fin de que el Estado y los funcionarios que ejercen la represión puedan reducir el tiempo y los esfuerzos que deben dedicar a la investigación de los mismos, porque es apenas lógico pensar que una confesión facilita la investigación y disminuye el tiempo que ésta puede durar, pudiendo concretarse la represión de manera más acelerada.

Si estos son los fines buscados por el legislador para que un procesado se haga merecedor a este tipo de rebajas es obvio, que con su confesión tiene que aportar los elementos necesarios para facilitar la investigación y para que aquella sea fundamento de la sentencia de responsabilidad. Lo que no ocurre cuando el procesado plantea una causal de exclusión de responsabilidad, como en el caso presente y por eso considera la Sala que no incurrieron en error los juzgadores cuando negaron la rebaja punitiva por confesión y por tanto no hubo vulneración de la ley sustancial.

Dentro del mismo planteamiento recuérdese que el código de 1987 consagraba la posibilidad del procedimiento abreviado cuando se presentaba el fenómeno de la flagrancia o la confesión del sindicado, y si se trataba de la segunda eventualidad debía de ser confesión simple (art.

474) porque si era calificada, se imponía el procedimiento ordinario, porque en el caso legalmente contemplado se reducía la complejidad investigativa del hecho delictivo, no así en el caso de la confesión calificada, caso en el cual como ya se dijo era menester desarrollar la investigación ordinaria.

En las condiciones establecidas y tal como lo solicita el Procurador Delegado se debe rechazar el cargo formulado.

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,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz (no), *Gustavo Gómez Velásquez* (no), *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INDAGATORIA

Si la indagatoria es medio de defensa pero evidencia mentira, no contribuye a la exculpación de quien la rinde; pero si además, cotejada con las demás pruebas, sean o no indiciarias confirma el compromiso de éstas, no puede tomarse a favor, ni soslayarse en el examen global de la prueba allegada, ello atentaría contra los principios reguladores de la prueba y desnaturalizaría su función en el proceso.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 091.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emitida el 22 de febrero de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a HORTENSIA HERRERA BARRIOS a la pena principal de dieciocho años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, como coautora responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Luis Alberto Mondragón

En la misma providencia se condena a *José Uriel Urueña* a idénticas penas, por el mismo hecho punible y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

Aunque el recurso de casación fue interpuesto a nombre de ambos procesados, sólo la defensa de *Hortensia Barrios* lo sustentó, por lo que respecto de Urueña hubo de declararse desierto.

Hechos y actuación procesal:

El 11 de septiembre de 1991 a tempranas horas de la noche, en el apartamento 401 de la calle 86 No. 36-52, bloque 73, interior 1 de Santafé de Bogotá, cuando se hallaba dormido Luis Alberto Mondragón, fue atacado y muerto por impactos de bala que le propinaron en connivencia su esposa HORTENSIA HERRERA BARRIOS, y el amante de ésta, *José Uriel Urueña*. Consumado el crimen, la mujer llamó a vecinos y parientes del occiso y les refirió que ella y su marido habían sido atacados por unos maleantes que la amenazaron de muerte si se incorporaba del lecho.

Practicadas algunas diligencias preliminares el Juzgado 86 I.C. de la ciudad abrió investigación penal y vinculó mediante indagatoria a los mencionados, a los cuales comprometió en juicio, mediante resolución acusatoria por el delito de homicidio agravado conforme a la causal 1a. del art. 324 C.P. La falta de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra esta decisión, impidió que el Tribunal la revisase en alzada.

Surtida la etapa de la causa, en fallo de primera instancia fueron condenados a las penas antes relacionadas, que el Tribunal prohijó al conocerlo por apelación, en su sentencia, contra la cual se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación que ocupa la atención de la Sala (fls. 1 y ss., 77 cd., 100, 108, 281-290, 378,457-525 cd. ppl. 1; 12, 55-72, 77 y ss. cd. Tr.; 7 cd. C.).

La demanda:

Aunque considera la señora defensora de la procesada formular en su demanda dos cargos contra el fallo del Tribunal, en verdad es uno el que sustenta, y lo hace con apoyo en la causal 1a. del artículo 220 C.P.P., porque en su sentir es violatorio, en forma indirecta, de la ley sustancial, específicamente del artículo 2o. del C.P., debido a los errores en que incurrió al estructurar la prueba de indicios del elemento subjetivo del delito, del cual responsabilizó a su podernante *sin* que tal elemento se encontrase probado *con certeza*. Objeta el estudio adelantado por el Tribunal de diversos indicios para pregonar la responsabilidad de su patrocinada, así:

1. Dio por establecido el móvil para delinquir a partir de las declaraciones de María Helena Mondragón y Yohana y Giovanny Rosero, parientes del occiso, respecto del permanente estado de conflicto en que convivían éste y la procesada, su esposa, porque él había acudido al Instituto de Bienestar Familiar y admás había demandado el divorcio. Afirma la parcialidad y falta de credibilidad de tales deponentes cuyo dicho no se comprobó "pudiendose oficiar o demostrar si... decían la verdad".

No siendo digno de credibilidad el hecho indicador, es decir, lo afirmado por los testigos, el hecho indicado inferido carece "de capacidad probatoria".

2. Dedujo el indicio de mentira de las versiones de la procesada en su indagatoria, en las que primero afirmó ser varios los asaltantes y después uno. No siendo medio de prueba sino de defensa la injurada, lo dicho en ella no puede tomarse para estructurar la prueba indiciaria.

3. Dio por establecido indicio de colaboración de "uno de los moradores" del apartamento donde se cometió el delito, para el ingreso de su ejecutor, del hecho de que la puerta del apartamento no fuera violentada, sin considerar que tratándose de un bloque de numerosos apartamentos cualquiera pudo dejar la puerta común abierta y facilitar el acceso de aquél al occiso, de manera diferente a la supuesta por el fallador. Aquí, el hecho indicador arroja *duda* por permitir posibilidades varias de ocurrencia del hecho indicado.

4. También dio por establecido que la acusada tenía un amante y que lo era el coprocesado Urueña, basándose en el *testimonio de oídas* de Santos María Betancour, quien refirió que el menor hijo común del occiso y la procesada contó que diariamente viajaba con ésta en el bus que conducía Urueña.

Tratándose de un medio de prueba "inexistente" por ser de creación doctrinaria, no podía adoptarse como "punto de referencia para la construcción del indicio"; así, el hecho indicado de responsabilidad por este aspecto "queda desvirtuado".

5. Reiterativo del que enumera como *tercer* indicio desvirtuado. El fallador dedujo que quien franqueó la puerta del apartamento al ejecutor del homicidio fue la procesada porque sus vestimentas carecían de manchas de sangre.

El hecho aquí considerado para estructurar el indicio es inexistente, pues "no es indicativo para formular un indicio de responsabilidad en un hecho punible de homicidio". No habiendo el hecho indicador, la prueba tampoco existe.

6. El Tribunal infirió que el arma con que se causó el homicidio fue la de propiedad del propio occiso para atribuir responsabilidad a la procesada. Aunque se probó que efectivamente era dueño de un artefacto de esa naturaleza, éste no es un hecho indicador de que esa precisamente se hubiera empleado en el crimen, pues la víctima, siendo una persona responsable "no pudo dejar el arma a disposición de sus menores hijos"; por tanto, "queda absoluta y directamente desviertuado este indicio".

7. Carece de "validez jurídica" el indicio de oportunidad para delinquir que el fallador dedujo de la presencia de la procesada en el apartamento, pues siendo ella la compañera del occiso, era obvio que allí se encontrase.

8. No se conformó el indicio de huida que pregona el fallador basado en que la procesada fue capturada en otra ciudad, pues habiendo rendido cuatro versiones en el proceso, no puede afirmarse que "se evadió (*sic*) de la administración de justicia".

De sus distintas observaciones precedentes, la actora, luego de referirse al principio de la carga de la prueba, concluye, que en el caso en estudio *se presenta duda* "en la construcción de los indicios" de culpabilidad de su cliente, lo que impone su absolución.

A manera de "segundo" cargo la actora consigna una afirmación sin explicación de ninguna índole: la sentencia "incurrió igualmente en error de hecho folios 55 a 72 del cuaderno No. 2".

El Ministerio Público:

En disenso con la pretensión de la demanda, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal advierte que en la demanda no se selañan todas las normas sustantivas que se consideran transgredidas; y ocupándose de cada uno de los planteamientos, y acudiendo a pertinentes citas textuales del análisis probatorio adelantado por el fallador, encuentra que las críticas al *primero y al tercero* de los indicios de que trata el escrito, son sólo expresión de la opinión de la recurrente, careciendo aquél, de sustento argumental y recogiendo éste básicamente su particular cuestionamiento al criterio del Tribunal, sin precisar los errores que éste pudo cometer en la evaluación de los hechos indicadores, fallas éstas que también encuentra afectando el reparo de la demanda al indicio *quinto*.

Las referidas al *segundo* indicio que cuestiona parten de la falsa premisa de carecer la confesión de la calidad de prueba, explicando los motivos de objeción al criterio de la censora.

En relación con el cuarto indicio censurado, observa que la inferencia resultó no sólo de un testimonio de oídas, sino también del directo, rendido justamente por el menor hijo de la procesada. Arguye extensamente el funcionario en torno al valor probatorio del testimonio.

Los cargos *sexto y séptimo* son desechados por el distinguido funcionario colaborador, por *incompletos*, pues, en cuanto a aquél, la deducción de que con su propia arma se le dio muerte a la víctima, no sólo se basó en ser éste dueño de ella, sino además, en testimonios varios de que la portaba y de que desapareció de entre sus pertenencias, y; en cuanto a éste, no sólo fue el hecho de la convivencia de la acusada con el occiso lo que se tuvo por indicio de colaboración, sino su conocimiento de sus costumbres y modo de vida.

El *octavo* indicio objetado por la demanda, el de huída, lo desestima advirtiendo inconsistencia argumental, pues aunque es cierto que la acusada rindió varias versiones en el proceso, lo hizo después de su captura.

En términos generales, considera el Procurador que más que una demanda de casación, el escrito reviste las características de un alegato

de instancia, controversial pero sin sustento en los presupuestos necesarios para el recurso de casación, y en definitiva, solicita que no se case la sentencia acusada.

Consideraciones de la Corte:

Las glosas que el Ministerio Público formula a la demanda se hallan plenamente justificadas, lo que supone la permanencia del fallo que puso fin a las instancias, según adelante se verá.

De una parte, ciertamente olvidó la profesional recurrente precisar las disposiciones sustanciales especiales gobernantes del caso, además del artículo 445 del C.P.P., como que la base argumental de su discurso es la *duda* respecto de la prueba para condenar, sin reparar en que, de prosperar la censura, la absolución que impetra dejaría al descubierto la indebida apelación de las mismas en la sentencia. De igual manera, al cuestionar las deducciones del Tribunal en el análisis de algunos de los hechos indiciarios, omitió la demostración de sus asertos. Dejó pues, técnicamente incompleta la presentación de sus objeciones, no obstante ser una exigencia básica de lógica de la demanda de casación.

Mas sin embargo, ni dejando de lado estas deficiencias de orden técnicos en gracia de la intelección objetiva que admite el escrito, su contenido fundamental no permite la prosperidad de la pretensión.

Plantea la censora el estado de duda en relación con la prueba de la *culpabilidad* de su cliente, pero no logra deslindar este elemento del hecho punible, ni demostrar de dónde surge esa perplejidad generadora de absolución, con lo que obviamente termina cuestionando, en general la atribución de la responsabilidad, pero sin aniquilar todos los supuestos de hecho de la sentencia. Ofrece algunos comentarios de controversia con la apreciación del Tribunal, pero no acreditando los errores manifiestos que lo hubieran determinado a inferir como lo hizo, buscando que de este modo su criterio prevalezca sobre el del fallador.

Es así como asevera que antes de dar por estructurado el indicio de *móvil para delinquir, primero* al que se refiere la demanda, bien pudo comprobarse oficiando al Instituto de Bienestar Familiar, la veracidad

del hecho indicador relatado por María Helena Mondragón, Johana y Giovanny Rosero de las desaveniencias conyugales del matrimonio conformado por el occiso y la procesada.

Al razonar así, la demandante primero que todo está denunciando la *no práctica* de una prueba a su juicio esencial, sustrayéndose de la causal 1a. de casación que cita como apoyo legal de su alegato y trasladándose a los lindes de la causal 3a. por una supuesta transgresión de la garantía del debido proceso; pero además, se está absteniendo de indicar el error de la inferencia del Tribunal al cuestionar *el crédito* que le otorgó a los testimonios preanotados, simplemente por provenir de personas vinculadas por lazos familiares con el occiso, convirtiéndose la objeción en un divergencia de criterio no atendible en casación, porque la demanda que en éste se presenta no puede, sin precisar los errores evaluativos del sentenciador de las instancias, pretender el desconocimiento de su criterio, con antentado a la seguridad de las decisiones judiciales y a la presunción de legalidad y acierto que las ampara.

Objetando la formación del indicio de mentira afirma la censora que la indagatoria –diligencia en la cual su cliente suministró diversas versiones en torno a algunas circunstancias de los hechos– no es medio de prueba sino de defensa. El planteamiento cae por su base. Si es medio de defensa pero evidencia mentira, no contribuye a la exculpación de quien la rinde; pero si además, cotejada con las demás pruebas, sean o no indiciarias confirma el compromiso de éstas, no puede tomarse a favor, ni soslayarse en el examen global de la prueba allegada, ello atentaría contra los principios reguladores de la prueba y desnaturalizaría su función en el proceso. Acierta entonces el Procurador cuando al ocuparse de la censura al *segundo* de los indicios recuerda en síntesis la existencia de libertad de prueba tanto general, como de los elementos del delito.

En sus reparos al *tercero y al quinto* indicios colaboración de la acusada con el ejecutor del homicidio –porque la puerta del apartamento en donde ella y el occiso de hallaban la noche de los hechos y porque sus vestidos no aparecieron impregnados de sangre–, la actora limita su discurso a su particular enfoque de los hechos indicadores aduciendo que éstos admitían varias posibilidades como inferencia. Ni precisa, ni

señala los yerros de lógica que comportaron lo que considera la equivocada decisión condenatoria.

Criticando el *cuarto* indicio, que a la postre puede también tenerse como de móvil para delinquir puesto que se trata de la existencia de un amante de la acusada interfiriendo su relación conyugal con el occiso, prueba en la cual no existe hecho indicador porque éste lo constituye un testimonio de oídas, basta recordar que la libertad de prueba permitía al fallador tomar este medio no convencional de prueba para conformar la del indicio.

Particular importancia concede la actora al cuestionar el *sexto* indicio –que la víctima fue muerta con su propia arma– diciendo que se trata de una mera sospecha. En verdad, ante la fuerza comprometedora de los restantes indicios no desvirtuados a que se ha hecho alusión, la procedencia del arma empleada en el homicidio pierde trascendencia en punto de casación, pues que su prosperidad no *conllevaría* la infirmación de la sentencia acusada, y sabido es, que los errores que se denuncian en este recurso han de tener la virtualidad de desquiciar el sentido de la decisión de las instancias.

La pérdida de "validez jurídica" que le atribuye a la apreciación del *séptimo* indicio –oportunidad para delinquir–, se queda en el enunciado, porque aunque afirma que la simple convivencia de la acusada con el occiso no estructuraba el indicio, ningún esfuerzo hizo para demostrar la razón de su dicho, cobrando entonces validez la advertencia de la Procuraduría, de que la oportunidad implicaba mucho más que la mera convivencia.

Del indicio de huída, *octava* objeción, sobra cualquier comentario en extenso. El proceso revela y así lo recoge el fallo de instancias, que el ocultamiento de la acusada fue procurado por su compañero coprocesado cuando ella misma lo buscó para advertirle que sería llamado en la investigación y ella detenida, de lo cual lo hizo sabedor en presencia de la testigo Martha Acosta, quien así lo refirió.

Así la situación, las preanotadas deficiencias técnicas y esenciales de la demanda, aunadas a la objetividad e imparcialidad en el análisis del

cúmulo de hechos indicadores a partir de los cuales el Tribunal estableció la prueba plena de responsabilidad de la implicada, hacen forzosa la *improsperidad* del cargo sustentado y su consecuente declaratoria.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida. En firme *devuélvase* el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PENA / CONSULTA / CONCURSO DE DELITOS

Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitias son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores reguladores de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61". Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos de consurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto. La claridad de estos preceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes de incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta" en otro tanto, la pluralidad de los hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico.

2. La prohibición de agravar la pena impuesta al sentenciado cuando es apelante único, contenida en el artículo 31 de la Carta

Política no opera cuando la sentencia es consultable porque dicho grado de jurisdicción establecido en la Constitución y en la ley como garantía de legalidad, faculta al superior del Juez que dictó la sentencia de primer grado para introducirle las modificaciones que considere pertinentes y porque en tal evento la posibilidad de que el *ad quem* conozca de la sentencia no depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, sino del interés del propio legislador.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 91.

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por los defensores de los procesados JUAN RICARDO ESCOBAR BONITTO Y GUILLERMO URIBE-HOLGUIN PIEDRAHITA la sentencia de 18 de diciembre de 1992 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá reformó la dictada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de esta misma ciudad, condenándolos en procesos acumulados, a la pena principal de 80 meses de prisión y multa de cuatrocientos mil pesos y 73 meses de prisión y multa de ciento cincuenta mil pesos, respectivamente. Al primero de ellos por hallarlo responsable del delito de captación ilegal de dineros previsto en el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982 en concurso con los de estafa agravada en los casos del Banco Popular, Fiduciaria Bolsa de Medellín, Antonio Montaña Nariño y Margarita Patricia Ramírez de Bernal y al segundo de los nombrados, por el mismo delito de captación en concurso con los de estafa a Jaime Pérez Sánchez y abuso de confianza a Cecilia Uribe de Clopatofsky y Beatriz Clopatofsky Uribe, agravados por la cuantía.

Igualmente fue condenado JULIO GUILLERMO ACOSTA BONILLA, respecto de quien se rechazó el recurso de casación por haber sido presentado extemporáneamente.

Los tres fueron condenados al pago en forma solidaria de los perjuicios causados, negándoseles el subrogado de la condena de ejecución condición y el derecho a libertad provisional, aclarando el *ad-quem* que no se trataba de un concurso homogéneo y sucesivo del delito de captación, como lo entendió el juzgado de primera instancia.

Hechos:

De ellos dijo el Tribunal Superior:

> "Los que dan origen a la presente investigación tienen su génesis en la denuncia que formulara, mediante oficio, el Jefe de la División de Inspección para Instituciones Financieras SERGIO GUTIERREZ RAMIREZ, ante la Dirección Nacional de Instrucción Criminal de Bogotá (folio 2 del primer cuaderno original del proceso No. 085), el pasado 8 de julio de 1988, donde pone de presente que Uribe-Holguín, Escobar Bonitto y Acosta Bonilla, *personas naturales*, estaban dedicadas a captar dineros del público en forma mavisa y habitual, sin tener autorización para ello, realizando actividades propias de las instituciones financieras, conducta infractora de lo dispuesto en los Decretos 2920 y 3227 de 1982.
>
> "De igual manera, Uribe-Holguín y Escobar, fueron investigados por la realización de otras conductas que se estimó eran punibles y que hacen relación con la negociación efectuada entre el Banco Popular (Fiducia) y la Compañía Factores S.A., en torno a los títulos de participación Nos. 49815, 55470, 55471, 55472, 55473, 554474 y 63767, por valor de $33.378.000.oo, suma que se "pagó" mediante el título-valor (cheque) No. 9998678 girado por el procesado Juan Ricardo Escobar Bonitto, contra el Banco Comercial Antioqueño, sucursal los Rosales, el cual fuera impagado por la carencia absoluta de fondos. Se dijo de esta conducta que era constitutiva del delito de *estafa*.
>
> "La que tiene que ver con el 'pago' que se efectuó al ciudadano ANTONIO MONTAÑA MARIÑO, de dineros que había entregado en mutuo, el que realizó mediante el cheque

No. 217442 girado por JUAN RICARDO ESCOBAR BONITTO, el día 5 de julio de 1988 contra el Banco Internacional de Colombia, por valor de $18.461.343,64 cheque que fuera impagado por carencia absoluta de fondos. Se calificó esta conducta como estafa.

"La que hace relación con la compra que la Compañía Factores S.A. realizó a la Fiduciaria Bolsa de Medellín de los títulos de participación Nos. 45835, 63769 y 63769 por valor de $20.515.833.oo los que fueron "pagados" mediante el cheque No. 9998677, girado contra el Banco Comercial Antioqueño (suc. Rosales), el 1o. de julio de 1988, por JUAN RICARDO ESCOBAR BONITTO, cheque que fuera impagado por la misma causal de los relacionados con antelación. Se dijo que este caso corresponde a un delito de estafa.

"La que concierne con el supuesto pago que se hizo a la señora MARGARITA PATRICINA (*sic*) RAMIREZ DE BERNAL, de dineros que había entregado en mutuo, "pago" que se hizo con el cheque No. 6911496, por valor de $4.177.979.23 girado contra el Banco Comercial Antioqueño (Suc. Los Rosales), el día 24 de junio de 1988 que resultara impagado por carencia de fondos. Este hecho se calificó como delito de estafa.

"La que hace referencia con los dineros entregados por las señoras Clopatofsky Uribe y Uribe de Clopatofsky, en cuantía equivalente a $7.963.000.oo para la compra de títulos Energéticos de Rentabilidad Creciente, los que a la postre no fueron adquiridos, pese a lo cual se terminaron expidiendo 'depósitos en custodia', hechos que fueron calificados como constitutivos de abuso de confianza y falsedad en documento privado.

La que toca con la entrega de los Certificados de Cambio Nos. 097226, 097234, 097382 y 100688 por valor de U.S.$37.480.23, que efectuara el Banco Cafetero Sucursal Barranquilla, a la Compañía Servicios Bursátiles (suc.

Barranquilla) para que fueran renovados, valores que terminaro siendo materia de apropiación, hecho este calificado como constitutivo de abuso de confianza.

"La referida con los dineros que entregara el señor ANGEL ANTONIO ARCINIEGAS, en cantidad de $35.000.000.oo a la Compañía de Servicios Bursátiles S.A. para que se adquirieran a su nombre títulos de Participación del Banco de la República. Efectivamente se adquirieron los títulos Nos 6298, 6299, 6300, 6301, 6302 y 63767, los que nunca le fueron entregados. Esta conducta fue calificada como abuso de confianza.

"La que atañe con el caso del señor JAIME PEREZ SANCHEZ, quien entregó a Servicios Bursátiles S.A. el 28 de junio de 1988, la cantidad de $3.000.000.oo representados en el cheque de Gerencia No. 0066588 para que le fuera adquirido un C.D.T., no obstante que el cheque se hizo efectivo a través de una de las cuentas bancarias de la Compañía Servicios Bursátiles S.A., sin que le fuera entregado el referido título. Ese hecho fue calificado por la Corporación como estructurante del delito de estafa.

"La que se refiere a los dineros que hiciera entrega ADRIANA MARIA TAMAYO BARRERA, a uno de los procesados, representados en los títulos-valores (cheques) Nos. 7045672 (junio 29 de 1988) y 4311688 (junio 29/88) por $2.000.000.oo y $65.000.oo, los que se hicieron efectivos sin que se le entregara a la perjudicada los títulos representativos de la inversión que pretendió constitir. Este caso fue calificado como constitutivo de *estafa*.

"La que involucra los hechos relacionados con la negociación que existió entre la Compañía Servicios Bursátiles, a través de su sucursal en la ciudad de Barranquilla y la hacienda Camagüey, referida a la adquisición que efectuara hacienda Camagüey del título de participación clase B, No. 45598 por valor de $40.000.000.oo, título que a la postre no fue entregado. Conducta que recibió la calificación de *estafa agravada* y que

ameritó se formulara resolución de acusación contra los ciudadanos *Guillermo Uribe-Holguín Piedrahita y Jorge Eduardo Vera Kid.* (Estos hechos aparecen investigados por un Juzgado de Instrucción Criminal de la ciudad de Barranquilla e integran la parte del proceso numerada 085-A.

"Por último, la que se refiere al caso de los ciudadanos ARTURO ARANGO OLARTE y MARIA CONSUELO ARANGO COLLINS, quienes entregaron a los procesados dineros en cuantía de $18.000.000.oo, los que fueron respaldados por pagarés que se renovaron cuando ya se había tomado la decisión por los directivos de la compañía capatadora de salir del país, manteniendo de esta manera en error a los Arango, quienes vivían convencidos que sus dineros les serían entregados al vencimiento de sus pagarés. Esta conducta recibió la calificación de estafa agravada y permitió que se formulara acusación contra *Escobar Bonitto, Acosta Bonilla y Uribe Holguín Piedrahita.* La investigación de estos hechos integra la parte del proceso conocida con la numeración 085-B".

Actuación procesal:

Los hechos originados en informes suministrados por funcionarios de la Superintendencia Bancaria que conforman el proceso principal distinguido con el número 085, fueron calificados por el Juzgado 89 de Instrucción Criminal de Bogotá el 23 de febrero de 1989 con resolución de acusación contra Escobar Bonitto, Uribe Holguín Piedrahita y Acosta Bonilla entre otros, por los delitos de captación, abuso de confianza, estafas varias y falsedad en documento privado (folios 264 y ss. del cn. 6); enjuiciamiento confirmado con algunas modificaciones por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el suyo de 7 de septiembre de 1989 (folios 185 y ss. del cn. No. 5 del T.S.).

A dicha causa fueron acumuladas las siguientes por figurar en ellas los mismos procesados:

La radicada bajo el número 085-A relacionada con la negociación celebrada entre "Servicios Bursátiles S.A." y hacienda "Camagüey"

calificada el 25 de febrero de 1991 por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Barranquilla con resolución de acusación contra Uribe-Holguín Piedrahíta entre otros, por el delito de estafa agravada (folios 66 y ss. del cn. No. 4).

La número 085-B, concerniente a los hechos denunciados por el ciudadano Arturo Arango Olarte, calificada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 3 de julio de 1991 con resolución de acusación contra Escobar Bonitto y Uribe-Holguín Piedrahita entre otros, por varios delitos de estafa agravada (folios 47 y ss. del cuaderno del T.S.).

La distinguida con el número 085-C atinente a los hechos investigados con ocasión de la reapertura ordenada por el Tribunal Superior en su providencia de 7 de septiembre de 1989, calificada en primera instancia por el Juzgado 79 de Instrucción Criminal de Bogotá con resolución de acusación contra Escobar Bonitto y Uribe-Holguín Piedrahíta por los delitos de abuso de confianza y estafa y en segundo grado por el Tribunal Superior de este Distrito mediante la suya de 7 de octubre de 1991, confirmatoria de la anterior.

Adelantado el juicio y celebrada audiencia pública después de superados muchos obstáculos y dilaciones, el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Bogotá finiquitó la instancia (febrero 18 de 1992) condenando a *Juan Ricardo Escobar Bonitto* a la pena principal de 96 meses de prisión y multa de $400.000.oo como infractor del artículo 20 del Decreto 2029 de 1982 en concurso homogéneo y sucesivo y por el delito de estafa en perjuicio del Banco Popular, Fiduciaria bolsa de Medellín, Antonio Montaña Nariño y Margarita Patricia Ramírez de Bernal y a *Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta* a la pena principal de 92 meses de prisión y multa de $150.000.oo por el delito contemplado en el artículo 20 del mencionado decreto en concurso homogéneo y sucesivo y además, por los delitos de estafa en perjuicio del Banco Popular y de Jaime Pérez Sánchez; falsedad en documento privado y abuso de confianza en detrimento de Cecilia Uribe de Clopatofsky y Beatriz Clopatfsky Uribe; fallo apelado por la defensa y los apoderados de la parte civil y confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el que es objeto del recurso de casación, con las modificaciones de reducirles la pena

privativa de la libertad, quitarle al delito de captación su condición de infracción homogénea y sucesiva y absolver al procesado Uribe-Holguín Piedrahíta de los ilícitos de falsedad en documento privado y estafa (caso Banco Popular).

En la tasación de la pena impuesta a los acusados dijo el *ad-quem*:

> "Se dice por los defensores (protesta generalizada) que la Juez partió de una pena demasiado alta y realizó suma aritmética de penas, en vez de establecer la punibilidad con base en el concurso de hechos punibles.
>
> "Asístele razón a los defensores. En providencia de cuatro de septiembre de 1990, la Sala *provisionalmente* señaló que para efectos de establecer la punibilidad debía de tenerse en cuenta la pena que se establecía para el delito mas grave, esto es, el delito de captación que señalaba un mínimo de dos años y que en el caso concreto se partiría de pena equivalente a cuatro años la que se debería aumentar por razones del concurso (art. 26 del C.P.). Concluido el completo estudio del proceso, la Sala establece que en el presente evento en relación con los tres procesados, se acreditan las circunstancias genéricas de agravación punitiva contempladas en los numerales 7o. y 9o., 11o. del art. 66 del Estatuto Penal. De igual manera, respecto de Uribe-Holguín Piedrahíta, concurren las circunstancias de atenuación punitiva que se consagran en la norma 64 del Código en cita, numerales 1o., 6o. y 7o. En relación con los otros dos procesados (Escobar Bonitto y Acosta Bonilla), sólo concurren las señaladas en los numeales 1o. y 7o. Atendiendo los criterios para fijar la pena consagrados en la norma 61 y lo establecido en el art. 67 del C.P. es indudable que no es posible partir de los mínimos de pena que se establecen en el art. 20 del Decreto 2920/82 (que es el delito que establece la pena más grave, base para que opere la acumulación jurídica de penas del concurso de hechos punibles (art. 26 C.P.).
>
> "En el evento del señor procesado *Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta*, no se partirá de la pena de 48 meses, sino de una

equivalente a 43 meses. si se tiene en cuenta que el procesado es absuelto en esta instancia del delito de falsedad documental, estafa (caso Banco Popular) y que además se condena por los delitos agravados de estafa (Jaime Pérez Sánchez) y abuso de confianza (caso señoras Clopatofsky) la pena básica se aumentará en 30 meses para un gran total de pena a imponer equivalente a 73 meses de prisión, en vez de los 92 meses que se le impusiera en la sentencia recurrida.

"En lo relacionado con el procesado *Juan Ricardo Escobar Bonitto*, se partirá de una pena equivalente a 44 meses de prisión (pena básica para efectos del concurso), como se condena además por los delitos de estafa agravada casos Banco Popular, Fiduciaria Bolsa de Medellín, Antonio Montaña Nariño y Martha (*sic*) Patricia Ramírez de Bernal, la pena básica se aumenará en 36 meses para un gran total de 80 meses de prisión, a cambio de los 96 meses a que fuera condenado en la sentencia de primera instancia".

Demandas de casación:

Demanda a nombre del procesado Juan Ricardo Escobar Bonitto:

Bajo el ámbito de la causal primera de casación se acusa la sentenca impugnada de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial y se formulan tres cargos en su contra "encaminados a reducir a límites más tolerables y dentro de los límites legales la pena impuesta", así:

Primer cargo: Violación directa por interpretación errónea de los artículos 26, 27, 28, 61 y 67 del Código Penal que condujo a la indebida aplicación de los artículos 20 del Decreto 2920 de 1982, 356 y 372 de aquella codificación; reproche sustentado en la transcripción de los pasajes de los fallos de instancia relacionados con la dosificación de la pena impuesta al acusado.

Da a entender el libelista, aunque no con la claridad y precisión requeridas, que habiéndosele negado la calidad de concurso homogéneo y sucesivo al delito de captación y subsistiendo el concurso únicamente

con relación a éste y a la estafa agravada, la pena básica para efectos de ese concurso era la de 44 meses de prisión.

Sin embargo, el Tribunal Superior agravó de nuevo la pena en 36 meses más con lo que violó el principio *non bis in idem* dándole al artículo 26 del Código Penal una interpretación muy personal y sancionando con mayor rigor (56 meses) el delito más leve y el de pena más grave apenas en 24 meses.

La equivocada interpretación de los preceptos reguladores de la punibilidad condujeron a la indebida aplicación de las normas que describen y sancionan los hechos imputados.

Segundo cargo: Violación directa por falta de aplicación de la Ley 48 de 1987 (Ley Papal) que consagra una rebaja de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta, o que llegue a imponerse a los procesados por delitos cometidos con antelación al 1o. de julio de 1986.

Afirma el recurrente, en oposición a los argumentos esbozados por los juzgadores de instancia que le negaron a su representado Escobar Bonitto la mencionada rebaja de pena que "Si unos hechos se cometieron antes del 1o. de julio de 1986 y otros con posterioridad a ésta fecha, pero todos fueron juzgados dentro de un mismo proceso, de perogrullo es concluir que son inescindibles y, por tanto, si unos fueron cobijados por la denominada Ley Papal (Ley 48/87) y no están dentro de la excepción prevista en la misma ley, todos han de ser favorecidos con el derecho que ella les otorgó por tratarse de una norma favorable en materia penal", con lo que reitera en sede de casación los planteamientos agitados durante el proceso sobre el mismo tópico.

Aludiendo a lo expresado por el Tribunal sobre el momento consumativo del delito de captación de dineros expresa una vez más que dicha ilicitud se perpetró antes de la fecha límite señalada por la Ley 48, esto es, el 1o. de julio de 1986 pues para entonces se realizaron captaciones en número de veinte o cincenta, requisito señalado en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 3227 de 1982 para la configuración del reato.

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento penal que consagra la reducción de una tercera parte de la pena por confesión.

Confrontando el censor los argumentos del Juzgado que le asignó a la versión del sindicado Escobar Bonitto el carácter de confesión calificada con los del Tribunal Superior que le negó dicho carácter porque el indagado se limitó a hacer una narración de ciertos y determinados hechos "siempre considerando que actuó dentro de la ley" y su responsabilidad en la comisión de los delitos a él imputados "no ha sido deducida a partir de lo "confesado", sino teniendo en cuenta otra clase de pruebas; cuyos principales apartes reproduce, concluye que esa Corporación desconoció o inaplicó el artículo 299 "pretextando" condiciones que la norma no impone, como sí lo hacía el anterior estatuto procedimental penal.

Solicita en consecuencia casar la sentencia recurrida y dictar la que corresponda.

Demanda a nombre del procesado Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta:

Con fundamento en la causal primera de casación se ataca la sentencia recurrida por ser violatoria, en forma directa e indirecta, de la ley sustancial y se formulan tres cargos en su contra que tienen que ver con los punibles de abuso de confianza (caso de las señoras Clopatofsky), estafa (caso del señor Jaime Pérez Sánchez) y con la dosificación de la pena impuesta al acusado Uribe-Holguín Piedrahíta, a saber:

Primer cargo: Violación indirecta de la ley por falta de apreciación de unas pruebas y apreciación parcial de otras, que llevó al fallador de segunda instancia, a aplicar indebidamente el artículo 358 del Código Penal que describe y sanciona el delito de abuso de confianza y a dejar de aplicar los artículos 247, 254 y 445 del C. de P.P. en concordancia con el 29 de la Constitución Nacional.

Recordando el libelista que el delito de abuso de confianza endilgado a su representado se hizo consistir en la apropiación en provecho suyo o de un tercero de la suma de $7.936.000.oo recibida de las señoras

Clopatofsky Uribe y Uribe de Clopatofsky para la adquisición de Títulos Energéticos de Rentabilidad Creciente (TER) expedidos por la FEN (Financiera Eléctrica Nacional), Inversión que no se realizó pese a habérseles entregado a las inversionistas los comprobantes de "depósitos en custodia", afirma que para llegar a esta conclusión los juzgadores de instancia sólo tuvieron en cuenta las declaraciones de Martha Nini Campuzano, Carlos Yunda y Lucía del Pilar León Urrego quienes le atribuyen al incriminado Uribe-Holguín el haber ordenado la expedición de los mencionados comprobantes, sin que exista claridad o certeza sobre la entrega misma del dinero por parte de las señoras Clopatofsky a su cliente, ni sobre la fecha o época de tal entrega, surgiendo por el contrario dudas insalvables respecto a la autoría que se le imputa.

La mayor crítica recae sobre el testimonio vertido por Lucía del Pilar, quien manifestó que el dinero fue entregado por las señoras Clopatofsky a la compañía "Servicios Bursátiles S.A.": siendo adquiridos los títulos de la FEN, a cuyo vencimiento se giró su valor a las inversionistas pero los cheques "los tomó creo *Guillermo Uribe* y los consignaron en alguna de las cuentas de las otras empresas"; prueba que en opinión del impugnante no merece la credibilidad asignada por el sentenciador pues la deponente se muestra dubitativa e insegura en sus afirmaciones.

El proceso no arrojó claridad alguna respecto a la entrega del dinero por parte de las mencionadas señoras como tampoco en cuanto a su devolución y en el supuesto de ser cierta la declaración de Lucía del Pilar, tanto el ingreso como el egreso de dicha suma debió quedar registrado en los libros de contabilidad de la empresa bursátil.

Con el propósito de despejar dicha incertidumbre se ordenó por el Tribunal la reapertura de la investigación para la práctica de las pruebas contables y técnicas conducentes, lo que no se hizo por la funcionaria de instrucción (la Juez 79 de Instrucción Criminal) que se negó a revisar la contabilidad de la empresa "Servicios Bursátiles S.A." pretextando su desaparición a raíz de los hechos y la imposibilidad de localizar sus libros de contabilidad.

Empero, los juzgadores de instancia tuvieron conocimiento de la existencia de los libros de contabilidad de la empresa comisionista a través

de varios oficios y comunicaciones librados por la Comisión Nacional de Valores que puso a disposición del Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá los respectivos libros y documentos y mediante las explicaciones rendidas por el sindicado en diligencia de indagatoria.

Pese a ello, el Tribunal Superior confirmó el llamamiento a juicio proferido por el Juzgado de Instrucción Criminal contra Uribe-Holguín Piedrahíta y luego lo condenó sin llevarse a cabo la revisión de la contabilidad de la empresa bursátil y sin que las manifestaciones inculpatorias de Lucía del Pilar coincidan con las razones esgrimidas por la Comisión Nacional de Valores para rechazar la reclamación de los títulos de rentabilidad por no haber sido entregados a la firma "Servicios Bursátiles S.A.", como tampoco el dinero para su adquisición ni aparecer registrado el contrato de comisión.

Critica la configuración del indicio de mala justificación deducido en contra de su asistido y concluye afirmando que el delito de abuso de confianza no pasa de ser una suposición por no haberse superado la duda en cuanto a la entrega del dinero por parte de las señoras Clopatofsky y su apropiación por parte del sindicado.

Luego plantea la violación del principio *non-bis in idem* porque habiendo sido indemnizadas las señoras Clopatofsky por el deleito de captación, conforme a relación que presenta, no puede haber doble investigación y juzgamiento por este delito y por falsedad y abuso de confianza desconociéndose el criterio de consunción (hecho copenado) que implicaría la imposición de una suma aritmética de penas.

Finalmente, volviendo sobre estos mismos temas: interrogantes acerca de la entrega de los dineros, su apropiación o momento consumativo del delito de abuso de confianza; vacíos probatorios que arroja la investigación; rechazo de las reclamaciones de las señoras Clopatofsky por la Comisión Nacional de Valores; indemnizaciones recibidas por ellas por el delito de captación y el no haberlas declarado por su valor real, bajo el rótulo "Otras consideraciones" replantea el fenómeno del *in dubio* pro reo en favor de su representado.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación de las pruebas que llevaron al sentenciador a condenar al procesado Uribe-Holguín Piedrahíta por el delito de estafa en el caso de Jaime Pérez Sánchez, en lugar de absorlverlo.

Consistió la ilicitud en que el 28 de junio de 1988 Jaime Pérez Sánchez entregó a la compañía "Servicios Bursátiles S.A." la cantidad de tres millones de pesos representada en un cheque de gerencia para la adquisición de un C.D.T.; cheque que se hizo efectivo a través de una de las cuentas bancarias de dicha empresa, pese a lo cual no se le entregó el referido título.

El demandante se queja que a su representado Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta se le hubiese atribuído la autoría del delito de estafa simplemente por ser directivo de una empresa de reconocido renombre, con lo que se estaría entronizando la responsabilidad societaria-penal contraria a la responsabilidad culpabilista, de acción o de acto, o por ser el directivo de "mayor calado", entre los varios, que la administraban.

Transcribiendo los principales apartes de los fallos condenatorios de primera y segunda instancia, discrepa de la evaluación probatoria realizada por los falladores que los condujo, según su criterio, a una transustanciación de los conceptos de responsabilidad penal individual con los de responsabilidad societaria que no existe en Colombia, puesto que Pérez Sánchez jamás conoció a Uribe-Holguín, no realizó negocios con él en forma directa o por interpuesta persona, ni fue violentado u obligado a la adquisición de un C.D.T.

Afirma que el Tribunal Superior supuso negativa la situación económica de la compañía "Servicios Bursátiles S.A." e incapaz de realizar la gestión encomendada por el inversionista Jaime Pérez Sánchez, cuando lo cierto es que, de acuerdo a informes de la Comisión Nacional de Valores aportados por el sindicado durante su indagatoria, la situación financciera de la mencionada empresa era boyante, arrojando un patrimonio líquido superior a los ciento veinticuatro millones de pesos y aún suponiendo su estado de iliquidez, ello no implicaría la cesación de pagos, ya que el patrimonio es el que respalda el cumplimiento de las obligaciones como prenda

general de los acreedores, destacando confusión del juzgador respecto a los conceptos de liquidez y patrimonio.

No acepta que a su asistido se le hubiese atribuído exclusivamente la responsabilidad en el hecho punible, considerándolo como el directivo de "mayor calado" cuando la dirección y administración de la compañía bursátil era compartida con tres socios más con las mismas atribuciones y derechos y cuando dos de ellos (Escobar Bonitto y Uribe-Holguín Piedrahíta) tomaron la decisión de abandonar el país, dejaron directivos y representantes legales encargados de continuar la gestión de negocios financieros, preguntándose a cuál de ellos cabría endilgarle culpabilidad en la estafa por haberse aprovechado del error en que se encontraba la víctima respecto a la liquidez de la empresa, si todos ellos tienen el llamado "deber de cuidado".

Discrepa en torno a la afirmación del sentenciador en el sentido de existir una mera posibilidad de pago de los dineros invertidos por el perjudicado, pues gracias a las gestiones e insistencia del acusado se logró la venta del "Puesto de Bolsa" para la cancelación de los pasivos de la compañía bursátil.

Reitera que no se perfila el delito de estafa porque su cliente no conoció a Jaime Pérez Sánchez ni negoció con él, recalcando que la prueba recaudada "no alcanza para la determinación de condena".

Tercer cargo: Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 31 de la Constitución Nacional, en armonía con el 61 del Código Penal.

Afirma el censor que no obstante haber sido absuelto su defendido en segunda instancia, por los delitos de estafa (caso Banco Popular) y falsedad (casos señoras Clopatofsky) imponiéndosele en definitiva una pena cuantitativamente inferior (73 meses de prisión en lugar de 92 con que había sido sancionado en primera instancia); es lo cierto, que comparando la tasación de la pena hecha por el juzgado con la realizada por el Tribunal Superior, resulta una diferencia o aumento punitivo en el fallo de segundo grado que vulnera o quebranta los artículos 61 del Código Penal y 31 de la Constitución Nacional por errónea interpretación de dichos preceptos.

En efecto, el fallador de primera instancia había penalizado el delito de estafa (caso Jaime Pérez Sánchez) con 10 meses de prisión y el abuso de confianza (caso Clopatofsky) con 10 meses, los que sumados daban 20 meses; pero como el de segunda instancia penalizó los mismos casos con treinta meses de prisión, aumentó la pena en 10 meses, quebrantando en forma directa el artículo 31 de la Constitución Nacional por errónea interpretación.

Distinguiendo los conceptos de agravación e intensificacion de la pena, expresa que el canon constitucional prohibe "agravar la pena impuesta" y no solamente incrementarla.

Consecuente con tales planteamientos solicita que de prosperar los reproches formulados, se proceda a casar la sentencia impugnada en la forma prevista en el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por la Procuradora Segunda Delegada en lo Penal (encargada), después de examinar las demandas en el orden en que fueron presentadas termina solicitando que no se case la sentencia impugnada porque los libelos adolecen de insubsanables fallas de orden técnico en la presentación y fundamentación de los diferentes cargos, ninguno de los cuales está llamado a prosperar.

La Sala se referirá a dicho concepto al momento de analizar los diversos reproches contra el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte:

Demanda a nombre del procesado Juan Ricardo Escobar Bonitto.

Primer cargo:

El quebranto directo de las normas sustanciales reguladoras de la dosificación punitiva (artículos 26, 27, 28, 61 y 67 del Código Penal) es a todas luces infundado porque si bien es cierto que el Tribunal Superior le quitó al delito de captación el carácter de homogéneo y sucesivo

haciéndolo concurrir con el de estafa agravada en los casos del Banco Popular, Fiduciaria Bolsa de Medellín, Antonio Montaña Nariño y Margarita Patricia Ramírez de Bernal, eso no significa, como equivocadamente piensa el impugnador, que los 44 meses de prisión equivalen a la pena total deducida por razón del concurso de dichas ilicitudes, pues el sentenciador fue muy claro en advertir que ese monto correspondía a la "pena básica para efectos del concurso"; es decir, al punto de partida para tasar la pena imponible en consideración a la gravedad y modalidades del delito de captación de dineros del público en forma masiva y habitual sin previa autorización de la autoridad competente, al grado de culpabilidad y la personalidad del sujeto agente y al hecho de concurrir en su accionar varias circunstancias genéricas de agravación punitiva (las contempladas en los numerales 7o., 9o. y 11 del artículo 66 del Código Penal) "lo que llevó al fallador a concluir, sin duda, que no era posible partir del mínimo de pena establecido por el art. 20 del D. 2920/82, esto es, 2 años o 24 meses (que es el delito que establece la pena más grave, base para que opere la acumulación jurídica de penas del concurso de hechos punibles") como acertdamente puntualizó la Procuraduría Delegada, sino de los mencionados 44 meses de prisión.

En otras palabras, pasó por alto el censor que dicha pena correspondía al delito más grave de los concursantes, habida cuenta de los criterios señalados para su fijación por el artículo 61 del Código Penal; incrementada en 36 meses más por razón del concurso con cuatro delitos de estafa agravada.

Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitiva son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores regulares de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente.

El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente circunstancias

de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos de concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto.

La claridad de estos preceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes de incrementos punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta" en otro tanto, la pluralidad de hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico.

De manera que si el Tribunal Superior graduó la pena correspondiente al procesado Juan Ricardo Escobar Bonitto bajo los parámetros y dentro de los límites contemplados en las normas sustanciales supuestamente quebrantadas, no se ve cómo pudo darle a las mismas un alcance que no tienen o negarles el que les corresponde.

No prospera la impugnación.

Segundo cargo: El recurrente que se acoge a la violación directa de la ley sustancial en cualquiera de sus hipótesis –ha predicado la Corte con reiteración–, queda sometido a los hechos en la forma como los dio por establecidos el fallador controvirtiendo únicamente la aplicación de la norma al caso concreto: ya porque se dejó de aplicar, ora porque se aplicó indebidamente o porque se interpretó equivocadamente lo que debe hacer mediante razonamientos lógicos y jurídicos, sin referencia o desvío hacia las pruebas del proceso.

El libelista desconociendo dicho principio de orden técnico plantea la inaplicación de la Ley 48 de 1987 (ley papal) que consagra una rebaja de la sexta parte de la pena impuesta, o que se llegare a imponer a los procesados por delitos cometidos con antelación al 1o. de julio de 1986,

anteponiendo su criterio personal al del Tribunal Superior respecto a la época de configuración de deleito de captación para resaltar, por esta vía, el quebranto de la ley; imperfección que hace inepta la demanda en este punto.

En efecto, aduciendo que si unos hechos se perpetraron antes y otros después de la fecha indicada por tratarse de comportamientos homogéneos y sucesivos, debió concedérsele a su asistido la mencionada rebaja; apreciación que pugna con la negativa del Tribunal contenida en el siguiente párrafo extracto del fallo acusado:

> "Ya se había anotado que estamos ante la presencia de un hecho punible, no de un concurso sucesivo y homogéneo. Cada vez que se recibía un préstamo y se expedía un pagaré, sin contar con la debida autorización, no se estaba realizando el delito que tipifica el art. 20 del Decreto 2920/82, como para que se pueda afirmar que unos hechos fueron realizados con antelación al primero de julio de 1986 y otros con posterioridad. No es posible que se reconozca la rebaja de pena, pues el acontecer delictivo tuvo ocurrencia con posterioridad a la fecha que se señala por la ley como límite para reconocerla. En este aspecto merece ser confirmada la sentencia impugnada" (folio 512 C. del T.S.).

Entonces, si la violación de la ley por exclusión evidente se apoya en una disparidad de criterios en cuanto a la naturaleza misma del deleito más grave de los concursantes, esto es, el de captación de dineros y a la época de su configuración, la censura debió plantearse y demostrarse por vía diferente a la directa, como lo expresó la Procuraduría Delegada en concepto que comparte la Sala.

No prospera el cargo formulado.

Tercer cargo: Adolece de la misma falla técnica del anterior porque habiéndole negado el Tribunal Superior el carácter de confesión a las explicaciones vertidas en indagatoria por el sindicado Escobar Bonitto y por lo consiguiente su condición de prueba determinante de la sentencia de condena, sin embargo, el actor insiste en lo primero, escudado en la

violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 299 del C. de P.P. que consagra una reducción de pena por confesión.

Dijo esa Corporación en la sentencia objeto de impugnación que "El doctor Jiménez Murcia (recurrente en casación), protesta porque en la sentencia (del Juzgado) no se tuvo en cuenta la rebaja de pena establecida por confesión. Afirma el impugnante que la confesión calificada fue la base de la sentencia. Claro es ver, que el señor Escobar Bonitto, no realiza ninguna "confesión calificada", hace una narración de ciertos y determinados hechos, siempre considerando que actuó dentro de la ley. Ahora bien: ya en gracia de discusión, si existiera confesión calificada, mírese cómo la responsabilidad en los diferentes hechos punibles no ha sido deducida a partir de lo "confesado", sino teniendo en cuenta otra clase de pruebas No es posible acceder a la pretensión del recurrente".

De modo que si la manifestación del sindicado no constituye confesión porque no comprometió su responsabilidad en los hechos investigados, limitándose a hacer un relato de ellos, el cargo por exclusión evidente del artículo 299 del C. de P.P. se desmorona.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que la rebaja de pena consagrada en dicho precepto se origina en la "confesión simple" y no en la "confesión calificada", por regla general, salvo que el fallo reconozca que las exculpaciones se ciñen a la realidad procesal. Igualmente ha sostenido, como recuerda la Procuraduría Delegada, que si bien es cierto que el artículo 299 del Decreto 2700 de 1991 no condiciona la rebaja de pena por confesión al hecho de que ésta sea fundamento de la sentencia, como lo hacía el artículo 301 de la anterior codificación procedimiental penal, así es necesario interpretarlo, porque de lo contrario, se premiaría por una colaboración con la justicia a un procesado que en nada se prestó a colaborar con ella (Providencias de 20 de mayo y 25 de junio de 1993, entre otras).

No prospera el reproche.

Demanda a nombre del procesado Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta.

Primer cargo: El demandante en casación que acude a la violación indirecta de la ley para demostrar el quebranto del artículo 445 del C. de P.P. por desconocimiento del principio *in dubio pro reo*, se ve avocado a una ardua labor que le impone un detenido estudio de todo el acervo probatorio recaudado en el proceso a fin de comprobar que la omisión, suposición o desfiguración inexcusables de determinadas pruebas de valor concluyente obrantes en autos, impidieron que el sentenciador se hubiera visto enfrentado a una duda insalvable respecto a la existencia del hecho punible o la responsabilidad del procesado, que debía resolver en su favor absolviéndolo en lugar de condenarlo.

En el caso examinado, la incertidumbre que pregona el recurrente respecto a la entrega de dineros por parte de las señoras Clopatofsky para la adquisición de Títulos Energéticos de Rentabilidad Creciente (TER) por intermedio de la compañía "Servicios Bursátiles S.A." y su devolución a las inversionistas es una apreciación personal suya y no un hecho real y objetivo que fluya del proceso con fuerza avasalladora.

El beneficio de la duda se torna difícil cuando el juzgador gozando de libertad de criterio en la valoración de las pruebas, como en el presente caso, ha llegado a la convicción o certeza sobre la responsabilidad del acusado en el delito de abuso de confianza. Por eso resulta desacertada la crítica al valor probatorio asignado por el Tribunal a la prueba testimonial e indiciaria tenida como soporte de la sentencia de condena.

A juicio de dicha Corporación no existe duda, de ninguna especie, en cuanto a la entrega de dineros por parte de las señoras Clopatofsky para la adquisición de certificados de rentabilidad creciente expedidos por la FEN, conclusión a la que arriba basada en lo dicho por María Beatriz Clopatofsky sexagenaria dama que le merece credibilidad y lo expuesto por Martha Nini Campuzano de Peña, empleada de Uribe-Holguín Piedrahíta a quien éste le encomendó la confección de los comprobantes sobre "depósitos en custodia", siendo necesario resaltar la forma como el Tribunal dedujo el origen de la inversión.

"Al revisarse el proceso –afirma– se encuentra que los dineros para la compra de los Títulos Energéticos de la FEN no fueron entregados en títulos valores (cheques), como para que quedara el documento. Obsérvese

que de los dividendos que generaba la inversión que ellas tenían (suma superior a los 18 millones), se ordenaba que se inviertieran en la compra de los Títulos Energéticos de Rentabilidad Creciente".

Dando entonces por establecido qque la compra de títulos energéticos de rentabilidad se hizo con el producto de los dividendos generados por una mayor inversión descartó por inconducente la revisión de la contabilidad de la compañía bursátil por no ser necesario clarificar las cuentas entre ésta y las mencionadas señoras.

Siendo ésta la verdad procesal reconocida por el sentenciador de segunda instancia resulta desatinada la crítica a la sentencia sobre la base de cuestionar la veracidad de un testimonio susceptible de múltiples reparos (el de Lucía del Pilar) y la revisión de la contabilidad de la empresa comisionista totalmente impertinente.

Por lo demás, si los títulos de inversión no fueron hallados y los comprobantes de depósitos en custodia que quedaron en la empresa bursátil fueron anulados, ignorándose por orden de quien, en razón a que la operación financiera no se había realizado es apenas obvio colegir que nada de ello podía quedar consignado en la contabilidad de la empresa "Servicios Bursátiles S.A."; circunstancias que desaconsejaban la revisión de los libros contables.

Debe recordarse que las mismas dudas planteadas por el recurrente en cuanto a la culpabilidad de su representado en el delito de abuso de confianza fueron debatidas y rechazadas por el Tribunal Superior en la sentencia recurrida y temas como la presunta violación del principio *non bis in idem* descartados por dicha Corporación de acuerdo a la siguiente réplica:

> "La defensa acude a un argumento a todas luces insostenible: como las señoras Clopatofsky aparecen como perjudicadas e indemnizadas en el delito de captación, no puede existir una doble investigación (*in non bis in idem*) y juzgamiento: captación-abuso de confianza, debiéndose aplicar el criterio de consunción (hecho copenado). Cierto es, las ciudadanas Clopatofsky aparecen como perjudicadas e

indemnizadas en el delito de captación (folios 39 y 51 C. 12), pero de tal evento no es posible concluir que existe doble investigación y juzgamiento para dar paso a la aplicación del principio de la consunción por existencia del hecho copenado. Una fue la conducta de captación, en la cual una de las tantas víctimas fueron las señoras Clopatofsky y otra conducta, muy diferente, es la que se realiza contra su patrimonio económico...".

No debe perderse de vista que la duda sólo favorece al procesado cuando no pudiendo eliminarse, incide en una decisión de inocencia, propósito que no se satisface en el presente caso pese a los esfuerzos realizados por el impugnante, porque la certeza a que llegaron los falladores respecto a la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado se basa en pruebas reales y objetivas y no en meras conjeturas o suposiciones.

No prospera el cargo formulado.

Segundo cargo: No obstante que el demandante se acogió expresamente a la violación indirecta de la ley sustancial para tratar de comprobar la inocencia de su asistido en el delito de estafa de que se hizo víctima al ciudadano Jaime Pérez Sánchez, es lo cierto que no indicó la clase de error en que pudo haber incurrido el fallador en la apreciación de las pruebas ni menos individualizó cuáles de ellas pudieron ser objeto de una equivocada valoración discurriendo sobre estos temas con absoluta libertad como si se tratara de un alegato de instancia.

Toda la argumentación se reduce a la reiteración de la mismas tesis defendidas durante el juicio, olvidando que la casación no es una tercera instancia destinada a prolongar o revivir debates ya superados, sino la confrontación de la sentencia con la verdad procesal para demostrar que una no se compagina con la otra.

Es así como replantea argumentos relacionados con lo que denomina "transustanciación" del concepto de responsabilidad penal individual con el de responsabilidad societaria; la situación de iliquidez y de penuria económica que injustamente se le endilga a la compañía "Servicios Bursátiles S.A." para responder por la expedición del certificado de

depósito a término al inversionista, quejándose que al procesado Uribe-Holguín Piedrahíta se le hubiese atribuido exclusivamente responsabilidad en el delito de estafa como directivo de "mayor calado" cuando la administración y dirección de la empresa bursátil era compartida con otros socios con los mismos derechos y obligaciones, reafirmando la inexistencia de dicho ilícito porque a su juicio, el procesado no conoció a Pérez Sánchez ni realizó negocios con él.

A estas inquietudes de la defensa replicó el Tribunal negando que la juez de primera instancia hubiese hecho una transustanciación de los mencionados conceptos porque no existe responsabilidad societaria en Colombia y la que se le dedujo al procesado Uribe-Holguín Piedrahíta emerge de las pruebas del procesado que lo señalan como el autor del delito de estafa así no haya conocido al perjudicado Jaime Pérez Sánchez ni haya tenido negocios con él.

La precaria situación económica porque atravesaba la empresa "Servicios Bursátiles S.A.", cuyo accionista y directivo era el acusado, no es una suposición como se pretende hacer creer, sino una realidad tangible pues a juicio de esa Corporación "A la altura del día 28 de junio de 1988 (fecha de entrega del cheque de gerencia por tres millones de pesos para la adquisición del C.D.T.), la situación económica de las empresas de los procesados, especialmente Servicios Bursátiles y Factores S.A. evidenciaban una total iliquidez, habían cesado en sus pagos, los bancos no autorizaban ni pagos sobre canje, ni sobregiros, sin embargo, se continuaba recibiendo dineros a incautos (como a Jaime Pérez Sánchez) con miras a realizarles "compras" de papeles bursátiles".

"En igual forma –agrega–, no es una suposición de la Juez que la inversión no sería realizada, es que está probado que el dinero se empleó para otro menester bien diferente y que más de cuatro años después no se ha realizado ni se realizará, siendo evidente que el ciudadano inversionista que confiara en la seriedad, prestigio y honorabilidad de la Compañía de Servicios Bursátiles obtuvo (*sic*) un perjuicio de carácter económico. Y no porque se esté en posibilidades de efectuarse el pago de los dineros que entregara para la inversión, puede decirse que no existió el delito contra el patrimonio económico o que éste desapareció".

Respecto al argumento esgrimido por el censor de habérsele atribuido responsabilidad penal únicamente al procesado Uribe-Holguín Piedrahíta, respondió el Tribunal en los siguientes términos:

"Este sofisma no tiene presentación, es demasiado claro el proceso en demostrar que Uribe, era quien para esos últimos días del mes de junio de 1988 (a escasos cuatro días de salir del país), estaba al frente de los destinos de la mencionada sociedad y esto es tan evidente que basta ver la declaración de una de las tantas perjudicadas por la conducta de los procesados, la señora Margarita Ramíez de Bernal (folios 79 y ss. C. 1), quien refiere que el día primero de julio de 1988, Uribe-Holguín, logró convencerla para que presentara posteriormente un cheque que no le había sido pagado por carencia de fondos. Del error en que incurrió el ciudadano Pérez Sánchez, obtuvo provecho el señor procesado, quien fue la persona que cobró el cheque que había sido entregado para la inversión que nunca se realizó".

A tan concluyentes y válidos razonamientos, fruto de un examen global y coherente de las pruebas obrantes en autos, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, opone el demandante sus personales y subjetivas apreciaciones respecto a la configuración del delito imputado y la responsabilidad deducida a su representado, sin lograr demostrar los errores en que pudo haber incurrido el Tribunal fallador en la apreciación de las pruebas aducidas ni su incidencia en la sentencia impugnada.

La doble presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo acusado sólo se quiebra comprobando la existencia de errores manifiestos y trascendentes, mas no limitándose a confrontar la opinión personal del recurrente con la del fallador, pretendiendo que la Corte elija cuál de los dos debe prevalecer.

La Procuraduría Delegada resalta las falencias de orden técnico de que adolece la impugnación para arribar igualmente a la conclusión de que debe desestimarse.

No prospera la acusación.

Tercer cargo: El quebranto del artículo 31 de la Constitución Nacional aducido como cargo a la sentencia en el marco de la violación directa de

la ley sustancial, porque a juicio del libelista el sentenciador de segunda instancia agravó en varios meses la pena privativa de la libertad impuesta en primera instancia al sentenciado Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta, no obstante su condición de apelante único, tampoco está llamado a prosperar puesto que la sentencia condenatoria proferida en su contra por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 1992 por los delitos de captación ilegal de dineros, en concurso con los de estafa, falsedad en documentos y abuso de confianza era susceptible del grado jurisdiccional de la consulta que autoriza al *ad-quem* para decidir sin ninguna limitación sobre la sentencia consultada.

Efectivamente, el artículo 14 del Decreto 1861 de 1989 reformatorio del 210 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) hacía consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, las siguientes providencias: "1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito porque se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trate de delitos tipificados por el gobierno con base en las facultades de Estado de Sitio o de la *Emergencia Económica*, o de delitos cuya investigación se atribuya por el ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional" (subrayadas fuera de texto).

En el presente caso, el delito más grave de los concursantes, tenido como básico para efectos de la acumulación jurídica de penas es el de captación de dineros del público en forma masiva y habitual sin previa autorización de la autoridad competente, tipificado por el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982, expedido con base en las facultades del estado de emergencia económica declarado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 2919 de 1982.

La prohibición de agravar la pena impuesta al sentenciado cuando es apelante único, contenida en el artículo 31 de la Carta Política no opera cuando la sentencia es consultable porque dicho grado de jurisdicción establecido en la Constitución y la ley como garantía de legalidad, faculta al superior del Juez que dictó la sentencia de primer grado para introducirle las modificaciones que considere pertinentes y porque en tal evento la posibilidad de que el *ad-quem* conozca de la sentencia no depende

exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, sino del interés del propio legislador.

Y si lo anterior no fuera suficiente para rechazar la impugnación bastaría replicar que no hubo agravación o desmejora de la pena impuesta al procesado recurrente por parte del Tribunal Superior toda vez que éste lo absolvió por dos de los delitos acumulados por los cuales había sido condenado y le fijó una sanción global cuantitativamente inferior a la impuesta en primera instancia (73 meses de prisión en lugar de 92), siguiendo en ello los criterios y respetando los límites establecidos en la ley para la dosificación de la pena (artículos 61, 67 y 26 del Código Penal).

No prospera el cargo formulado.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Juan Ricardo Escobar Bonitto y Guillermo Uribe-Holguín Piedrahíta, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEBIDO PROCESO / PRESUNCION DE INOCENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / SANA CRITICA / DEMANDA DE CASACION

1. Alegar la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso ello quiere decir –abstractamente hablando– que se irrespetaron las leyes preexistentes al hecho punible imputado o que no se juzgó al procesado por su juez natural o que no se observaron a plenitud las formas propias de este proceso. No obstante, la materia de su inconformidad estriba en el desconocimiento de la presunción de inocencia, tema ajeno al ámbito que propone el actor.

Según el artículo 3o. del C. de P.P. "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad". Así las cosas, solamente la culminación de un proceso podrá deducir el verdadero alcance de su responsabilidad penal o si es el caso, su ajenidad a la imputación como en los supuestos de cesación de procedimiento o resolución de preclusion de la instrucción.

Al producirse una decisión judicial definitiva desaparece toda posibilidad de vulneración pues con la declaratoria legal de responsabilidad, termina la presunción de inocencia.

2. Si el fallador ha reconocido la existencia de la duda insalvable y pese a ello condena, debe invocarse la violación directa. Si el yerro proviene de la expresión o evaluación de la prueba, debe alegarse como violación indirecta.

3. Si el fallador reconoce que las pruebas demuestran la existencia de esta causal objetiva excluyente de antijuridicidad (por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro

actual o inminente) y, sin embargo, falla sin tenerla en cuenta, es claro que no aplica la norma que la contempla.

4. Con la llegada de los nuevos compendios procesales, se liberó al juez de estas ataduras legales (tarifa legal probatoria), permitiéndole una mayor libertad de evaluación al señalarle como guía de su actuar las reglas de la sana crítica, donde la experiencia, el conocimiento y la ponderación, entre otros factores, son los lindes que demarcan la decisión judicial.

5. La indagatoria como cualquier otra probanza, está sujeta al análisis y valoración de los juzgadores, que establecerán la verdad o mendacidad de su contenido en la medida que encuentre apoyo o sea desmentida por otros medios probatorios. Diferente es la presunción de inocencia que cobija al imputado hasta tanto, a través de un juicio legal y justo se demuestre con certeza lo contrario.

Por cierto que, cuando se acude a esta sede, debe esgrimirse en todo momento no sólo la verdad procesal sino también, con exactitud, lo dicho y establecido en el contexto del fallo. No son permisibles interpretaciones acomodaticias de lo que quiso o trató de decir el sentenciador. Simplemente deben citarse sus palabras y con fundamento en ellas demostrar la falencia alegada.

6. Al recurrente, el proceso le permite su incursión sólo en la medida que busque reparar un agravio inferido a su cliente. Si en desarrollo de su tarea, los intereses de otros sujetos procesales sufren menoscabo, es una consecuencia de la corrección del entuerto. Sin embargo, ello no quiere decir que su tarea se extienda a buscar como fin principal una agravación de la situación jurídica de alguna de las partes, sin que ello beneficie de alguna manera a su poderdante. Salvo que haya algún tipo de relación, cualquier otra intervención le está vedada.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 91.

Vistos:

Decide la *Sala* sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Henry Javier Jaimes Villamizar* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga calendada a abril treinta (30) de mil novecientos noventa y tres (1993), confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo halló responsable de un delito de homicidio en concurso con el de lesiones personales, sancionándolo a purgar la pena principal de diez (10) años y quince (15) días de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como al pago de la indemnización de perjuicios por un monto de un mil quinientos gramos oro (1.500 gr/oro).

De igual manera se condenó a *Miguel y Estanislao Bueno Hernández* como autores del ilícito de lesiones personales cometido en la persona *Jaimes Villamizar*, sancionándolos a purgar como penas principales las de seis (6) meses y dos (2) años de prisión, respectivamente, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, al pago de los perjuicios materiales y morales causados, haciéndose acreedores al beneficio de la condena de ejecución condicional.

Hechos:

El Tribunal sintetizó en las siguientes palabras:

> "...En horas de la tarde del 10 de noviembre de 1991 en el punto 'Antigua, vereda Quebradas del Municipio de Santa Bárbara, los hermanos HENRY JAVIER, conocido también como FABIO y CUSTODIO JAIMES VILLAMIZAR, por una parte y MIGUEL, ESTANISLAO Y CUPERTINO BUENO HERNANDEZ, por la otra, se trabaron en contienda que dejó como consecuencia la muerte de CUPERTINO causada con

arma blanca localizada a nivel del tórax, y las lesiones sufridas por Henry Javier Jaimes Villamizar y Miguel Bueno Hernández.

"Este resultado cruento estuvo rodeado de dos episodios originado el primero durante el trayecto que recorrieron cuando los nombrados y otros habitantes de la región retornaban de la población de Guaca en donde habían mercado, transportándose en el camión conducido por Luis David Jaimes apodado "Pichi". HENRY JAVIER (FABIO) JAIMES VILLAMIZAR compró a Estanislao una canasta de cerveza que consumieron mientras llegaban a su destino, consumo del que participaron la mayoría de los pasajeros. Llegados a la casa de Venancio Mantilla y habiendo descendido del vehículo se percató Estanislao del estado de los envases de la cereveza y reclamó a HENRY JAVIER por los que se encontraban rotos, reclamo y protesta que los colocó a punto de pelea que la mediación de Luis David impidió, ya que le propuso al vendedor de la cerveza que compartieran la pérdida, discutiendo y llevándose a HENRY JAVIER hasta el carro, para continuar el recorrido en momentos en que HENRY JAVIER esgrimiendo cuchillo pretendía agredir a Cupertino quien se armó de una piedra para defenderse y sus hermanos Estanislao y Miguel, con armas cortopunzantes se disponían a intervenir por su consanguíneo; actitud de intervención sejemante adoptaba Angel Custodio en relación con su hermano.

Pero los Jaimes Villamizar regresaron y coincidieron todos en la casa-tienda de Venancio Mantilla Bohormita. Este es el segundo episodio o escena que culminó con los crímenes antes enunciados. Al cruce de palabras que surgió entre Miguel y Henry Javier, cuando éste se bajó del vehículo, siguió el ataque en el que intervinieron todos utilizando varias armas: HENRY JAVIER sacó revólver que al empuñarlo se le cayó, reemplazándolo por el cuchillo que también portaba, hiriendo con él a Miguel y Cupertino el cual intervino con un palo de cañaguate. Angel Custodio levantó el revólver del suelo y lo accionó repetidamente sin hacer blanco entre sus contenedores, y Estanislao actuó con

un machete que descargó sobre la humanidad de Henry Javier, el que con su hermano se desplazó en huída hacia el interior de la casa de Venancio, perseguidos por Estanislao y Miguel. Cupertino falleció antes de que los heridos fueran trasladados a un centro asistencial y en la diligencia de levantamiento le encontraron un cuchillo empretinado".

Sinópsis procesal:

El resumen lo hizo con propiedad la Delegada:

"Con fundamento en el acta de levantamiento practicada por el inspector de Policía de Quebradas, municipio de Guaca (Santander), a quien en vida respondió al nombre de Cupertino Bueno Hernández y la denuncia presentada por la esposa de éste, señora Olinda Sequeda González, el Juzgado Promiscuo Municipal de esa localidad, abrió investigación en auto del 13 de noviembre de 1991, la cual fue proseguida por los Juzgados Promiscuo Municipal de Santa Bárbara (Santander) y 16 de Instrucción Criminal de Bucaramanga (fl. 2 a 28).

En el lapso instructivo se obtuvo certificación relacionada con el registro civil de defunción correspondiente a la aludida víctima, expedido por el Notario Unico de Guaca (fl. 21) y la respectiva diligencia de necropsia practicada por el médico legista al cadáver del citado Bueno Hernández señala: "...CONCLUSION: MUERE en falla respiratoria aguda y shock hipovolémico severo con hemotórax masivo ocasionado por lesión incisa pulmonar..." (fl. 57).

También obra el dictamen médico-legal por medio del cual se describen las heridas recibidas por HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR: "...1. Herida parietal de más o menos 6 cm. de longitud con fractura de tabla ósea externa e interna, lineal sin exposición de masa encefálica; la cual se lava y sutura. 2. Herida parietal derecha de más o menos 6 cm. de longitud con fractura lineal de table externa. 3. Herida en antebrazo región dorsal 2/3 superiores, cortante con sección completa de masa muscular

extensora y fisura del hueso cubital. Aparentemente no hay compromiso vascular importante. 4. Herida a nivel glúteo izquierdo de más o menos 3 cm. 5. Herida en hombro izquierdo no penetrante a tórax..." (f. 109), de acuerdo a ello se estableció una incapacidad definitiva de 35 días y como secuela de carácter permanente le quedó "perturbación funcional de miembro superior derecho" (fls. 154-155 y 205).

Igualmente se practicó dictamen médico-legal a MIGUEL BUENO HERNANDEZ que determinó: "...cicatriz reciente, oblicua de adentro hacia afuera de 4.5 cms. de longitud, localizada sobre el 2o. espacio intercostal izquierdo con línea para-esternal. Cicatriz reciente de 2 cms., horizontal, sobre 5o. espacio intercostal izquierdo con línea axilar media. Cicatriz reciente, oblicua de adentro afuera, la cual mide 4 cms. de longitud y está localizada sobre la cara antero interna del muslo izquierdo, tercio superior. Elemento causal: Cortopunzante...", que le merecieron incapacidad definitiva de 25 días sin secuelas médico legales (fls. 107 y 149).

Se recepcionaron las injuradas siguientes:

1o. FABIO o HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR, quien expresa que a las doce del día 10 de noviembre de 1991 y luego de hacer mercado en la población de Guaca, retornó con varios campesinos a la vereda "Quebradas" del mismo municipio en el camión de Luis "Pichi"; al comentar la riña dice: "En ese momento ví al señor Cupertino que venía con un cuchillo y un palo y el señor y Estanislao con una macheta y llegaron y me tiraron por la espalda, y yo en esas cargaba un revolverito y entonces yo lo tiré, sin intención ninguna, para ver si se me retiraban, no supe dónde caería el revólver, y entonces el señor Estanislao corretiando a mi hermano Custodio a machete y después yo buenamente me acordé que tenía un cuchillo en la pretina y entonces yo tiré por el cuchillo y yo no supe qué haría con el cuchillo y salí en carrera y el señor Estanislao a la pata, fue don Venancio los atajó y sino me matan a mí y no me acuerdo demás,

cuando me pegaron los machetazos en la cabeza no supe" Que cuando sacó el revólver al frente suyo se encontraba Cupertino, Miguel y Estanislao. Que los hechos se sucedieron "en el ramal que entra a la casa de Venancio". Aclara que desde que estaban en Guaca portaba el revólver y el cuchillo, como es su costumbre. Al ser preguntado: "¿Ud. bien sea con su revólver o con su cuchillo, hirió a alguna persona en esos hechos?", contestó: "pues yo no supe, yo tire cuchillo, pero yo no supe si le pegaría alguna" (fls. 38 a 43).

Además otros indagados que cuentan los hechos, como:

2o. ESTANISLAO BUENO HERNANDEZ, 3o. MIGUEL BUENO HERNANDEZ, y 4o. ANGEL CUSTODIO JAIMES VILLAMIZAR.

La situación jurídica les fue definida de la siguiente manera: Medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho al beneficio de la libertad provisional, para HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR (o FABIO) (fls. 71 a 84); medida detentiva pero con excarcelación para ESTANISLAO BUENO HERNANDEZ y medida de aseguramiento de caución prendaria para MIGUEL BUENO HERNANDEZ. Los dos últimos como autores de las lesiones en HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR y cesación de procedimiento a favor de ANGEL CUSTODIO JAIMES VILLAMIZAR (fls. 168 a 188).

Fueron oídas en declaración las siguientes personas, entre ellas las siguientes: CUSTODIO ORDUZ, LUIS DAVID JAIMES TARAZONA, VENANCIO MANTILLA BOHORMITA, JOSE CANTALICIO HERNANDEZ, CARLOS ALVARO TARAZONA, JUAN CIPRIANO HERNANDEZ, MARIA ELSA BUENO FERNANDEZ, ROSA MARIA FORERO, ROZO JULIO MENDOZA ALVAREZ, LUIS ANTONIO URIBE, JOSE ANTONIO SANDOVAL, MATILDE CARVAJAL DE MANTILLA, ROSMIRA MANTILLA CARVAJAL.

Cerrada la investigación, el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Bucaramanga mediante proveído del 3 de abril de 1992, dictó resolución de acusación en contra de HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR, conocido como FABIO, como autor culpable de los delitos de homicidio en CUPERTINO BUENO HERNANDEZ y lesiones personales en MIGUEL BUENO HERNANDEZ, cometidos en concurso de delitos; para MIGUEL y ESTANISLAO BUENO HERNANDEZ como autores de lesiones personales en HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR (fls. 239 a 280).

Adelantada la etapa de la causa, el Juzgado 3o. Penal del Circuito de Bucaramanga realizó diligencia de audiencia pública y posteriormente en noviembre 25 de 1992, profirió sentencia condenatoria contra HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR, a la pena principal de diez (10) años y quince (15) días de prisión, como autor responsable en concurso de hechos punibles de los delitos de homicidio en CUPERTINO BUENO HERNANDEZ y lesiones personales en MIGUEL BUENO HERNANDEZ, más las accesorias de ley, y a MIGUEL BUENO HERNANDEZ y ESTANISLAO BUENO HERNANDEZ como autores de lesiones personales en HENRY JAVIER JAIMES, respectivamente, a las penas accesorias de seis (6) meses y multa de $1.000.oo y de dos años de prisión y multa de $5.000.oo (fls. 206 a 439).

La Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga al resolver el recurso de apelación formulado por el defensor del procesado HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR contra el fallo de primera instancia, mediante sentencia del 3 de abril de 1993, la confirmó con la precisión para efectos de la indemnización de perjuicios materiales y morales por razón del homicidio, que son 2 hijos menores del matrimonio BUENO SEQUEDA (fls. 14 a 411 Cuad. Tribunal)".

La demanda:

Con fundamento en las causales *tercera* y *primera* de casación el recurrente propone los siguientes reproches:

1. Causal primera:

Primero:

Considera que la sentencia es violatoria de un derecho sustancial: el consagrado en el artículo 4o del C.P. que enseña la antijuridicidad material, desconocido por el fallo al negar la aplicación del artículo 294 del C. de P.P., ignorando que su defendido actuó en legítima defensa de su vida. Recuerda, entonces, que la razón para que los hermanos *Jaimes Villamizar* estuvieron en la tienda de *Venancio Mantilla* era la de ser paso obligado para ir donde su madre a llevarle el mercado y no realizar una agresión injusta contra nadie.

En cambio, asegura el censor, los hermanos *Bueno* sí estaban dispuestos a atacar, ayudados por el alcohol y por su cultura sociológicamente violenta, para desahogar su odio proveniente del incidente pasado de las botellas. Por ello los atacaron cuando los vieron llegar, actitud que observó *Matilde Carvajal Mantilla* (fl. 90), la que se compagina con la indagatoria de *Henry Jaimes* quien relata la herida que recibiera en la espalda por parte de *Cupertino*, al tiempo que *Cupertino* venía con un cuchillo y un palo y *Estanislao* con una macheta, iniciándose, entonces, su acción defensiva. *Custodio Orduz, Luis David Jaimes, Jesús Cipriano Hernández, Ignacio Orduz y José Antonio Sandoval*, así lo aseveran.

> "Afirmar que la salida de los Bueno como lo hace la sentencia es conforme a derecho, es una injusticia y un desenfoque jurídico violatorio de la ley, porque además estando armados, preparados, en gavilla, violentos, agresivos, con el antecedente sobre el incidente anterior, a más de constituir el inicio del ataque, pudo generar miedo, que produjo la reacción defensiva ante el peligro, actual e inminente, como respuesta total de su instinto de conservación en acción y al estímulo captado como dañino para su vida y que puso en actividad los naturales mecanismos de defensa".

Por consiguiente, la reacción violenta del procesado se justifica y por eso, herido, trata de usar su revólver, pero los golpes que ha sufrido

se lo impiden, debiendo acudir a su cuchillo para defenderse sin éxito del ataque, huyendo hacia la residencia de *Venancio Mantilla*, donde llega herido *Henry* mientras los *Bueno* lo hacen en perfectas condiciones. El que hubiese esgrimido el revólver sin alcanzar a accionarlo y su caída por el golpe recibido con un garrote indican que la agresión ya se había iniciado, generándose su reacción defensiva, salvándose únicamente merced a los disparos que *Angel Custodio* hiciera, allanando la fuga para ambos cuando ya el uso del cuchillo no era suficiente para contener el peligro que se cernía sobre sus vidas.

No puede negarse la existencia de la justificante basándose en que el procesado no supo a quién hirió con el arma cortopunzante. Por consiguiente, la versión de los hechos que da su poderdante es veraz, creíble y corroborada por testimonios válidos probatoriamente, constituyéndose en una confesión calificada, prueba que considera trascendente para probar la legítima defensa que invoca. No reconocerle la causal de justificación viola la normatividad sustancial y por ello solicita se case la sentencia, advirtiendo que no puede existir discusión alguna sobre la proporcionalidad de los medios.

Segundo:

Subsidiariamente, lo mismo que los restantes ataques, censura la sentencia por violación del artículo 40-3 del C.P., al negársele al procesado el reconocimiento de la causal de inculpabilidad consagrada en dicha norma, al no aceptar el fallador la provocación injusta y violenta, que ha podido generar en el procesado un miedo vital capaz de crear la convicción seria e invencible de que iba a ser agredido por los *Bueno*, por lo que consideró válido defender su vida y su integridad personal, sacando el revólver que portaba, iniciándose la cadena de agresiones y reacciones defensivas. La conducta –dice– es típica y antijurídica pero no culpable.

Después de hacer algunos comentarios sobre el error de prohibición, apoyados en citas doctrinales, advera que la creencia de que se está en peligro debe ser razonable y con algún asidero en la realidad. Recuerda entonces el anterior incidente y la imprecación de los *Bueno* de que arreglara el problema. Este desafío le causó miedo y generó la reacción desproporcionada que provocó los hechos materia de este proceso.

Luego de criticar la postura del Tribunal en torno a la actuación cumplida por los *Bueno Hernández*, calificándola de simples lesiones personales cuando en realidad se trataba de un homicidio inconsumado, señala la violación de la norma sustancial que recoge esta conducta, "...desconociendo la esencia jurídica de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, imponiéndose también la casación de la sentencia". Habla después sobre el miedo para concluir:

> "Cuando el procesado dice no supe de más, no sería que sintió miedo, que tuvo miedo, miedo generado por la presencia inopinada de los energúmenos Bueno cuando le salieron a su encuentro para dirimir de una vez por todas esa diferencia que los tenía tan acalorados y por eso el procesado tiró la "faca" y no supo realmente qué pasó?".

Tercero:

Reprocha a la sentencia de condenar a los hermanos *Bueno* por haber cometido en la persona de *Henry Javier Jaimes* el delito de lesiones personales y no el de homicidio en grado de tentativa. No aplicar el artículo 324 del C.P. y sí el art. 334 *ibídem*, constituye una violación directa de la ley sustancial. Advierte que el yerro comenzó cuando el Tribunal revisó la providencia que negó la cesación de procedimiento en favor de los hermanos *Jaimes Villamizar*, desconociendo la entidad de las heridas, las armas empleadas y los testimonios que califican las agresiones como suficientes para quitar la vida de los *Jaimes*.

Cuarto:

Acusa la sentencia de error en la apreciación probatoria porque el sentenciador supuso la existencia de prueba válida que demostraba la autoría del procesado en el homicidio de *Cupertino Bueno*, "...derivando esta afirmación únicamente del indicio causal de la aceptación hecha en su indagatoria de haber tirado "La faca" cuando el mismo procesado dice que no supo qué hizo con su cuchillo y ninguno de los testigos presenciales lo pueden afirmar...".

Aclara luego que el Tribunal además llega a esta conclusión por exclusión al señalar que si su hermano disparó el revólver y *Henry* se trenzó en lucha con *Miguel*, por fuerza éste debió lanzar la herida mortal, máxime cuando expresa haber "tirado" con el cuchillo. No obstante –dice el censor– debe recordarse que el procesado aseveró no saber lo que sucedió. No indican sus palabras, por tanto, que hubiese golpeado mortalmente a *Cupertino*, amén de que ninguno de los testigos presenciales vio tal acción.

Hacer esta afirmación –expresa– es declarar la existencia de un indicio contingente, pero en el cual no existe la relación causal para deducir el golpe mortal a la víctima, ante todo cuando otras personas pudieron haber realizado dicha agresión: "...como Angel Custodio a quien Cupertino correteó hasta cuando saltó la cerca para su fuga; Miguel que le lanzaba puñaladas a Henry Javier, cuando Cupertino se cruzaba entre ellos para darles también a los Jaimes; y por qué no Venancio Mantilla o su hijo cuando tuvieron que detener dentro de la casa los violentos, para que no acabaran con los otros?".

A renglón seguido critica al Tribunal por no aceptar la confesión calificada de su cliente, advirtiendo que cuando *Cupertino* entró en casa de *Venancio* no iba herido mientras *Henry* sí lo estaba y estuvo a punto de ser rematado por los *Bueno*. Sólo después de este segundo enfrentamiento es que *Cupertino* sale herido. Pudo entonces *Angel Custodio* ser el autor de la puñalada mortal. Además, no acepta que el interfecto hubiese sido herido en l "ramal", apoyándose en la prueba testimonial (Carlos Tarazona, José Cantalicio Hernández, José Cipriano Hernández, Rosa Mendoza y Luis Uribe).

Al respecto se pregunta:

> "Por qué este testimonio (se refiere a *Cipriano*) no se aprecia en la sentencia para otorgarle la credibilidad que merece y su valor probatorio porque es el más preciso dadas las condiciones de percepción por su ubicación, sentado en el pago (*sic*) donde se inició la secuencia del enfrentamiento?".

Luego de hechas las transcripciones que, a su modo de ver, respaldan su aserto, asevera:

> "La errónea apreciación de estos testimonios es la vía que lleva a la sentencia a concluir que Henry Javier hirió a Cupertino cuando el incidente inicial y los tiros, contra la evidencia probatoria de que cuando ingresaron al patio ya Henry Javier estaba en imposibilidad física de herirlo y Cupertino había entrado persiguiendo a Custodio sano de cuerpo. Y es que no podía haber herido y ejecutado una acción violenta bajo los efectos de una puñalada mortal que recibió y que le produjo una falla respiratoria aguda y shock hipovolémico severo con hemotórax masivo ocasionado por lesión incisa pulmonar y con un coágulo en mediatino de 3000 cc. de sangre, que tenía que impedirle recorrer casi 40 metros, que es la distancia y hacia el interior de la casa, ejecutando acciones violentas y luego volver a salir caminando para ir a rendirse, allá arriba junto a la alcantarilla. HENRY JAVIER con unas heridas de una naturaleza fisiológica distinta, tan sólo en su carrera alcanzó a llegar al patio y allí en el zaguán se rindió como lo dicen todos los testigos".

Culmina esta porción de su escrito advirtiendo que esto constituye una errónea apreciación de la prueba pericial, que de haberse hecho en forma correcta, habría revelado la imposibilidad de considerar a *Henry* como el autor del homicidio de *Cupertino* pues éste fue herido en el patio, cuando el procesado estaba en imposibilidad física de realizar cualquier tipo de agresión. No existe, por consiguiente, la certeza requerida sobre el autor del homicidio.

Concluye, afirmando:

> "A través de esta errada apreciación de la prueba se supone apenas la autoría del procesado y no existe prueba válida que otorgue la certeza de quién mató a Cupertino bueno, porque a éste no pudo matarlo HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR. Errada apreciación de la prueba en la sentencia para la incriminación sobre la autoría, violación directa de las normas

substanciales y principios universales de derecho, donde la sentencia no puede estar edificada sino sobre presupuestos ciertos y apreciados como lo ordena el artículo 264 del C. de P. Penal, en su conjunto pero de conformidad con la sana crítica".

2. Causal tercera:

Censura en un único cargo la sentencia de segunda instancia por existir irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, como el desconocer la presunción de inocencia sin haberse estructurado la prueba plena y completa sobre la responsabilidad del encartado. Precisa que a esta situación se llegó "...sobre la base de pruebas absolutamente contingentes...", desconociendo la verdad de la indagatoria del procesado, a la cual se le negó el valor de confesión calificada, sin darle su "exacto valor probatorio", pese a estar "...confirmada por todas las demás pruebas y que la hacen presumir verídica".

Más adelante, rememora de nuevo el sitio donde fue herido *Cupertino* (el patio) y llama la atención sobre el desconocimmiento que se hizo del *favor rei* al poderse predicar la agresión mortal de otras personas (Angel Jaimes, Miguel Bueno, Venancio Mantilla), lo que impone la absolución puesto que toda duda debe resolverse en favor del procesado.

Por tales razones solicita la casación de la sentencia.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

1. Causal tercera:

Rechaza el único cargo por presentar fallas técnicas que impiden su estudio. Lo genérico de sus argumentos y la carencia de demostración, son las razones que esgrime el Ministerio Público para desechar el libelo. Luego advierte que el debido proceso no puede considerarse violado, desconociendo la presunción de inocencia, al haberse dictado el fallo judicial pues, precisamente, su proferimiento es una muestra de la prsunción de inocencia que ampara a todo ciudadano y la decisión sólo se produce como culminación del proceso respectivo. Pero si el objeto de su controversia es acerca de las pruebas, la vía natural para su alegación

es la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial. En lo que se refiere al *in dubio pro reo* arguye que no basta con su simple alegación sino que debe demostrarse su existencia como violación indirecta de la ley sustancial.

2. Causal primera:

En lo que se refiere al cargo principal critica al censor por no señalar si se trata de una violación directa o indirecta de la ley sustancial, así como tampoco su motivo, bien que reconoce que desarrolla el reproche como violación indirecta, aunque sin mencionar la clase de error cometido por el fallador. De todas maneras advierte que si se trata de un aspecto de valoración probatoria del *factum* no cabe la censura planteada por el recurrente, y si se trata de una violación directa, no permite la crítica a la prueba ni al alcance que se les diera en las instancias.

Respecto al *primer cargo subsidiario* afirma su presentación abstracta al no indicar ni motivo ni sentido, aunque el razonamiento lo enrumba por la vía de la violación directa al pretender demostrar que su defendido se encuentra amparado por una causal de inculpabilidad. No obstante, el expediente muestra que sí existió una agresión por lo que el cargo deviene, en últimas, en la crítica probatoria, colocándose en el terreno de la valoración. "Los argumentos dados para desechar la figura de la legítima defensa, anotados, ya, sirven para desechar este cargo".

El *segundo cargo subsidiario* tampoco está llamado a prosperar "...porque en este reproche pretende que se agrave la situación de los hermanos MIGUEL Y ESTANISLADO BUENO HERNANDEZ, del delito de lesiones personales al de tentativa de homicidio, pero el recurrente carece del interés jurídico para hacer tal pedimiento...". Además, continúa la Delegada, de acuerdo con el artículo 31 de la Carta, no se puede agravar la pena cuando el condenado sea apelante único.

El tercer cargo subsidiario también pose las mismas falencias de los anteriores al carecer de la precisión necesaria para desarrollarlo. De otro lado, en su exposición el actor se dedica a controvertir la valoración que el sentenciador le diera a las probanzas, propuesta inconveniente dada

la ausencia de tarifa legal probatoria en nuestro sistema, reemplazada por las reglas de la sana crítica.

Tampoco puede admitirse que hubo duda, pues si se examina el fallo controvertido se observa que la decisión tomada fue el fruto de una valoración positiva de responsabilidad, la que resulta válida en el sistema judicial en tanto no rompa con el objetivo de la prueba, ni la lógica, ni la experiencia y los principios científicos eventualmente aplicables al caso concreto.

Solicita, por consiguiente, no casar el fallo impugnado.

La Corte:

1. Causal tercerra:

Unico cargo:

Alega la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso. Ello quiere decir –abstractamente hablando– que se irrespetaron las leyes preexistentes al hecho punible imputado o que no se juzgó al procesado por su juez natural o que no se observaron a plenitud las formas propias de este proceso. No obstante, la materia de su inconformidad estriba en el desconocimiento de la presunción de inocencia, tema ajeno al ámbito que propone el actor.

Según el artículo 3o. del C. de P.P. "Toda persona a quien se atribuya un heho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad. "Así las cosas, solamente la culminación de un proceso podrá deducir el verdadero alcance de su responsabilidad penal o si es el caso, su ajenidad a la imputación como en los supuestos de cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la instrucción.

Al producirse una decisión judicial definitiva desaparece toda posibilidad de vulneración pues con la declaratoria legal de responsabilidad, termina la presunción de inocencia. Aquí se observa el desatino del censor al pretender un atropello al citado principio con el proferimiento del fallo condenatorio que hoy impugna, que viene a este sede bajo la presunción de acierto y legalidad. La confusión del actor es evidente al

asimilar los conceptos de debido proceso y presunción de inocencia. El reproche fracasa irremediablemente.

Con el avance en la lectura se advierte que la perspectiva del demandante es otra. Según su parecer, la vulneración se produjo al proferirse sentencia condenatoria en contra del imputado sin haberse estructurado la prueba plena y completa de su responsabilidad "...porque sobre ella no se ha concretado la evidencia y sólo se ha supuesto sobre la base de pruebas absolutamente contingentes...". Más adelante habla de temas como el de la valoración, suposición y omisión de evidencias.

Con estas palabras se revela la verdadera intención del actor: cuestionar el acervo probatorio. Si ello es así, debió acudir a la vía de la causal primera, planteando una violación indirecta de la ley sustancial. La equivocación es mayúscula y concita el rechazo consiguiente.

Una última acotación. Ya para finalizar la sustentación del ataque plantea un desconocimiento al *favor rei* al no existir certeza para proferir la decisión condenatoria debido a que existe la posibilidad de que otras personas hubieran podido causar el deceso de *Cupertino Bueno Hernández.*

La *Sala* en plurales ocasiones ha tratado el tema aclarando que el ámbito natural del reproche que se sustenta en el desconocimiento de este principio es el de la causal primera Si el fallador ha reconocido la existencia de la duda insalvable y pese a ello condena, debe invocarse la violación directa. Si el yerro proviene de la expresión o evaluación de la prueba, debe alegarse como violación indirecta. Aparte de su magra sustentación que ya de por sí provoca su fracaso, su presentación en el ámbito de la causal *tercera* impide cualquier examen al respecto.

No prospera el cargo.

2. Causal primera:

Primer cargo:

2.1. Lo primero que se observa es la falta de claridad del actor en el enunciado pues no concreta ni el motivo ni el sentido del reproche. Habla

en un comienzo de la violación de los artículos 4o. del C.P. y 294 del C. de P.P. El primero, por no hallarse demostrada lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado; el segundo, por haber negado el fallo su aplicación, al desconocer la existencia de una legítima defensa en cabeza de su prohijado.

Hasta aquí nada claro se extrae del aserto. No se sabe si está hablando de una violación directa o indirecta de la ley sustancial. En el siguiente parrafo parece inclinarse por la primera opción al señalar una presunta aceptación que la sentencia impugnada hace de la necesidad que tuvo *Jaimes Villamizar* de defender su vida contra un ataque actual o inminente, reaccionando en forma proporcional a la agresión. Así las cosas, si el fallador reconoce que las pruebas demuestran la existencia de esta causal objetiva excluyente de antijuridicidad y, sin embargo, falla sin tenerla en cuenta, es claro que no aplica la norma que la contempla.

Los renglones posteriores, sin embargo, toman otro derrotero. Pese al terreno escogido, de aquí en adelante se enfrasca en el análisis del acervo probatorio, recreando en su propio beneficio los pormenores del incidente. Dedícase, entonces, a señalar que la presencia de los *Jaimes* en la tienda de *Venancio Mantilla* obedecía a ser paso obligado para ir donde su madre, que la agresión injusta partió de los *Bueno* porque el primer incidente ya se había cancelado y el ánimo de éstos se encontraba alterado, tildado su conducta de "gavillera, airada y camorrista".

2.2. La controversia gira, pues, en torno a las pruebas mismas y a la interpretación que el fallador hace de ellas. El alegato, de esta manera, signa su fracaso. Si la razón de ser de su inconformidad estriba, según el enunciado, en la falta de aplicación del artículo 4o. del C.P., pues el fallador de todas maneras reconoció la existencia de la legítima defensa, es claro que sus argumentos debieron enrutarse a enseñarle solamente eso a la *Sala*. Y es lógico suponer que ninguna tacha concita su interpretación y evaluación de las pruebas ya que en el análisis correspondiente el juzgador reconoció la existencia de la causal permisiva pero al final la aplicó cuando llegó el momento de adecuar la conducta al supuesto de hecho normativo.

2.3. Sin embargo, la realidad procesal dice otra cosa y el censor mismo tácitamente lo reconoce cuando a lo largo de su escrito intenta

desvirtuar la óptica que de los hechos tiene el sentenciador. Con ello admite que jamás estuvo en el pensamiento del juzgador extraer de los sucesos fácticos conclusión alguna que pudiese acoger la existencia de una defensa justa. Por el contrario, la negativa a su presencia o reconocimiento siempre se esgrimió. En efecto, el Tribunal, luego de relatar los antecedentes del suceso criminoso y de advertir que, como consecuencia de ello, los *Bueno* "...estaban prevenidos, no esperando a los *Jaimes*...", saca a relucir la prueba testimonial para aseverar:

> "Y es cierto, MIGUEL, a voces de los testigos, dijo a FABIO que arreglaran el problema, lo retó o más bien lo provocó a pelear, pero en su versión el autor del reto fue FABIO, reto que Miguel no desechó sino que enfrentó, son sus palabras: 'arranque a ver'. ESTANISLAO oyó cuando FABIO desafió a Miguel y JUAN CIPRIANO HERNANDEZ (fl. 66) vio cuando 'Fabio se le mandó a Miguelito como a empujarlo', versiones y acciones que indican provocación, no agresión o si fue agresión ésta fue recíproca, situación que en manera alguna permite estructurar la legítima defensa, menos si se advierte que la provocación fue mutua, que los contendientes estuvieron prontos a aceptarla, y lo hicieron libremente".

Y no se trata de una simple equivocación del actor al redactar el escrito. Desde un comienzo estaba consciente de que el Tribunal jamás aceptó la tesis de la legítima defensa. Es por ello que en la demanda advierte:

> "Es que la sentencia niega la posibilidad de que el procesado hubiera reaccionado en defensa de su vida tan pronto le salieron al paso y lo provocaron, y no obstante los letales antecedentes que se han señalado, para adecuar su conducta, no a una simple provocación aceptada, sino a una agresión injusta iniciada y que torna antijurídica la conducta de los provocadores".

Si esto es así, no se explica el por qué toda su argumentación parte de la afirmación tajante de que:

> "La verdad procesal, aceptada también por la sentencia recurrida indica que HENRY JAVIER JAIMES VILLAMIZAR

en las condiciones en que actuó lo hizo por la necesidad de defender su vida contra agresión actual e inminente, reaccionando en forma proporcional a la agresión.".

2.4. Clara resulta la inconsecuencia y falta de seriedad de sus proposiciones. Pero, aparte de esto, de espaldas a lo que en realidad expresa la sentencia, su intento por rechazar la interpretación que el juzgador hiciera de las probanzas, provoca una grave falencia técnica pues al trasladar la impugnación a la violación indirecta, divorcia el enunciado del reproche de su desarrollo argumental. La contradicción es manifiesta y provoca el rechazo consiguiente.

2.5. No obstante, un encuadramiento correcto de su inconformidad en los predios de la violación indirecta tampoco le habría reportado el éxito buscado. Desde que aborda la cuestión probatoria, su intención es acomodar en su propio beneficio el escenario delictual y la actitud de sus protagonistas, dándoles a las diferentes versiones el valor y el alcance que merecen en su sentir, de manera tal, que facilite la defensa de los intereses encomendados. Dos glosas se desprenden del enfoque dado a la demanda.

La primera tiene que ver con el recurso extrordinario en sí. Como se ha repetido muchas veces, esta impugnación no es sede paara renovar el debate instancial. Aquí no se acude para enarbolar tesis en procura de que sean acogidas por la *Corte* en desmedro de las esgrimidas por el Tribunal para sustentar su fallo, pues ésta no es una tercera instancia donde la polémica tenga cabida y triunfe el razonamiento mejor expuesto, defendido o sustentado. Lejana de estos avatares, la casación examina si la sentencia recurrida se ajusta a derecho, esto es, si encuentra eco en la realidad histórica y la normatividad positiva.

Si, por ejemplo, del acervo probatorio se desprenden dos interpretaciones posibles de los hechos, cada cual apoyada por un grupo de las evidencias recogidas, es lícito que el fallador examine ambas y escoja la que, en su criterio, se adecúa más a la realidad de lo acontecido. Para lograr sus intenciones deberá examinar y evaluar las pruebas pertinentes, acogiendo unas y desechando otras, según las reglas de la sana crítica. Solamente, si ambos grupos poseen la misma fuerza

demostrativa, la duda que se desprende lo obliga a resolver la situación en favor del procesado.

No se puede, por consiguiente, valerse de este recurso para defender la interpretación desechada pues ello conlleva a un simple enfrentamiento de criterios, prevaleciendo la del Tribunal, cuyo arribo a esta sede viene acompañado de la doble presunción de acierto y legalidad. En consecuencia, el actor debe mostrar con la verdad procesal y la normatividad vigente para el caso, que el fallador se apartó de ella, invocando al efecto una de las tres causales de casación, precisando motivo y sentido, su trascendencia adversa a los intereses encomendados y los preceptos que se pudiesen haber vulnerado con la decisión judicial.

El segundo comentario tiene que ver con el fenómeno de la credibilidad, cuyo ámbito natural es el del error de derecho por falso juicio de convicción. En vigencia de la tarifa legal probatoria, su invocación era certera pues el juez no podía darle a una prueba valor diferente del señaldo por la ley. Sin embargo –se repite–, con la llegada de los nuevos comprendios procesales, se liberó al juez de estas ataduras legales, permtiéndole una mayor libertad de evaluación al señalarle como guía de su actuar las reglas de la sana crítica, dando la experiencia el conocimiento y la ponderación, entre otros factores, son los lindes que demarcan la decisión judicial. No tiene razón de ser, por consiguiente, una alegación en este terreno.

2.6. Pero otras fallas se agregan a las ya dichas, esta vez en el escrito de casación, en el que se guarda de exponer la verdad procesal en su totalidad, mostrando tan sólo la que favorece sus intereses.

Obsérvese:

Según sus palabras, "...los autos demuestran que la presencia de los JAIMES VILLAMIZAR en la tienda de VENANCIO MANTILLA, no tienen nada distinto que el paso obligado para ir a donde su madre...". De allí parte para tildar de "conducta premeditada" la presencia de los *Bueno* en el lugar de los hechos. No obstante, ignora una aseveración del Tribunal, apoyada en el caudal probatorio: "En Miguel era costumbre quedarse en la casa de su suegro, a donde regresó después de intentar acompañar a Cupertino; por eso se estuvo allí, la misma señora Matilde Carvajal de

Mantilla, su suegra, al declarar en audiencia así lo acepta y es más dice que allí "tenía" que quedarse para irse a su cercana casa (fol. 388 vto. Cdno. 2)".

Luego, al examinar la indagatoria de su poderdante, de inmediato le adjudica "la presunción de su verosimilitud", avalada por algunos testigos presenciales. Cita a cinco en su favor: *Custodio Orduz, Luis David Jaimes, Jesús Cipriano Hernández, Ignacio Orduz y José Antonio Sandoval*, extrayendo frases de cada versión para concluir que lo que la sentencia llama provocación de los *Jaimes* no fue sino la respuesta a la agresión de los *Bueno*.

Con estos pocos argumentos que apenas caben en un párrafo, el recurrente pretende desquiciar la sentencia. No se ocupa de lo dicho en su totalidad por cada uno de ellos ni tampoco por analizar el resto de la prueba testimonial como sí lo hace el Tribunal, detallando, comparando, analizando las circunstancias, la ubicación de los deponentes, el propio lugar de los hechos y sus diferentes secuencias, en orden a establecer la realidad de lo acontecido.

Valga este ejemplo sobre el particular:

El recurrente cita a *Custodio Orduz* como uno de quienes pueden dar fe de la agresión exclusiva de los *Bueno* hacia los hermanos *Jaimes*: "...y más al pie iba FABIO (HENRY), que iba sangrando y al pie iba el hermano de Fabio que se llama Custodio iba detrás de ellos dándole machete Estanislao Bueno...". Con esta presentación, el desprevenido lector de estas constancias, no puede menos que darle la razón al impugnante. No obstante, su cita es parcial y desdibuja por completo lo que puede extraerse de dicha versión, dado que ésta tan sólo es una parte de lo dicho por *Orduz*. El recurrente omitió las palabras que dio el declarante acerca de los antecedentes del suceso, importantes por cuanto clarifican la situación en comento, lo que sí hizo el Tribunal, con acierto, destacando su dicho acerca de la trifulca anterior que tuvieron los protagonistas y lo sucedido poco después de iniciado el segundo lance, mostrándose incapaz de informar sobre la causa que motivó este último enfrentamiento, pues sólo vio a los participantes cuando ingresaron a la casa a continuar la pelea.

Resultaba, entonces justificable la presencia de los actores del enfrentamiento pero valga, entonces, una acotación sobre el particular antes de seguir adelante y es que la *Sala* rechaza enérgicamente la manipulación que se hace de la prueba testimonial cuando se aborda este tema. Según el libelista, apoya su aserto la declaración de la mencionada *Matilde Carvajal de Mantilla* y al efecto cita sus palabras, contenidas a folio 209 (vto.), resaltando su alusión a que los *Bueno* se encontraban esperando a Henry Javier y que fueron los primeros en atacar. No obstante, calla sobre la posterior versión que rindiera la deponente en la audiencia pública cuando aclara que los *Bueno* necesariamente debían parar en su casa, que no vió quien efectuó los disparos ni tampoco que Estanislao hubiese herido con un machete a *Henry Javier*. Olvida el impugnante que es deber de todo casacionista examinar en su totalidad el acervo probatorio, de cuyo enfrentamiento a lo dicho por el Tribunal habrá de extraerse limpidamente el yerro acusado. Pero, mostrar parcialmente, como el caso de ahora, apenas una parte de la versión de un testigo, le resta seriedad a sus apreciaciones y provoca el rechazo consiguiente.

Así, resulta insólito citar (apenas algunas de sus palabras) a quien sólo puede dar información sobre una trifulca sucedida horas antes y los momentos subsiguientes del acaecer punible, y, por tanto, no tiene la capacidad de determinar quién desencadenó con su actitud provocadora los hechos materia de este proceso por no haber presenciado su inicio. Tal tratamiento le resta seriedad a la censura.

De otro lado, sorprende su afirmación de que la indagatoria es una pieza procesal amparada por una presunción de verosimilitud. Ella, como cualquier otra probanza, está sujeta al análisis y valoración de los juzgadores, que establecerán la verdad o mendacidad de su contenido en la medida que encuentre apoyo o sea desmentida por otros medios probatorios. Diferente es la presunción de inocencia que cobija al imputado hasta tanto, a través de un juicio legal y justo se demuestre con certeza lo contrario.

2.8. Por cierto que, cuando se acude a esta sede, debe esgrimirse en todo momento no sólo la verdad procesal sino también, con exactitud, lo dicho y establecido en el contexto del fallo. No son permisibles interpretaciones acomodaticias de lo que quiso o trató de decir el

sentenciador. Simplemente deben citarse sus palabras y con fundamento en ellas demostrar la falencia alegada.

Por consiguiente, si en su afán por defender los intereses encomendados, el recurrente presenta verdades a medidas, simples especulaciones o se señala como dichas, palabras o argumentos que nunca se dijeron, el libelo pierde la seriedad que debería tener. Este es el caso cuando advierte: "Afirmar que la salida de los Bueno como lo hace la sentencia es conforme a derecho, es una injusticia y un desenfoque jurídico violatorio de la ley...".

En ninguna parte dijo tal cosa el Tribunal. Con fundamento en un análisis prolijo de la prueba testimonial, resalta la beligerancia de ambos bandos y si bien señala que uno de los *Bueno (Miguel)* invitó a pelear a *Henry Javier*, éste aceptó el reto: Así discurre la sentencia:

> "Parecería el episodio relatado la defensa de su derecho a la vida y de su hermano, ejercida por HENRY JAVIER (FABIO) ante la agresión actual, eminente y antijurídica de los hermanos BUENO HERNANDEZ. Sin embargo, los testimonios comentados en el aparte segundo indican que ciertamente MIGUEL le propuso a FABIO el "arreglo" del problema y los dos se trenzaron en la pelea; si convidar, por parte de Miguel, arreglar el problema, indicaba invitación a pelear, HENRY JAVIER aceptó el reto en actitud que no era difícil que se presentara dado el episodio precedente, el de los envases, en donde Fabio energúmeno reclamaba los vueltos y hablaba de que de allí se iría vivo o muerto, acosando a Cupertino el cual, entonces sí para defenderse, se apoderó o intentó apoderarse de una piedra, ocasión en la que salieron cuchillos a relucir pero no pasó nada entre los tres hermanos BUENO y FABIO, porque mediaron CUSTODIO, hermano de éste y Luis David Jaimes Tarazona (fl. 44) conductor del camión, llevándoselo al vehículo que continuó la marcha, clausurándose el incidente. Y si alguien se preparó para la contienda fue HENRY JAVIER (FABIO) quien no solamente anunció que regresaría, sino que para hacerlo se armó de revólver. Ese revolverito que cargaba' no lo portaban cuando venían de Guaca y en la casa de Venancio se presentó el

incidente de los envases. Para demostrarlo basta leer los testimonios de Nicolás Hernández (folio 119), de Jacqueline Niño Bermúdez (folio 129) joven que se transportaba en la cabina del camión, no se interesó por la discusión de los envases, y se percató de que FABIO no llevaba revólver cuando bajaban hacia la casa de él y la de *Luis David Jaimes Tarazona*".

En este orden de ideas, claro resulta que, las provocaciones y agresiones fueron mutuas y de ahí el desenlace fatal que hoy es materia de estudio. El Tribunal se apoyó en razones contundentes para proferir su decisión y su razonamiento discurre atendiendo la realidad procesal; sus conclusiones, por tanto no son otra cosa que el lógico resultado al examen efectuado con ponderación y justeza.

No prospera el reproche.

3. Cargos subsidiarios:

3.1. Primero:

Lo enuncia, por no habérsele reconocido al procesado la causal de inculpabilidad consagrada en el artículo 40-3, en donde no hay exigencia de responsabilidad por haberse realizado el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación. Concretamente, ubica la conducta de su patrocinado en los predios de la defensa subjetiva o putativa.

Aunque el actor no menciona si la violación que denuncia es de naturaleza directa o indirecta, de todas maneras del enunciado se extrae que se trata de la primera especie, por falta de aplicación de la norma que contempla la citada causal de inculpabilidad. Por tanto, se supone que el juzgador en la evaluación probatoria aceptó que el procesado sufrió la equivocación descrita pero que, luego, al proferirse el fallo, no se le hizo el reconocimiento jurídico, aplicando la norma consiguiente.

Para demostrar la falencia le bastaba al actor citar el fallo en sus apartes respectivos, sin ninguna otra consideración adicional. No obstante, su silencio sobre el particular es bien diciente. Como quiera que el Tribunal

descartó con contundencia el aserto, se dedica –como en los cargos anteriores– a acomodar el panorama probatorio a sus propios fines defensivos. Luego de recordar las circunstanias que analizó en el cargo anterior y con el desparpajo de quien se encuentra elaborando un escrito de instancia, presenta sus propias hipótesis:

> "El planteamiento es meridiano porque ante la situación creada bien pudo HENRY y JAVIER haber apreciado falsamente el hecho de que iba a ser atacado y entonces reaccionó sacando su revólver y en virtud de esa equivocación se inició el proceso objetivo de las agresiones y reacciones defensivas. La conducta entonces, será típica y antijurídica, pero no culpable y ese cargo contra la sentencia condenatoria amerita la determinación de la casación por existir una defensa putativa de la vida".

Su intención por reabrir el debate probatorio desde ya se insinúa y con él trasladó su objeción a los terrenos de la violación indirecta, creando la dilogía consiguiente. No mejoran las cosas en los renglones posteriores. Luego de citar a varios doctrinantes sobre el tema, presenta las circunstancias a su acomodo, apoyadas en sus propias hipótesis:

> "HENRY JAVIER JAIMES creyó que iba a ser atacado, motivado por el incidente anterior cuando los BUENO encabezados por MIGUEL le salieron al encuentro y le imprecaron de que "fuera para un arreglo del problema". Fue el enfrentamiento ante un problema, el que le generó una falsa creencia sobre la percepción del ataque. Tuvo miedo y de pronto ese miedo determinó su reacción desproporcionada si aceptamos que no fuera a pasar nada distinto de dialogar y en razón de su equivocada valoración".

A continuación dirige sus esfuerzos a demostrar las "verdaderas" intenciones de los *Bueno* al agredir a los *Jaimes*, advirtiendo que los actos de aquellos de golpear a su poderdante en la cabeza con un machete y herirlo con un puñal no indican la simple intención de lesionar –como lo predicó la sentencia– sino de causarle la muerte. Es entonces cuando señala, como si se tratara de otro reproche:

"Cuando la sentencia los condena por simples lesiones personales, se ha violado la norma sustancial del homicidio que era la aplicable, desconociendo la escencia (*sic*) jurídica de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, imponiéndose también la casación de la sentencia".

Después discurre sobre el miedo, citando apartes doctrinales y una sentencia del Tribunal de Medellín para finalizar su discurso con una explicación de lo dicho por el procesado en su indagatoria. Es tan evidente su deseo de transformar las cosas para sacar avante su tacha que a las expresiones allí vertidas les da su propio alcance. Por ejemplo, respecto a la expresión "...no supe de más...", advierte que posiblemente es indicativa de que sintió miedo "...que tuvo miedo, miedo generado por la presencia inopinada..." de los Bueno a quienes, dicho sea de paso los califica como "energúmenos", concluyendo con ello que este miedo provocó en él dos reacciones, la primera el "tirar" el arma cortopunzante y el segundo, olvidar lo sucedido.

Termina el reproche y la *Sala* se queda esperando la argumentación en torno a la interpretación errónea del precepto. De aquí para allá y de allá para acá incursionó en temas diferentes, mezcla de apreciaciones personales y pensamientos doctrinales y jurisprudenciales, sin establecer, a ciencia cierta porqué, pese a que la interpretación judicial de los hechos daba por sentada la falsa crencia surgida en el procesado de una injusta agresión, no aplicó el artículo 40-3.

Como quiera que el fallador no hizo tal cosa pues temprano desechó el posible error sobre una justificante conforme al juicio falso del sujeto, el demandante se dedica a hacer lo suyo, incursionando en los terrenos de la violación indirecta, con lo cual destina al fracaso su reproche.

3.2. Segundo:

En su afán por defender los intereses encomendados, el recurrente acude a mayores desaciertos técnicos, haciendo solicitudes ajenas a su papel de casacionista. El proceso le permite su incursión sólo en la medida que busque reparar un agravio inferido a su cliente. Si en desarrollo de su tarea, los intereses de otros sujetos procesales sufren menoscabo, es una

consecuencia de la corrección del entuerto. Sin embargo, ello no quiere decir que su tarea se extienda a buscar como fin principal una agravación de la situación jurídica de alguna de las partes, sin que ello beneficie de alguna manera a su poderdante. Salvo que haya algún tipo de relación, cualquier otra intervención le está vedada.

En este supuesto, el casacionista pretende que se condene a los hermanos *Bueno* por el delito de homicidio, en grado de tentativa, en vez de el de lesiones personales. ¿La *Sala* se pregunta qué tiene que ver esta situación con los intereses de su representando? ¿Por ventura, esta falencia afectó en alguna medida a *Jaimes*? Y más aún, ¿remediar el presunto entuerto, favorecería la situación del procesado? La respuesta a todos estos interrogantes es negativa. Por consiguiente, dado que no se busca reparar un agravio propio sino resolver una situación ajena, el cargo temprano está llamado a fracasar.

3.3. Tercero:

Lo enuncia como un "...error en la apreciación probatoria, porque el sentenciador supone la existencia de prueba válida que demuestra la autoría del procesado...". Aunque es evidente que el censor plantea su tacha en los terrenos de la violación indirecta, no señala con precisión si se trata de un error de hecho o de derecho. La frase con la que introduce el tema tampoco sirve de ayuda, pues podría pensarse que habla de un error de hecho por falso juicio de existencia ("supone la existencia") o de un error de derecho por falso juicio de legalidad ("de prueba válida").

La confusión aumenta cuando se prosigue con las palabras siguientes donde advierte que con ello el fallo "...dio por establecida la certeza, con evidencia de la verdad...", que el procesado fue quien hirió a su oponente, pues apenas contaba con el indicio proveniente de la aceptación hecha en su indagatoria de haber "tirado la faca". Por consiguiente, el problema ya es de valoración pues la inconformidad del actor ahora estriba en la excesiva importancia que se le dio a esta manifestación del acusado. Es claro, por consiguiente, que su intención es la de presentar un error de derecho por falso juicio de convicción, hecho qque se comprueba cuando a renglón seguido enfatiza sobre la debilidad de este indicio pues "...el

mismo procesado dice que no supo qué hizo con su cuchillo y ninguno de los testigos presenciales lo pueden afirmar o lo afirman".

Aparte del planteamiento caótico en el que a la oscuridad de los términos se une la imprecisión de la causal invocada y la múltiple presentación simultánea de falsos juicios, la senda final que escoge es improcedente. Desde la desaparición de la tarifa legal la invocación del falso juicio de convicción para demostrar que un medio probatorio se le dio una importancia diferente a la que merece, no tiene vocación de éxito. Sin una medida específica proporcionada por la normatividad resulta imposible probar que la dada por el juez no es la correcta pues no hay manera de establecer la diferencia.

El reemplazo de la rigidez normativa por las reglas de la sana crítica impiden un cuestionamiento de este tipo pues ahora –como ya se dijo en otro parte de este fallo– son la ponderación, la experiencia, los conocimientos, en fin, el buen juicio unido a la íntima convicción, los elementos que tiene el juez en su haber para justipreciar las pruebas que le proporciona el proceso en orden a edificar su decisión.

Por esto, el que la sentencia hubiese aceptado esta exégesis sin beneficio de inventario, el que no existan otras pruebas, el que dicho indicio apenas tenga la calidad de contingente, así como las hipótesis de quién pudo haber sido el causante de la herida mortal (Angel Custodio Jaimes, por ejemplo) son discusiones que en nada contribuyen a demostrar el falso juicio, quedando al final reducidas sus apreciaciones a simples constancias de inconformidad sobre la valoración que hiciera el fallador.

Ahora bien, aunque el casacionista se ocupa de estudiar el punto con detenimiento, acudiendo a las transcripciones correspondientes, su confusión conceptual es mayúscula cuando se muestra vacilante frente al camino que debe tomar para impugnar el proveído condenatorio. Por ejemplo, al referirse a *José Cipriano Hernández* critica el que no se hubiese otorgado la credibilidad que merece, para luego denunciar su falta de apreciación, cambiando la tacha en un error de hecho por falso juicio de existencia.

No se apreció o sí se apreció pero incorrectamente son los dos polos de su argumentación y también la muestra de su palpable contradicción que anula fatalmente el ataque. Aparte de esto y apenas con una referencia al artículo 264 del estatuto procedimiental, la censura termina sin especificar tampoco cuáles fueron las normas sustanciales vulneradas.

La improsperidad de la objeción es indudable.

Casación oficiosa:

Dado que el Juzgado de instancia condenó al procesado a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal, es decir por diez (10) años y quince (15) días de prisión, y que el fallo de segunda instancia lo confirmó sin modificación, la *Sala* debe proceder a corregir el entuerto casando parcialmente la sentencia en este aspecto reduciendo dicha sanción a diez (10) años en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 44 del C.P.

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:

Casar parcialmente el fallo impugnado, en lo atinente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, reduciendo dicha sanción a diez (10) años, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

En lo demás permanecerá incólume la decisión.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA / PRUEBA / EXTRADICION

1. Las pruebas constituyen el medio más eficaz para ejercer el contradictorio en cualquier actuación procesal. Por ello, el Estado que se autoproclame democrático, como el nuestro, debe facilitar por medio de sus instituciones procesales que las partes puedan ejercer el derecho a la defensa, ya sea presentando elementos de juicio o controvirtiendo los que se alleguen en su contra, tal como lo contempla el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, el decreto y práctica de pruebas debe ceñirse a los postulados del sistema judicial imperante y por supuesto, dentro de él, a los principios que rigen al derecho probatorio, pues de lo contrario, las probanzas serán rechazadas ya sea por no guardar relación con los hechos materia del proceso, por obtención ilegal de las mismas, por versar sobre hechos notoriamente impertinentes y por ser manifiestamente superfluas (art. 250 del C. de P.P.).

Lo anterior no implica que se esté limitando el derecho de contradicción, simplemente se tiende a concretar el desarrollo del debido proceso en la asunción y consideración de las pruebas, evitando así dilaciones al procedimiento que en modo alguno va a afectar el principio de la investigación integral.

2. Cuando el numeral 1o. del artículo 551 exige copia o transcripción de la sentencia (para tramitar la petición de extradición), es de entender que este término se refiere a las pruebas y al juicio de responsabilidad que corresponde al requerido y no sobre aquellos que en nada interesa al trámite especial, pues como se ha dicho, para emitir su concepto da la Corte sólo le basta establecer los requisitos del artículo 549 y concordantes del Código de Procedimiento Penal que se refiere

al requerido, sin que le sea propio entrar a cuestionar el fondo de la providencia, o decisiones allí contenidas que afecten a otros procesados.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 092.

Vistos:

Resuelve la Sala la petición de pruebas formuladas por el defensor del solicitado en extradición, señor *Cesare Ciulla,* estando dentro del término legal para ello.

Antecedentes:

Solicita el defensor del requerido en extradición los siguientes medios probatorios:

1. Que se allegue la totalidad de las sentencias proferidas contra Cesare Ciulla y otros debidamente traducida, por cuando la adjuntada con la petición de extradición por el Gobierno italiano sólo hacen referencia a la responsabilidad de su protegido y por tanto, se pudo haber excluido "derechos que tenga el procesado".

Así mismo opina que es imposible "jurídicamente actuar con fundamento en una documentación limitada al arbitrio de un gobierno exterior".

2. Igualmente, solicita que se incorpore a la actuación copia autenticada de los artículos de la ley procesal italiana sobre el cumplimiento de penas, pues ellos no fueron remitidos con la petición. La normatividad omitida por el Gobierno de Italia es la siguiente:

"a) D.P.R., del 22 de diciembre de 1990, número 394 (Concesione di indulto) que obra en la Gazzeta Ufficiale serie número 299 fechado del 24 de diciembre de 1990.

"b) D.P.R., del 12 de abril de 1990, número 75 (Concessione de Amnistio). Gazzeta Ufficiale serie número 86 del mismo día, mes y año.

"c) D.P.R., del 16 de diciembre de 1986, número 865 (Concessione d'amnistise di indulto). Gazzetta Ufficiale número 292 de la misma fecha.

"d) Del Código Penitenciario u Ordinamento Penitenziario, los artículos 21, 30, 48 y 54.

"e) Artículo 110 del Código Penal Italiano.

"f) Artículo 277, 593 y 656 del C.E.C.".

Con lo anterior, manifiesta demostrar que no es procedente la extradición al estar la pena "jurídicamente cumplida y que lo pretendido por el Gobierno italiano es improcedente"; o que la pena a cumplir por su poderdante no es como lo manifiesta el Estado requiriente.

3. Que se solicite al Gobierno italiano "que certifique sobre la aplicabilidad de estas normas, es decir, que certifique si el principio de la favorabilidad es norma en ese país", pues pretende que la sala tenga las "pruebas necesarias para poder estudiar y decidir en pleno derecho y haciendo verdadera justicia".

4. Que se traslade de la Fiscalía 247 de la Unidad de Investigaiones a este trámite especial la declaración de Gaetana Salute y copia auténtica de la carta remitida por la señor Marina Mazarina y así mismo, que se le escuche en declaración juramentada, "por intermedio del Cónsul de Colombia en la ciudad de Santiago de Chile, a donde la presentaré si se decreta la prueba".

Con estas probanzas pretende demostrar que el solicitado en extradición corre peligro y por ende, no es procedente la extradición.

Consideraciones de la Corte:

Las pruebas constituyen el medio más eficaz para ejercer el contradictorio en cualquier actuación procesal. Por ello, el Estado que se autoproclame democrático, como el nuestro, debe facilitar por medio de sus instituciones procesales que las partes puedan ejercer el derecho a la defensa, ya sea presentando elementos de juicio o controvirtiendo los que se alleguen en su contra, tal como lo contempla el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional.

Sin embargo, el decreto y práctica de pruebas debe ceñirse a los postulados del sistema judicial imperante y por supuesto, dentro de él, a los principios que rigen al derecho probatorio, pues de lo contrario, las probanzas serán rechazadas ya sea por no guardar relación con los hechos materia del proceso, por obtención ilegal de las mismas, por versar sobre hechos notoriamente impertinentes y por ser manifiestamente superfluas (art. 250 del C. de P.P.).

Lo anterior no implica que se esté limitando el derecho de contradicción, simplemente se tiende a concretar el desarrollo del debido proceso en la asunción y consideración de las pruebas, evitando así dilaciones al procedimiento que en modo alguno va a afectar el principio de la investigación integral.

Ahora bien, este trámite especial impone a la Corte la comprobación de requisitos objetivos tales como que el hecho por el cual se ofrece o concede en extradición a un ciudadano esté previsto en nuestra legislación como tipo penal y que no se trate de delito político o de opinión; y que el mínimo de la pena a imponer no sea inferior a cuatro años. Así mismo, que en el exterior se haya proferido resolución de acusación o su equivalente.

Los anteriores requisitos se obtendrán con base en la documentación que establece el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal allegada a la solicitud o al ofrecimiento que hayan formulado los respectivos Gobiernos, los cuales son:

"1. Copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente.

"2. Indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados.

"3. Todos los datos que se posean y que sirvan para establecer la plena identidad de la persona reclamada.

"4. Copia auténtica de las disposiciones penales aplicables para el caso.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al defensor del solicitado en extradición en la petición de pruebas que eleva ante esta Corporación, porque las mismas no se circunscriben al objeto del debate, pues en unos casos pretende que la Corte suplante a los Tribunales italianos, y en otros, son manifiestamente impertinentes con la finalidad del trámite especial.

En efecto, para el petente es importante que se incorpore a la actuación la totalidad de la sentencia donde se profirió el fallo condenatorio contra el requerido y otras personas, toda vez que en el cuerpo del pronunciamiento "posiblemente" se desprenden derechos que posee el señor Cesare Ciulla.

Uno de los documentos exigidos para este trámite especial es que exista copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente, que en efecto fue remitida a la Corte y traducida de manera exclusiva "en lo que se refiere al caso del ciudadano italiano CIULLA Cesare, debido a la extensión misma del material", conforme a la nota diplomática enviada por la Embajada de Italia al Gobierno Nacional.

Cuando el numeral 1o. del artículo 551 exige copia o transcripción de la sentencia, es de entender que este término se refiere a las pruebas y al juicio de responsabilidad que corresponden al requerido y no sobre aquellos que en nada interesa al trámite especial, pues como se ha dicho, para emitir su concepto a la Corte sólo le basta establecer los requisitos

del artículo 549 y concordantes del Código de Procedimiento Penal que se refiere al requerido, sin que le sea propio entrar a cuestionar el fondo de la providencia, o decisiones allí contenidas que afecten a otros procesados.

Entonces, la solicitud del defensor del requerido de que se incorpore la totalidad de la sentencia a la actuación carece de fundamento, más aún, cuando no demuestra que esos "posibles" derechos que dice contener la decisión en favor de su poderdante lo puede beneficiar en este trámite especial.

Tampoco sabe el solicitante qué pretende demostrar con el punto segundo del memorial de pruebas, pues afirma que la solicitud de extradición de su defendido es improcedente porque la pena está "jurídicamente cumplida" y a renglón seguido, sostiene que "Como mínimo demostraré que la pena a cumplir no es como lo expresa la solicitud".

Reconoce tácitamente que la petición resulta impertinente, pues no sabe a ciencia cierta si la pena impuesta al requerido está cumplida, o, si hubo equivocación por parte del Gobierno italiano al formular la petición de extradición sobre la sanción que le falta por descontar.

Sin embargo, considera la Sala pertinente y de oficio solicitar al Gobierno Italiano que allegue a la actuación la resolución número 394 DPR1990, por medio del cual, le fue concedido el Indulto al requerido, tal como lo manifiesta éste en petición extemporánea de pruebas.

Los elementos de juicio que solicita el defensor en los numerales 3, 4 y 5 de su escrito también se habrán de negar. En lo que respecta al primero, no se entiende cómo una certificación expedida por el Gobierno italiano sobre la aplicación del principio de favorabilidad en ese Estado, puede proporcionarle a la Corte "decidir en pleno derecho y haciendo verdadera justicia", dado que la Corte Suprema de Justicia no "decide", sólo conceptúa positiva o negativamente, consultando únicamente la legislación colombiana o los tratados internacionales según el caso.

Las declaraciones de Gaetana Salute y de Marina Mazarina y una carta que se solicitan para demostrar que contra el requerido existe

amenaza de muerte en su país de origen y que por tanto hace improcedente la extradición no son conducentes, habida cuenta que el hecho que pretende demostrar no incide en el concepto que debe emitir la Corte, por cuanto éste se ha de basar en los requisitos objetivos que contempla nuestra legislación procesal, pero será el Gobierno Nacional quien en últimas decidirá, si fuere favorable, con base en el criterio de la conveniencia nacional negar o conceder la extradición, caso en el cual, podrá hacer énfasis en la seguridad que deben prestarle al requerido.

Por otra parte, el requerido en extradición en escrito que dirige al señor Procurador General de la Nación y que fue allegado a la actuación, solicita que con base al artículo 533 del Código de Procedimiento Penal pueda descontar la sanción que le fuera impuesta por los Tribunales italianos en nuestros centros carcelarios, con el argumento que su vida corre grave peligro en ese país. A esta petición se responde que también es improcedente, por cuanto la ejecución de las sentencias penales proferidas en el extranjero procede, cuando ha existido petición formal de las autoridades foráneas formuladas por la vía diplomática, situación que aquí no acontece.

En mérito de lo anteriormente 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:

1. *Negar* las pruebas solicitadas por el defensor del requerido en extradición.

2. *Solicitar* por secretaria y por conducto de la vía diplomática a que se refieren los artículos 255, 538 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, copia autenticada de la Resolución número 394 DPR1990 por medio de la cual, supuestamente, se reconoce La Concesión de Indulto al requerido en extradición señor Cesare Ciulla.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

El Código Penal Militar está conformado por el derecho penal y procesal penal aplicables a los militares en servicio activo por las faltas penales en que puedan incurrir en relación con el servicio. No obstante, su cuerpo presenta vacíos ostensibles, como ocurre en los supuestos de la coparticipación. Dado que los uniformados, de acuerdo con sus grados y la rama a que pertenezcan, están sujetos a diferentes jerarquías, el estatuto no precisa cuál sería el juez competente en la hipótesis de que en un mismo hecho criminoso los imputados tuvieran pluralidad de rangos.

El ejecutivo pretendió llenar la carencia con la expedición del Decreto Reglamentario 1562 de 1990. Olvidó, sin embargo, que el intérprete tiene a su disposición para llenar los vacíos que se le presenten los estatutos procedimentales tanto penal como civil, según lo preceptuado por el principio de integración consagrado en su artículo 302, siempre que no sean incompatibles con el estatuto mismo o con leyes especiales.

No obstante, el ejecutivo, con el Decreto en mención, usurpó la dicha facultad interpretativa de los jueces penales militares, vulnerando de paso la autonomía que tienen en estos menesteres.

La decisión tomada por el presidente del Tribunal Superior Militar de designar un juez único para conocer del presente asunto, vulnera el debido proceso al establecer una competencia espúria, sin respaldo legal, sustituyendo al juez natural.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado Acta número 92.

Vistos:

Decide la SALA sobre el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior Militar contra la sentencia proferida por dicha Colegiatura, confirmatoria de la dictada por el Comandante de la Policía Metropolitana "Bogotá", mediante la cual absolvió a los agentes *Juan Pío Legarejo Parra y Henry Díaz Osorio*, de la comisión de un delito de Concusión.

Hechos:

En las instancias se realizó el compendio de la siguiente manera:

"Narran los autos que el veinticinco (25) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) los particulares NEMESIO GONZALEZ GOMEZ, MAURICIO GONZALEZ VIVAS, HEBERT MARTINEZ OLARTE y LUIS EDUARDO MALAGON fueron retenidos en la Comisaría de Kennedy sindicados por ANANIAS GONZALEZ GOMEZ de haberle hurtado la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS luego de haber sido encerrados en un baño NEMECIO GONZALEZ y LUIS EDUARDO MALAGON fueron golpeados y esposados para que devolvieran el dinero y que hacia las siete de la noche por las presiones y amenazas de que fueron víctimas por parte de los funcionarios del F-2 y de ANANIAS GONZALEZ, aceptaron firmar dos letras: una por DOSCIENTOS MIL por HEBERT MARTINEZ y LUIS MALAGON y otra por CIEN MIL por NEMECIO GONZALEZ y MAURICIO GONZALEZ como deudores de HEBERT MARTINEZ, las cuales estarían respaldando el valor hurtado obteniendo luego su libertad.

"Por estos hechos fueron vinculados a la investigación el capitán LISANDRO JUNCO ESPINOZA y los agentes JUAN PIO LAGAREJO y HENRY DIAZ OSORIO del grupo contra el patrimonio económico de la Sijín MEBOG en esa época y el

SV. LUIS ANTONIO ROMERO CABALLERO Jefe de Turno de la Unidad Judicial de Kennedy en la fecha de autos".

Sinópsis procesal:

La Delegada hizo la síntesis correspondiente. Aquí sus palabras:

"Con base en las copias, el Juzgado Noventa y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá, ordenó compulsar dentro de la investigación que adelantara ese Despacho en razón de la denuncia formulada por Miguel A. Acuña Torres por los presuntos delitos de extorsión, falsa denuncia y violación de habitación ajena contra el particular Ananías González Gómez para la investigación por separado, de los comportamientos punibles en que hubieran podido incurrir los agentes de la Policía Nacional en ejercicio de sus funciones, el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, Juzgado de Primera Instancia, avocó el conocimiento de la instrucción disponiendo la práctica de pruebas, que fue llevada a cabo por el Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción penal Militar en cumplimiento de la comisión que le fuera conferida, y en desarrollo de la cual se vincularon mediante indagatoria al SV Luis Antonio Romero Caballero y al agente *Henry Díaz Osorio*, habiendo sido vinculados previamente, y en igual forma por el Juzgado Noventa y uno de Instrucción, antes de proceder a la compulsación de copias con destino a la justicia castrense, el CT. Lisandro Junco Espinoza y el agente de la Policía Nacional *Juan Pío Lagarejo Parra*, habiendo sido decidida favorablemente la situación jurídica de los inculpados Romero Cabellero y Díaz Osorio por el Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Penal Militar, disponiéndose que continuaran gozando de su libertad, y provisionalmente por el Juzgado Noventa y Uno de Instrucción Criminal la situación jurídica del indagado Junco Espinoza ordenándose, igualmente que continúe gozando de su libertad bajo suscripción de diligencia de compromiso, sin que aparezca constancia de la resolución de la situación jurídica en relación con el agente *Juan Pío Lagarejo Parra* así mismo indagado por este Despacho.

"Adelantada la instrucción del sumario por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, Juzgado de Primera instancia y dispuesta la remisión del expediente al Comando General de las Fuerzas Militares para la designación de juez único de primera instancia por existir dualidad de competencia (fl. 372) mediante auto del 18 de diciembre/90, es enviado al Comando General por el Juzgado 58 de I.P.M., donde por Resolución No. 095 del 15 de mayo/91, se designó como juez único de primera instancia al señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá para el conocimiento del asunto, por hallar establecida la concurrencia de autoridades competentes para su conocimiento, y en aplicación de lo preceptuado por el numeral 80 del artículo 23 del Decreto 1562/90 para efectos de unificar y dirimir la competencia entre el Inspector General de la Policía y el señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá (fl. 394).

"Proseguido el diligenciamiento por el Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá de conformidad con lo anterior, y hallándose en lo posible perfeccionada la investigación se declaró cerrada, luego de lo cual se procedió a proferir la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra contra los Agentes de la Policía Nacional *Juan Pío Lagarejo Parra y Henry Díaz Osorio* como presuntos responsables del delito de concusión, difiriendo la decisión de cesación de procedimiento por el mismo delito en relación con el CT. Lisandro Junco Espinoza y el SV Luis Antonio Romero Caballero, en razón de no hallar mérito para proferir Resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra contra éstos, para el momento de dictar sentencia, y declarándose la prescripción de la acción penal y consecuencialmente la cesación de procedimiento, en lo atinente a los hechos punibles de privación ilegal de la libertad y violación de habitación ajena por empleado oficial en el mismo proveído.

"Desestimado el recurso de apelación interpuesto por el acusado Lagarejo Parra contra la convocatoria a consejo de guerra, en razón de que contra la misma sólo procede el recurso de reposición; ejecutoriada, en consecuencia la mencionada

resolución; declarada la iniciación del juicio; corrido el término de traslado para pruebas; habiendo guardado silencio las partes para la petición correspondiente y no decretándose pruebas de oficio, se señaló fecha para la realización de consejo de guerra sin intervención de vocales.

"En su desarrollo el Representante Fiscal Militar Permanente deprecó sentencia absolutoria para los enjuiciados por no hallar el suficiente mérito en la prueba de cargo, que permita dar por establecidos los requisitos para condenar, aduciendo que los agentes de la policía lo único que hicieron fue cumplir con su deber en un procedimiento regular, que se compulsó copias por un ilícito de abuso de autoridad y no de concusión, que no hubo violación de habitación ajena en razón de la aquiescencia del morador del inmueble y que las demás conductas, incluidas éstas se encuentran prescritas.

"El defensor, a su turno, identificándose con igual petición de absolución para sus representados, pues considera que no ha existido el delito de concusión que se les ha imputado ya que los agentes no actuaron constriñendo, induciendo o amenazando a los retenidos que después fueron dejados en libertad, que a lo sumo pudieron haber incurrido en un delito de abuso de autoridad por el cual no se le formuló cargos y está prescrito, demandando, finalmente, la no aplicación de la Ley 23/91 por falta de competencia, ya que se refiere a contravenciones y no sería procedente entrar a declarar la prescripción por falta de competencia funcional.

"La Presidencia del Consejo de Guerra de la Policía Metropolitana de Bogotá, absolvió a los inculpados en la forma y términos que se expresaron atrás, habiendo sido confirmada esta determinación en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar, así mismo como se dio cuenta con antelación".

La demanda:

Sin especificar la causal de casación que aduce, el recurrente salva el obstáculo advirtiendo que su polémica se refiere a la falta de

competencia del Comandante de la Policía Metropolitana "Bogotá", quien fue designado como Juez único por el Comandante de las Fuerzas Militares y Presidente del Tribunal Superior Militar, en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 23-8 del Decreto 1562 de 1990.

A continuación plantea una excepción de inconstitucionalidad, dado que al permitir dicho numeral 8o. el "Designar JUEZ UNICO cuando se presente concurrencia de jueces de conocimiento en razón de los factores en que estriba la competencia en la jurisdicción penal militar...", viola el artículo 116 de la Carta que señala como administradores de justicia sólo a los Juzgados que establece la ley, "...lo que no opera en el caso de autos, ya que la creación de ese JUEZ UNICO lo está haciendo un decreto reglamentario y no la ley, que en nuestro caso es el Código Penal Militar".

Más adelante, luego de citar fuentes doctrinales, advierte que el Decreto en comento rebosó las facultades reglamentarias creando dicha figura de "JUEZ UNICO cuando la ley que lo reglamente no lo hace...". Por consiguiente, solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto por el cual avocó el Comandante de la Policía Metropolitana "Bogotá", el conocimiento del presente asunto, "...por haberse violado el Artículo 29 de la Constitución Nacional al no observarse la plenitud de las formas propias del juicio...".

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Considera como carente de técnica el escrito presentado, así como ausentes de razón los argumentos expuestos por el censor. Sobre lo primero advierte que no se atiene a ninguna de las causales de casación ni tampoco señala las normas reguladoras de la nulidad agitada simultáneamente como incompetencia del juez y "grave irregularidad procedimental" como son los artículos 304 y 464 del C. de P.P., "...con lo que el planteamiento de la censura *ab-initio* se presenta ambigua y confusa". A continuación, tilda el escrito de "típico alegato de instancia", pues ni siquiera se refiere a la sentencia de segundo grado, "...objeto propio contra el cual procede el recurso extraordinario...".

Cuanto a los argumentos, el Funcionario advierte que en el presente caso sí existió una dualidad de competencias ya que el conocimiento del

proceso en lo relativo al Capitán Lisandro Junco, le correspondía al Inspector General de la Policía Nacional (art. 353 del C.P.M.), en tanto que, respecto de los demás procesados, el asunto debía quedar en manos de un Comandante de Departamento de Policía (art. 354 *ibídem*). Pero, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley al Comandante General de las Fuerzas Militares (arts. 23 del Decreto 1562 de 1990 y 470 del C.P.M.), fue que designó al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Por tanto –continúa la Delegada– de lo anterior se colige que no se está creando un juez único como categoría diferente. Simplemente y dado que dos jueces distintos tenían la posibilidad de conocer del asunto en razón del fuero personal que ostentaban los inculpados, se decidió unificar la competencia, encargándose a uno de ellos (el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá) quien, de acuerdo con el referido art. 354 del C.P.M. "...es precisamente uno de los jueces de primera instancia para la Policía Nacional". Luego, no asistiéndole razón al impugnante, solicita rechazar los cargos a que se contrae el libelo.

De otro lado, llama la atención el señor representante del Ministerio Público sobre el carácter verdadero que le asiste a la providencia, objeto del recurso. Si bien en ella se absuelve a los uniformados, "lo cual indicaría que se trata de una sentencia, el haber decretado también cesaciones de procedimiento impide que contra estas determinaciones se pueda elevar el recurso de casación conforme a lo preceptuado en el artículo 218 del C. de P.P.".

Como quiera que no son solucionables estas irregularidades pues escapan a la competencia de la Sala, solicita no casar la sentencia recurrida.

La Corte:

1. En parte le asiste razón a la Delegada. El libelo desde el punto de vista formal fue elaborado con descuido y sin atender los requisitos que la técnica le impone para accederr a esta sede. Sin atenerse al mandamiento legal de expresar en diferentes acápites los hechos, la actuación procesal, la causal aducida, las normas infringidas, y el desarrollo argumental, optó el

actor por refundir en un solo cuerpo todos los temas, restándole orden, precisión y lógica al escrito de casación. No obstante, aunque mezclados en este solo haz, la lectura cuidadosa los encuentra, lo que de por sí hace posible que, en este primer aspecto, la demanda salve a duras penas el escollo, permitiendo su estudio consiguiente.

2. El tema de las nulidades es el objeto del reproche. Como si se tratara de un solo motivo de nulidad, el actor indistintamente habla de incompetencia del juez, y de violación al debido proceso por inobserancia de las formas propias del juicio. Las normas que les dan vida jurídica no son objeto de su atención. Ni tan sólo una breve alusión a ellas ayuda a clarificar el panorama. Apenas hace una reseña a la historia normativa del Código Penal Militar sin que en ninguna parte aparezca la causal que aduce contenida en el artículo 220 del C. de P.P., y 442 del C.P.M., ni los preceptos que regulan las dichas nulidades que en este evento serían el artículo 304 del C. de P.P. y el 464 del C.P.M. Queda, pues, la sensación de que el recurrente no tiene claros los conceptos en los que basa sus asertos y proposiciones.

3. Renglones adelante pasa a referirse al tema de la excepción de inconstitucionalidad cuya invocación se constituye desde aquí en el meollo de su escrito. Creación de la figura del Juez único por un Decreto Reglamentario en contravía a la ley reglamentada que no la contempla, es la razón de su inconformidad. Una mirada atenta a la norma en referencia y a su aplicación en el proceso, deja en claro la razón del pedimento.

Y bien:

Antes de entrar en materia conviene precisar que esta sede extraordinaria de casación, cuyo ámbito gira en torno a este especialísimo recurso, no será la vía más aconsejable para que se aplique la excepción de inconstitucionalidad, tal y como lo solicita el demandante en su escrito. No obstante, como en un fallo anterior se resaltara:

> "...es indudable que siendo facultativo para cualquier juez de la República, y en tanto no exista pronunciamiento de exequibilidad de la Corte Constitucional, inhibirse de aplicar

alguna disposición que atente contra el texto de la Carta Política, también este máximo Tribunal de Casación cuenta con es atribución.

"Partiendo de la base de que el recurso de casación es el análisis de la legalidad de la sentencia proferida por un Tribunal Superior en un determinado proceso, no queda duda de que en ejercicio de la mencionada facultad a la Sala le corresponde estudiar el vicio planteado, en la medida en que la irregularidad que reviste características de inconstitucionalidad se traduzca en una violación de las garantías fundamentales, debiendo declararla aún en forma oficiosa".

Ahora bien, en lo que se refiere al tema de la demanda se tiene que el Decreto Reglamentario 1562 de 1990 fue expedido en vigencia de la Constitución de 1886. En ella se señalaba al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, dándole en calidad de tal, la facultad de reglamentar las normas legales o constitucionales, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 3o. del artículo 120. No obstante, tal potestad no es aplia e ilimitada sino restringida, esto es, no puede ir más allá de la esencia o sustancia de la misma norma que reglamenta, dado que el reglamento tan sólo busca hacer más expedita su aplicación mediante las respectivas aclaraciones pero sin ir más allá de su contenido pues –en este evento– se estaría creando una nueva norma.

Copiosa ha sido la jurisprudencia y la doctrina sobre el particular. Tratadistas diversos han efectuado las aclaraciones pertinentes; también el Consejo de Estado en varias ocasiones ha hecho las precisiones necesarias. En una de ellas, por ejemplo, dijo sobre el particular:

"El decreto reglamentario, cuyo sustento y marco de validez es la ley, tiene como función exclusiva proveer a la adecuada ejecución de los mandatos del legislador, determinando aquellos aspectos o detalles que aquél no consideró, necesario regular por no ser de carácter sustancial o escapar a las fórmulas sintéticas, pero conceptualmente densas y comprensivas, de una regla de derecho de esa categoría". Luego advirtió: "No puede

> entonces el reglamento modificar la ley, ni adicionarla o ampliarla, ni restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; en fin, no puede desbordar los límites de la potestad reglamentaria en virtud de la cual se dicta, pues estaría no sólo violando la ley, sino también la Constitución Nacional que al otorgar ese poder lo limitó". (M.P. Dr. Joaquín Vanín Tello, Febrero 27 de 1984).

Ahora, en el caso planteado ante esta Corporación, se advierte por el recurrente que en el Código Penal Militar, el ejecutivo rebasó los límites de la ley al reglamentarlo, al crear un funcionario que no se encuentra contemplado en la ley, como es el de juez único, nombre con el que se señala a quien ante la concurrencia de jueces de conocimiento es designado por el Comandante General de las Fuerzas Militares para asumir casos varios de acuerdo con los factores de competencia que se contemplan en la jurisdicción penal militar. Tal preceptiva la contempla el artículo 23-8 del Decreto 1562 de 1990, reglamentario del Código Penal Militar.

Teniéndose en cuenta el contenido y alcances del estatuto castrense en mención se advierte que la razón se encuentra de parte del censor. En efecto, dicho compendio está conformado por el derecho penal y procesal penal aplicables a los militares en servicio activo por las faltas penales en que puedan incurrir en relación con el servicio. No obstante, su cuerpo presenta vacíos ostensibles, como ocurre en los supuestos de la coparticipación. Dado que los uniformados, de acuerdo con sus grados y la rama a la que pertenezcan, están sujetos a diferentes jerarquías, el estatuto no precisa cuál sería el juez competente en la hipótesis de que en un mismo hecho criminoso los imputados tuvieran pluralidad de rangos.

El ejecutivo pretendió llenar la carencia con la expedición del Decreto Reglamentario 1562 de 1990. Olvidó, sin embargo, que el intérprete tiene a su disposición para llenar los vacíos que se le presenten los estatutos procedimentales tanto penal como civil, según lo preceptuado por el principio de integración consagrado en su artículo 302, siempre que no sean incompatibles con el estatuto mismo o con leyes especiales.

No obstante, el Ejecutivo, con el Decreto en mención, usurpó la dicha facultad interpretativa de los jueces penales militares, vulnerando de paso la autonomía que tienen en estos menesteres.

En ocasión anterior, la *Sala* se había pronunciado sobre el particular en los siguientes términos:

> "Si en el caso subjudice nos encontramos en presencia de un evento en donde todos los partícipes están sometidos a la justicia castrense, y que no existe causal para el rompimiento de la unidad procesal, es claro entonces concluir que presentándose acontecimientos como el que aquí es motivo de juzgamiento, debe conservarse la unidad procesal y al no existir norma procesal en el C.P.M. que resuelva este tipo de casos, ni tampoco para determinar la competencia en el caso de coparticipación de miembros de una misma fuerza, pero sometidos a jueces de diversa categoría en virtud de los diversos grados jerárquicos de los comprometidos en la coparticipación, es indispensable que recurriendo al principio de integración de la normatividad penal militar con la del C. de P.P. se resuelva el evidente vacío que en el establecimiento de este tipo de competencias presenta el Código Militar.
>
> "Si se tiene en cuenta que en la justicia penal militar todos los jueces son de la misma categoría, a un mismo nivel no puede pensarse en que existan jueces de superior categoría, porque siendo por ejemplo los Comandantes de Fuerza jueces de primera instancia en determinados casos todos ellos son de igual categoría y en el ejemplo dado los comandantes del ejército (art. 329), de la armada nacional (art. 335), de la fuerza aérea (art. 344) y Director de la Policía Nacional (art. 352), al ser de idéntica categoría no podría pensarse en la posibilidad que el del ejército fuera de superior categoría a los demás.
>
> "En tal caso el vacío existente no podría resolverse con la aplicación de las previsiones del artículo 89 del C. de P.P. en cuanto establece la competencia en el funcionario de mayor jerarquía, sino que debe resolverse en virtud del factor subjetivo,

esto es, teniendo en cuenta la jerarquía militar que tenan las personas que son objeto del juzgamiento, debiendo juzgarlas a todas el juez de primera instancia que tenga la competencia para conocer de los hechos delictivos cometidos por el que tenga mayor graduación en la escala militar.

"Para abundar en razones, débese recordar que la competencia exclusiva por razón del arma a que se pertenezca sólo subsiste en primera instancia, porque a nivel de segunda, y del recurso extraordinario de casación, y de la acción de revisión, la competencia se unifica, puesto que independientemente del juez que haya producido la decisión de primera instncia (ejército, armada, fuerza aérea o policía) todos los fallos de segunda instancia se unifican en el Tribunal Superior Militar, e igual sucede en la Corte Suprema de Justicia.

"Lo anterior es lógico porque siendo una la jurisdicción militar no puede pensarse que la división especializada de la primera instancia se conservase hasta el vértice final de la jerarquía, como si en realidad se tratase de diversas jurisdicciones, cuando se sabe que por precepto constitucional, ésta es una a nivel de los delitos cometidos por militares o policías en servicio activo y en relación con el servicio.

"Como conclusión de las consideraciones precedentes, habría de precisarse que en este caso particular y en los similares que se presentaren, debe conservarse la unidad procesal y que el competente para el juzgamiento de todos los partícipes será el juez que tenga la competencia para juzgar al sindicado de mayor jerarquía". (M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas. Marzo 16/94).

Por consiguiente, dado que en el presente caso se están estableciendo competencias que se encuentran contempladas en la ley, cuyo señalamiento es de potestad exclusiva del legislador, según el artículo 116 de la Carta, es evidente la inconstitucionalidad del dicho Decreto Reglamentario por exceder el contenido del Código Penal Militar.

Ante esta manifiesta vulneración de la Carta es menester aplicar la excepción de inconstitucionalidad pedida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4o. de la Carta fundamental. Se impone, por consiguiente, la nulidad invocada, merced a la actividad oficiosa que le cabe en este ámbito a la *Corte* y que suple las deficiencias técnicas de la demanda.

Por lo tanto, la decisión tomada por el Presidente del Tribunal Superior Militar de designar un juez único para conocer del presente asunto, vulnera el debido proceso al establecer una competencia espuria, sin respaldo legal, sustituyendo al juez natural, en este caso el Inspector General de la Policía Nacional en lo que hace referencia al juzgamiento del Capitán *Lisandro Junco Espinosa*, por el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Por consiguiente, se casará la sentencia a partir de la Resolución 095 del quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), inclusive, por medio de la cual se designó como juez único al Comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, para conocer del juzgamiento de todos los partícipes involucrados en los sucesos criminosos materia de la presente investigación.

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:

Casar el fallo impugnado y, en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la Resolución 095 de mayo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991), incluive, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PARENTESCO / TESTIGO / SANA CRITICA

1. Los lazos de parentesco entre testigos y occiso no son razones suficientes para que de manera inmediata sus versiones sean tachadas de parcializadas y en consecuencia tenidas como no merecedoras de credibilidad. Situación diversa se presenta cuando al valorarlos se establece interés en perjudicar al procesado o torpedear la investigación con un manifiesto ánimo vengativo.

2. La tarifa legal probatoria y la sana crítica, son sistemas que por su naturaleza y criterios de valoración son opuestos entre sí, no siendo lógico invocar su aplicación en forma simultánea.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 92.

Vistos:

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el defensor de ALVARO DIAZ VILLAR contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué confirmatoria del fallo de primera instancia en la que se condenó al procesado al encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio, imponiéndole una pena de dieciséis años de prisión, pero con las siguientes modificaciones: se redujo la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez años y se tasaron los perjuicios morales subjetivados en un monto equivalente a cien gramos oro.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros fueron resumidos por el Tribunal Superior así:

> "Evidencian los autos que aproximadamente entre las siete y siete y media de la noche del domingo cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), procedentes de la localidad de Villarica-Tolima llegaron en busca de su domicilio a la vereda San Francisco-La Aurora del municipio de Cunday-Tolima a bordo del campero conducido por Uriel Ricaurte García, entre otros, el hoy occiso GERMAN MORALES SANCHEZ y sus hermanas Carmenza y Edilma. Una vez detuvo la marcha el automotor y luego de apearse algunos de sus pasajeros casi frente a la tienda-cantina del señor Januario Rada Tapia, sorpresivamente y bajo amparo de la noche el procesado ALVARO DIAZ VILLAR se acercó hasta el joven MORALES SANCHEZ que desprevenidamente y a la luz de los cocuyos de la parte trasera del carro contaba su dinero para cubrir el valor de los pasajes y cambiar un billete, para propinarle a mansalva y sobreaseguro a quemarropa un disparo con arma de fuego de corto alcance tipo monoproyectil a nivel de región paratidea (*sic*), que penetró 2 cms. por debajo del lóbulo derecho del pabellón auricular que produjo su muerte por shock hipovolémico, mientras un segundo disparo impactó en un morral que sobre el mismo costado portaba el occiso como equipaje".

La investigación fue inicia por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cunday, Despacho que vinculó mediante indagatoria a ALVARO DIAZ VILLAR definiéndole la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Posteriormente y por razones de competencia se remitió la actuación al Juzgado de Instrucción Criminal de Melgar (reparto), habiendo avocado el conocimiento el Treinta y Cinco de Instrucción Criminal de la localidad.

Cerrada la instrucción se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación.

La causa le correspondió al Juzgado Primero Superior del Espinal, Despacho que después se convertiría en el Tercero Penal del Circuito y que finalmente remitiría el proceso por competencia a las autoridades judiciales de melgar.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Melgar, después de realizar la diligencia de audiencia pública, dictó sentencia de primera instancia en la que condenó a ALVARO DIAZ VILLAR a dieciséis años de prisión. Apelada esta decisión fue confirmada con las modificaciones anotadas con anterioridad.

II. La demanda:

Se invoca la causal primera cuerpo segundo para pedir la infirmación del fallo, "por violación de la norma sustancial proveniente de error de hecho y de derecho, que necesariamente incidieron en las conclusiones de la sentencia".

a) El error de hecho se presenta al haberse ignorado una prueba que obra dentro del proceso.

El Tribunal concluyó que el procesado "dijo haber llegado a la casa de Diógenes Gutiérrez cerca a (*sic*) las siete de la noche de ese 5 de mayo, donde permaneció como diez minutos para ir hasta la tienda de Guillermo Beltrán distante otros diez o quince minutos, a donde llegó como a las nueve, lapso durante el cual tuvo ocasión para ir hasta el sitio donde paró el carro y cometer el crimen, lo que textualmente lo explica arguyendo que ...es el propio procesado quien pone de manifiesto que tuvo tiempo para hacer este recorrido al no dar razón valedera del por qué habiendo tan sólo diez minutos entre la casa de María Norma Díaz y la cantina de Guillermo Beltrán donde fue a buscar a Diógenes gastó una hora y cincuenta y cinco minutos...'".

El procesado al ampliar su indagatoria al interior de la audiencia pública, explicó que si bien en un principio dijo haber llegado a la cantina de Guillermo Beltrán a las nueve de la noche, esto no es cierto, "ya que por no tener reloj lo expresó así, pero que verdaderamente después de demorarse un rato o `ratonón' en la casa de Diógenes salió hasta dicha

cantina, gastando lo que precisamente hay en tiempo, diez o quince minutos. Y por eso mal pudo ir hasta la casa de Januario Rada, donde se gasta a pie como más de una hora".

Esta aclaración no fue valorada por el juzgador de segunda instancia, que argumentó no haberse dado razón valedera por el encartado del por qué habiendo sólo diez minutos entre la casa de María Norma Díaz y la cantina del señor Beltrán, hubiese empleado en su recorrido una hora y cincuenta y cinco minutos.

Al no haberse apreciado esta prueba por el Tribunal, con la cual se concluye que el procesado no podía estar de siete a siete y media de la noche en el lugar de los hechos, se violó indirectamente el artículo 247 del C.P.P.

b) La Sentencia violó indirectamente la ley "por error de derecho debido a la indebida aplicación de la misma".

El Tribunal al dar como cierto que el procesado gastó de la casa de Diógenes Gutiérrez a la cantina de Guillermo Beltrán una hora y cincuenta y cinco minutos, "tiempo que tuvo para ir a cometer el crimen, circunstancia ésta que aunada a los testimonios directos de cargo y al grave indicio del móvil para delinquir, le dan certeza para concluir que ejerció venganza en cabeza del interfecto por la muerte de su cuñado Melquis Herrán", incurrió en error de derecho, al darle credibilidad a la versión de la menor Carmenza Morales, hermana del occiso, testimonio que no fue valorado acorde con la sana crítica, ya que no tuvo en cuenta los lazos de sangre que la unían con Germán Morales.

Además se cae en yerro al no concederle el valor que la ley le asigna a los testimonios de Uriel Ricaurte García, Albeiro Camargo Muñoz, Januario Rada Tapia y María Antonia Méndez Godoy, quienes no reconocieron al atacante y mucho menos escucharon que alguna de las hermanas de Germán Morales hubiese gritado que Alvaro Díaz fuese el autor del disparo homicida.

Estas declaraciones no fueron valoradas acorde con la sana crítica, sin tenerse en cuenta que no se trataba de testigos parcializados, por no

tener vínculos de sangre con su defendido, y que además si se encontraban al lado del occiso tenían que escuchar los gritos de sus hermanas, en consecuencia se vulneró el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita que se case la sentencia y se absuelva a Alvaro Díaz Villar.

III. Concepto del Ministerio Público:

Aspectos técnicos de la demanda.

Se advierte que el libelo tiene graves yerros que impiden su estudio de fondo.

No es cierto que el Tribunal no hubiese considerado la corrección que hizo ALVARO DIAZ VILLAR, en la diligencia de audiencia pública, sobre el tiempo que se requería para cubrir la distancia entre la casa de Diógenes Durán y la cantina de Guillermo Beltrán, como se desprende de la lectura del fallo que transcribe parcialmente.

El sentenciador de segunda instancia, tomó "las variantes del tiempo que el procesado ha planteado en el día de los hechos, para considerar que se trata de un preconcebido plan en el cual alcanzó a verificar el hecho criminoso, y luego se trasladó a los sitios que visitó, con el propósito de proporcionarse una coartada. Así valoró el Tribunal la prueba, y el tema de la hora, que el recurrente vuelve a invocar ahora".

El censor presenta un criterio de valoración opuesto al del Tribunal con lo cual contaría la técnica, por cuanto haciendo alusión a un error de hecho, desarrolla uno de derecho por falso juicio de convicción.

El error de derecho expuesto también tiene yerros técnicos, pues el actor se limita a refutar las razones que tuvo el Tribunal, para rechazar las explicaciones del procesado y darle credibilida a Carmenza Morales Sánchez, contraponiendo su personal criterio al del Tribunal, porque en su concepto ese testimonio debió ser desechado por tratarse de la hermana del occiso, debiendo acogerse por el contrario los de Uriel Ricaurte García,

Albeiro Camargo Muñoz, Januario Rada Tapia y María Antonia Méndez Godoy, por ser imparciales y encontrarse en compañía del interfecto. Sin embargo, el casacionista no demostró que el juzgador hubiese incurrido en ostensible error de apreciación probatoria.

En esencia la inconformidad radica en la credibilidad y valor de convicción que se le otorgó a la prueba testimonial. Al respecto se debe recordar que ninguna clase de prueba incluyendo la testimonial y la indiciaria están sujetas a tarifa legal, sino al sistema de la sana crítica, en el que el juzgador realiza una valoración acorde con los principios de la lógica y la experiencia, así como con los datos de la ciencia. De conformidad con estas facultades difícilmente se puede incurrir en un falso juicio de convicción por indebida valoración de la prueba, como lo anhela el censor.

No es acertado pretender que el testimonio de Carmenza Morales Sánchez, carezca de valor probatorio por ser hermana de la víctima. La Delegada fundamentándose en un fallo de esta Corporación concluye que en este caso el proceso de valoración se realizó en concordancia con las reglas que rigen la materia.

Finalmente como no se demostraron los errores de hecho y/o de derecho denunciados en la demanda, por cuanto los testimonios incriminatorios censurados, "responden plenamente a las condiciones legales exigidas en su producción y apreciación que de ellas hizo el Tribunal para su convicción, junto con la prueba indiciaria deducida del análisis y valoración probatoria", el libelo debe ser desestimado y en consecuencia se demanda no casar la sentencia.

IV. Consideraciones de la Sala:

Con fundamento en la causal primera de casación pretende el censor una sentencia absolutoria en favor de su defendido argumentando la existencia de errores de hecho y de derecho.

Sobre el primero radica su ataque en que no fue tenida en cuenta la manifestación de ALVARO DIAZ VILLAR en la diligencia de audiencia pública cuando indicó que la distancia entre la casa de Diógenes Gutiérrez

y la cantina de Guillermo Beltrán la cubrió en aproximadamente diez minutos.

Revisadas las sentencias de primera y segunda instancia de ellas se desprende que sí existió valoración de la prueba, situación distinta es que habida cuenta la gran cantidad de contradicciones que se presentan en la versión del procesado y las de aquellas personas que supuestamente corroboran su dicho, no hubiesen merecido credibilidad después de haberla analizado a la luz de la sana crítica.

Así el Tribunal señala:

> "El mismo justiciable en su injurada asegura que luego de recoger el 'toldo' donde labora con su mujer 'tipo seis de la tarde' en la localidad de la Aurora, se encaminó a la vereda La Pepina a hacer un negocio de un muleto con DIOGENES DURAN (GUTIERREZ), pues 'nos quedamos a (*sic*) encontrar en la casa de él' a donde llegó ese domingo aproximadamente 'a las 6:45' de la tarde y únicamente estaba en la cantina de Guillermo Beltrán, y luego *de esperarlo* 'un buen ratonón (*sic*)' se fue a buscarlo y *'alla llegué aproximadamente como a las nueve de la noche'* (negrillas extratextuales).
>
> "Empero, resulta que es la propia señora MARIA NORMA DIAZ DE CASTRO quien empieza el desmonte de la pretendida coartada del procesado, cuando afirma que ciertamente éste llegó a su casa en la vereda La Pepina 'cerca de las siete de la noche' porque ya estaba entre oscuro y claro, en busca de su marido DIOGENES GUTIERREZ a quien apellidan 'DURAN' porque así es el apellido del padre 'pero él no lo reconoció', y a pesar de informarle que no estaba pues se hallaba más arriba tomando, lo espero 'para mí tengo unos diez minutos' y salió en su búsqueda a la cantina de don Guillermo Beltrán a donde se gasta desde su casa 'unos diez minutos a pie'. Nótese aquí la primera y grave contradicción entre una y otra versión, ya que teniendo en cuenta que ALVARO dice que llegó a la 6:45 de la tarde y ciertamente MARIA NORMA asegura que no eran las siete cuando arribó sino que eran cerca de las siete, pues estaba entre

oscuro y claro, demorándose allí 'un ratonón (*sic*)' al decir de ALVARO y que la testigo fija aproximadamente 'diez minutos', es obvio que el procesado se fue a buscar a DIOGENES faltando cinco minutos para las siete de la noche y como quiera que la cantina de Guillermo Beltrán queda también a unos 'diez minutos' de allí debió llegar donde aquel a las siete y cinco minutos y no como a las 'nueve de la noche' según lo afirma el propio procesado, esto es, que en recorrer la distancia que hay entre la casa de MARIA NORMA a la cantina de Guillermo Beltrán donde estaba DIOGENES y sólo media entre una y otra diez minutos, gastó el incriminado una (1) hora y cincuenta y cinco (55) minutos.

"¿Qué nos está indicando lo anterior? que no es que a ALVARO se le esté atribuyendo el don de la ubicuidad, sino que dentro de su preconcebido plan tuvo tiempo suficiente para desplazarse por terreno suficientemente conocido por él desde la vereda La Pepina luego de salir de donde la declarante MARIA NORMA DIAZ hasta el sitio de los acontecimientos ejecutar la acción dolosa, pues conocía la ilicitud del hecho y no obstante quiso su realización, y luego encaminarse a la tienda-cantina de Guillermo Beltrán, apreciación razonada teniendo en cuenta que entre la vereda La Pepina y el caserío de La Aurora existe una distancia que se cubre a pie en treinta minutos, tal como lo atesta la exponente en mención y su marido DIOGENES GUTIERREZ a quien nos referiremos seguidamente".

El sentenciador no desconoció la prueba que se reclama como tal por el censor, simplemente después de valorarla, tomando las variantes de tiempo expuestas por el procesado, concluye que sus manifestaciones son falsas, siendo evidente que todo obedeció a un plan preconcebido para acabar con la vida de Germán Morales.

Del contenido del libelo se desprende la inconformidad del actor frente a la conclusión del Tribunal, con lo que termina contraponiendo su personal criterio de valoración al del fallador, olvidando que en la medida que se analicen las pruebas acorde con la sana crítica, si la conclusión a la que se llega no coincide con la del defensor no por ello puede decirse

que hay un error demandable en casación, máxime que la sentencia está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En cuanto al error de derecho que arguye, fundamentado en que se le dio entera credibilidad a las versiones de las hermanas del hoy occiso sin tener en cuenta los lazos de sangre que las unían con Germán Morales, se deben hacer algunas aclaraciones:

Es al Juez, a quien corresponde valorar las pruebas acorde con la sana crítica, esto es, acatamiento a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, y en consecuencia en la medida que las respete puede determinar el grado de credibilidad de los diferentes medios de convicción, sin que su raciocinio pueda ser atacado válidamente acudiendo a este extraordinario medio de impugnación.

Los lazos de parentesco entre testigos y occiso no son razones suficientes para que de manera inmediata sus versiones sean tachadas de parcializadas y en consecuencia tenidas como no merecedoras de credibilidad. Situación diversa se presenta cuando al valorarlos se establece interés en perjudicar al procesado o torpedear la investigación con un manifiesto ánimo vengativo, pero no es éste el caso de las señoritas Morales, quienes simplemente señalaron al señor DIAS VILLAR como el autor de estos hechos toda vez que lo vieron disparar contra su familiar. Afirmaciones que se ven ratificadas por Januario Rada, Ana Doris Santos y Carmenza Cubides, quienes indican cómo Carmenza Morales instantes después de haberse producido el disparó exclamó que Alvaro Díaz había matado a su hermano Germán.

Al respecto recordemos el análisis del Tribunal:

> "No encuentra la Sala afectados de parcialidad alguna los testimonios de las hermanas del interfacto CARMENZA y EDILMA MORALES SANCHEZ, ni de la novia de aquel CARMENZA CUBIDES SANTOS, ni de la madre de esta ANA DORIS SANTOS BOBADILLA, por los lazos familiares y de afecto que las unía con el occiso, porque es el propio defendido ALVARO DIAZ VILLAR quien junto a los declarantes MARIA NORMA DIAZ DE CASTRO y su marido DIOGENES

GUTIERREZ quienes se encargan de darles credibilidad al destruir la coartada que se quiso montar, para pretender hacer creer que a la hora en que se agotó el crimen de GERMAN MORALES SANCHEZ, el acusado DIAZ VILLAR se hallaba en sitio diferente y por ende no podía estar en dos lugares distantes a la vez, pues ya vimos en la parte considerativa como sí tuvo el tiempo suficiente para desplazarse de un lugar a otro aprovechando el perfecto conocimiento que tiene de la región".

El aparte anterior deja ver con claridad el proceso de valoración realizado por el Tribunal, en donde acudiendo a las reglas de la sana crítica, determina el grado de credibilidad de los diferentes testimonios.

Como lo recuerda el colaborador del Ministerio Público, esta Sala en providencia de marzo 19 de 1992, dilucidó una situación similar. Lo manifestado en aquella ocasión es aplicable al proceso en cuestión, por lo que nos permitimos transcribirla:

"Es verdad que en muchos casos los testimonios de parientes, amigos íntimos o de persona con quien exista grave enemistad, entre otros, deben examinarse con especial cuidado por el juzgador porque el juego de los sentimientos les puede restar independencia e imparcialidad en sus dichos llevándolos a desfigurar la verdad o a callar el cómo y el por qué de la agresión u ofensa. Pero no se puede a priori y por este solo hecho calificar de falsa una prueba de esta naturaleza, en especial si se trata, como en el caso en examen, de una manifestación directa sobre los hechos materia del proceso, que se encuentra apoyada por otros elementos de convicción. Es al juez dentro de la sana crítica a quien corresponde apreciarlo para aceptarlo si le merece credibilidad o para rechazarlo si lo considera interesado y contrario a la verdad real del proceso. Por lo general, en materia penal el testimonio de un pariente de cualquiera de los sujetos procesales, no puede ser rechazado de plano por el solo hecho del vínculo de consanguinidad, sino que debe ser examinado en armonía con todo el caudal probatorio y apreciado en su justo valor como elemento de convicción en las decisiones jurisdiccionales".

Por otra parte igualmente fundamenta la existencia del error de derecho, por "no concederle el valor que la ley le otorga al testimonio" y más concretamente a las versiones de Uriel Ricaurte García, Albeiro Camargo Muñoz, Januario Rada Tapia y María Antonia Méndez Godoy.

El censor olvida que el sistema de la tarifa legal probatoria, según el cual era la ley la que previamente determinaba el valor de los diversos medios de convicción, no rige el proceso penal colombiano. Actualmente nos regulamos por el sistema de la sana crítica, en virtud del cual, será el juez el que después de apreciar racionalmente los diversos medios de convicción, determinará el valor de los mismos.

Pero además hace más confusa la situación, cuando posteriormente invoca que estos testimonios no fueron valorados con respecto a las reglas de la sana crítica. La tarifa legal probatoria y la sana crítica, son sistemas que por su naturaleza y criterios de valoración son opuestos entre sí, no siendo lógico invocar su aplicación en forma simultánea.

Por otra parte del contexto de las sentencias de primera y segunda instancia se desprende que el fallo condenatorio fue producto de un análisis ponderado y racional de los diversos medios de convicción, lo que permitió que se adquiriera certeza sobre la responsabilidad penal de ALVARO DIAZ VILLAR.

Al no estar demostrados los errores de hecho y de derecho y por el contrario ser evidente que la sentencia no tiene vicios de ilegalidad, se debe desestimar la demanda por no tener la capacidad para poner en actividad la función anulatoria de esta Corporación.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION

1. Se debe recordar que la Corte no puede corregir una demanda o tomarse la libertad de terminar de hacerla, entendida esta limitación, por ejemplo, como cambiar la causal escogida por el censor o alterar el motivo o el sentido de la violación o proceder –ante lo incompleto del ataque– o perfeccionarla llenando el vacío dejado por el demandante.

2. Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo a la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

Las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearles como error de hecho genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

No es lo mismo que se ignore la existencia de un elemento probatorio –error de percepción de la prueba–, porque en el primer caso se le está teniendo como no existente, mientras que en el segundo se respeta el contenido de la misma, pero el juez considera que no amerita credibilidad.

3. En materia de este recurso extraordinario, no es suficiente que una prueba sea desconocida por el juez, sino que además se requiere que la misma sea de tal entidad que necesariamente tendría la capacidad para darle un curso distinto al resultado

final del proceso, es decir no basta que se presente el yerro alegado, sino que es exigencia del recurso, que el mismo sea de tal entidad que sea causa directa de la legalidad del fallo, es decir, que tenga idoneidad para incidir en la decisión tomada.

En sede de casación no se trata de lanzar argumentos que puedan ser válidos frente a una hipótesis probable de interpretación de la demanda o aún de la sentencia, sino que se requiere demostrar los yerros del fallador y la trascendencia de ellos en el contenido de la sentencia.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 92.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de CARLOS ALFONSO MORALES TORRES, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmatoria de la dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa ciudad, pero reformada en el sentido de imponer la condena al pago de perjuicios sólo en favor de la señora María Emilse Rivera de Cárdenas.

I. Hechos y actuación procesal:

El martes 28 de abril de 1992, siendo aproximadamente las ocho y media de la noche, dentro de las instalaciones del Club Electrolima, ubicado en la vía que conduce del barrio Gaviota al barrio El Salado, de la ciudad de Ibagué, murió en forma violenta el señor FABIO CARDENAS.

Como autor de este hecho desde un principio se sindicó a CARLOS ALFONSO MORALES TORRES, celador de profesión, quien se encontraba de turno de vigilancia esa noche, el cual desde un primer

momento manifestó que tuvo que repeler el ataque de cuatro individuos que dispararon en veinte oportunidades, y que buscaban cometer un ilícito contra el patrimonio económico.

El señor Cárdenas se dirigía a su sitio de trabajo –Molino El Sendero– correspondiéndole pasar por el frente del Club Electrolima.

Realizada la diligencia de levantamiento del cadáver al occiso, se le encontraron cuatro orificios de entrada que permiten manifestar que recibió igual número de disparos, que conllevaron su deceso.

La investigación fue realizada por el Juzgado treinta y siete de instrucción criminal radicado en Ibagué, despacho que vinculó mediante indagatoria a CARLOS ALFONSO MORALES TORRES a quien le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Perfeccionada la investigación en lo posible, se cerró la misma, procediéndose a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de HOMICIDIO en contra del procesado.

Al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué le correspondió conocer de la causa, una vez realizada la diligencia de audiencia pública dictó sentencia de primera instancia, en la que condenó a CARLOS ALFONSO MORALES TORRES al encontrarlo responsable como autor del delito de HOMICIDIO, imponiéndole una pena de diez (10) años de prisión.

Interpuesto el recurso de apelación contra esta decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior confirmó la sentencia condenatoria con la reforma indicada anteriormente.

II. La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación cuerpo segundo, arguye el demandante que las sentencias de primera y segunda instancia son violatorias del artículo 29 No. 4o. del Código Penal, por la concurrencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

1. Violación indirecta por error de derecho en la valoración de la prueba.

El artículo 254 del Código Penal, dispone que las pruebas deben ser valoradas en forma conjunta de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En el proceso el fallador de segunda instancia valoró el material probatorio recaudado en forma distinta a la consagrada por la norma citada, cimentándose la sentencia en pruebas aisladas.

La inspección judicial arrojó como resultado que el occiso se encontraba dentro del inmueble y accedió al mismo de manera clandestina y con propósitos ilícitos. Igualmente se estableció que su muerte ocurrió dentro de las dependencias del Club Electrolima y que para desplazarse a su sitio de trabajo no era necesario pasar cerca al lugar donde fue hallado. Así mismo se observó que existe gran distancia entre la carretera que conduce a Ibagué a El Salado y el sitio donde fue hallado y adicionalmente que entre la cerca limítrofe del inmueble y el borde de la carretera hay una gran distancia, encontrándose el terreno enmontanado lo que dificulta su ingreso, con lo que se concluye que no se puede dictar sentencia condenatoria porque no existe certeza sobre la responsabilidad del procesado.

2. Violación indirecta por error de hecho en la valoración de la prueba.

Considera que el yerro se configura por lo que sigue:

a) Las declaraciones de Armando Castañeda y Pablo Gamboa carecen de respaldo probatorio, habiendo sido infirmadas por la prueba documental aportada por la defensa.

b) Se ignoró totalmente la prueba médico legal que determina documentalmente que el procesado recibió un impacto de bala en su pierna, lo que confirma que simplemente contestó el ataque de que era víctima.

c) Se desconoció el hecho de que el occiso fue hallado dentro de las instalaciones del Club Social, sin que existiera justificación de orden legal.

Por lo anterior el fallo ignora el artículo 29 numeral 4o. del Código Penal en detrimento de los derechos de su defendido.

Finalmente explica qué se entiende por introducción en habitación ajena y por legítima defensa, apoyándose en conceptos de Antonio Vicente Arenas y Alfredo Molinario, solicitando como corolario de todo lo anterior que se case la sentencia y absuelva a su defendido.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considerando que no se dan argumentos sólidos que tiendan a la demostración de los cargos formulados, lo que constituye una falta de técnica en la sustentación solicita a la Sala, la desestimación de la demanda.

Los dos cargos, en su concepto, se quedaron en un simple enunciado, al no desarrollar las censuras formuladas, ya que no fueron acompañadas de análisis alguno respecto de las pruebas a que se aludió en cada uno de ellos; tampoco se indicaron las normas medio que condujeron a la violación indirecta con excepción del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, quedando a la imaginación de la Corte la labor de establecer en qué forma los yerros cometidos sobre las pruebas, afectaron el contenido de la sentencia impugnada.

Además de lo anterior, existe contradicción en los argumentos del censor, al afirmar que la conducta se encuentra amparada por una causal de justificación para posteriormente pregonar que en el expediente no se encuentran los suficientes medios de convicción que avalen una sentencia condenatoria. Contradicción que se presenta porque con el primer planteamiento –violación del artículo 29 No. 4–, se persigue el reconocimiento de una justificante, mientras que en el segundo –violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal– está implícita la aceptación de que la conducta fue antijurídica sólo que no se logró demostrar cabalmente la responsabilidad de su defendido.

El censor parte de una premisa no demostrada, cuando manifiesta que el occiso fue encontrado en las dependencias del club social custodiado por su patrocinado, de lo que se infiere que ingresó en forma clandestina y con propósitos ilícitos, partiendo de esta afirmación para expresar que se encuentra demostrado que el occiso no tenía que pasar por el sitio donde fue hallado, concluyendo que como el terreno se hallaba enmontanado, desarrolló una actividad propia de los delincuentes más avesados. Esto evidencia que el censor antepone su personal forma de ver los acontecimientos a las conclusiones del sentenciador, el cual como se ve, si analizó los medios de convicción en su conjunto.

Finalmente y en relación con los errores de hecho, la Delegada transcribe apartes del fallo de la Corporación de instancia, demostrando que ni se desconoció la prueba médico-legal, ni la que tiene que ver con la presencia del occiso en el lugar de los hechos.

Por todo lo anterior se ratifica en su petición inicial.

IV. Consideraciones de la Corte:

El actor al amparo de la causal primera cuerpo segundo, ataca la sentencia al estimar que existió violación indirecta del artículo 29 No. 4 del Código Penal, por la concurrencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, presentando dos cargos.

1. Violación indirecta por error de derecho en la valoración de la prueba.

Argumenta el libelista que las pruebas no fueron apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica y a renglón seguido se dedica a presentar conclusiones que en su concepto se derivan de la inspección judicial, sin concretar en momento alguno su ataque, en la medida que sólo manifiesta que no existió valoración de la prueba acorde con el mandato del artículo 254 del estatuto procesal, dejándole a la Sala la tarea de determinar si se respetaron las reglas de valoración probatoria. Al respecto se debe recordar que la Corte no puede corregir una demanda o tomarse la libertad de terminar de hacerla, entendida esta limitación, por ejemplo, como cambiar la causal escogida por el censor o alterar el motivo o el sentido de la

violación o proceder –ante lo incompleto del ataque– o perfeccionarla llenando el vacío dejado por el demandante.

Pero además sus conclusiones en algunos casos no son ciertas y en otras partes de premisas equivocadas, dejando ver en el fondo que su ataque está encaminado a controvertir el proceso de valoración del Tribunal.

Así, afirma que en la diligencia de inspección judicial se constató que el occiso se encontraba dentro del inmueble y que accedió con propósitos no determinados, pero lógicamente ilícitos.

Es verdad que el occiso fue encontrado muerto en predios del Club, pero de allí no se puede concluir que había ingresado en forma ilícita al miismo, naturalmente el defensor trata de respaldar la posición del procesado, presentando su personal criterio sobre la forma como ocurrieron los hechos, pero olvidando que tanto el Juez de Primera Instancia como el Tribunal, después de haber valorado el material probatorio en forma conjunta y acorde con los criterios de sana crítica esto es, la lógica, la ciencia y la experiencia, concluyeron en forma distinta.

En el expediente no existe elemento probatorio que señale que efectivamente el hoy occiso ingresó en compañía de tres individuos más a hurtar, porque los testigos señores José Mirai Bello, José Elepso Núñez Corral y José Antonio Vanegas, sólo percibieron en el lugar de los hechos la presencia de los protagonistas de este suceso. Pero además al señor Cárdenas lo único que se le encontró fue una bolsa de leche y dos mogollas que había comprado para consumir mientras cumplía su labor como celador del Molino El Sendero.

También se realizó la experticia técnica correspondiente en la que se estableció que la reacción de coloración para determinar muestras dermotérmicas en los dorsos de las manos derecha e izquierda de Fabio Cárdenas, dando resultado negativo, esto unido a lo anterior y al hecho de que el sindicado manifestó que dos de los instrusos estaban a diez metros de distancia de él y los otros a ocho metros y que él les disparó persiguiéndolos, lo cual está desvirtuado porque el occiso no tiene ningún disparo en la espalda y además que todos fueron hechos a menos de un

metro de distancia, permitió concluir en forma lógica a los jueces de instancia que este señor no había disparado arma alguna y que además: "Fabio Cárdenas no era intruso dentro de las instalaciones porque posiblemente a base de engaño de su víctima ingreso a las instalaciones del mencionado Club con los resultados conocidos y nefastos". No se puede olvidar que dentro de la actuación obra prueba que indica que con anterioridad habían existido altercados entre uno de los celadores del Club Electrolima y Cárdenas.

Igualmente afirma el actor que dentro de la diligencia se estableció que existe una gran distancia entre la carretera que conduce de Ibagué a El Salado y el sitio donde falleció Fabio Cárdenas.

Revisada la diligencia de inspección judicial, encontramos la siguiente anotación a folio 57 vuelto:

> "igualmente se hace constar que necesariamente por factor de distancia, estado de la vía, éste era el recorrido que forzosamente debía hacer el occiso y pasando por frente de la entrada del Club de Electrolima, recorriendo predios de este club en extensión aproximada de trescientos metros".

Además existe la declaración de la señora María Emilse Rivera de Cárdenas y de Edgar Moreno –administrador del molino–, quienes afirman que para llegar a su sitio de trabajo era indispensable que el sujeto pasivo de este ilícito pasara por dicho lugar, resultando ilógica la afirmación del actor.

Todo lo anterior le permite manifestar a esta Sala que analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo a la sana crítica para tomar una decisión es función que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo.

Finalmente se debe recordar que de conformidad con el artículo 225 No. 3o. del Código de Procedimiento Penal, la causal aducida deberá ir

acompañada en forma clara y precisa de los fundamentos de ella citando las normas que el recurrente estime infringidas, mandato que no fue tenido en cuenta ya que ni se mencionaron las normas medio que se estimaron vulneradas, ni se presentaron argumentos coherentes propios del error de derecho alegado.

El cargo no puede prosperar.

2. Violación indirecta por error de hecho en la valoración probatoria.

El título con el que se enuncia el cargo, deja ver el desconocimiento que sobre el tema tiene el actor. Las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearlas como error de hecho genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad.

En desarrollo del cargo afirma que varias pruebas fueron desconocidas o ignoradas, como serían la prueba médico legal –determina que el procesado recibió un impacto–, la prueba documental aportada por la defensa, aunado lo anterior al desconocimiento del hecho que el occiso fue encontrado dentro de las instalaciones del club social, sin que existiera la más mínima justificación legal, para a renglón seguido atacar el grado de convicción de las deposiciones de Armando Castañeda y pablo Gamba, ya que en su concepto: "son carentes de respaldo probatorio y por el contrario han sido infirmadas por la prueba documental aportada por la defensa".

No es lo mismo que se ignore la existencia de un elemento probatorio –error de percepción de la prueba– a que se le dé o no credibilidad al mismo –acto de valoración de la prueba–, porque en el primer caso se la está teniendo como no existente, mientras que en el segundo se respeta el contenido de la misma, pero el juez considera que no amerita credibilidad.

En este caso el actor entremezcla argumentos propios del yerro alegado, con aquellos propios de las instancias en los que es perfectamente viable controvertir el proceso de valoración realizado por el funcionario

judicial. Por el contrario el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia, sino un medio extraordinario de impugnación en el cual se debe demostrar la ilegalidad del fallo, por haber incurrido el Juez en un error *in iudicando* o *in procedendo* demandable a través de las causales taxativamente señaladas en la ley.

No es cierto que se haya ignorado la prueba médico legal que determinó que el procesado recibió un impacto de arma de fuego. La misma fue valorada en conjunto con las demás, pero de ella el Tribunal desprendió conclusiones distintas a las del defensor, constituyéndose nuevamente este punto en el centro de la discusión del demandante.

Así el Juez de primera instancia a folios 20 y 21 de su sentencia manifiesta:

> "Pero fuera del anterior hecho significativo hay otro que desvirtúa totalmente la confesión del sindicado, porque las pruebas afirman lo contrario, pues no es cierto que el victimario resultara herido en los primeros tiros que le hicieron pues según los testigos José Miray Bello, José Antonio Vanegas y José Alepso Núñez Corrales afirman que una vez llegaron a la malla divisoria llegó corriendo el celador de Electrolima y dijo que lo habían atracado, y siguió corriendo hacia el lado de la caseta de vigilancia y al rato fue que los testigos oyeron el último disparo y después se escucharon las voces de auxilio y que llamaran a la Policía. Este hecho nos confirma junto con otras pruebas que fue Carlos Alfonso Morales Torres el que se causó la herida o sea que él personalmente con su revólver que portaba se causó la herida, y es que fuera de la prueba testimonial *existe la prueba científica del Médico Legista cuando a folio 143 del cuaderno número 2 dice: 'Lo anterior significa que el proyectil ingresó al muslo izquierdo por su cara interna a nivel del tercio medio y salió por el tercio medio cara posterior del mismo. La orientación del proyectil pudo haber sido en un plano casi horizontal y en forma oblicua y de derecha a izquierda así mismo este proyectil interesó tejidos blandos como porción tejido celular subcutáneo y músculo*'. O sea que el proyectil siguió la trayectoria de arriba hacia abajo, y es por eso que el Agente de Policía Judicial Edgar

> Nicolás Aguirre en su declaración informa que en la investigación de los hechos se trasladó al Centro Médico Javeriano y allí pudo observar el pantalón que tenía puesto ese día el celador y se dio cuenta que el proyectil tenía la trayectoria de arriba hacia abajo, anotando que con los Agentes del F-2 que se encontraban se preguntaban 'como fue que le dispararon' (folio 90-1,C)". (Folios 206 y 207 –negrillas extratextuales).

En lo que tiene que ver con la prueba documental aportada por la defensa, revisado el expediente encontramos que ella consiste en un recorte de periódico donde la prensa informa cómo ocurrieron los hechos, así como unos informes donde se señala que con anterioridad efectivamente al Club Electrolima habían ingresado personas extrañas a hurtar.

Al respecto se debe precisar, que en materia de este recurso extraordinario, no es suficiente que una prueba sea desconocida por el juez, sino que además se requiere que la misma sea de tal entidad que necesariamente tendría la capacidad para darle un curso distinto al resultado final del proceso, es decir no basta que se presente el yerro alegado, sino que es exigencia del recurso, que el mismo sea de tal entidad que sea causa directa de la ilegalidad del fallo, es decir, que tenga idoneidad para incidir en la decisión tomada.

En el caso en estudio, ni el recorte de periódico que sólo muestra una versión de los hechos, ni los informes que dan fe de la comisión de ilícitos con anterioridad, pueden tener incidencia en el proceso, porque con ellos no se desvirtúa la responsabilidad del procesado.

En lo referente al hecho de haber sido hallado el occiso en las instalaciones, el Tribunal manifestó:

> "El victimado era, además, de buena personalidad, y no un ladrón como se le ha querido mostrar; de absoluta confianza de su patrón quien no sólo le confiaba la seguridad del Molino en que laboraba desde años antes, sino las propias llaves de sus instalaciones, las que precisamente le fueron encontradas al hacer su levantamiento, y devueltas por el instructor a su dueño. Su presencia en el sector en que resultó

lesionado, no era insólita o inusual, ya que era paso obligado para ir o regresar al sitio de trabajo, teniendo en cuenta el sector donde vivía. Esa noche, el señor CARDENAS tenía o debía concurrir al sitio de trabajo, según lo dice su mismo patrón y lo confirma su compañero de labor que se quedó esperándolo en el lugar acordado bien cerca donde fue sacrificado, hallándose total y absolutamente inerme, y en cambio sí con los cometisbles que llevaba para ingerir en el lugar donde debía laborar" (folio 14 sentencia Tribunal).

Las transcripciones anteriores permiten señalar que lo existió error de hecho alguno, como equivocadamente lo ha pregonado el demandante.

Pero además como lo señala el colaborador del Ministerio Público:

"...exhibe el escrito una seria contradicción que impone también su desestimación, cual es la de afirmar que la conducta del encartado se hallaba amparada por una causal de justificación, –que es lo que hasta la saciedad predica–, para a renglón seguido, pregonar que en el expediente no se encuentran suficientes medios de convicción que avalen una sentencia condenatoria. Esta contradicción se presenta porque con el primer planteamiento (violación del artículo 29.4 del Código Penal), se persigue el reconocimiento de una justificación en el comportamiento del procesado por la realización de un tipo permisivo, en tanto que en el segundo (violación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal) se encuentra implícita la aceptación de que la conducta fue antijurídica, sólo que el expediente no logra demostrar cabalmente la responsabilidad del encartado o la certeza del hecho punible, como lo pregona la norma citada" (Folio 5 concepto delegada).

Finalmente da algunos conceptos apoyado en tratadistas sobre lo que entiende por penetración arbitraria o clandestina y legítima defensa, análisis que se queda en el campo estrictamente teórico sin concretarlo en el caso en estudio, olvidando que en sede de casación no se trata de lanzar argumentos que puedan ser válidos frente a una hipótesis probable de interpretación de la demanda o aún de la sentencia, sino que se requiere

demostrar los yerros del fallador y la trascendencia de ellos en el contenido de la sentencia.

La demanda no está llamada a prosperar.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

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

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

PENA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La prohibición que la Constitución establece de desmejorar la situación del procesado ha sido entendido por esta Sala, no sólo en relación con la cuantificación punitiva que finalmente se impone, sino en todos aquellos aspectos que desmejoren la entidad de la condena, todo sujeto a la legalidad de las penas.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 091 de 17 de agosto de 1994.

Vistos:

El 6 de mayo de 1993 el Juzgado Quince Penal del Circuito de Medellín condenó a María Mabel Arroyave Barrera a la pena principal de 16 años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en perjuicio de Martha Elena Rúa Hoyos.

El Tribunal de Medellín confirmó la anterior decisión en sentencia del 28 de julio de 1993, pero disponiendo que la pena principal a imponer sería de 9 años de prisión.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda por reunir las exigencias legales.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal emitió el concepto que en este recurso corresponde al Ministerio Público, solicitando se casara parcialmente el fallo impugnado.

Ahora, la Sala de Casación Penal procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos:

A las dos de la mañana del 11 de mayo de 1992, la procesada María Mabel Arroyave Barrera, en compañía de dos hombres, derribó la pruerta de la casa que habitaba Martha Elena Rúa Hoyos, ubicada en el Barrio Robledo de Medellín, quien fuera violentamente sacada del lugar de su residencia, en presencia de Paola Andrea Hernández, hija de la procesada y Sara Cristina Escobar hija de la víctima.

El mismo día se hizo el levantamiento de un cadáver en las cercanías de la Universidad de Antioquia y debajo del viaducto del tren meptropolitano, que posteriormente reconocería en el anfiteatro de esa ciudad, un hermano de la víctima.

Actuación procesal:

El proceso penal se inició mediante auto del 13 de mayo de 1992; en consecuencia, al día siguiente fueron sometidas a indagatoria María Mabel Arroyave Barrera y Paula Andrea Hernández Arroyave.

El 19 del citado mes se decidió la situación jurídica de las sindicadas disponiendo la detención de la primera de las indagadas y absteniéndose de hacerlo respecto de la segunda.

Concluída la instrucción, con fecha del 4 de septiembre de 1992 se dictó resolución de acusación contra María Mabel Arroyave Barrera por el delito de homicidio agravado.

El 14 de abril de 1993 se realizó la diligencia de audiencia pública. Y en el mismo año se profirieron las sentencias correspondientes a las instancias; la de primera el 6 de mayo y la de segunda el 28 de julio siguiente.

Los argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal primera la impugnante propone una violación directa de la ley, porque la defensa, como única apelante, impugnó la

sentencia de primera instancia que le impuso a la procesada la pena de 16 años de prisión; sin embargo, en la segunda instancia el Tribunal, por tratarse de un homicidio agravado, partió del mínimo imponible de 16 años de prisión, habida cuenta de los buenos antecedentes de la implicada, pero la incrementó en dos años más, aduciendo la existencia de las agravantes genéricas de los numerales 4 y 7 del art. 66 del C.P. esto es, por la "ponderación derivada de la preparación de medios y complicidad de dos individuos..." y una vez hecho el cómputo total de 18 años, rebajó la mitad al reconocer la atenuante del art. 60 del C.P.

Considera la censora que a pesar de que finalmente se rebajó el total de la pena, sí hubo un aumento de dos años por agravantes genéricas que no había deducido el Juzgado del Circuito, contra la expresa prohibición constitucional del art. 31. Por ello, finalmente solicita se case la sentencia para que de la pena se deduzcan las agravaciones y que esa determinación incluya "la multa impuesta".

Criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

Al encontrar que le asiste razón al censor, el representante de la sociedad solicita se case parcialmente el fallo impugnado porque en la primera instancia se dosificó la pena mínima al deducir la buena conducta anterior; pero en la segunda al mismo tiempo que se reconoció la diminuente de la ira (art. 60 C.P.) también se dedujeron las agravantes genéricas previstas en los numerales 4 y 7 del artículo 66 del C.P. que no habían sido consideradas en la primera instancia.

De lo anterior concluye: "Por descontado la condición de apelante único que reviste en este evento María Mabel Arroyave Barrera pues a través de su representante judicial se interpuso el `Unico' recurso de apelación que dio lugar a la revisión del fallo de primera instancia, salta a la vista la infracción del art. 31 de la Carta en que incurrió el *Ad-quem*, al desatar el recurso de alzada, como acertadamente lo sostiene y denuncia la censora". "Pues independientemente de que a consecuencia del reconocimiento de la diminuente de punibilidad prevista en el art. 60 del C.P., en los términos que fue reconocida en la sentencia impugnada, la pena judicialmente impuesta por el *a-quo* de dieciséis (16) años de prisión, se hubiese visto finalmente disminuida en la proporción allí estipulada, ello no autorizaba al superior a

agravar la pena impuesta por el juzgador de instancia, deduciendo las causales genéricas de agravación (4 y 7 del art. 66 del C.P.) que no habían sido tenidas en cuenta en el fallo apelado para la tasación punitiva, y dando lugar a que la reducción por la atenuante de la ira, en la mitad, no correspondiera a la legalidad de la pena judicial inferior por el *a-quo*".

El Delegado, entonces, considera que se debe hacer la tasación de la pena sin tener en cuenta las agravantes genéricas y ello lo conduce finalmente a pedir que se case la sentencia atacada.

Consideraciones de la Sala:

Evidentemente, en primera instancia se impuso la pena mínima para el delito de homicidio agravado, teniendo en cuenta la buena conducta anterior de la procesada; y es igualmente claro que la decisión de primera instancia sólo fue recurrida por la defensa, condiciones que concretan las exigencias del artículo 31 de la Carta Política, para que la sanción impuesta en primera instancia no pueda ser agravada por el superior. En ello razón le asiste al impugnante y al representante del Ministerio Público.

De la misma manera es cierto que, de una parte, el Tribunal Superior de Medellín reconoció el atenuante de la ira en el obrar de la procesada, que no había sido considerado en primera instancia, pero de otra, dedujo dos agravantes genéricas que el *a quo* tampoco había previsto en su decisión. Y bajo estos parámetros se efectuó nuevamente la tasación de la pena, de tal manera que el mínimo impuesto en primera instancia se aumentó en dos años sumando un gran total de 18 años, cifra de la cual se rebajó la mitad por la diminuente reconocida por la ira, fijando la pena principal en nueve años de prisión.

Así las cosas, si bien es cierto que la pena señalada en primera instancia finalmente se rebaja porque los 16 años quedaron reducidos a 9, a la postre la reducción que correspondía por el reconocimiento de la atenuante de la ira, se realizó en un porcentaje inferior al que se tenía derecho, en razón de que el descuento de la mitad ha debido aplicarse sobre la pena impuesta en primera instancia, esto es, sobre los 16 años fijados por el juez de conocimiento, de tal manera que su aplicación ha debido dar como resultado una pena privativa de la libertad de ocho años.

Dadas las condiciones preestablecidas por el artículo 31 de la Carta, es evidente que el Tribunal de Medellín carecía de facultad para deducir contra la procesada circunstancias de agravación punitiva que no hubieran sido consideradas en primera instancia, porque de esa manera terminó por incrementar la pena en dos años, vulnerando así aquella previsión constitucional que consagra el principio de la *reformatio in pejus*, que la ley reitera en los artículos 17 y 227 del C. de P.P.

La prohibición que la Constitución establece de desmejorar la situación del procesado ha sido entendida por esta Sala, no sólo en relación con la cuantificación punitiva que finalmente se impone, sino en todos aquellos aspectos que desmejoren la entidad de la condena, todo sujeto al principio de legalidad de las penas.

Así por ejemplo, aunque refiriéndose a puntos de naturaleza similar, dijo:

> "Indudablemente que lo prohibido en forma expresa por el precepto en referencia es 'agravar la pena impuesta' y no solamente incrementarla. 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 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 adquire plena competencia para examinar el fallo con todas sus consecuencias y en su integridad..." (Sentencia de abril 9 de 1992, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Ahora bien, también conviene aclarar y recordar otro de los criterios de interpretación de la garantía constitucional que ocupa este pronunciamiento, cual es el de que la prohibición opera siempre y cuando que no se haya infringido la legalidad de la sanción. A ese respecto la Sala ha explicado:

> "Encuentra la Corte que no obstante existir objetivamente un incremento punitivo, el Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior *a-quo*, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en forma expresa y reiterada en la Carta (arts. 29 y 230).
>
> "En efecto, la Juez... teniendo en cuenta que el delito por el cual hacía responsable al procesado era el de homicidio agravado con la circunstancia 1a. del artículo 324 del C.P., consciente del límite mínimo de la sanción prevista allí, con total desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 67 *ibídem*, según el cual el mínimo de una sanción prevista en la ley sólo es aplicable cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 61 de la misma obra, optó por reducir, a partir de los 16 años de pena mínima para el delito, un año de prisión por cada atenuante genérico que halló probado en el acusado. El Tribunal Superior..., ante semejante dislate, se limitó a restablecer el orden jurídico señalando –que no agravando–, la pena en los 16 años por ser la sanción mínima señalada en la ley, que como criterio vinculante en forma imperativa para dosificar la pena señala el artículo 61 C.P. con la expresión 'Dentro de los límites señalados por la ley'.
>
> "La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado

por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

"Cuando la Constitución en su artículo 230 consagra la independencia del Juez al disponer inequívocamente que 'Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley', no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. Es evidente que el juez debe aplicar el mandato leal, por ser la expresión de la voluntad soberana del Estado, tal como objetivamente lo reconoce él en el caso concreto, y no según su discrecionalidad.

"....

"Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia" (C.S.J., Sentencia de julio 29 de 1992, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

En este proceso, a pesar de que el Tribunal finalmente redujo el quantum de la pena privativa de la libertad tasada por el *a quo*, no se puede pasar por alto el hecho de que el Juzgado de conocimiento condenó a la procesada como autora del hecho punible sin atenuantes ni agravantes de ninguna índole y en esas condiciones le irrogó la mínima pena de prisión que podía deducirse legalmente para el hecho cuya comisión se

sancionaba. Por lo tanto, sí hubo lugar para que el *ad quem* reconociera la atenuante de la ira, no podía desmejorar los restantes parámetros que sustentaron la condena en primera instancia, como a la postre lo hizo, deduciendo, además de la ira, circunstancias agravantes. Tal proceder, indudablemente atenta contra el principio constitucional de la *reformatio in pejus*, en la medida en que la primera instancia ya había definido que la inculpada era acreedora a la pena mínima permitida por la ley para la conducta ilícita por la cual se le responsabiliza. Entonces, después de admitir que actuó en estado de ira, y ante el supuesto de que esa tasación inicial no había desbordado los marcos de la legalidad, tampoco era posible deducir una pena distinta al mínimo aplicable en las condiciones consideradas por el Tribunal.

Las circunstancias precedentes conducen a casar la sentencia impugnada, porque en ella se advierte una infracción directa a le ley penal, en este caso concreto a los artículos 17 y 227 del C. de P.P.., y consecuentemente a la disposición constitucional antes citada, por ello, es del caso dictar sentencia de reemplazo, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del art. 229 del mismo estatuto.

Entonces, si la pena prevista en primera instancia fue de 16 años, y procede una disminución que no podrá ser mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, conforme lo prevé el artículo 60, aplicable por el reconocimiento de la atenuante de la ira, habiendo sido determinada esa rebaja en la mitad de la pena impuesta en primera instancia, la sanción a imponer en definitiva ha de ser la de ocho (8) años de prisión, disminución que en su medida también alcanza a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas. En todo lo demás, las sentencias de primera y segunda instancia quedarán sin modificación.

Conviene dejar en claro que en su demanda la casacionista censura al Tribunal de segunda instancia por no haber accedido a "rebajar la multa" a la sentenciada, afirmación que evidentemente es inexacta, por cuanto a la procesada no se le impuso pena pecuniaria alguna, ni podía serle impuesta, dado que la pena principal establecida para el delito de homicidio sea simple o agravado es exclusivamente la de prisión.

Es de entender que la demandante aludía a la condena por perjuicios; sin embargo como tal indemnización no es una pena, sino una consecuencia civil de la responsabilidad penal y, además, la Sala se debe circunscribir a los parámetros que señala el demandante, en cumplimiento del principio de limitación, no es del caso adentrarse en ese punto.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

Resuelva:

Casar parcialmente el fallo impugnado y en consecuencia se condena a María Mabel Arroyave Barrera a la pena principal de ocho (8) años de prisión como autora responsable del delito de homicidio agravado (art. 324, numeral 7), cometido en estado de ira e intenso dolor, provocado grave e injustamente (art. 60 C.P.) en perjuicio de quien en vida respondió al nombre de Martha Elena Rúa Hoyos.

Modificar, en la misma proporción, la pena accesoria de interdicción en derechos y funciones públicas.

Confirmar las sentencias en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

DEFENSOR / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD

Es evidente la falta de interés que le asiste al proponente, ya que, en su condición de defensor, no puede procurar una decisión que haga más gravosa la situación de su defendido. Aspirar a una declaratoria de nulidad desde la calificación sumarial porque la resolución acusatoria no abarcó todos los delitos configurados, es situación que implica el riesgo de ser vocado a juicio por todas esas infracciones penales que dice referir el proceso, y pedimento de tal jaez, no se aviene con el papel de la defensa.

La omisión en investigar y calificar un hecho punible de los varios que por unidad procesal deben investigarse y juzgarse en un mismo proceso no conduce a la invalidación de lo actuado, sino a la ruptura de la unidad procesal, doctrina que hoy prohija la ley.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 092.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado EVELIO TORRES CEDIEL contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmatoria de la del Juzgado 5o. Penal del Circuito de Garzón, en que se condenó por el delito de Acceso Carnal Violento a 48 meses de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y a la suspensión de la patria potestad por 5 años.

Hechos:

Los refiere con fideliad el fallo de primer grado, así:

"A finales del año de mil novecientos noventa y uno la denunciante Teresa de Jesús Trujillo Durán, debió ser intervenida quirúrgicamente y posteriormente recluida en la residencia de su hermana Isabel en procura de su plena recuperación.

Como consecuencia de lo anterior su marido Evelio Torres Cediel debió vivir en forma solitaria en su casa de habitación hasta donde su eposa le enviaba las comidas por intermedio de sus hijas menores.

Para el primero de enero de mil novecientos noventa y dos el procesado le dijo a su esposa que esa noche le dejara a su hija Johana Rocío para que se quedara en su casa y al día siguiente procediera a prepararle el desayuno. Efectivamente esa noche la menor Johana Rocío Torres pernoctó en la casa de habitación en la cual se encontraba su padre y éste aprovechando que se encontraban solos logró realizar en la menor infinidad de actos libidinosos, llegando a introducirle parcialmente su miembro viril por el orificio vaginal de la menor, habiéndole previamente impedido el movimiento de sus brazos.

De todo lo anterior la ofendida dio cuenta a su señora madre a quien también le comunicó que tal comportamiento era reiterativo y que había sido obligada por medio de la fuerza a su admisión".

Actuación procesal:

1. La investigación se inició en el Juzgado 4o. de Instrucción Criminal de Garzón (Huila) el 7 de enero de 1992, con base en la denuncia formulada por Teresa de Jesús Trujillo Durán en su calidad de madre de la ofendida Johana Rocío Torres Trujillo. A ella se vinculó mediante indagatoria al procesado EVELIO TORRES CEDIEL, a quien el instructor resolvió en enero 23 de 1992 su situación jurídica provisional, decretando

en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, otorgándole la libertad provisional caucionada. Perfeccionada la investigación, se clausuró el ciclo instructivo y calificó el mérito del sumario la Fiscalía Seccional Diecisiete de Garzón con resolución acusatoria en contra de TORRES CEDIEL el 29 de diciembre de ese mismo año, por el delito de Acceso Carnal Violento –agravado–, conforme descripción típica de los artículos 298 y 306-2 del Código Penal.

Por competencia y para los efectos del respectivo juzgamiento, el proceso se remitió luego a reparto de los Juzgados del Circuito, correspondiéndole al 5o. de esa especialidad el cual, mediante interlocutorio del 15 de enero de 1993, decretó la nulidad de lo actuado al hallar que la calificación sumarial había sido incompleta, puesto que, establecida en su oportunidad la relación parental entre el agresor sexual y la víctima (padre-hija), los cargos debieron concretarse por un concurso de hechos punibles (incesto y acceso carnal violento); decisión que revocó a los pocos días (en enero 18 siguiente), tras determinar que en razón del eventual punible de incesto, la Fiscalía Diecisiete de la Seccional de Garzón, había cesado procedimiento por desistimiento de la querella.

Impulsada la etapa del juicio y surtido el traslado de ley para preparación de la audiencia, ésta se verificó el día 11 de marzo de 1993 con la presencia del Fiscal acusador y el Defensor del procesado, demandando el primero la condena del acusado porque en su sentir el material probatorio recaudado era demostrativo tanto de la faz objetiva como de la subjetiva del delito averiguado, posición que commpartió la defensa, reprochando inclusive el que se hubiese cesado procedimiento por desistimiento de la querella respecto del delito de incesto, no obstante planteó que su prohijado debería ser beneficiado con la condena de ejecución condicional.

En marzo 15 siguiente, el Juez del conocimiento profirió la sentencia de primer grado, en la que declaró a EVELIO TORRES CEDIEL autor material y penalmente responsable del delito de Acceso Carnal Violento, imponiéndole las penas relacionadas en precedencia, además de la obligación de resarcir los daños morales derivados del delito, que se tasaron en el equivalente a 200 gramos oro, mientras que en relación con los daños materiales, se abstuvo de imponer condena de conforme a la

pericia obrante en autos. Negó además el subrogado de la condena de ejecución condicional, revocando la libertad provisional de la que hasta entonces venía disfrutando el procesado y ordenó en su lugar librar las correspondientes órdenes de captura para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad impuesta.

La Sentencia del Juzgado del Circuito, la recurrió la defensa con argumentos contrarios a los que sostuvo en curso de la vista pública, pues ya para este momento procesal propuso una indebida calificación del hecho, indicando que la conducta averiguada tipificaba el delito genéricamente denominado Actos Sexuales Abusivos y no el de Acceso Carnal Violento, variante sobre la cual instó para que se modificara en tal sentido, y obtener, con base en ello, el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional. La Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva en mayo 10 de 1993 confirmó en su integridad la sentencia apelada, rechazando no sólo los argumentos del impugnante, sino los de su colaborador Fiscal quien no solamente propuso la invalidación del rito por ausencia de defensa técnica del procesado y la compulsación de copias pertinentes para la averiguación disciplinaria del abogado defensor, por sus "ambivalentes", pero ante todo "desleales posturas".

La demanda:

Dos cargos formula el recurrente al fallo del Tribunal. El primero al amparo de la causal 3a. del artículo 220 del C.P.P. por nulidad, que explica en el hecho de haberse formulado acusación en contra de TORRES CEDIEL por el delito único de acceso carnal violento, cuando del proceso surge nítido que la conducta reprochada configuraba un concurso real de hechos punibles, sólo que el Juez del conocimiento al evaluar la prueba recogida centró su análisis y conclusión en el episodio final que culminó con el acceso carnal a Johana Rocío, olvidando que la ofendida relató que en fecha previa su padre la había sometido a prácticas sexuales diversas del acceso carnal, configurando con ello una conducta punible autónoma, cual es la descrita en el artículo 305 del C.P. –corrupción–, a la que vino luego a sumarse la que se configuró en la fecha en que la sometió y accedió carnalmente mediante violencia.

En respaldo de su aserto evoca la providencia del 15 de enero de 1993 –fls. 66 y 67 cd. 1–, en la que si bien el Juez del conocimiento la dejó sin valor al revocarla, esgrimió razones de apoyo a la tesis del concurso, para concluir afirmando que la parcial calificación sumarial, sustento del juicio y la condena de su defendido, generó vicio de nulidad por irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, aspirando entonces y así lo demanda de la Corte, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria para que se califique en forma completa los comportamientos de su defendido.

El segundo cargo, fundado en la causal 1a. de casación, lo explica afirmando que el juzgador de instancia apreció erróneamente el dictamen médico de folio 18 del cuaderno principal, yerro que conllevó a una errónea conclusión de tipicidad, pues basado en ese dictamen se condenó a su defendido por el punible de *acceso carnal violento*, cuando lo cierto que la afirmación contenida en el dictamen cuestionado, en el sentido de que Johana Rocío Torres Trujillo presentaba "equimosis en el cuello fusiforme, senos edematizados, pezón erimatizados, dolorosos y equimosis vulvar", no es en modo alguno conclusiva de la violencia sobre la menor que sugiere el fallo, sino la explicación de una reacción física, puramente natural, que derivó de la succión que ejerció el procesado sobre esas partes anatómicas de la menor, tesis que apoya en las propias explicaciones de ésta, según la cual su padre "le besaba la Flor y le chupaba los senos".

Lo que ocurrió, dice el censor, fueron los "chupones o moreteados", que medicina legal denomina "equimosis", pero tal disciplina en modo ni tiempo alguno le ha dado a esa expresión la equivalencia de violencia que sí se la da el fallo de instancia. Cita en apoyo de su tesis a autor conocido, para concluir afirmando que acoger la prueba pericial "...sin beneficio de inventario sin concienzudo análisis previo llevó a la Fiscalía seccional Diecisiete a "adecuar" la conducta de EVELIO TORRES CEDIEL en la figura del "acceso carnal violento" lo que no es jurídico y riñe con la realidad procesal" y agrega, sin formular petición alguna en concreto: "si lo que se perseguía era tornarle más difícil su situación criminal mejor y más legal y justo era a través del CONCURSO DE HECHOS PUNIBLES –art. 26 C.P.– que está, por lo demás, de cuerpo entero en el sumario".

Concepto de la Delegada:

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, el cargo primero debe desecharse sin consideración diferente a que no le asiste al censor interés jurídico para proponerlo, en la medida en que en su condición de defensor y según lo ha reiterado la Jurisprudencia, debe perseguir por esta clase de impugnación que se beneficie la situación del procesado y no que se perjudique. Como la nulidad propuesta lo es sobre una incompleta calificación sumarial, que de prosperar colocaría al acusado en una situación de mayor gravedad, ello es suficiente para arribar a la conclusión propuesta y decidir en la forma señalada.

Frente al segundo cargo, dice el Señor Delegado que aunque el actor al referirse a la causal primera no especifica si se refiere al cuerpo primero o al segundo, debe entenderse que es a este último porque a renglón seguido lo transcribe; pero como la proposición del supuesto error la fundamenta en simples y deshilvanadas apreciaciones personales que contrapone a la valoración probatoria que le dio el sentenciador al dictamen médico-legal practicado a la menor quien con razonado análisis explicó el por qué llegaba a esa conclusión probatoria, ubicando así el reproche en el error de derecho por falso juicio de convicción, este cargo debe desecharse por improcedente, dado que en nuestro sistema probatorio rige la libre convicción, sin contar con que, la sola omisión de no especificar la clase de error objeto del ataque, impide el estudio de fondo de la censura.

Consideraciones de la Corte:

1. *Cargo primero:* Certeros y atendibles resultan los reparos que formula la Delegada a la demanda de casación en este primer reproche, pues es evidente la falta de interés que le asiste al proponente, ya que, en su condición de defensor, no puede procurar una decisión que haga más gravosa la situación de su defendido. Aspirar a una declaratoria de nulidad desde la calficación sumarial porque la resolución acusatoria no abarcó todos los delitos configurados, es situación que implica el riesgo de ser vocado a juicio por todas esas infracciones penales que dice referir el proceso y pedimento de tal jaez, no se aviene con el papel de la defensa.

Pero, además, como bien lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, la omisión en investigar y calificar un hecho punible de los varios que por unidad procesal deben investigarse y juzgarse en un solo proceso no conduce a la invalidación de lo actuado, sino a la ruptura de la unidad procesal, doctrina que hoy prohija la ley.

El cargo no prospera.

2. *Cargo segundo:* Si bien es cierto, tal y conforme lo destaca la Delegada, este cargo en la forma como está presentado revela imprecisión de parte del actor, pues no indicó con la claridad necesaria el sentido de la violación de la ley sustancial, ni identificó el tipo de error cometido, ni la vía por la cual se llegó a él. No obstante, como bien lo reconoce el Ministerio Público también su desarrollo permite entender que lo propuesto es una violación indirecta de la ley, pues transcribe el cuerpo segundo de la causal primera, sólo que reprochando el fallo de instancia por el valor probatorio que le otorgó al dictamen médico que obra al folio 18 del cuaderno principal, con lo que puede inferirse el planteamiento de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Así entendida la demanda, la primera glosa que surge frente a esta censura, es que el actor olvida que en el sistema procesal penal colombiano, no rige la tarifa legal probatoria, sino el sistema de la persuasión racional basado en la sana lógica y experiencia del juez, presupuesto legal que imposibilita el ataque por la vía seleccionada. El error en la valoración probatoria que sirvió de sustento a un fallo de instancia, no se funda en una caprichosa apreciación de las pruebas por el actor, sino que éste ha de demostrar el protuberante distanciamiento del fallo respecto de las reglas de la lógica o de la experiencia que gobiernan la sana crítica, dado que la sentencia llega a la Corte amparada con la doble presunción de acierto y legalidad, lo que omitió la demanda, pues se limita el casacionista a contraponer su particular apreciación a la del fallador que por la razón indicada, no es de recibo en esta sede. *El cargo no prospera.*

Pese a lo anterior, observa la Corte, y esto para despejar las dudas que agita la defensa, que el Juez del Circuito, cuya sentencia se integra a la del Tribunal en lo no modificado, al analizar los elementos

estructurales del reato de *acceso carnal violento* por el cual se juzgó al procesado y con el propósito de determinar su comprobación en el proceso, señaló:

> "Tales exigencias se han demostrado a plenitud en los hechos investigados, pues Evelio Torres Cediel ejecutó una infinidad de actos lúbricos sobre la ofendida Johana Rocío Torres, para finalmente obtener un contacto directo entre su órgano genital y el de la ofendida, el cual fue parcial y momentáneo. Aunque la víctima expresa que el agresor no alcanzó a introducirle el pene en su vagina, da pautas para deducir que ello no fue así, ya que expresa que el agresor le manifestó que cuando tuviera quince años se lo introduciría todo, manifestación de la que obviamente se deduce que se dio al menos una intromisión del asta viril en forma parcial, circunstancia ésta que no desfigura el hecho punible comentado. A más de lo planteado, es el médico legista quien alcara las dudas y en su dictamen médico-legal concluye diciendo que la paciente examinada presentaba himen desgarrado reciente y signos de violencia en la región genital. Aunque queda claro que sí hubo acceso carnal violento sobre la víctima, hasta cierto punto es entendible la confusión mental expreada por la sujeto pasivo del delito, pues ésta era una menor de extracto (*sic*) social humilde y sin ninguna cultura o conocimiento en materias de sexualidad, lo que le dificultaba poder establecer en ese momento y dado el estado de nerviosismo, entre una introducción parcial o ausencia de ello. Lo cierto es que hubo una introdución viril en la vagina de la víctima y ello ocurrió en forma contraria a la voluntad de ésta, previa violencia física y moral por parte del sujeto activo del delito. Prueba de ello son los vestigios o hallazgos que el galeno detectó al momento de practicar el examen o reconocimiento de rigor...".

Y sobre el mismo tópico –el de la violencia–, expresó el Tribunal en el fallo de segundo grado:

> "Pero ese elemento integrante del tipo penal impuesto en la resolución acusatoria dictada en contra de Torres Cediel,

consistente en la ejecución del acto carnal con la menor mediante el empleo de un proceder violento, bien sea físico o moral, se pone en evidencia con el experticio médico allegado al plenario, en el cual el legista que examinó su cuerpo encontró los siguientes rastos de irrefragable factura para predicar la presencia de un proceder impetuoso en esa oportunidad: –Equimosis en el cuello, senos edematizados, pezón eritematizados, dolorosos, equimosis vulvar, y lo que es más contundente, la existencia en sus genitales de signos que clarifica la presencia de acto carnal utilizando por el sujeto activo métodos violentos (fl. 18).– Se dirá por la parte que propugna por un mero acceso consentido, que respecto de un proceder en las circunstancias concluídas por la prueba técnica no hace alusión en su testimonio Johana Rocío Torres Trujillo, pues únicamente refiere a los tocamientos realizados por su padre en sus genitales, los besos dados en los senos y vagina, acotando únicamente como un comportamiento diferente el haberla tomado de sus manos para colocarlas a un lado y de esa manera saciar sin ningún obstáculo su apetito lúbrico... –Por consiguiente se acogió como prueba reveladora de la actitud asumida por el procesado al instante de ejecutar la acción mediante la cual truncó el normal desarrollo sexual de su hija, lo presentado por otras pruebas traídas a la investigación concretamente el dictamen médico producto del examen realizado al cuerpo de Johana Rocío, medio probatorio válido que conforme a la libertad consagrada en el artículo 253 del estatuto procesal penal, ella es viable cuando se trata de establecer los elementos constitutivos del hecho punible evidenciándose en su comisión un proceder impetuoso...".

Como puede verse, el valor probatorio otorgado al dictamen médico, no fue producto de la arbitrariedad, tampoco de una improvisada y ligera labor de análisis o de amañadas posiciones de los juzgadores de instancia, sino el producto de un concienzudo estudio de ese medio de convicción y de todos los demás allegados al expediente, que concatenados con éste sirvieron de apoyo a las conclusiones sobre las que se apoya el fallo atacado.

Está en consecuencia llamada al fracaso la demanda.

Las copias:

De los hechos que antecedieron a la cópula violenta a que fue sometida Johana Rocío Torres, no se ocupó este averiguatorio. Ellos habrían ocurrido durante el mes de diciembre del año 1991, cuando según las voces de la ofendida su padre, aprovechando la ausencia de su progenitora y de su también consanguínea María Teresa, la encerró en uno de los cuartos de su vivienda, sometiéndola a prácticas sexuales diversas del acceso carnal, comportamiento eventualmente configurativo del delito de corrupción que describe el artículo 305 del Código Penal.

Como el tiempo transcurrido desde aquellos episodios a la fecha, es inferior al término legal para operancia del fenómeno jurídico de la prescripción, siendo por lo demás conducta punible perseguible de oficio y autónoma, ordenará la Sala la compulsación de las copias pertinentes (declaración de la menor y este proveído) con destino al Fiscal Seccional de Garzón –Huila–, para los fines legales a que haya lugar, pues ni siquiera se interrogó al procesado por estos hechos que aunque estaban informados en el plenario, dejaron de averiguarse, siendo imperativo legal ponerlos en conocimiento de la autoridad competente.

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:

1. *No casar* el fallo impugnado.

2. Con destino al Fiscal Seccional de Garzón –Huila– y para los fines correspondientes, compúlsense las copias pertinentes relacionadas con los hechos indicados en la parte motiva.

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

FAVORABILIDAD / DEMANDA DE CASACION

La preceptiva que aumenta el quantum punitivo para recurrir en casación es de efectos sustanciales y dado el tránsito legislativo, es posible pensar en aplicar el principio de favorabilidad, como efectivamente y en materia de casación lo ha hecho esta Sala. Sin embargo, la pretensión del recurrente parte de un presupuesto falso, cual es el de que, en esta materia, debe mantenerse la legislación procesal vigente al momento de la realización del hecho objeto de investigación.

Tal planteamiento sería acertado si el tránsito normativo versara sobre la adecuación típica de la conducta o sobre las modalidades punitivas. Pero ello no resulta válido cuando el cambio legislativo no ha recaído en esos aspectos sino en uno muy específico, el que se concreta a establecer las exigencias para impugnar una sentencia.

Bajo estas circunstancias, el tránsito legislativo que conduce a reflexionar, en este caso, sobre la aplicación del principio de favorabilidad no es el relacionado con el "hecho punible", sino el que alude al enfrentamiento normativo que se ha podido producir con respecto a las disposiciones que regulan la impugnación de "la sentencia".

Luego, el punto de partida es establecer cuál era la legislación vigente al momento de interponer el recurso y cuál la introducida para la fecha en que se resuelve a ese respecto; puesto que si un procesado o su defensor interpone en oportunidad un recurso bajo las condiciones que en ese momento consagra la ley y luego ésta modifica las exigencias para hacerlas más rigurosas, sería desleal, además de desfavorable, denegarle el trámite a esa impugnación. En cambio, si la sentencia se profiere después de que la ley ha modificado las condiciones de procedibilidad de un

recurso, no es posible invocar y aplicar el principio de favorabilidad por la sencilla razón de que no surge una concurrencia legislativa con relación al acto de impugnación.

2. La concesión del recurso implica que se abre la puerta a su trámite y esa es una atribución que para la casación discrecional está deferida con exclusividad a esta Sala de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 092.

Vistos:

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor de Gilma Nubia Muñoz Patiño, condenada como autora del delito de Prevaricato, contra la providencia del 13 de julio de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se negó a conceder el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes:

El 30 de mayo de 1994 la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo decidió el recurso de apelación que había interpuesto la parte civil contra la providencia del 28 de febrero anterior en la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sogamoso absolvió a Gilma Nubia Muñoz Patiño del delito de Prevaricato, por el cual había sido acusada.

La sentencia de segunda instancia revocó la absolución y, en su lugar, condenó a la procesada a un (1) año de prisión como autora del delito de prevaricato por acción; a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso; ordenó la suspensión de Gilma Nubia Muñoz Patiño del cargo de Registradora de Instrumentos Públicos y Privados, Seccional de Sogamoso; y a pagar el equivalente a 50 gramos oro por concepto de daños y perjuicios materiales, en el término de 120 días. Así mismo se

concedió a la procesada la condena de ejecución condicional; se ordenó cancelar el registro de una escritura pública y se dispuso dar aplicación al art. 58 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro del término legal, el defensor de la sentenciada manifestó por escrito que interponía el recurso de casación, argumentando que éste era procedente porque "cuando los hechos tuvieron ocurrencia, el recurso de casación era procedente contra sentencias por delitos que tuvieran o excedieran una pena de 5 años".

Con el fin de que esta forma de impugnación le fuera concedida, el defensor invocó el principio de favorabilidad consagrado en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 10 del Código de Procedimiento Penal y, al efecto, adujo que se le debía conceder porque es un medio de defensa y la ley vigente para la época de los hechos admitía el recurso extraordinario.

A la vez, el apoderado manifestó que también interponía el recurso de casación "para que la Honorable Corte Suprema de Justicia –Sala Penal–, la acepte y pueda desarrollar y mantener la jurisprudencia, en el sentido que sólo se puede condenar a una persona por acto que se haya consagrado como delito en norma prexistente, al momento de su ejecución". Y agrega, "O, para que se otorgue a la procesada la garantía del derecho fundamental al debido proceso, pues bien establecido está, que la doctora GILMA NUBIA, al registrar la escritura, estaba cumpliendo con un acto legal de obligatorio cumplimiento. Es decir, que se está conenando a una persona por un hecho que no sólo se hizo conforme a la ley, sino que además, tenía que hacerlo, y que de no haberlo hecho, sí hubiera incurrido en infracción legal".

En proveído del pasado 13 de julio, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo negó la concesión del recurso extraordinario por improcedente, pues, el delito de prevaricato por acción, por el cual se condenó a la procesada, está sancionado con una pena máxima de cinco años de prisión; quantum punitivo que no alcanza al requisito de seis años de pena privativa de la libertad impuesto por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993.

Por otra parte el fallador de segunda instancia estimó impertinente la aplicación del principio de favorabilidad en orden a otorgar el recurso extraordinario, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, pues el recurso de casación se relaciona con la competencia y las normas que versan sobre ritualidad y competencia se rigen por el principio del efecto inmediato de las leyes.

Agregó que en este caso el recurso de casación se interpuso estando ya en vigencia la nueva norma procedimental, por lo que no hubo concurrencia con la normatividad precedente.

En lo atinente con la manifestación del recurrente conforme a la cual interponía el recurso para que la Corte Suprema de Justicia pudiera mantener y desarrollar la jurisprudencia, el Tribunal concluyó que es un asunto que le corresponde decidir a la Sala de Casación Penal y por ello dispuso la remisión del expediente a esta corporación, una vez ejecutoriado el auto.

El recurso de hecho:

El defensor de la sentencia recurrió de hecho la providencia que denegó el recurso de casación, y dentro del término de traslado en la secretaría de esta sala sustentó la impugnación argumentando que el Tribunal se equivocó al asegurar que él había interpuesto dos recursos de casación, cuando en realidad sólo existe uno y el inciso 3o. del art. 218 del C.P.P., no creó un recurso adicional sino una circunstancia especial para que sea concedido.

De igual forma critica al Juez de segunda instancia la interpretación que le dio al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en cuanto pretende aplicarla a las disposiciones de los artículos 218 del C.P.P. y 35 de la Ley 81 de 1993 que son procesales pero de contenido sustantivo, siendo que aquella se ocupa solamente de las normas rituales o de trámite.

También censura que el Tribunal relacione el recurso de casación con la competencia, cuando este factor nada tiene que ver con aquél, pues no existe la menor duda que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde resolverlo.

El impugnante asegura que el Tribunal equivocó la mecánica de aplicación del inciso 3o. del art. 218 del C. de P.P., pues en esta circunstancia el Tribunal debe conceder el recurso y remitir la actuación a la Corte para que ella resuelva si lo acepta o lo rechaza.

Y en cuanto a la fundamentación para que se aplique el art. 218 inciso 3o. expresa que ello surge de los propios hechos. Al efecto recuerda que la denuncia penal y la queja disciplinaria ante la Superintendencia de Notariado y Registro se originó en el hecho de que la doctora Gilma Nubia Muñoz, en su condición de registradora, registró una escritura de dación en pago, habiendo sido objeto de la investigación penal si debía o no registrarse. Aduce que la propia Superintendencia comunicó a la Fiscalía que la procesada había interpretado correctamente el artículo 1521, numeral 3 del Código Civil y por ello el disciplinario culminó sin haber corrido siquiera pliego de cargos.

Concluye que la sentencia de segunda instancia condena por registrar una escritura pública, lo que no constituye delito, pero sí, una violación a los derechos fundamentales, a la garantía del debido proceso.

Por todo lo anterior, el impugnante aspira a que esta Sala conceda el recurso de casación.

La Sala considera:

La primera decisión que contiene la providencia impugnada es la relativa a la improcedencia del recurso de casación en la acción adelantada contra la doctora Gilma Nubia Muñoz por el delito de prevaricato por acción, en razón de que el quantum máximo de pena privativa de la libertad, establecido para esa infracción no alcanza a los seis años, siendo ésta la exigencia impuesta por el art. 35 de la Ley 81 de 1993 (art. 218 del C.P.P.).

El impugnante no disiente de que actualmente el delito de prevaricato carece del recurso extraordinario de casación por el factor indicado; a pesar de ello, invoca la aplicación del principio de favorabilidad, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron cuando sí era posible recurrir por la vía extraordinaria en infracciones de esa índole.

Evidentemente, la preceptiva que aumenta el quantum punitivo para recurrir en casación es de efectos sustanciales y dado el tránsito legislativo, es posible pensar en aplicar el principio de favorabilidad, como efectivamente y en materia de casación lo ha hecho esta Sala. Sin embargo, la pretensión del recurrente parte de un presupuesto falso, cual es el de que, en esta materia, debe mantenerse la legislación procesal vigente al momento de la realización del hecho objeto de investigación.

Tal planteamiento sería acertado si el tránsito normativo versara sobre la adecuación típica de la conducta o sobre las modalidades punitivas. Pero ello no resulta válido cuando el cambio legislativo no ha recaído en esos aspectos sino en uno muy específico, el que se concreta a establecer las exigencias para impugnar una sentencia.

Bajo estas circunstancias, el tránsito legislativo que conduce a reflexionar, en este caso, sobre la aplicación del principio de favorabilidad no es el relacionado con el "hecho punible", sino el que alude al enfrentamiento normativo que se ha podido producir con respecto a las disposiciones que regulan la impugnación de "la sentencia".

Luego, el punto de partida es establecer cuál era la legislación vigente al momento de interponer el recurso y cuál la introducida para la fecha en que se resuelve a ese respecto; puesto que si un procesado o su defensor interpone en oportunidad un recurso bajo las condiciones que en ese momento consagra la ley y luego ésta modifica las exigencias para hacerlas más rigurosas, sería desleal, además de desfavorable, denegarle el trámite a esa impugnación. En cambio, si la sentencia se profiere después de que la ley ha modificado las condiciones de procedibilidad de un recurso, no es posible invocar y aplicar el principio de favorabilidad por la sencilla razón de que no surge una concurrencia legislativa con relación al acto de impugnación.

En este asunto, tanto las sentencias de primera como de segunda instancia se profirieron cuando ya se encontraba en vigencia la Ley 81 de 1993, esto es, cuando el legislador ya había dispuesto que el recurso de casación procedía contra las sentencias proferidas por delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años. Así mismo, esa era la norma que regía en el momento en que se interpuso

el recurso. Por tanto, frente a la impugnación de los fallos proferidos en el asunto en referencia no se puede predicar un cambio legislativo que admita la aplicación del principio de favorabilidad.

Así lo ha entendido la Sala en pronuncamientos como los contenidos en autos proferidos el 19 de enero y el 17 de marzo de 1994, que contemplan la posibilidad de admitir el recurso de casación, frente a sentencias por delitos cuya pena máxima sólo llega hasta los cinco años, después de haber entrado a regir la Ley 81 de 1993, a condición de que haya sido interpuesto antes de la vigencia de esa normatividad y cuando el recurrente es el procesado, en aplicación del principio de favorabilidad.

De lo anterior fuerza concluir que en este específico caso no hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad y por tanto, no es procedente el recurso extraordinario de casación, por lo que la decisión que se ataca es acertada y que el recurso de hecho no prospera.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo se abstuvo de decidir sobre la procedencia del recurso de casación excepcional y discrecional previsto en el inciso 3o. del mismo art. 218, por cuanto ello le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte. Al respecto, el recurrente aduce que el Tribunal debió concederle el recurso de casación y enviarlo a la Corte para que resuelva si lo acepta o lo rechaza.

Indudablemente es equivocado tal aserto, en razón de que la concesión del recurso implica que se abre la puerta a su trámite y esa es una atribución que para la casación discrecional está deferida con exclusividad a esta Sala de la Corte.

Así las cosas, la determinación que adoptó el Tribunal de segunda instancia de remitir el expediente a esta Sala para que decida lo pertinente a la utilización de la facultad discrecional que le otorgó el inciso 3o. del art. 218 del C.P.P. es acertada. Por lo demás, como la decisión de fondo sobre este punto, se efectuará, en el expediente original, no es del caso entrar a efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

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

Resuelve:

No conceder el recurso de casación común, interpuesto por el defensor de la sentencia de Gilma Nubia Muñoz Patiño.

Agréguese copia de este proveído al expediente original.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Saavedra Rojas, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, no firmó; *Gustavo Gómez Velásquez,* no firmó; *Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Jorge Enrique Valencia M.*

Carlos Gordillo Lombana, Secretario.

SANA CRITICA / ANTIJURIDICIDAD

La evaluación de los medios de convicción está avalada por la libre y racional apreciación, haciendo difícilmente posible la estructuración de errores de derecho desde esta perspectiva; por lo demás, frente a la divergencia de apreciación probatoria debe prevalecer la que en su momento hicieron las instancias, por cuanto los fallos están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, que no se desvirtúa con la simple postulación de una valoración probatoria distinta.

2. De prosperar el reconocimiento de la causal de exclusión de antijuridicidad, la consecuencia lógica de ello sería que la sentencia se casara integralmente.

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

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 093.

Vistos:

El 19 de abril de 1993 el Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín condenó a Jhon Bayron López Agudelo (a. Banano) a la pena principal de diez años y un mes de prisión como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos en perjuicio de Otoniel Jaramillo Ramírez y de Jhon Robert Blandón Pulgarín.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín mediante sentencia del 11 de junio de 1993; corporación que concedió el recurso extraordinario de casación oportunamente interpuesto.

Esta superioridad, a su turno, encontró que la demanda estaba ajustada a las exigencias legales, por lo que dispuso oír al Ministerio Público, que en este caso lo asumió el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Ahora la Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos:

Más o menos a la una de la mañana del 28 de agosto de 1989 en la esquina de la carrera 67 con calle 109 de la ciudad de Medellín se encontraban John Bayron López Agudelo, su hermana Gloria Nancy, su cuñado Rubén Darío Osorio Rendón y dos amigos, Carlos Arturo Rodríguez Cano y Giovanni Galeano Pineda, en tanto que en las proximidades a este sitio estaban Luis Fernando Valencia, John Robert Blandón Pulgarín y Otoniel Jaramillo; este último se acercó a John Bayron López Agudelo para preguntarle la hora, quien lo rechazó y cuando aquél le reclamó por esa actitud, lo agredió con un cuchillo propinándole una puñalada en el tórax y otra en el mentón que con posterioridad le ocasionaron la muerte.

En los hechos igualmente resultó lesionado John Robert Blandón Pulgarín.

Actuación procesal:

La apertura de proceso penal se ordenó el 12 de julio de 1990, y la vinculación de John Bayron López Agudelo (a. Banano) se efectuó inicialmente mediante declaratoria de ausencia, cumplida en proveído del 15 de febrero de 1991; en esa calidad de ausente se le hizo objeto de medida de aseguramiento de detención preventiva, según consta en proveído del 9 de julio de 1992. De todas maneras, el 19 de agosto siguiente fue oído en indagatoria.

Con fecha del 3 de noviembre de 1992 se dictó resolución de acusación por el delito de homicidio simple y lesiones personales. La diligencia de audencia pública se realizó el 16 de marzo siguiente.

En el mismo año de 1993 se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia, aquella el 19 de abril y ésta el 11 de junio.

Argumentos de la demanda:

Un cargo único contra el fallo del Tribunal formula el actor, al amparo de la causal primera por presunta violación indirecta de la ley sustancial, por haber apreciado la prueba de responsabilidad sólo de manera parcial, cuando respecto de ella no existe demostración suficiente.

El libelista sostiene que, al evaluar la narración de los hechos que hicieron varias personas, el Tribunal sólo se concentró en apreciar "Unica y exclusivamente las manifestaciones que indican en todo sentido una parcialización frente a la participación de John Bayron en cuanto a que manifiestan que el sindicado en forma voluntaria y sin que mediara ningún tipo de motivación por parte ni de la víctima y ni de los testigos agrede a estos violentamente, causando el resultado que estudiamos".

El recurrente acusa al sentenciador de olvidarse de las demás circunstancias que narran los mismos testigos, y de no tener en cuenta las contradicciones palmarias en que ellos incurren; aduce que por el contrario "se concentra sí en las posibles contradicciones de los testigos que manifiestan que efectivamente John Bayron fue atacado sin razón y sin motivo por Otoniel y su grupo de amigos, sin que existiera ningún tipo de provocación por parte ni de John Bayron ni de ninguno de sus amigos".

Más adelante sostiene que "Niega entonces el Honorable Tribunal las verdaderas causas que dieron origen a la actitud del sindicado, basados simplemente en el hecho de que las contradicciones de sus amigos dan fuerza a la realidad de los hechos, es decir, que John Bayron quiso y dio muerte a Otoniel sin ton ni son, dejando de lado además el hecho protuberante de las personalidades que obraron en este acontecimiento".

Para el impugnante es necesario preguntarse por qué los sentenciadores tuvieron en cuenta las contradicciones de los amigos de la víctima y no hacen lo mismo con las contradicciones de los amigos del procesado,

pues éstas sí son resaltadas y pareciera que la sentencia tiene su fundamento en ellas.

Solicita finalmente que se case la sentencia de manera parcial y se reconozca que el procesado actuó de conformidad con las previsiones del artículo 24.4 del Código Penal.

El alegato de los no recurrentes:

En esta oportunidad procesal intervino la Fiscalía a través de uno de sus funcionarios, quien argumentó que los falladores no han incurrido en ningún error generador de violación indirecta.

La parte acusadora asegura que no es cierta la afirmación del casacionista conforme a la cual el sentenciador no analizó integralmente la prueba aportada, pues, por el contrario, ambos falladores fueron muy cuidadosos en analizar la prueba de conformidad con los principios de la sana crítica. Que, por lo tanto, no es que haya habido fallas de análisis probatorio de los sentenciadores, sino que no se demostró fehacientemente la existencia de la causal de exclusión de antijuridicidad, objetivo que tampoco logra el censor.

El Fiscal resalta que en la demanda se plantea un criterio similar al formulado en las instancias para tratar de demostrar la existencia de la legítima defensa, pero que el impugnante no logra tal objetivo. Por ultimo, destaca que a pesar de plantear la causal de exclusión de antijuridicidad, el demandante solicita casación parcial de la sentencia, de donde concluye que hasta en la petición final se advierte la falta de lógica jurídica.

Solicita no se case la sentencia.

Criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

El agente del Ministerio Público comienza destacando las falencias técnicas del libelo en cuanto al censor no sólo olvidó indicar si los presuntos yerros cometidos por el sentenciador provienen de falsos juicios de existencia o de identidad, sino, además, porque hace afirmaciones

incompatibles con el recurso extraordinario como aquella en donde sostiene que se incurrió "en un falso juicio de responsabilidad".

Para el Delegado, lo único que logra demostrar el actor es su inconformidad con la apreciación probatoria hecha por las instancias, mas no la existencia de yerros que hicieran factible el triunfo de sus expectativas procesales, pues olvida que de acuerdo con la libertad probatoria otorgada por el legislador a los jueces "el funcionario puede otorgar o no cierto grado de credibilidad a determinado medio de prueba, pero el hecho de que el recurrente no esté de acuerdo con dicha valoración, no es motivo alegable en casación".

Conceptúa el Delegado que las hipótesis formuladas sin ninguna clase de sustento, con el único propósito de cuestionar el análisis probatorio hecho en las instancias, son inaceptables.

Luego, el funcionario censura al actor porque de manera inexplicable comienza a criticar la investigación, quedándose en el mero enunciado, pues tampoco logra probar que efectivamente el fallador omitió investigar aspectos importantes del proceso.

Y en cuanto a las normas citadas como infringidas, estima que no tienen "cuestionamiento ni desarrollo a lo largo del escrito y la temática obrante en este no coincide con su petición final de que se le reconozca a su representado la legítima defensa", aspecto éste último aspecto analizado y negado tanto en primera como en segunda instancia.

Por todo lo anterior el representante de la sociedad solicita no se case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando enfatiza en las falencias técnicas que caracterizan al libelo demandatorio, porque si bien el demandante acusa la presunta violación indirecta de la ley sustancial, enunciando el cargo como un error de hecho, en ningún momento cumple con el deber de precisarlo, en el sentido de sostener y demostrar que se trata de un yerro por falso juicio de existencia o de identidad.

En realidad la demanda tiene más similitud con un alegato de instancia que con la sustentación del recurso extraordinario, porque menciona los testimonios de John Bayron Blandón, Nano, Omar Geiver para sostener que, de ellos, el Tribunal analiza únicamente la incriminación al procesado de haber agredido sin motivo ni justificación a su víctima; por tanto, censura al juzgador por no haber estudiado "las demás circunstancias que narran los mismos testigos; innumerables contradicciones en que incurren los testigos dando una valoración excesiva a estos testimonios desconociendo el mandato legal que indica que la valoración del testimonio tiene que ver con una concatenación, lógica, real, consecuente con los demás aspectos que operan en la investigación tampoco tiene en cuenta la indicación del juez de primera instancia cuando claramente manifiesta que efectivamente la inspección judicial es una prueba que pudo dar absoluta claridad a este proceso, y mucho menos tiene en cuenta que cuando se trata del estudio del testimonio, lo que debe primar es la lógica fáctica no la lógica ideal o mental que puede operar en el fallador".

Como se puede observar del texto transcrito, el impugnante le imputa al sentenciador la falta de análisis de otros aspectos de los testimonios citados, que no son trascendentes ni relevantes, puesto que ni él mismo hace el esfuerzo de destacar su importacia, por lo que ni siquiera es posible pensar en la presencia de un falso juicio de existencia por omisión.

Tampoco se advierte que el censor se hubiera empeñado en elaborar una argumentación tendiente a demostrar con exactitud cuáles fueron las contradicciones que, según predica, afectan la prueba testimonial. Por otra parte, el recurrente dejó de lado un principio probatorio fundamental en el sistema procesal penal colombiano, en virtud del cual no existe tarifa legal, pues el legislador concedió a los juzgadores un amplio margen de libertad en la valoración de los elementos de convicción llegados a su conocimiento.

En realidad la demanda se elaboró al estilo de un alegato de instancia, que lo único que plasma es el desacuerdo del actor con la apreciación probatoria hecha por los juzgadores. Sobre este punto, recuérdese una vez más que pretensiones de este tipo resultan imprósperas en el recurso extraordinario porque la evaluación de los medios de convicción está

avalada por la libre y racional apreciación, haciendo difícilmente posible la estructuración de errores de derecho desde esta perspectiva; por lo demás, frente a la divergencia de apreciación probatoria debe prevalecer la que en su momento hicieron las instancias, por cuanto los fallos están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, que no se desvirtúa con la simple postulación de una valoración probatoria distinta.

En esta oportunidad el impugnante, como en sus anteriores intervenciones procesales, pretende para su representado el reconocimiento de haber actuado en situación de legítima defensa, aspiración que le fue denegada de manera razonada tanto en la primera como en la segunda instancia, por cuanto no logró demostrar su existencia, y en el recurso extraordinario no tiene mejor suerte.

Finalmente, se debe destacar que la solicitud última de que se case la sentencia parcialmente envuelve contradicción, porque de prosperar el reconocimiento de la causal de exclusión de antijuridicidad, la consecuencia lógica de ello sería que la sentencia se casara integralmente.

Las notables fallas técnicas que evidencia la deslucida petición imponen el rechazo del cargo, conforme lo insinúa el Procurador Tercero Delegado en lo penal.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INIMPUTABILIDAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Es incuestionable que quien se halle en privación provisional de la libertad por su condición de inimputable, no sólo debe estar sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su rehabilitación y recuperación depende la suspensión o la modificación de la medida de aseguramiento.

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

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 093.

Vistos:

El Médico Jefe y el Asesor Jurídico del Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional Modelo, solicitan estudiar la posibilidad de sustituir la medida de aseguramiento que soporta BELISARIO MORENO MORENO a quien el Juzgado 45 Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencias del 12 y 16 de julio de 1993 lo declararon *inimputable* y lo condenaron al internamiento mínimo de 12 meses en establecimiento psiquiátrico como autor de tres homicidios que se le atribuyeron en la acusación y un homicidio imperfecto.

Consideraciones de la Corte:

Mediante conceptos del 20 de abril y 8 de agosto del año en curso, el Médico Jefe del Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional en donde se encuentra internado BELISARIO MORENO MORENO es de la opinión que: "El examinado en la actualidad se encuentra compensado mentalmente. Dados los antecedentes relatados en la historia clínica debe

salir del anexo y continuar controles ambulatorios por su tendencia depresiva".

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, examinó al procesado y emitió el dictámen médico-forense 019432 y en la *discusión* precisó lo siguiente:

§"El cuadro de somatización y depresión reactiva que el examinado está presentando forma parte del síndrome de abstinencia del alcohol. Como el tiempo de abstinencia aún es corto, el examinado debe recibir ayuda farmacológica y psicoterapéutica. Si ésta se suspende puede recaer en el consumo de licor con todas las consecuencias derivadas del consumo de este estupefaciente. Si bien es cierto, el tratamiento podría darse en forma ambulatoria, debe existir vigilancia judicial estricta para que exista un compromiso del examinado para llevar a cabo un tratamiento psicoterapéutico".

Es incuestionable que quien se halle en privación provisional de la libertad por su condición de inimputable, como sucede con BELISARIO MORENO MORENO por el actual trámite del recurso extraordinario de casación, no sólo debe estar sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su rehabilitación y recuperación depende la suspensión o la modificación de la medida de aseguramiento.

En el asunto tratado, el apoyo científico aludido en precedencia se compone de dos aspectos: el primero, indica que el tiempo, la ayuda farmacológica y psicoterapéutica a que ha venido siendo sometido BELISARIO MORENO MORENO desde el momento de su internamiento en el Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional Modelo, es actualmente precaria para deducir una rehabilitación mental que lo coloque en condiciones de no constituir un peligro para sí y para su entorno social. El segundo, señala que siendo indispensable el tratamiento psicoterapéutico para evitar el deterioro de sus facultades superiores por el consumo de licor, esa atención podría darse en forma ambulatoria, siempre y cuando exista el compromiso del examinado en acatar la ayuda que requiere.

Es claro para la Sala que BELISARIO MORENO MORENO no está en condiciones de asumir el deber que indica el perito oficial, por lo tanto, se ha de mantener el internamiento en el sitio que le ha sido señalado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Eso sí, se ordenará qe este Instituto informe a la Corte si existe establecimiento público o privado a donde pueda ordenarse el traslado del incriminado para que se le preste la atención que requiere, así mismo la Trabajadora Social de la Cárcen Nacional Modelo, informara si MORENO MORENO tiene familiares o personas de las cuales dependa, quienes se comprometan a ejercer la vigilancia correspondiente para que dicha persona continúe con la asistencia psicoterapéutica y a rendir los informes que se le soliciten.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *se abstiene* de modificar la medida de aseguramiento de BELISARIO MORENO MORENO. La Secretaría deberá solicitar las informaciones aducidas en precedencia y enviar copia del dictámen pericial practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al Anexo Psiquiátrico de la Cárcel Nacional Modelo para que se continúe con el tratamiento que allí se indica.

Notifíquese y cúmplase.

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

Carlos A. Gordillo Lombana, Secretario.

INDICES

INDICE CRONOLOGICO SENTENCIAS PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

Págs.

PECULADO POR EXTENSION

La Sala tiene sentado que lo importante frente a la posible configuración del delito, en la modalidad de apropiación, es la utilización que en últimas se les dé a los auxilios oficiales por parte de sus destinatarios, y no el trámite administrativo surtido para la aprobación y otorgamiento de los mismos, cuestión ésta última más propia de una investigación disciplinaria que penal. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto única instancia. Fecha: JULIO 5 DE 1994. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción. Acción: Miembros del Concejo de Bogotá. Delito: Prevaricato y peculado. Radicación número 9126. Publicada: S. 7

ESTAFA / COLISION DE COMPETENCIA

Establecer la competencia, en esta clase de procesos (estafa por razón de rifas), no ha dejado de ofrecer problemas ya porque las modalidades de la conducta suelen ser variadas y complejas, ya porque los aspectos de cuantía y territorialidad no dejan de propiciar criterios diferentes y encontrados, todo lo cual, repercute en la parálisis de las averiguaciones, o en dificultades procesales de las mismas, o en desprotección de víctima o víctimas y, en fin, en aliento de quienes han escogido esta fácil forma de hacer abundante dinero, los mismos que a la postre, resultan indemnes o muy tardía o benévolamente sancionados. / Lo adverso de esta situación se muestra más de bulto cuando se advierte el desconocimiento e inaplicación de criterios jurisprudenciales, que debieran ser más conocidos y respetados, expuestos y repetidos para tratar de ofrecer soluciones a estas inquietudes y evitar las consecuencias nocivas señaladas. / Cuando la rifa, lotería, sorteo, etc. se ha llevado a efecto señalando a uno o varios ganadores, este reducido grupo de personas y no todos los que adquirieron su comprobante, boleta, billete, talón, papeles, cédula, etc., para participar en las mismas, debe ser considerado como sujeto pasivo de esa acción delictiva. Por tanto, la cuantía será la del valor ofrecido como premio o premios y que ya tienen dueños o beneficiarios específicos, y nunca el valor recaudado de cada uno o de la totalidad de los participantes en el juego. Aquí ya todos han tenido su retribución conforme a lo que fue motivo de su asentamiento y todos tuvieron ocasión de figurar como

favorecidos. No hay propiamente, desconocimiento de una expectativa sino su cumplimiento, o sea, el haber concurrido a un sorteo, el mismo que se ha efectuado y ha concluido en señalar uno o varios ganadores. Aquellos, a los cuales el azar no les amparó, tuvieron respuesta adecuada a su aporte y es etapa ya cerrada sobre la cual para nada cuentan las vicisitudes posteriores del pago de los premios o recompensas anunciados, las anteriores irregularidades legales advertibles en el proceso de formalización del juego, etc., todo lo cual lo que está indicado es la consumación de la estafa en perjuicio de los favorecidos. Si todos pudieran reclamar, esto es, los que resultaron ganadores y todos los demás que adquirieron boletas, se estaría indicando que no hubo un ganador y que no se efectuó un sorteo que finalizó con la escogencia de ese grupo de favorecidos. Estos, en concreto, son los que han recibido el daño de la actividad ilícita desplegada y la cuantía que debe ser tenida en cuenta, en esta infracción patrimonial, la constituye el monto económico de las cosas, bienes, dinero reclamados. / Si la cuantía de la estafa se está señalando en relación con el valor del premio, es porque el lugar de adquisición de la boleta no tiene la significación que, en este punto, quiere atribuírsele. ¿Por qué no pensar, a este respecto, en la adquisición de un boleto en paraje por el cual, ocasionalmente, se pasó, que no representa posibilidad de nueva frecuentación, pretendiéndose con la combatida tesis que el ofendido vuelva allí, únicamente para formular su denuncia?. A la víctima no se le puede dificultar su acción ni causarle este nuevo agravio ni cargarle adicionales erogaciones. De ahí entonces, que deba operar un criterio preventivo, tanto más pausible cuando se advierte que esta clase de conducta cubre un vasto y disímil espacio, en donde constantemente se está cumpliendo una actividad estafadora, que puede afectar a uno o varios, que atrae como propios numerosos lugares en los cuales se disemina los elementos de comprobación, etc., debiéndose entonces decir que el lugar de comisión se muestra incierto, por lo menos, art. 80 del C. de P.P., y posibilita su concreción mediante la respectiva denuncia, la cual establece, quien debe conocer del respectivo proceso. Hay que admitir esta capacidad para escoger el lugar donde se quiere excitar la intervención del organismo penal y esto lejos de ofender o menoscabar a nadie, representa un criterio de amplia y respetable conveniencia. / Distinto, totalmente diferente, es el caso de programar una rifa en la cual nunca se tendrá un sorteo y por lo tanto no se definirá uno o varios ganadores. En este evento, la estafa múltiple se refiere a todos aquellos adquirientes de boletas o billetes y la cuantía del ilícito será el valor de cada uno de estos, individualmente estimados, dándose obviamente el fenómeno concursal. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez.-Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Guillermo Duque Ruiz. Auto colisión de competencias. Fecha: JULIO 5 DE 1994. Decisión: Declara competencia J.P.C. Sincelejo. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Saltagún (Córdoba). Acción: Dairo Contreras Rivero y Mariela del Carmen Oviedo. Delito: Estafa. Radicación número 9420. Publicada: S. 12

ESTAFA / CONCURSO DE DELITOS (SALVAMENTO DE VOTO)

"a) Cuando los artificios y engaños" que contempla el artículo 356 del C.P. tuvieron por finalidad el fingimiento de la celebración del sorteo, porque desde que se planeó el delito y se principiaron a vender las boletas era claro para el estafador que éste jamás se llevaría a cabo. Es decir, cuando no existe posibilidad de que alguno de los suscritos a la rifa pueda resultar ganancioso, ya que sólo se les vendió una ilusión, la de que podrían ganarse un premio, que ni existía, ni se pretendía sortear jamás. "b) Cuando los 'artificios y engaños' tuvieron por finalidad desconocer el premio que realmente sí se sorteó, esto es, cuando se engaña al ganador haciéndosele creer que a pesar de que la suerte lo favoreció, el premio no puede serle entregado por alguna circunstancia mentirosa o falsa, convenciéndolo, por ejemplo, de que la boleta es espuria, o equivocado el número que como ganador registraron los medios de comunicación. "A pesar de que en estas dos hipótesis se presenta un delito de estafa, éste no tiene las mismas características en ambas. "En la primera, los sujetos pasivos del delito son todos y cada uno de los compradores de boleta, ya que a todos ellos se les hizo creer, engañosamente, que iban a participar en un sorteo que jamás se efectuaría y que en consecuencia nunca podrían ganarse. "En la segunda hipótesis, en cambio el único sujeto pasivo de la estafa es el tenedor del boleto ganancioso, puesto que a los demás en nada se les engañó: se les vendió la oportunidad de concurrir a un sorteo y efectivamente en él participaron, pero no ganaron. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Guillermo Duque Ruiz. Auto colisión de competencias. Fecha: JULIO 5 DE 1994. Radicación número 9420. Publicada: S. 23

CASACION OFICIOSA

Es verdad que el artículo 228 del C. de P.P. al establecer el principio de limitación faculta a la Corte por vía de excepción para declarar oficiosamente la causal tercera de nulidad, pero supeditado lo anterior a que ésta surja de manera evidente y ostensible en autos o de las alegaciones de las partes, sin que el juez de casación pueda suplir al demandante y ejecutar la labor que a éste corresponde. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Harold Barreto Bustamante, Donaldo Ortega Mantilla, Erwin Porto Romero y Adriana María del Pilar Celis. Delito: Falsedad en documentos privados y estafa. Radicación número 8601. Publicada: S. 27

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONA / SANA CRITICA / TESTIMONIO

El hecho de que no se hubiera efectuado una verdadera diligencia judicial de reconocimiento, en manera alguna afecta la validez del testimonio del

denunciante, ni tampoco impide que pueda dársele credibilidad a su dicho. Pensar que si porque la víctima de un delito, antes de presentar la denuncia y precisamente para ello, logra por cualquier medio lícito la identificación de su victimario, es necesario descalificar su testimonio, es una conclusión completamente equivocada que no encuentra ningún fundamento en la ley. Lo que el fallador en estos casos debe hacer, es analizar el testimonio del ofendido y teniendo en cuenta las circunstancias en que se produjo el señalamiento extraprocesal, determinar luego de confrontarlo con los otros elementos de juicio aportados al proceso, el valor probatorio que merece, teniendo en cuenta siempre y para todo ello, las reglas de la sana crítica. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Acción: Gersaín Mera Martínez y Javier Solis Vargas Beltrán. Delito: Concusión. Radicación número 8578. Publicada: S. 37

DEMANDA DE CASACION / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Olvida el señor defensor demandante que indicar los fundamentos de la causal alegada para procurar la revocación del fallo de segunda instancia en sede de casación a través de la causal 1a. del artículo 220 C.P.P., por motivo de errores de evaluación probatoria del sentenciador, comporta la obligación de demostrar, esto es, evidenciar con razonamientos respaldados en el proceso y en la ley, los errores de apreciación de toda la prueba definitoria del caso. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Pasto. Acción: Floro Hernando Bejarano. Delito: Tentativa de homicidio. Radicación número 8640. Publicada: S. ... 44

PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / COLISION DE COMPETENCIA

La competencia para el conocimiento de las infracciones al Decreto 3664 de 1984, incorporado ahora como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, se determina como norma en blanco que es, no solamente por el precepto del artículo 9o.-4 de la Ley 81 de 1993, sino además con remisión a la clasificación que de las armas de fuego y municiones hace la ley, entre aquellas de uso personal y de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. / La ausencia o no de dolo en la conducta incriminada es consideración extraña al tema de la competencia, porque con dirimirla apenas se pretende determinar el funcionario competente que ha de definir sobre la realidad del hecho. Valorar la reprochabilidad penal y la responsabilidad del imputado son aspectos privativos del funcionario del conocimiento y de un momento procesal preciso y muy distinto del incidente sobre colisión. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto colisión de competencias.

Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: Dirime el conflicto al J.P.C. Procedencia: Juzgado Regional de Santafé de Bogotá. Acción: Humberto Arias Carmona. Delito: Infracción al art. 2o. del Decreto 3664 de 1986. Radicación número 9504. Publicada: S. 52

HOMICIDIO CULPOSO / PRESCRIPCION

El delito de homicidio culposo está sancionado en el artículo 329 con pena de prisión de dos (2) a seis (6) años, y multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio, lo que implica que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 80 del estatuto punitivo, la acción penal por esta conducta ilícita prescribe en el lapso de seis (6) años. Sin embargo el término prescriptivo de la acción se interrumpe con la ejecutoria del "auto de proceder" o su equivalente (art. 84 C.P.), para reiniciarse a contar por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 80, que no podrá ser inferior a cinco años. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Acción de revisión. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: Declara inválidas, cesa procedi. Procedencia: Tribunal Superior de Ibagué. Acción: José Luis Arias Avila. Delito: Homicidio culposo. Radicación número 9060. Publicada: S. 61

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS / TESTIMONIO

La diligencia de reconocimiento no constituye prueba autónoma, pues por su naturaleza es parte del testimonio de quien verifica el señalamiento, constituyendo uno de los compromisos de quien luego de presenciar una infracción queda en capacidad de señalar al responsable. Sin embargo, y por la trascendencia que tiene la individualización del sospechoso a través de este medio, fortaleciendo la versión directa con la que está íntimamente vinculada, mal podría tratarse de un medio informal o ajeno a requisitos mínimos y sustanciales para su validez. Protegiendo la importancia del reconocimiento, fija la ley como ritualidad condicionante de su legalidad una serie de exigencias que la vez amparan el debido proceso y la defensa, al exigir que el reconocimiento se rinda bajo juramento, en presencia del defensor del procesado, rigiendo la apariencia e indumentaria del sospechoso y el número de personas que han de acompañarlo y la ubicación del testigo en un lugar oculto, exigencias uniformes y coincidentes en los tres estatutos procesales que han regido durante los últimos veinte años. Constituye sin embargo, diferencia importante, la previsión contenida en los Decretos 409 de 1971 y 2700 de 1991, no prevista en el Decreto 50 de 1987, de la descripción previa del imputado a reconocer por parte del testigo. Salvo una coma, el aparte que se transcribe es idéntico en los Códigos de 1971 y 1991 (incisos segundo y primero de los artículos 407 y 368 respectivamente): "...quien haya de practicarlo será interrogado para que describa a la persona

de quien se trata y para que diga si la conoce o si con anterioridad la ha visto personalmente o en imagen". Así, entonces, si este requisito no se exigía en vigencias del Decreto 050 de 1987, es comprensible que el funcionario que entre el primero de julio de 1987 y el treinta de junio de 1992 debiera realizar reconocimientos en fila de personas, no estuviera obligado a exigir en ese acto y previo al reconocimiento del sospechoso su entera descripción, así que esa omisión o falta de constancia en el acta respectiva no pretermitía las condiciones esenciales de validez o existencia de la diligencia, ni por lo mismo podía luego aducirse como falso juicio de legalidad. El Decreto 050 de 1987 contenía una exigencia similar, pero como parte del interrogatorio en la recepción del testimonio (art. 294), para aquellos eventos en que el deponente incriminase a una persona. /Sin duda las versiones sucesivas de una misma persona rendidas bajo juramento integran su testimonio para fines de valoración probatoria. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Manizales. Acción: César A. Valencia Grisales. Delito: Hurto. Radicación número 8666. Publicada: S. 66

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Lo que constituye falta de consonancia entre la acusación y el fallo, es que en éste se tome por sorpresa a alguno de los sujetos procesales, por no corresponder la sentencia a los precisos parámetros de la resolución acusatoria. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Carlos Julio Mancipe P. Delito: Homicidio. Radicación número 8580. Publicada: S. 78

IRA E INTENSO DOLOR / DOLO

Exhibe el actor una ostensible confusión teórica cuando equipara repetidamente la riña y el dolo de ímpetu a la diminuente de la ira. No: bien puede existir riña y dolo de ímpetu y no asomar por ningún lado la ira. Esto, porque no es inherente a la riña un comportamiento ajeno grave e injusto. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Cundinamarca. Acción: Gustavo Morales Riveros. Delito: Homicidio. Radicación número 8606. Publicada: S. 88

PRUEBA TRASLADADA / SANA CRITICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / DICTAMEN PERICIAL

No tratándose de prueba de proceso o diligenciamiento penal diferente, o proveniente de jurisdicción distinta, no tenía la autoridad judicial que en

definitiva asumió la investigación, por qué conferir calidad de prueba trasladada a la practicada por el juzgado castrense, ni motivo para darle el tratamiento que para ésta prevé el ordenamiento procesal. Bastábale como lo hizo en el auto de febrero de 1990, dictado meses después de que el informativo adelantado por el juzgado instructor Militar fue remitido al juzgado (...) de instrucción criminal, dar ingreso al dicho diligenciamiento, como fundamento del auto de iniciación del proceso penal. Ciertamente, este precepto (art. 252 del C.P.P. de 1987), que describía la "legalidad de la prueba", imponía para que pudiera ser apreciada, el haber sido "ordenada o admitida" mediante auto que así lo dispusiera. Y no otra cosa fue lo que acaeció en el caso en estudio: las dichas pruebas fueron recaudadas por el instructor militar, es cierto, sin auto que las ordenara, pero, al proceso fueron admitidas por el juzgado (...) de Instrucción Criminal que dio ingreso a todo el informativo castrense, con lo que se avaló la legalidad de la prueba y se abrió su posibilidad de estudio. / No puede olvidarse que la prueba pericial, como cualquiera otra de las que contempla la ley para la investigación, está sujeta a la sana crítica por parte del juez. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Alfredo Riaño. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 8600. Publicada: S. 97

DEMANDA DE CASACION

Según el numeral 3o. del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, es requisito formal de la demanda de casación que el actor aduzca los fundamentos de la causal invocada y que lo haga en forma clara y precisa. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: Inadmite la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Pereira. Acción: Ramiro Pulgarín Benjumea. Delito: Homicidio. Radicación número: 9447. Publicada S. 111

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS / ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIAS

El art. 71 del C. de P.P., modificado por lo dispuesto en el art. 9o. de la Ley 81 de 1993 atribuye a los jueces regionales la competencia para conocer del delito de porte de armas "...con excepción del porte de armas de defensa personal...". El Decreto 2535 de 1993 por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos, considera en su art. 11 como armas de defensa personal "...las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas". Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de colisión de competencias. Fecha: JULIO 6 DE 1994. Decisión: Dirime competencia al J.P.C. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción:

Jaime de Jesús Osorio Torres. Delito: Porte de armas. Radicación número 9530. Publicada: S. 114

LIBERTAD PROVISIONAL / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL / LIBERTAD CONDICIONAL / PREVARICATO POR ACCION

La libertad provisional es un derecho que la ley concede al procesado para no ser privado de su libertad de locomoción por haberse proferido en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o para recobrarla si fue privado de ella, la que se concede mediante caución prendaria o juratoria, en los casos expresamente determinados (art. 415 C.P.P.). Tiene por finalidad esta institución, velar por la garantía de los derechos del acusado a favor de quien pende de la presunción de inocencia hasta el pronunciamiento de sentencia en la cual se deje desvirtuado tal principio, momento a partir del cual entran en juego las otras instituciones como sustento de liberación. No es por capricho del legislador que se dispone que sea únicamente al momento de dictar sentencia, no antes, ni después, que se estudie la posibilidad de suspender condicionalmente la pena, porque es justamente en ese estadio procesal que examina, con riguroso criterio científico, los medios de información acopiados al proceso y a tiempo que adquiere conocimiento, en grado de certeza, sobre la existencia real del hecho y la responsabilidad del acusado, también asume sobre bases ciertas, si la pena a imponer al justiciable merece suspenderse condicionalmente por darse las condiciones del artículo 68 del C.P., vale decir, que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión y que del estudio que se haga sobre su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, resulte que no requiere de tratamiento penitenciario. / El subrogado penal de la libertad condicional, supone el pronunciamiento de la sentencia de condena a pena de arresto mayor de tres años o de prisión que exceda de dos, siempre que hubiere cumplido las dos terceras partes de la pena y exista pronóstico sobre su adaptación social. Luego aunque las tres instituciones tienen en común la libertad del procesado y que ella es restringida porque está sometida a determinadas condiciones, cuyo quebrantamiento entraña su revocatoria, son exactas también las marcadas diferencias que las identifican. Así por ejemplo, mientras la libertad provisional es una institución de carácter procesal, sometida a las reglas del estatuto adjetivo, para los procesados, los subrogados de la condena de ejecución condicional y libertad condicional, que se rigen por el estatuto sustantivo, contemplan para los condenados un modo de cumplir las penas de arresto y de prisión; la excarcelación se otorga en la medida en que no haya una sentencia condenatoria ejecutoriada, en tanto que la suspensión condicional de la pena se reconoce en la sentencia misma, y la libertad condicional cuando haya descontado las dos terceras partes de la sentencia impuesta; y en fin, las razones en que se fincan, son diversas, ya que la libertad provisional tiende

a neutralizar los efectos nocivos de una detención física, la suspensión condicional de la pena en que el condenado no requiere tratamiento penitenciario, y la libertad condicional, en la readaptación social del condenado. / Se encuentra que la jurisprudencia y la doctrina ya han dejado averiguado que en tanto la ignorancia es la falta de ciencia, o sea, la ausencia total de conocimientos acerca de algo, el error viene a ser la discordancia o disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas. La falibilidad del ser humano, precisamente ha llevado a que se estime como prevaricación la simple resolución que contradiga el texto legal, porque en ese evento puede haber una simple aplicación equivocada del derecho; susceptible de corrección a través de las impugnaciones. Si fuera lo contrario, cualquier decisión revocada por el superior daría lugar a adelantamiento de proceso contra el juez que la dictó por un delito contra la administración pública, lo cual repugnaría al buen sentido y la razón. Pero si bien es verdad que no toda discordancia entre lo decidido y la ley comportan infracción penal, si se atenta en materia grave contra la administración pública, se viola la rectitud, la legalidad y la honestidad en los actos propios de administrar justicia, cuando entre lo resuelto y la afrenta a la ley media conocimiento del juez de que su proceder corresponde a la hipótesis abstractamente formulada en el tipo penal no empece lo cual corre en las contingencias que su acción apareja. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Ibagué. Acción: Néstor Gregory Díaz Rodríguez, Ex-Juez 9o. Penal Municipal de Ibagué. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 9477. Publicada: S. 117

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Plena razón le asiste al Procurador cuando conceptúa que teniendo en cuenta la alegación del actor, éste se equivocó al escoger la vía para formular su ataque contra el fallo, pues en verdad la Corte no podría dictar el fallo de sustitución, con el cual culminaría la censura en el caso de que prosperara, porque de hacerlo y condenar por un delito distinto (lesiones personales) al imputado en la resolución acusatoria (homicidio) estaría a su vez incurriendo en el segundo motivo de casación: "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la acusación" (art. 220.2 del C. de P.P.). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Luis Enrique Peñalosa Páez. Delito: Tentativa de homicidio y porte ilegal de armas. Radicación número 8771. Publicada: S. 128

APELACION

El traslado a los no recurrentes se hace una vez se haya vencido el término para apelar y, naturalmente para sustentar esa apelación (art. 26 Ley 81/

93), que adicionó el artículo 196 del C. de P.P.), resulta claro que la alegación del no recurrente no puede pretender sino que el ad quem acepte o inadmita las razones del impugnante. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Sincelejo. Acción: Francisco del Cristo Alvarez Bueno y Reyes del C. Tovar Atencia, Juez y Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre). Delito: Falsedad ideológica en documento público. Radicación número 9155. Publicada: S. 136

ACCION DE REVISION / SANA CRITICA

La FALSEDAD probatoria a que alude el legislador para efectos de la REVISION, no está relacionada con la apreciación que del medio legalmente aportado realiza el funcionario judicial. Ese presunto error en tal valoración no es propio alegarlo en sede de revisión, sino de CASACION, y esto sólo cuando se ha violentado las REGLAS DE LA SANA CRITICA. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Acción de revisión. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Rechaza por antitécnica la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Tunja. Acción: Jaime Joaquín Coronel Camargo. Delito: Homicidio agravado. Radicación número 9413. Publicada: S. 146

ACCION DE REVISION / PRUEBA NUEVA

No es cualquier PRUEBA NUEVA la que el legislador erige como suficiente para constituir causal de revisión; no, necesario es que ella tenga suficiente entidad para pensar seria y fundadamente en la INOCENCIA del condenado. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Acción de revisión. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Niega la acción de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santa Marta. Acción: Javier Enrique López Roldán. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación número 7999. Publicada: S. 163

PECULADO

El artículo 88 del Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) consagra algunas prohibiciones para Senadores y Representantes que ejerzan el cargo, entre las cuales importa destacar para el caso a estudio la establecida en el literal d), que es el del siguiente tenor: "Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles". El inciso final del citado artículo hizo extensivas esas prohibiciones a los Diputados, Consejeros Intendenciales y Comisariales en relación con el

respectivo departamento, intendencia o comisaría y los municipios que los integran, y a los Concejales en relación con el respectivo municipio, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Unica instancia. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Se inhibe. Acción: Guillemo Vélez Urrutia. Delito: Peculado por apropiación. Radicación número 8454. Publicada: S. 183

DEMANDA DE CASACION / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Cuando el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, el recurrente que no se encuentre satisfecho con dicha regulación, deberá presentar la demanda sujetándose a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil (art. 368), siempre y cuando que el interés para recurrir sea el contemplado en la ley (hoy de $27.400.000.oo conforme a los artículos 2 y 3 del Decreto 522 de 1988 en armonía con el 366 de la citada codificación). Deberá tener presenta demás, que la sentencia objeto de impugnación sea de las dictadas en segunda instancia por el Tribunal Superior, el Tribunal Nacional o el Tribunal Penal Militar aunque ya sin consideración al quántum punitivo del delito. Dicha exigencia de carácter sustancial encuentra su razón de ser en el hecho de circunscribirse la controversia a cuestiones de índole puramente civil. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Auto de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Neiva. Acción: José Helmer Leal Rodríguez. Delito: Homicidio. Radicación número 9204. Publicada: S. 195

DEMANDA DE CASACION / NULIDAD

Al escoger el actor de la causal tercera está obligado a demostrar cuál fue el error in procedendo en que incurrieron los juzgadores. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Ibagué. Acción: José Aldemar González Cardona. Delito: Homicidio. Radicación número 8661. Publicada: S. 199

RESPONSABILIDAD PENAL / INDAGATORIA

Es bien sabido que en materia penal la responsabilidad es individual por lo que cada partícipe del hecho punible responde independientemente de su propia conducta, sin comunicarla a los demás. De manera que la no vinculación al proceso, mediante indagatoria o declaración de persona ausente, de determinadas personas que bien pudieran estar comprometidas

en la comisión de un ilícito por el cual se juzga a otra igualmente comprometida, no cambia la situación jurídica de ésta, ni altera la legalidad del trámite, generando nulidad de la actuación. La vinculación de un individuo al proceso en calidad de sindicado depende no del criterio o capricho de uno de los sujetos procesales, sino de la convicción fundada y razonable que se forme el funcionario judicial de que es autor o partícipe del hecho "en virtud de antecedentes o circunstancias consignadas en la actuación", o por haber sido sorprendido en flagrante delito (art. 352, inciso primero del C. de P.P.). En ese orden de ideas resulta lógico concluir que cuando el inculpado no ha sido sorprendido en flagrante hecho punible, ni respecto a él existen en el proceso "antecedentes y circunstancias" que le permitan al funcionario judicial considerarlo como autor o partícipe del hecho, simplemente debe abstenerse de llamarlo a rendir indagatoria. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Ricardo Vásquez Rodríguez. Delito: Estafa agravada. Radicación número 8547. Publicada: S. 206

PECULADO POR APROPIACION / DOLO

Es evidente que tratándose de un delito de apropiación no puede alegarse falta de intención, porque el que maneja dineros públicos sabe que lo son y cuando se apropia de ellos, se puede predicar que fue de una manera perfectamente intencional. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Jesús Policarpo Millán Carvajal y Miguel Antonio Velásquez. Delito: Peculado por apropiación y otros. Radicación número 8648. Publicada: S. 214

ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA

La causal quinta de revisión que el legislador precisa en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal dice a su texto que las sentencias ejecutoriadas podrán entrar a removerse siempre y cuando "...se demuestre, en sentencia firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión se fundamentó en prueba falsa". "De una tan clara redacción emerge que no le basta al solicitante con aducir que fueron falsos los medios de convicción tenidos por los juzgadores como asidero del fallo en firme que impugna, sino que es preciso agotar anticipadamente todo un debate procesal hasta contar con fallo en firme dentro del cual se dé por cierto y demostrado que al proceso de origen se impidió el conocimiento de la verdad real mediante la aportación de medios mentirosos o falaces. Si ni los fundamentos de hecho y de derecho apuntan a la causal que se aduce, ni de ésta se aporta la

exclusiva prueba requerida, sin otras consideraciones que el caso amerite, la determinación que surge no es distinta de la inadmisión del escrito peritorio. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de revisión. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Jairo Hernando Farieta Suárez. Delito: Prevaricato por omisión. Radicación número 9518. Publicada: S. 224

DEMANDA DE CASACION / SANA CRITICA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Para que una demanda de casación pueda llegar a prosperar, es necesario que los ataques se formulen con apego a la realidad que emana del proceso y que su desarrollo se haga de manera clara y precisa dentro de los límites fijados por el casacionista, haciéndose indispensable que la demostración de la censura se dirija en contra de cada una de las pruebas obrantes y relevantes, pues de llegar a persistir alguna con la suficiente solidez, ella constituirá motivo suficiente para mantener incólume la determinación. / El sistema probatorio del derecho procesal penal que rige es justamente el de la sana crítica, dentro del cual se le concede al juzgador la potestad de fundar su convicción de forma razonada, ciñendo su interpretación de las en conjunto y dentro de los límites que facilitan la lógica, la ciencia y la experiencia. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Pereira. Acción: Gildardo Antonio Ramos E. Delito: Homicidio simple. Radicación número 8636. Publicada: S. 230

PRESCRIPCION

Quiere la Corte señalar, que la circunstancia de que el proceso haya llegado a ésta Corporación para el trámite del recurso extraordinario de CASACION, no comporta en manera alguna que operado el fenómeno PRESCRIPTIVO, el mismo no pueda reconocerse, pues lo que importa en un evento así, es el trascendental hecho de que ha muerto, por el transcurso del tiempo, la pretensión punitiva del Estado y el sustancial derecho del procesado a que se le libere de la persecución procesal. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Declara prescrita la acción penal. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: María Hercilia de Palacios, Isabel Herrera Caicedo y María Julia Herrera Caicedo. Delito: Abuso de circunstancias de inferioridad. Radicación número 8823. Publicada: S. 243

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES / ARMAS DE DEFENSA PERSONAL / COLISION DE COMPETENCIA

El Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 "por el cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos", modificó el régimen imperante hasta entonces sobre el particular. Es así como clasifica, respectivamente, las armas de guerra o uso privativo de la fuerza pública, de uso restringido, y, de uso civil, señalando entre las últimas las de defensa personal, dentro de las cuales cuenta el revólver con las características que define en su artículo 11, literal a) –algunas comunes para las pistolas–, y que de todas maneras, para ser considerado como de defensa personal, debe reunir la "totalidad" de ellas, a saber: "–calibre máximo 9.652 mm (38 pulgadas). –longitud máxima de cada cañón 15.24 cms. (6 pulgadas). A su vez al definir en los artículos 8o. y 9o. las armas de guerra o de uso privativo de la fuerza pública y las de uso privativo de la fuerza pública, y las de uso restringido, aunque incluyó los revólveres del mismo calibre de los de defensa personal, estableció que su ubicación dentro de aquellas depende de que no reúnan las características señaladas en el precitado artículo 11, vale decir, tanto el calibre como la longitud del cañón pues que del texto de las normas en comentario resultan las antes transcritas, como las únicas exigencias para que el revólver sea considerado de defensa personal". Eliminó pues el Decreto 2535 de diciembre de 1993, como característica específica para las armas de fuego de defensa personal la energía cinética de que hablaba el artículo 2o. del Decreto 2003 de 1982, modificatorio del 7o. del Decreto 1663 de 1979, bajo cuyo imperio se realizó la experticia de balística obrante en el proceso, pues que lo fue el 19 de octubre de 1993. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de colisión de competencias. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: Declarar competencia J.P.C. Procedencia: Juzgado Regional de Medellín. Acción: Edgar Buitrago Ceballos. Delito: Porte ilegal de armas. Radicación número 9545. Publicada: S. 248

RESPONSABILIDAD PENAL / DICTAMEN PERICIAL

El problema de la responsabilidad penal es de la competencia exclusiva del juez, razón por la cual expresamente, el artículo 267 del estatuto procesal prohibe a los peritos, de manera categórica, "emitir en el dictamen cualquier juicio de responsabilidad penal". Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Montería. Acción: Hernán Alonso Villalba Guerra. Delito: Homicidio y lesiones personales culposos. Radicación número 8735. Publicada: S. 253

EXTRADICION / PRUEBA

Bien sabido es que cuando se encara la emisión del concepto acerca de la viabilidad o no de la extradición, la competencia de esta Sala se circunscribe a establecer "la demostración plena de la identidad del solicitado, la validez formal de la documentación presentada, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y, cuando fuere el caso, el cumplimiento de los tratados públicos" (art 558 ibídem). Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Extradición. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: Niega por improcedentes las pruebas. Acción: Eduardo Francisco Quezada Ruiz. Radicación número 9294. Publicada: S. 260

DEBIDO PROCESO / RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

No basta alegar la existencia de una irregularidad sustancial que presuntamente afecta el debido proceso, sino que es necesario demostrar en qué medida la circunstancia alegada configura el vicio que se predica, y qué trascendencia tiene respecto a la legalidad de la sentencia que se cuestiona. / Como se desprende del tenor literal de la norma que regula la diligencia, no se exige nunca que el testigo haga una descripción de estas características (cómo estaba vestido y las características físicas de la persona a quien reconocería), previamente al acto mismo del reconocimiento. La simple ausencia de esta advertencia al procesado (lugar de ubicación en la fila), no tiene la virtualidad de dar al traste con la legalidad de la prueba porque eso sólo se presentaría si se demuestra que dicha omisión se realizó con el interés de amañar la diligencia, informando al testigo en qué lugar se va a ubicar al acriminado para hacer posible su señalamiento. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Sincelejo. Acción: Eloy Ortega Barrios. Delito: Homicidio y hurto agravado. Radicación número 8498. Publicada: S. 262

APELACION

Si se tiene en cuenta que la anterior codificación no tenía prevista audiencia de sustentación del recurso de apelación, es obvio que debía seguir tramitándose el proceso bajo las orientaciones de ese ordenamiento, porque en el momento de la entrada en vigencia de la nueva norma procesal, ya la audiencia se había iniciado varios meses atrás, y por ello, era imperativo y acertado que el Tribunal Superior negara la celebración de la audiencia de sustentación solicitada. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: No casa.

Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Joselín Sierra Salinas, Omar Silva Villamil y otros. Delito: Hurto calificado y agravado. Radicación número 8571. Publicada: S. 274

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY / RETROACTIVIDAD DE LA LEY

No debe olvidarse que la aplicación ultractiva de una norma, exige que en algún momento de su vigencia ella hubiere sido aplicable al caso debatido. Por ello se ha sostenido que la ultraactividad es un fenómeno más aparente que real, contrario a lo que sucede con la retroactividad, en cuyo caso la nueva ley sí resulta aplicándose a situaciones que existían antes de que la nueva ley empezara a regir. Y si como ya se dijo con Jiménez de Asúa, que "la posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada", es obvio para la Sala que el artículo 218 original del C. de P.P. jamás fue ley aplicable al proceso seguido en contra del sindicado, porque ya estaba subrogado cuando la sentencia se produjo y por ende, su aplicación ultraactiva no es procedente. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Recurso de hecho. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: Declara bien negado el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Felipe Alfonso Pineda Aristizábal. Delito: Prevaricato. Radicación número 9337. Publicada: S. .. 281

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Es indudable que el proceso penal debe guardar una armonía lógica de pensamiento en forma tal que la sentencia corresponda a los cargos formulados en la resolución de acusación. En ésta se le informa al sindicado de qué comportamiento punible se le acusa de acuerdo a las pruebas aportadas a la investigación y cuál su grado de responsabilidad, para que éste pueda ejercitar en relación con ellos una adecuada defensa. Así mismo permite que el juzgador sepa, por cuál delito debe condenar o absolver según el caso, de manera que los cargos que se concretan en la resolución acusatoria sean los mismos que se definen en la sentencia. /Cuando se alega la causal segunda de casación debe demostrarse que la relación jurídica entre el auto acusatorio y la sentencia se ha quebrantado con detrimento de la estructura básica del proceso. Esa incongruencia o desacuerdo entre estas dos piezas procesales, puede ser absoluta o relativa. La primera se presenta cuando se formula un cargo por un delito determinado, el acusado se defiende de éste y es condenado o absuelto por un tipo penal diferente. La segunda forma de quebranto tiene lugar, cuando si bien la sentencia se profiere por el delito imputado al procesado en el auto enjuiciatorio, el juzgador, bien por exceso o por defecto, deduce circunstancias específicas de agravación o de

atenuación, o deduce cargos no contemplados en la resolución acusatoria y que no se probaron en la causa. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Luis Alfonso Fajardo Rodríguez. Delito: Estafa. Radicación número 8518. Publicada: S. 286

RESPONSABILIDAD CIVIL / PERJUICIOS

La condena a pagar los derivados del delito, no tienen de ninguna manera el carácter de pena, sino que es simplemente una consecuencia del hecho punible. Por no ser, pues, una pena, no opera la prohibición contemplada en los artículos 31 de la Carta Política y 217 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 7 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Ibagué. Acción: José Darío Pulecio Sierra. Delito: Homicidio agravado. Radicación número: 8758. Publicada S. 302

ERROR DE DERECHO / FALSO JUICIO DE LEGALIDAD / INSPECCION JUDICIAL

Cuando se ataca la prueba en casación por error de derecho por falso juicio de legalidad, con insistencia lo ha dicho la Sala, la impugnación no queda satisfecha con la sola enunciación del reproche y la indicación del medio criticado, sino que es necesario probar que el sentenciador al estimar la prueba le dio validez a un elemento de persuasión aducido al proceso sin las formalidades exigidas por la ley, para cuyo efecto el actor debe señalar el precepto o preceptos que establecen los requisitos para la aportación de la prueba cuestionada y que se dicen omitidos, y que a través de esta violación medio, se verificó efectivamente la transgresión de una norma sustancial como violación fin, y en qué sentido, lo cual impera ser igualmente precisado por el censor. Sabido es que las dos modalidades del error de derecho son excluyentes, pues el falso juicio de legalidad trae como consecuencia la inexistencia jurídica de la prueba, en tanto que el falso juicio de convicción se acepta que la prueba fue legalmente aducida al proceso y lo que se cuestiona es su valoración, reproches que al plantearse simultáneamente atentan contra el principio de no contradicción, y si a ello se añaden argumentos propios de la nulidad, se está desconociendo la autonomía de las causales de casación (primera y tercera). / Cabe advertir que el proveído en mención (el que ordena la inspección judicial) no se encuentra entre las providencias que deben notificarse conforme a lo estatuido por el artículo 174 del C. de P.P. vigente para la época en que se profirió, pues cuando se decretan las pruebas solicitadas como allí ocurrió,

el auto es de sustanciación, no así cuando se trata de negarlas, pues en tal evento, la providencia debe ser interlocutoria. Mal puede hablarse de ilegalidad de la aducción o la práctica de la diligencia en la inspección judicial, cuando no se exige como requisito de procedibilidad o validez la presencia del imputado así éste se encuentre detenido, como se desprende de lo regulado por los artículos 262, 263 y 264 del Decreto 050/87, luego la censura por este motivo, carece además de fundamento. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 12 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santa Rosa de Viterbo. Acción: Fermín Lache. Delito: Homicidio simple voluntario. Radicación número 8646. Publicada: S. 313

PREVARICATO / RESPONSABILIDAD PENAL

Aducir que no estaba llamado el Juez a llamar de manera directa a la mujer interesada en el dinero, por cuanto había producido edicto emplazatorio en virtud del cual se citaba en forma indeterminada a todos los que se creyeran con algún derecho sobre los dólares incautados, es un argumento defensivo que no resulta aceptable, frente al deber que le impone al funcionario el artículo 37-4 del Código de Procedimiento Civil, pues no puede desconocerse que el Juez goza de facultades de impulso procesal, de disposición o injerencia en el desarrollo y resultado del proceso, aún en materia probatoria, lo que le exige una participación activa en el manejo y dirección del asunto sometido a su conocimiento y decisión. / El artículo 706 del Código Civil preceptúa que para que un bien mueble pueda calificarse de "mostrenco" se requiere inexorablemente que carezca de "dueño aparente o conocido. / La responsabilidad penal es individual y personalísima y muy especialmente tratándose de juzgar la culpabilidad. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JULIO 13 DE 1994. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Julio Alberto Sánchez Vega, Ex-Juez Veinte Civil del Circuito. Delito: Prevaricato. Radicación número 7917. Publicada: S. 328

DICTAMEN PERICIAL / FAVORABILIDAD / HOMICIDIO AGRAVADO / LEX TERTIA

La omisión de traslado a los sujetos procesales del dictamen pericial, no configura de suyo nulidad de la actuación, a menos que se demuestre que no tuvieron oportunidad alguna y conocerlo y controvertirlo. / Si por razones de favorabilidad normativa los juzgadores aplicaron al caso las disposiciones relativas al delito imputado de acuerdo a la anterior codificación penal (Decreto 250 de 1958) y no las del Estatuto vigente al momento de proferirse la sentencia (Decreto 2550 de 1988) porque aquellas contemplaban para el

homicidio agravado, entre otras circunstancias por la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, una pena privativa de la libertad de 15 a 24 años en lugar de 16 a 30 años de prisión, (artículo 195 y consagraba como atenuante la figura de la llamada complicidad correlativa (art. 215) reconocida expresamente al procesado recurrente en la sentencia impugnada; debe entenderse, que la aplicación de tales preceptos es integral, sin que sea permitido de cada una de las codificaciones en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear arbitrariamente una tercera norma o ley tercia, especial al caso juzgado. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 13 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Acción: Luis Azael Alvarez Gallego. Delito: Tentativa de homicidio agravado. Radicación número 8359. Publicada: S. 348

INDICIO

Yerra el memorialista cuando entiende que una pericia no puede valorarse a base de la prueba indiciaria, pues ésta tiene tanta entidad como aquélla y suele ser sensible y, útil instrumento para fortalecer las conclusiones de los dictámenes o para desecharlos total o parcialmente. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 14 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Santafé de Bogotá. Acción: Wilson Sandoval Samboní. Delito: Homicidio. Radicación número 8546. Publicada: S. 359

HURTO CALIFICADO / EXTORSION / SECUESTRO EXTORSIVO

La violencia que anima la previsión del artículo 350-1 del C.P., no puede ser la que afecta la libertad de locomoción de una persona (secuestro). El aspecto es totalmente diverso en los dos tipos penales (extorsión y hurto calificado) y confundirlos y hacerlos servir al primero de ellos, con eliminación del segundo reato, es desconocer su naturaleza propia y prevalente. Lo aspectos jurídicos que se vinculan a la libertad física, "están definidos y reglados con absoluta estrictez", empezando porque la Constitución Política –art. 28– para permitir su desconocimiento exige la orden estricta de autoridad judicial. / Si el tipo está conformado por un núcleo rector consiste en el apoderamiento que resulta igual en el hurto simple y el de uso, se dirá que se está frente a este último en el evento en que aparezca como elemento sujeto de la conducta humana el propósito de usar el bien ajeno (art. 352 C.P.). O si la acción es la de constreñir a una persona, se tendrá que el tipo correcto es el de extorsión si se persigue un provecho patrimonial (art. 355 C.P.), o de no se dará un tipo de constreñimiento personal simple (art. 276 C.P.). De manera que el proceso

de adecuación típica sigue un curso puramente lógico de prioridades en el examen de los elementos configuradores de los tipos penales, en el cual se va de la identificación del núcleo de acción que rige la figura como aspectos principal, y que luego en un procedimiento que desciende de lo principal a los predicados del núcleo rector del tipo, llega a los elementos de modo, los medios, los elementos subjetivos y normativos que identifican la estructura típica correspondiente. / La extorsión se caracteriza por ser un acto de constreñimiento sobre la persona afectada, en tanto que el secuestro es una privación física de la libertad personal (arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la persona), que son dos actos completamente diversos: lo primero significa intimidación física (aunque sí se le puede amenazar con ello), y el segundo es la privación física de la libertad. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Razones adicionales de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 14 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior de Orden Público (Nacional). Acción: David Carrillo Camacho. Delito: Secuestro extorsivo. Radicación número 8389. Publicada: S. 376

SECUESTRO EXTORSIVO / EXTORSION (Razones Adicionales de Voto)

No puede negarse que entre el secuestro extorsivo y la extorsión, se dan sensibles afinidades pero su diferencia cardinal estriba en que si bien es cierto que en ambas infracciones se da una supeditación de voluntad, la primera, en este plano, comporta una afectación de física libertad y daño patrimonial, al paso que la segunda compromete la voluntad en cuanto a disponibilidades económicas. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Notas: Razones adicionales de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación. Fecha: JULIO 14 DE 1994. Radicación número 8389. Publicada: S. 390

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ REGIONAL / JUEZ DE CIRCUITO

La condición de pertenecer a un grupo declarado en rebeldía contra el establecimiento, no basta para asignar la competencia especializada que ahora está a cargo de los jueces regionales; menos aún cuando las conductas que se deben juzgar se realizaron cuando la ley no había creado ni los tipos especiales agravados punitivamente, en relación con la normatividad existente ni los jueces que conocerían de tales comportamientos. Es de anotar que el conocimiento de los procesos por las infracciones relacionadas con las armas de uso privativo de las fuerzas armadas fue atribuido a algunos jueces especializados (Decretos 1807 de 1985, 468 y 565 de 1987), por lo que en su investigación y juzgamiento se mantuvo en la jurisdicción común, aún después de haber entrado en vigencia (el 1o. de julio de 1987) el Decreto

050 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, en virtud de la expedición del Decreto 1204 del mismo año. Como la acusación que soportan los procesados no se refieren a atentados contra el régimen institucional así ellos pertenezcan a un movimiento rebelde, tampoco por esta circunstancia los ilícitos cuya comisión se les atribuye han dejado de ser de competencia de los jueces penales comunes. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Auto de colisión de competencias. Fecha: JULIO 15 DE 1994. Decisión: Asigna al J.P.C. de La Palma (Cundinamarca). Procedencia: Juzgado Regional de Santafé de Bogotá. Acción: Julio Alberto Sotelo Suárez y otros. Delito: Homicidio y porte ilegal de armas. Radicación número 9569. Publicada: S. 398

PREVARICATO

El delito de prevaricato no se configura con la sola demostración objetiva del proferimiento de una resolución manifiestamente contraria a la ley, porque tratándose de una infracción dolosa, es preciso además contar con prueba suficiente del desconocimiento que el actor tenía sobre la desviación de su decisión de los cánones legales, y la orientación libre de su voluntad para actuar contrariando el derecho. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de segunda instancia. Fecha: JULIO 15 DE 1994. Decisión: Revoca fallo condenatorio. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Cúcuta. Acción: José Gustavo Martínez Merchán, Ex-Juez Segundo de Instrucción Criminal de Cúcuta. Delito: Prevaricato por acción. Radicación número 9267. Publicada: S. 407

TERMINO / CASACION DISCRECIONAL

Los términos son de riguroso cumplimiento y no puede dejarse su aplicación al arbitrio de los empleados o funcionarios judiciales. Si tal cosa se permitiera, desaparecería la seguridad jurídica que de ellos dimana, quedando sujeto el proceso a las interpretaciones caprichosas de quienes en un momento dado deben darles su curso en las actuaciones encomendadas. Tampoco resulta válida el alegar que la ley dependa de las circulares que ésta o las demás altas Corporaciones de la justicia expidan para su aplicación. Desde su entrada en vigencia, la ley debe cumplirse sin que se acepten excusas sobre su poco o ninguno conocimiento. En lo que se refiere a los términos en sí, su conteo aritmético es el que prima sin que haya lugar a elucubraciones de ninguna especie. Y si alguna duda quedare respecto de su aplicación en determinado evento por oscuridad de la norma que lo contempla, la luz brinda la jurisprudencia. / La normatividad ha impuesto una serie de requisitos formales, comenzando por la providencia contra la que se interpone, los delitos por los que se procede, el monto del ilícito

entratándose de una interposición por la parte civil, la personería para hacerlo, especificándose unos días para hacerlo y otros para aceptarse en el evento en que se reúnan las anteriores exigencias (artículos 218, 221, 222, 223 y 224 del C. de P.P.). Ahora bien tratándose de la discrecional, aparte de las anteriores exigencias en forma breve pero sustanciosa el impugnante ha de mostrarle a la Sala el porqué ha de aceptarse su petición enseñándole en qué podría contribuir el estudio del caso en el desarrollo de la jurisprudencia o de qué manera se vulneraron las garantías de los derechos fundamentales (artículo 218 *ibídem*). Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Casación discrecional –Reposición–. Fecha: JULIO 25 DE 1994. Decisión: No repone. Acción: Jaime Agudelo García. Delito: Abuso de confianza. Radicación número 9418. Publicada: S..... 424

DEMANDA DE CASACION / FAVORABILIDAD

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, el recurso de casación procede respecto de delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años. Ya la Sala, con motivo de la entrada en vigencia de la citada ley, precisó que es la norma bajo cuyo imperio se profirió la sentencia la que debe tenerse en cuenta para determinar la procedencia del recurso, como quiera que es a partir del momento en que el fallo se profiere, no antes, cuando surge el derecho a su impugnación. / Es de la esencia del principio de favorabilidad que se presente conflicto de normas, situación a la cual no se llega cuando el precepto que gobierna el caso es un solo. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Auto de casación. Fecha: JULIO 26 DE 1994. Decisión Decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Neiva. Acción: Lucio Antonio Méndez Rojas. Delito: Privación ilegal de la libertad. Radicación número 9375. Publicada: S. 429

COLISION DE COMPETENCIA / JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

Aun cuando la Corte, siguiendo la literalidad de la ley, ha sostenido que en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez fenecido el proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada no constituyen el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales, sin embargo, ha venido aceptándolos especialmente a partir de la creación de los Jueces de Ejecución de Penas, así estos no hayan entrado a operar en algunas regiones, y del instituto de la acumulación jurídica de penas, para evitar, de esta manera dilaciones que puedan perjudicar en alguna forma a quienes se encuentran cumpliendo una pena. / Una cosa es la competencia que ha señalado el legislador para investigar y juzgar un hecho punible y otra muy distinta por cierto para vigilar la ejecución de una sentencia, en

forma perentoria, y por disposición constitucional, le corresponde la investigación y acusación a la Fiscalía General según los factores ordinarios para determinarla; en tanto que, con el mismo criterio, el juzgamiento lo ha dejado exclusivamente a los jueces de la jurisdicción ordinaria (llámese municipales, de Circuito o Regionales, o Tribunales de Distrito Judicial o el Nacional), para reservar lo concerniente a la ejecución de los fallos producidos por cualquiera de éstos, a los jueces denominados de ejecución de penas. Para que no exista duda sobre las actuaciones que cada uno de tales funcionarios ha de cumplir en desarrollo de sus específicas competencias, el Código de Procedimiento Penal, que es el debido proceso para estos fines, señala expresamente no sólo la competencia sino también el rito fundamental tanto para los fiscales como para los jueces, y en forma genérica, solamente fija la competencia a los jueces de ejecución de penas, dejando lo esencial de esta ritualidad al denominado "Código de Régimen Penitenciario y Carcelario", luego son estatutos diferentes para ser aplicados por diferentes funcionarios, es decir, el legislador especializa cada función. De lo anterior se infiere necesariamente que factores tales como la cuantía del reato, la naturaleza del hecho punible y aún el fuero, que son determinantes en la competencia de los jueces falladores, ninguna trascendencia tienen en el señalamiento de la competencia que se deriva de la vigilancia y ejecución de las sentencias pues lo que interesa a este juez de ejecución es el fallo no quien lo ha proferido. En este último orden de ideas, se explica claramente el verdadero significado y alcance del precepto referido en el artículo 15 transitorio del C. de P.P., pues para evitar los problemas que pudieran presentarse por las demoras en el funcionamiento de los Juzgados de Ejecución de Penas creados y por los mismos cambios de competencia funcionales que introdujo el Código respecto de los jueces falladores, este estatuto consagró el precepto referido que por su claro tenor no admite otra interpretación, esto es, que mientras entran a funcionar los Jueces de Ejecución de Penas, las atribuciones a ellos dadas en la ley, deben ser cumplidas por el "Juez que dictó la sentencia en primera instancia". Cualquier agregado que se le haga es producto del capricho del intérprete y no ejercicio de la sana hermenéutica, criterio adoptado ya por esta Corporación. Pero es que esta voluntad del legislador la que mayormente se aviene con la realidad y la justicia ya que si bien nadie está en mejores condiciones para vigilar la ejecución de una sentencia que quien se ha especializado en ello, también lo es que a falta de éste, nadie puede hacerlo en mejor forma que quien con conocimiento pleno del hecho produjo la sentencia. El salario mínimo mensual que debe tomarse en cuenta para fijar la cuantía en las competencias de fiscales acusadores y de jueces falladores es el "vigente al momento de la comisión del hecho", como lo consagró genéricamente el inciso segundo del artículo 73 del C. de P.P., subrogado por el artículo 11 de la Ley 81 de 1993 tal como lo interpretó esta corporación en providencia de marzo 22 de 1994. / De acuerdo con ello los

cientocincuenta salarios mínimos que hoy señala la Ley 81 de 1993 en su artículo 9o. como límite de la competencia dada a los juzgados regionales –como falladores, no la temporal que les dio el artículo 15 transitorio del C. de P.P. como jueces de ejecución de penas–, debió multiplicarlos por el valor que el salario mínimo mensual tenía en la época en que ocurrieron los hechos. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de colisión de competencias. Fecha: JULIO 26 de 1994. Decisión: Asigna competencia al J. Regional. Procedencia: Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín. Acción: Luis Carlos Monsalve. Delito: Tentativa de extorsión. Radicación número 9513. Publicada: S. 433

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS / COLISION DE COMPETENCIA
(Salvamento de voto)

La modificación de competencia, para la ejecución se está patrocinando para procesos que desde ya deben tener esa definitiva destinación, porque lo que daba atributo de conocimiento para competencia tan especializada, para tan drástica y cancerbera justicia, ha desaparecido y por tanto no hay razón para retenerlo en sus anaqueles. Para citar un ejemplo, el caso de homicidio perpetrado con arma de uso privativo de la fuerza militar, delito este último que dio esa singular competencia, pero que después deja de tener esa singular connotación, constituye proceso que después ya no debe preservarse en esta esfera, sino que debe volver a su espacio natural y propio. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Notas: Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto colisión de competencias. Fecha: JULIO 26 DE 1994. Radicación número 9513. Publicada: S. 440

PRUEBA / CESACION DE PROCEDIMIENTO / TERMINO

Calificado el mérito del sumario por el funcionario instructor competente, en el evento de proferirse resolución de acusación una vez ejecutoriada, los sujetos procesales cuentan con el término común de treinta (30) días hábiles (artículo 446) para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción y no resueltas. Finalmente, solicitar las pruebas que sean conducentes. / La oportunidad probatoria precluye para todos los sujetos procesales, sin excepción, una vez que se inician sus intervenciones, donde cada uno concreta sus pretensiones, de lo cual, si es su deseo, podrán al concluir la audiencia, depositar en la secretaría un resumen de sus alegaciones. Las únicas oportunidades para que los sujetos procesales puedan pedir pruebas, serán en primer término el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y luego, en la audencia pública, una vez concluida la práctica de las decretadas para evacuar dentro

de la misma. Si ninguno de los intervinientes considera que como consecuencia de las anteriores surjan otras, entonces precluye la oportunidad legal para solicitar pruebas. Las que demanden las partes en el momento de su intervención de fondo, no podrán ser consideradas por el juez, ya que por su extemporaneidad, de ser atendidas, se violaría ostensiblemente el mandato constitucional ya visto (art. 29 C.N.). /El Tribunal no ha debido hacer pronunciamiento alguno respecto de la petición de cese de procedimiento, pues el artículo 454 del Código de Procedimiento Penal, faculta al juez para diferir cualquier decisión relativa a la valoración probatoria que incida en la responsabilidad del acusado, para el momento del fallo, luego no resulta práctico para los fines del proceso que sin haber concluido las intervenciones de los sujetos procesales, la audencia se suspenda para que en forma anticipada, se califiquen las pruebas sobrevinientes a la Resolución de Acusación, so pretexto de atender peticiones de la naturaleza ya indicada. La solicitud de cesación de procedimiento que se presente en el desarrollo de la audiencia pública, con base en las pruebas sobrevinientes a la resolución de acusación, el juez debe mirarla como el sustento de una pretensión que debe resolverse en el fallo. Además, en los casos donde se juzga a más de un procesado, ninguno de ellos puede ser afectado con la suspensión del proceso para que el juez atienda, con relación a uno, peticiones de cesación de procedimiento, ya que según el mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta política, les asiste el derecho a ser juzgados sin dilaciones injustificadas. / El artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, impone al fiscal en el sumario y al juez en la etapa del juicio, la declaración de cesación de procedimiento cuando aparezcan plenamente demostradas las causales allí previstas. En cambio, una vez concluido el debate público, en la sentencia, tal requisito no resulta perentorio, ya que basta con la presencia de la duda sobre la responsabilidad del procesado, para que éste sea favorecido con el fallo absolutorio. Esta la razón para que el legislador faculte al juez para diferir al momento de dictar el fallo, peticiones de tal naturaleza. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Auto de segunda instancia –Apelación–. Fecha: JULIO 27 DE 1994. Decisión: Confirma providencias. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Buga. Acción: Rubiela Marín Orozcó de Rayo. Radicación número 9274. Publicada: S. 447

CONFESION / REDENCION DE PENA

En casos excepcionales, cuando la confesión no obstante la calificación introducida por el confesante (que niega la antijuridicidad de su conducta o en virtud de la cual afirma su inculpabilidad), efectivamente sirvió de fundamento a la condena, porque sin la asunción de autoría hecha por el procesado jamás se habría producido ésta, es posible reconocer la atenuante en comento. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia

de casación. Fecha: JULIO 28 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del D.J. de Pasto. Acción: Segundo Gustavo Gómez Jurado. Delito: Homicidio. Radicación número 8617. Publicada: S. 460

COLISION DE COMPETENCIA

De acuerdo a lo establecido en los artículos 99 y 100 del Código de Procedimiento Penal, para que se suscite una colisión de competencias es indispensable que el funcionario colisionado que no admite ser el competente, manifieste las razones de su inconformidad. Sólo así quedará trabado el conflicto, dando lugar a que el funcionario o Corporación respectiva adquiera la facultad para entrar a dirimirlo. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto de colisión de competencias. Fecha: AGOSTO 1 DE 1994. Decisión: Se inhibe de resolver el conflicto de competencia. Procedencia: Juzgado regional. Ciudad: Medellín. Sujetos: Escobar Cardona, Jhon Jairo. Delitos: Homicidio, violación al Decreto 3664/86. Proceso: 009583. Publicada: Si. 469

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

El artículo 221 de la Constitución Nacional establece que la Justicia Castrense conocerá de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o con relación a él, conforme a las prescripciones del Código Penal Militar. / El constituyente quiso así y de manera excepcional, que por la naturaleza, característica de la función y la disciplina propia de la Fuerza Pública que el conocimiento y juzgamiento de las conductas delictivas de sus miembros, fuera por una justicia especializada. / Por su parte el artículo 14 del precitado estatuto estatuye que la normatividad contenida en él se aplicará a "los militares en servicio activo que cometan hecho punible militar o cuando el ilícito sea común y esté relacionado con el mismo servicio...". / Claro resulta que el ámbito de aplicación de la ley penal militar establece dos circunstancias, cuando el militar en servicio activo cometa hecho punible militar o cuando el ilícito sea común y esté relacionado con el mismo servicio. / La Corte en pacífica interpretación del canon constitucional con las normas legales, señaló tres eventos en los cuales el Código Penal Militar es de forzosa aplicación: / "a) Definición de conductas punibles esencialmente propias al estamento militar, y que traducen la parte principal y más saliente de este ordenamiento, como por ejemplo, toda la amplia gama de delitos contra la disciplina (art. 97 y ss. del D. 2550/88), contra el servicio (art. 108 y ss.), de la libertad indebida de prisioneros de guerra (art. 120 y ss.), contra los intereses de las fuerzas armadas (art. 122), contra el honor (art. 123 y ss.), contra la seguridad de las fuerzas armadas (art. 142 ss.), etc., infracciones que, por sí, llevan ínsitas

ejercicio de esa especializada actividad castrense; / "b) Definición de conductas punibles recogidas de otras normatividades jurídicas, en especial del código penal común, incorporadas al Estatuto Penal Militar, usualmente con los rasgos típicos y pena que aquella codificación señala, pero que tienen que relacionarse, circunstancialmente, con el quehacer de la Fuerza Pública para merecer la aplicación de este fuero, adicionándose, innecesariamente, en algunos casos la expresión 'con ocasión del servicio', como en el homicidio, arts. 259 y ss., etc. etc., o dejando por fuera tal connotación, como en los delitos de fraude procesal, art. 236, falsedad en documentos, art. 242 y ss., daño, art. 283 y ss.; y / "c) Finalmente, delitos que no aparecen en el Código de Justicia Penal Militar pero sí están previstos en otros dispositivos legales, v.gr., el Código Penal, como serían los delitos contra la salubridad pública (arts. 203 y ss.), contra el sufragio (art. 248 y ss.), contra la familia (arts. 259 y ss.), contra la libertad y pudor sexuales (art. 298 y ss.), etc. etc., en los cuales es necesario advertir que su realización ha tenido que ver con la función militar desempeñada, para merecer esta especial forma de juzgamiento". Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 2 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Durán Echeverry, Pedro Elías - Rincón Salcedo, Héctor. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 008404. Publicada: Si. 473

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO

Que la pena prometida para este logro (terminación anticipada del proceso) no fuera la más adecuada, punto en el cual más de un funcionario tendría que convenir, ello no implica por sí la necesidad de desconocer el acuerdo de las partes, fuera de tenerse que recordar que este consenso siempre implica una concesión de notable rebajas de pena, pues no es imaginable que la concertación se haga para sufrir la totalidad de la pena que correspondería de no darse esta especial circunstancia y que sólo se tendría derecho a la diminuente propia del instituto. En su aplicación inevitablemente deben ofrecerse una serie de opciones, entre ellas, la de admitir no la justificante pura y plena, sino su forma excedida, lo que de por sí ya atenúa bastante la pena. Magistrado ponente doctor Gustavo Gómez Velásquez. Sentencia de casación: Fecha: AGOSTO 2 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Sujetos: Guerrero, Francisco Antonio. Delitos: Lesiones personales. Proceso: 008978. Publicada: Si. 492

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY / NULIDAD / IRA E INTENSO DOLOR

La invocación del quebrantamiento directo de la ley sustancial implica para el censor el deber de aceptar, sin condiciones, los hechos tal y como los

evaluó y valoró el fallador; en cambio, la violación indirecta permite discutir la prueba, rechazando en forma total o parcial los hechos que la sentencia declara probados. / Si la inconformidad consiste en no haberse adelantado una investigación integral e imparcial de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 249 y 333 del Código de Procedimiento Penal, el actor tenía a su disposición la vía de la nulidad (causal tercera) para dirigir el ataque y demostrar que las señaladas fallas de la investigación socavaron las bases fundamentales del proceso, en desmedro del derecho a la defensa de su representado. / 2. La ira e intenso dolor que mueve a los seres humanos a causarle daño a sus semejantes nace por una causa cierta que obnubila el ánimo, pervierte los sentidos, obsesiona a quien los sufre, impulsándolo tan sólo a descargar su furia en el objeto de su desazón. Jamás un dato incierto puede causar estas reacciones. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 2 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Urrea Giraldo, Jhon Arley. Delitos: Homicidio. Proceso: 008778. Publicada: Si. 500

IRA E INTENSO DOLOR / NULIDAD / CANCELACION DE REGISTRO

El desconocimiento por parte del sentenciador, de la diminuente punitiva de la ira o intenso dolor a uno de los partícipes del hecho punible, en el supuesto de darse los presupuestos fácticos para ser reconocida, no constituye irregularidad sustancial generadora de nulidad del proceso. / 2. Si en materia penal la responsabilidad es individual en el sentido de que cada quien responde por su propio acto, culpa o preterintención, y en ese orden de ideas los falladores tras una evaluación global, coherente y armónica de las pruebas obrantes en autos, arribaron a la certeza de los hechos punibles y la responsabilidad de los sindicados, aunque con diferente grado de participación por tratarse de dos episodios delictuosos perpetrados en diferentes circunstancias, no puede afirmarse razonablemente que uno de ellos fue discriminado, desmejorado o desprotegido porque se le negó la diminuente punitiva de la provocación que en cambio le fue reconocida al otro protagonista de los sucesos. / 3. La cancelación de registros obtenidos en forma fraudulenta a que alude el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal vigente, es medida que compete dictar al juez penal en procesos en los cuales se haya cuestionado su autenticidad o legitimidad (falsedad en documentos, estafa, extorsión, etc.). Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 2 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Osorio Toledo, Luis Hernando - Suárez Rodríguez, Benito. Delitos: Homicidio, tentativa de homicidio. Proceso: 008363. Publicada: Si. 510

RECURSO DE HECHO

Cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal manda que "Si ninguno lo sustenta, el magistrado de segunda instancia declarará desierto el recurso", natural y lógicamente se está refiriendo al hecho de que vencido el traslado de ley para la presentación de la respectiva demanda, tal requisito no se cumpla. Ahora bien, si vencido ese término se presenta la demanda en nada incide frente a la previsión normativa en cita, pues no sustentar y el hacerlo por fuera del término legal, constituye en rigor la misma situación jurídica, que conlleva a la declaratoria que en este evento se reprocha, sin que, para la segunda hipótesis hubiese previsto el legislador una traslación de competencia, que sería por lo demás absurda y contraria al propósito mismo de la ley de pedir la intervención de la Corte, cuando se incumplen los requisitos previos en la tramitación del extraordinario recurso de casación. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Recurso de hecho. Fecha: AGOSTO 2 DE 1994. Decisión: Declara improcedente el recurso de hecho. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Sujetos: Morelos Corena, José Dolores. Delitos: Homicidio culposo, lesiones personales culposas. Proceso 009636. Publicada: Si. 526

NOTIFICACION / SANA CRITICA / SENTENCIA

Por parte alguna el Código de Procedimiento Penal manda que la sentencia se notifique personalmente al defensor del procesado. / Por virtud del principio de integración, contemplado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, para determinar qué clase de providencias se notifican por estado y por edicto, hay que acudir al Código de Procedimiento Civil, que en su artículo 323 ordena notificar las sentencias por edicto. / Hoy en día no existe la tarifa legal, que era el valor que el legislador le otorgaba previamente a determinada prueba. Actualmente todas las pruebas están sometidas, para su evaluación, a la sana crítica (art. 254 C. de P.P.). De ahí que, en rigor, no quepa hablar de error de derecho por falso juicio de convicción. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 3 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Sujetos: Arteaga Rambaut, Augusto Rafael - Villadiego Alvarez, Anuar. Delitos: Homicidio. Proceso: 008786. Publicada: Si. 529

PRESCRIPCION / FAVORABILIDAD

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de Sala Plena del 31 de mayo de 1984 declaró inexequibles, entre otros, los numerales 2 y 3 del artículo 1o.

de la Ley 2a. de 1984, en los cuales se daba competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no pasara de treinta días y no produjera otras consecuencias, y contra el patrimonio económico cuando la cuantía no fuera superior a treinta mil pesos ($30.000.), pero dejó vigente el artículo 9o. que modificó el término de prescripción de la acción penal para esas infracciones. / Siendo una norma posterior a la ocurrencia de los hechos y favorable a los intereses del procesado, era forzosa su aplicación retroactiva desde el momento mismo en que entró en vigencia. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Acción de revisión. Fecha: AGOSTO 3 DE 1994. Decisión: Ordena cesación de procedimiento por prescripción. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Torres Moreno, José Antonio. Delitos: Hurto. Proceso: 008585. Publicada: Si. 543

PECULADO / FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

Cuando el Estado aborda terrenos propios de los particulares como sucede en el de la intermediación financiera, claro resulta que, de inmediato sus actividades comienzan a ser gobernandos por el derecho privado. No es un mero capricho del legislador. La equidad es la razón de ser de dicha previsión. Los particulares verían atropellados sus derechos ante un competidor como el Estado, dotado de las prerrogativas que le confiere su especial condición, quien tendría todas las facilidades para su tarea y, con ellas, las ganancias posibles en detrimento de los demás. / Sin embargo, ello no quiere decir que al acudir a esta esfera privada y someterse a sus reglas, los caudales que maneje automáticamente pierden su esencia y dejen de ser públicos. El Estado por mandato constitucional, ha de intervenir en el ajuste debido de la economía nacional, regulando, ayudando o dirigiendo uno de sus sectores. En algunos casos compromete sus mismos recursos en dicha tarea, por lo que las ganancias que obtenga o las pérdidas que sufra afectan en mayor o menor escala los caudales estatales. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 3 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente con respecto al hurto y declara nulidad a partir del auto cal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Cuéllar España, Humberto - Gómez Vela, Heriberto - Tovar Ramírez, Edgar. Delitos: Hurto, falsedad. Proceso: 008401. Publicada: Si. 548

APERTURA DE INVESTIGACION / AUTO INHIBITORIO

Resulta elemental entender que la iniciación de la instrucción penal demanda un conocimiento serio y confiable sobre la real ocurrencia del hecho punible

que se imputa, ya sea que provenga de la percepción directa del funcionario, del aviso que suministre otra autoridad, de petición o de la iniciativa de los particulares, caso en este último en el que para proteger a la administración de justicia de burlas, imputaciones perversas o denuncias temerarias el legislador exige el aval de su versión bajo la gravedad del juramento (arts. 27 y 29 del C. de P.P.), entrando a reprimir en su caso los abusos en el Capítulo Primero del Título IV, Libro Segundo del Código Penal como los delitos. / Mirada la situación desde el punto de vista de la persona denunciada, tampoco escapa que ante la prevalencia constitucional de la presunción de inocencia, la iniciación de una instrucción resulta abusiva cuando no exista ese conocimiento serio de la posible violación de la ley penal, previéndose como alternativa, que aún de llegar al auto inhibitorio no cause éste una ejecutoria material, lo que implica una conciliación de intereses entre aquel de la comunidad y la administración de perseguir las infracciones y sancionar al responsable, y el del ciudadano a no ser molestado sino por las causas y dentro de las circunstancias que expresamente autorice la ley. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Unica instancia. Fecha: AGOSTO 10 DE 1994. Decisión: Se inhibe de abrir investigación penal. Sujetos: López Cadavid, Oscar. Proceso: 009311. Publicada: Si..... 568

PRUEBA / FALSO JUICIO DE IDENTIDAD / PENA ACCESORIA

Si la prueba fue tergiversada no podría intentarse sobre ella una valoración certera, en tanto un vicio sobre la credibilidad parte del presupuesto de una exacta comprensión del contenido, sólo que se yerra al otorgarle al medio un valor del cual carece, o al desconocerle aquel legalmente asignado. / El falso juicio de identidad supone que el juzgador falsee el contenido objetivo de la prueba, deformándola o adulterándola para hacerle decir algo distinto o contrario de lo que realmente en ella se contiene. / 2. El sistema consagrado en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal le otorga amplitud al Juez para emprender en su conjunto el racional análisis de los medios bajo el criterio de una sana crítica. / 3. Tampoco resulta afortunada la alegación del in dubio pro reo para pregonar la irresponsabilidad del procesado, cuando al mismo tiempo se plantea que su culpabilidad debió fijarse frente al delito de lesiones y no de homicidio, pues siendo de la exclusiva iniciativa del censor el planteamiento de los cargos en la impugnación extraordinaria, esa contradicción se torna insalvable frente al principio de limitación que restringe a la Corte la posibilidad de preferir entre alegaciones opuestas, como la opción de corregir o complementar un deficiente escrito de la demanda. / 4. Las sanciones accesorias restricción domiciliaria, pérdida del empleo público u oficial, prohibición del ejercicio de un arte, profesión u oficio, suspensión de la patria potestad, expulsión del territorio nacional para los extranjeros y prohibición de consumir bebidas alcohólicas, todas

ellas como lo destaca el artículo 52, quedan a la discrecionalidad del juez, pero ceñidas a unos parámetros concretos en cuanto a su aplicación y duración, como son los de la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: San Gil. Sujetos: Chaparro, Obdulio, Delitos: Homicidio imperfecto. Proceso: 008446. Publicada: Si. 574

DEMANDA DE CASACION / DOLO / VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Solamente frente a casos excepcionales (como violación de garantías fundamentales o las nulidades) puede decirse que la Corte procede en sede de casación como tercera instancia, en el sentido de que le corresponde revisar oficiosamente la parte respectiva del proceso. De resto no, porque se impone el principio de no oficiosidad o de limitación, de conformidad con el cual es el demandante –y sólo él– el que le fija a la Corte el derrotero para decidir el recurso extraordinario de casación. / Cuando se alega la violación indirecta de la ley el casacionista está obligado a considerar todas las pruebas que el fallador tuvo en cuenta para arribar a la parte conclusiva del fallo correspondiente. No le es permitido, pues, al recurrente seleccionar sólo algunas probanzas que le convengan de acuerdo a la posición que su representado ocupe en la relación jurídico-procesal. Porque un ataque así de parcelado desconoce las realidades procesal y de la sentencia impugnada en sí y es motivo suficiente, entonces, para que la censura esté llamada al fracaso. / 2. Como el dolo es conocimiento y voluntad, éste no puede manifestarse sino mediante la exteriorización, el hacer o no hacer del respectivo procesado. De todos modos es una conducta la que saca a flote el aspecto subjetivo de la delincuencia, tornándose superflua una repetición de todo el quehacer típico y antijurídico con miras a reiterar el dolo, el cual debe merecer examen especial en el evento de que se aduzcan algunas de las causales de inculpabilidad previstas en el artículo 40 del Código Penal. / Sin perjuicio de lo dicho es dable reiterar que unos hechos bien contados y unas pruebas correctamente analizadas, exhiben de suyo la clase de culpabilidad respectiva. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 10 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Meriño Hernández, Moisés Clímaco - Cardona Quezada, Rubén. Delitos: Peculado por apropiación, uso de documento público falso. Proceso: 008663. Publicada: Si. 601

CASACION DISCRECIONAL

De conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (hoy subrogado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993), cuando la sentencia

de segunda instancia se ha dictado en relación con delitos cuya pena máxima privativa de libertad no supere los seis (6) años, el recurso extraordinario de casación sólo procede si la Corte lo considera "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". / Pero es claro también que es al impugnante a quien le corresponde demostrar esta necesidad. Deberá, por tanto, hacerlo, así sea en forma breve, pero precisando a la Corte cuáles son los aspectos relacionados con el caso sub lite, que estima necesario sean desarrollados por la Corte, o cuáles fueron los derechos fundamentales vulnerados. Sólo de esta manera le resulta posible a la Corporación decidir sobre la admisibilidad del recurso. Como esta determinación es presupuesto indispensable para que surja la oportunidad de presentar la demanda de casación, obvio resulta que la demostración que se comenta no puede posponerse para un postrer momento. Magistrado ponente doctor Guillermo Duque Ruiz. Casación discrecional. Fecha: AGOSTO 10 DE 1994. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Sujetos: Calvo de Calvo, Adela. Delitos: Peculado culposo. Proceso: 009616. Publicada: Si. 622

NOTIFICACION PERSONAL / NOTIFICACION POR ESTADO

La notificación personal era el acto más idóneo para comunicar a las partes las incidencias medulares del proceso. En armonía con este criterio, el artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, que aún no había sufrido las modificaciones de la Ley 81 de 1993, señalaba que la calificación se notificará personalmente "...cuando sea posible...". Esta medida garantizaba sobremanera el derecho de cada cual a controvertir o apoyar la medida judicial materia de la notificación y así se le coloca en un lugar principalísimo. En este sentido, las demás notificaciones son supletorias y por ello, el artículo 190 de aquella obra, advierte que la notificación por estado se hará "...cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado". / No estará demás anotar que en la sistemática procesal vigente, tal medida se reservó al procesado privado de la libertad y al Ministerio Público (art. 188 del C. de P.P.), aunque no excluye que también cualquier sujeto procesal que acuda a la secretaría del despacho judicial respectivo pueda hacerlo, leyéndose íntegramente la providencia, tal como lo prescribe el artículo 189. Pero además el artículo 190, *ibídem*, –modificado por el artículo 25 de la Ley 81 de 1993– enseña que cuando no fuere posible la notificación personal a los sujetos procesados diferentes a los mencionados en el artículo 188 de este código se hará la notificación por estado que se fijará tres días después, contados a partir de la fecha en que se haya realizado la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge

Enrique Valencia Martínez. Sentencia casación. Fecha: AGOSTO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Florián Florián, Ramiro de Jesús. Delitos: Homicidio. Proceso: 008822. Publicada: Si. 626

Aclaración de Voto

Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Notas: Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 11 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Sujetos: Florián Florián, Ramiro de Jesús. Delitos: Homicidio. Proceso: 008822. Publicada: Si. 639

RECURSO DE HECHO / APELACION

Es principio fundamental, en el procedimiento penal, que toda decisión de funcionario judicial que pueda lesionar derechos de los sujetos procesales, sea recurrible en busca de que el error sea corregido. / Como consecuencia de este principio de impugnación, resulta el de las dos instancias, que permite que se acuda a Juez singular o plural, superior jerárquico del que dictó el acto atacado, para obtener su revocación o corrección cuando sea efectivamente contrario a dérecho. / De ese sistema no es extraño nuestro Estatuto Procesal Penal, porque en el artículo 16 aparece la doble instancia consagrada y, al precisar que los Jueces del Circuito conocen de la segunda instancia de los procesos penales que sean de conocimiento de los jueces penales, municipales o promiscuos, que las Salas Penales de Decisión de los Tribunales conocen de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los jueces del Circuito, y que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de los recursos de apelación y de hecho de los procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito y Tribunal Nacional (arts. 72, 70 y 68), entra otra distribución de competencias, no ha hecho cosa distinta a establecer la organización jerárquica en la administración de justicia, teniendo en mira que todo proceso sea conocido por dos jueces de la diversa jerarquía si así lo quiere algún sujeto procesal con la interposición oportuna del recurso ordinario de apelación. / En el caso presente, la determinación cuya apelación interpuesta por el procesado fue rechazada por el Tribunal –la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria–, no era susceptible del recurso de apelación, porque la Corporación en el momento actuaba como Juez de segundo grado, vale decir, como superior jerárquico del Juez del Circuito, y por consecuencia, con su resolución se agotaba la segunda instancia. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez

Velandia. Recurso de hecho. Fecha: AGOSTO 11 DE 1994. Decisión: Deniega por improcedente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Aparicio Gómez, José Angel. Delitos: Extorsión y otro. Proceso: 009607. Publicada: Si. 640

PRESCRIPCION

La prescripción de la acción penal es una causal objetiva de improsedibilidad de la actuación judicial aún en sede de casación, por lo que resulta imperativa su declaración y como consecuencia de ello la cesación de todo procedimiento. / En los términos del art. 84 del C.P., interrumpida la prescripción de la acción con la ejecutoria del llamamiento a juicio o resolución acusatoria empieza a contarse nuevamente pero, en esta ocasión, el término se reduce a la mitad sin que pueda ser inferior a cinco años. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Auto de casación. Fecha: AGOSTO 11 DE 1994. Decisión: Declara nulidad, declara prescrita la acción penal y compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Sujetos: Ceballos Hernández, Absalón. Delitos: Homicidio culposo, lesiones personales culposas. Proceso: 009021. Publicada: Si. 644

LIBERTAD PROVISIONAL / CAUCION

El artículo 55 de la Ley 81 de 1993, consagra las causales de libertad provisional, la que se garantizará con caución prendaria o juratoria. La primera, se fijará teniendo la gravedad del hecho y la situación económica del procesado, en cambio, la segunda, sólo procederá ante la absoluta imposibilidad de prestar la primera, situación que debe hallarse debidamente probada dentro del proceso. / La sola manifestación del procesado de no contar con los recursos económicos para prestar la caución prendaria fijada, no es suficiente para acceder a la exoneración demandada. Debe en todo caso el peticionario, al menos, presentar prueba sumaria que permita al funcionario judicial constatar su afirmación, pues sin ningún respaldo documental o testimonial que acredite la imposibilidad del beneficiario para cumplir con la exigencia económica, la sustitución por caución juratoria resulta inconducente. Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas. Casación de libertad. Fecha: AGOSTO 17 DE 1994. Decisión: Niega la exoneración de caución. Sujetos: Pantano Villamizar, José Ernesto. Proceso: 008840. Publicada: Si. 648

FLAGRANCIA / REBAJA DE PENA / CONFESION

De conformidad con los parámetros jurisprudenciales sentados por la Corporación, en este caso no se han dado los presupuestos para conceder la

rebaja punitiva por confesión, por cuanto es claro que el procesado planteó una causal de justificación, como lo es la legítima defensa, y en tales condiciones la confesión como prueba única, porque no lo es, no ha podido ser fundamento de la sentencia; debe aceptarse que excepcionalmente podría concederse cuando se trate de prueba única para llegar al esclarecimiento de los hechos. / El legislador consagra beneficios de este tipo como un estímulo a los procesados, para que confiesen su participación en hechos delictivos, con el fin de que el Estado y los funcionarios que ejercen la represión puedan reducir el tiempo y los esfuerzos que deben dedicar a la investigación de los mismos, porque es apenas lógico pensar que una confesión facilita la investigación y disminuye el tiempo que ésta puede durar, pudiendo concretarse la represión de manera más acelerada. / Si éstos son los fines buscados por el legislador para que un procesado se haga merecedor a este tipo de rebajas es obvio, que con su confesión tiene que aportar los elementos necesarios para facilitar la investigación y para que aquella sea fundamento de la sentencia de responsabilidad. Lo que no ocurre cuando el procesado plantea una causal de exclusión de responsabilidad, como en el caso presente y por eso considera la Sala que no incurrieron en error los juzgadores cuando negaron la rebaja punitiva por confesión y por tanto no hubo vulneración de la ley sustancial. / Dentro del mismo planteamiento recuérdese que el código de 1987 consagraba la posibilidad del procedimiento abreviado cuando se presentaba el fenómeno de la flagrancia o la confesión del sindicado, y si se trataba de la segunda eventualidad debía de ser confesión simple (art. 474) porque si era calificada, se imponía el procedimiento ordinario, porque en el caso legalmente contemplado se reducía la complejidad investigativa del hecho delictivo, no así en el caso de la confesión calificada, caso en el cual como ya se dijo era menester desarrollar la investigación ordinaria. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia casación. Fecha: AGOSTO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Sujetos: Dimaté Rozo, Marco Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 008643. Publicada: Si. 650

INDAGATORIA

Si la indagatoria es medio de defensa pero evidencia mentira, no contribuye a la exculpación de quien la rinde; pero si además, cotejada con las demás pruebas, sean o no indiciarias confirma el compromiso de éstas, no puede tomarse a favor, ni soslayarse en el examen global de la prueba allegada, ello atentaría contra los principios reguladores de la prueba y desnaturalizaría su función en el proceso. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia casación. Fecha: AGOSTO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de

Bogotá. Sujetos: Herrera Barrios, Hortensia. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 008699. Publicada: Si. 687

PENA / CONSULTA / CONCURSO DE DELITOS

Para graduar la pena que corresponde al infractor por el delito cometido, deben relacionarse forzosamente los artículos 61 y 67 del Código Penal, puesto que las circunstancias de agravación y atenuación punitivas son apenas uno de los varios criterios establecidos en la ley para la dosificación de la pena. Junto a ellas, obran también como factores reguladores de la sanción, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente. / El artículo 67, que determina la aplicación de mínimos y máximos, enseña que solamente podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo, cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación punitiva "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61". / Y el artículo 26 que regula la dosificación en los casos de concurso de hechos punibles, establece que el delito básico para iniciar la tasación está constituido por el más grave de los concursantes, cuya pena podrá ser aumentada hasta en otro tanto. La claridad de estos preceptos enseña que la fijación del mínimo de la pena opera cuando solamente concurran circunstancias de atenuación punitiva, siempre que no se presenten otros factores de los que enuncia el artículo 61, como determinantes de incremento punitivo y que tratándose de un concurso de delitos no sólo debe tenerse en cuenta para incrementar la pena "hasta" en otro tanto, la pluralidad de los hechos punibles sino las demás circunstancias señaladas por el legislador para determinar la correspondiente al delito básico. / 2. La prohibición de agravar la pena impuesta al sentenciado cuando es apelante único, contenida en el artículo 31 de la Carta Política no opera cuando la sentencia es consultable porque dicho grado de jurisdicción establecido en la Constitución y en la ley como garantía de legalidad, faculta al superior del Juez que dictó la sentencia de primer grado para introducirle las modificaciones que considere pertinentes y porque en tal evento la posibilidad de que el ad quem conozca de la sentencia no depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, sino del interés del propio legislador. Magistrado Ponente: Doctor: Jorge Carreño Luengas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 17 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Escobar Bonito, Juan Ricardo; Uribe Holguín, Guillermo. Delitos: Abuso de confianza, Captación ilegal de dinero, Estafa. Proceso: 008675. Publicada: Si. 696

DEBIDO PROCESO / PRESUNCION DE INOCENCIA / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / SANA CRITICA / DEMANDA DE CASACION

1. Alegar la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso ello quiere decir –abstractamente hablando– que se irrespetaron

las leyes preexistentes al hecho punible imputado o que no se juzgó al procesado por su juez natural o que no se observaron a plenitud las formas propias de este proceso. No obstante, la materia de su inconformidad estriba en el desconocimiento de la presunción de inocencia, tema ajeno al ámbito que propone el actor. / Según el artículo 3o. del C. de P.P. "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad". Así las cosas, solamente la culminación de un proceso podrá deducir el verdadero alcance de su responsabilidad penal o si es el caso, su ajenidad a la imputación como en los supuestos de cesación de procedimiento o resolución de preclusión de la instrucción. / Al producirse una decisión judicial definitiva desaparece toda posibilidad de vulneración pues con la declaratoria legal de responsabilidad, termina la presunción de inocencia. / 2. Si el fallador ha reconocido la existencia de la duda insalvable y pese a ello condena, debe invocarse la violación directa. Si el yerro proviene de la expresión o evaluación de la prueba, debe alegarse como violación indirecta. / 3. Si el fallador reconoce que las pruebas demuestran la existencia de esta causal objetiva excluyente de antijuridicidad (por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente) y, sin embargo, falla sin tenerla en cuenta, es claro que no aplica la norma que la contempla. / 4. Con la llegada de los nuevos compendios procesales, se liberó al juez de estas ataduras legales, (tarifa legal probatoria), permitiéndole una mayor libertad de evaluación al señalarle como guía de su actuar las reglas de la sana crítica, donde la experiencia, el conocimiento y la ponderación, entre otros factores, son los lindes que demarcan la decisión judicial. / 5. La indagatoria como cualquier otra probanza, está sujeta al análisis y valoración de los juzgadores, que establecerán la verdad o mendacidad de su contenido en la medida que encuentre apoyo o sea desmentida por otros medios probatorios. Diferente es la presunción de inocencia que cobija al imputado hasta tanto, a través de un juicio legal y justo se demuestre con certeza lo contrario. / Por cierto que, cuando se acude a esta sede, debe esgrimirse en todo momento no sólo la verdad procesal sino también, con exactitud, lo dicho y establecido en el contexto del fallo. No son permisibles interpretaciones acomodaticias de lo que quiso o trató de decir el sentenciador. Simplemente deben citarse sus palabras y con fundamento en ellas demostrar la falencia alegada. / 6.Al recurrente, el proceso le permite su incursión sólo en la medida que busque reparar un agravio inferido a su cliente. Si en desarrollo de su tarea, los intereses de otros sujetos procesales sufren menoscabo, es una consecuencia de la corrección del entuerto. Sin embargo, ello no quiere decir que su tarea se extienda a buscar como fin principal una agravación de la situación jurídica de alguna de las partes, sin que ello beneficie de alguna manera a su poderdante. Salvo que haya algún tipo de relación, cualquier otra intervención le está vedada. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación.

Fecha: AGOSTO 17 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Sujetos: Jaimes Villamizar, Henry Javier. Delito: Homicidio y lesiones personales. Proceso: 008740. Publicada: Si. 723

DERECHO DE DEFENSA / PRUEBA / EXTRADICION

1. Las pruebas constituyen el medio más eficaz para ejercer el contradictorio en cualquier actuación procesal. Por ello, el Estado que se autoproclame democrático, como el nuestro, debe facilitar por medio de sus instituciones procesales que las partes puedan ejercer el derecho a la defensa, ya sea presentando elementos de juicio o controvirtiendo los que se alleguen en su contra, tal como lo contempla el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional. / Sin embargo, el decreto y práctica de pruebas debe ceñirse a los postulados del sistema judicial imperante y por supuesto, dentro de él, a los principios que rigen al derecho probatorio, pues de lo contrario, las probanzas serán rechazadas ya sea por no guardar relación con los hechos materia del proceso, por obtención ilegal de las mismas, por versar sobre hechos notoriamente impertinentes y por ser manifiestamente superfluas (art. 250 del C. de P.P.). / Lo anterior no implica que se esté limitando el derecho de contradicción, simplemente se tiende a concretar el desarrollo del debido proceso en la asunción y consideración de las pruebas, evitando así dilaciones al procedimiento que en modo alguno va a afectar el principio de la investigación integral. / 2. Cuando el numeral 1o. del artículo 551 exige copia o transcripción de la sentencia (para tramitar la petición de extradición), es de entender que este término se refiere a las pruebas y al juicio de responsabilidad que corresponde al requerido y no sobre aquellos que en nada interesa al trámite especial, pues como se ha dicho, para emitir su concepto a la Corte sólo le basta establecer los requisitos del artículo 549 y concordantes del Código de Procedimiento Penal que se refiere al requerido, sin que le sea propio entrar a cuestionar el fondo de la providencia, o decisiones allí contenidas que afecten a otros procesados. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Extradición. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: Niega las pruebas. Sujetos: Ciulla, Cesare. Proceso: 009509. Publicada: Si. 754

JUSTICIA PENAL MILITAR / COMPETENCIA

El Código Penal Militar está conformado por el derecho penal y procesal penal aplicables a los militares en servicio activo por las faltas penales en que puedan incurrir en relación con el servicio. No obstante, su cuerpo presenta vacíos ostensibles, como ocurre en los supuestos de la coparticipación. Dado que los uniformados, de acuerdo con sus grados y la

rama a que pertenezcan, están sujetos a diferentes jerarquías, el estatuto no precisa cuál sería el juez competente en la hipótesis de que en un mismo hecho criminoso los imputados tuvieran pluralidad de rangos. /El ejecutivo pretendió llenar la carencia con la expedición del Decreto Reglamentario 1562 de 1990. Olvidó, sin embargo, que el intérprete tiene a su disposición para llenar los vacíos que se le presenten los estatutos procedimentales tanto penal como civil, según lo preceptuado por el principio de integración consagrado en su artículo 302, siempre que no sean incompatibles con el estatuto mismo o con leyes especiales. / No obstante, el ejecutivo, con el Decreto en mención, usurpó la dicha facultad interpretativa de los jueces penales militares, vulnerando de paso la autonomía que tienen en estos menesteres. / La decisión tomada por el presidente del Tribunal Superior Militar de designar un juez único para conocer del presente asunto, vulnera el debido proceso al establecer una competencia espuria, sin respaldo legal, sustituyendo al juez natural. Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: Casa y decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior Militar. Sujetos: Legarejo Parra, Juan Pío - Díaz Osorio, Henry. Delitos: Concusión. Proceso: 008794. Publicada: Si. 762

PARENTESCO / TESTIGO / SANA CRITICA

1. Los lazos de parentesco entre testigos y occiso no son razones suficientes para que de manera inmediata sus versiones sean tachadas de parcializadas y en consecuencia tenidas como no merecedoras de credibilidad. Situación diversa se presenta cuando al valorarlos se establece interés en perjudicar al procesado o torpedear la investigación con un manifiesto ánimo vengativo. / 2. La tarifa legal probatoria y la sana crítica, son sistemas que por su naturaleza y criterios de valoración son opuestos entre sí, no siendo lógico invocar su aplicación en forma simultánea. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Díaz Villar, Alvaro. Delitos: Homicidio. Proceso: 008759. Publicada: Si. 776

SANA CRITICA / ERROR DE HECHO / DEMANDA DE CASACION / FALSO JUICIO DE CONVICCION

1. Se debe recordar que la Corte no puede corregir una demanda o tomarse la libertad de terminar de hacerla, entendida esta limitación, por ejemplo, como cambiar la causal escogida por el censor o alterar el motivo o el sentido de la violación o proceder –ante lo incompleto del ataque– o perfeccionarla llenando el vacío dejado por el demandante. / 2. Analizar las pruebas y valorarlas de acuerdo a la sana crítica para tomar una decisión es función

que corresponde al juez, y si la conclusión no coincide con el planteamiento del defensor, no por ello puede decirse que hay un error demandable en casación. Este tipo de alegación no es otra cosa que la contraposición del criterio del demandante al del juzgador, práctica inocua ante la presunción de legalidad y acierto que ampara el fallo. / Las fallas de valoración de la prueba constituyen error de derecho por falso juicio de convicción, luego plantearles como error de hecho genera una insalvable contradicción y evidencia que el demandante no tiene claridad sobre la naturaleza de su inconformidad. / No es lo mismo que se ignore la existencia de un elemento probatorio –error de percepción de la prueba–, porque en el primer caso se le está teniendo como no existente, mientras que en el segundo se respeta el contenido de la misma, pero el juez considera que no amerita credibilidad. / 3. En materia de este recurso extraordinario, no es suficiente que una prueba sea desconocida por el juez, sino que además se requiere que la misma sea de tal entidad que necesariamente tendría la capacidad para darle un curso distinto al resultado final del proceso, es decir no basta que se presente el yerro alegado, sino que es exigencia del recurso, que el mismo sea de tal entidad que sea causa directa de la legalidad del fallo, es decir, que tenga idoneidad para incidir en la decisión tomada. / En sede de casación no se trata de lanzar argumentos que puedan ser válidos frente a una hipótesis probable de interpretación de la demanda o aún de la sentencia, sino que se requiere demostrar los yerros del fallador y la trascendencia de ellos en el contenido de la sentencia. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Sujetos: Morales Torres, Carlos Alfonso. Delitos: Homicidio. Proceso: 008731. Publicada: Si. 788

PENA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La prohibición que la Constitución establece de desmejorar la situación del procesado ha sido entendido por esta Sala, no sólo en relación con la cuantificación punitiva que finalmente se impone, sino en todos aquellos aspectos que desmejoren la entidad de la condena, todo sujeto a la legalidad de las penas. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: Casa parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: Arroyave Barrera, María Mabel. Delitos: Homicidio. Proceso: 009002. Publicada: Si. 801

DEFENSOR / UNIDAD PROCESAL / NULIDAD

Es evidente la falta de interés que le asiste al proponente, ya que, en su condición de defensor, no puede procurar una decisión que haga más gravosa

la situación de su defendido. Aspirar a una declaratoria de nulidad desde la calificación sumarial porque la resolución acusatoria no abarcó todos los delitos configurados, es situación que implica el riesgo de ser vocado a juicio por todas esas infracciones penales que dice referir el proceso, y pedimento de tal jaez, no se aviene con el papel de la defensa. La omisión en investigar y calificar un hecho punible de los varios que por unidad procesal deben investigarse y juzgarse en un mismo proceso no conduce a la invalidación de lo actuado, sino a la ruptura de la unidad procesal, doctrina que hoy prohija la ley. Magistrado ponente doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: No casa y compulsa copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Sujetos: Torres Cediel, Evelio. Delitos: Acceso carnal violento. Proceso: 008742. Publicada: Si. 810

FAVORABILIDAD / DEMANDA DE CASACION

La preceptiva que aumenta el quantum punitivo para recurrir en casación es de efectos sustanciales y dado el tránsito legislativo, es posible pensar en aplicar el principio de favorabilidad, como efectivamente y en materia de casación lo ha hecho esta Sala. Sin embargo, la pretensión del recurrente parte de un presupuesto falso, cual es el de que, en esta materia, debe mantenerse la legislación procesal vigente al momento de la realización del hecho objeto de investigación. / Tal planteamiento sería acertado si el tránsito normativo versara sobre la adecuación típica de la conducta o sobre las modalidades punitivas. Pero ello no resulta válido cuando el cambio legislativo no ha recaído en esos aspectos sino en uno muy específico, el que se concreta a establecer las exigencias para impugnar una sentencia. / Bajo estas circunstancias, el tránsito legislativo que conduce a reflexionar, en este caso, sobre la aplicación del principio de favorabilidad no es el relacionado con el "hecho punible", sino el que alude al enfrentamiento normativo que se ha podido producir con respecto a las disposiciones que regulan la impugnación de "la sentencia". / Luego, el punto de partida es establecer cuál era la legislación vigente al momento de interponer el recurso y cuál la introducida para la fecha en que se resuelve a ese respecto; puesto que si un procesado o su defensor interpone en oportunidad un recurso bajo las condiciones que en ese momento consagra la ley y luego ésta modifica las exigencias para hacerlas más rigurosas, sería desleal, además de desfavorable, denegarle el trámite a esa impugnación. En cambio, si la sentencia se profiere después de que la ley ha modificado las condiciones de procedibilidad de un recurso, no es posible invocar y aplicar el principio de favorabilidad por la sencilla razón de que no surge una concurrencia legislativa con relación al acto de impugnación. / 2. La concesión del recurso implica que se abre la puerta a su trámite y esa es una atribución que para la casación discrecional está deferida con exclusividad a esta Sala de la Corte.

Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Recurso de hecho. Fecha: AGOSTO 18 DE 1994. Decisión: No conceder el recurso de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Sujetos: Muñoz Patiño, Gilma Nubia. Delitos: Prevaricato. Proceso: 009645. Publicada: Si. 821

SANA CRITICA / ANTIJURIDICIDAD

La evaluación de los medios de convicción está avalada por la libre y racional apreciación, haciendo difícilmente posible la estructuración de errores de derecho desde esta perspectiva; por lo demás, frente a la divergencia de apreciación probatoria debe prevalecer la que en su momento hicieron las instancias, por cuanto los fallos están amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, que no se desvirtúa con la simple postulación de una valoración probatoria distinta. / 2. De prosperar el reconocimiento de la causal de exclusión de antijuridicidad, la consecuencia lógica de ello sería que la sentencia se casara integralmente. Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas. Sentencia de casación. Fecha: AGOSTO 23 DE 1994. Decisión: No casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Sujetos: López Agudelo, Jhon Bayon. Delitos: Homicidio, lesiones personales. Proceso: 008854. Publicada: Si. 829

INIMPUTABILIDAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Es incuestionable que quien se halle en privación provisional de la libertad por su condición de inimputable, no sólo debe estar sometido a un tratamiento especializado, sino que periódicamente ha de evaluarse su comportamiento por los forenses, pues de su rehabilitación y recuperación depende la suspensión o la modificación de la medida de aseguramiento. Magistrado ponente doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Casación de libertad. Fecha: AGOSTO 23 DE 1994. Decisión: Se abstiene de modificar la medida de aseguramiento. Procedencia: Cárcel Nacional Modelo. Ciudad: Santafé de Bogotá. Sujetos: Moreno Moreno, Belisario. Delito: Homicidio. Proceso: 009112. Publicada: Si. 836

INDICE ALFABETICO DE PROVIDENCIAS PARA PUBLICAR

SEGUNDO SEMESTRE DE 1994

A

ACCION DE REVISION. 146, 163, 224
ACLARACION DE VOTO. 639
ANTIJURIDICIDAD. 829
APELACION. 136, 274, 640
APERTURA DE INVESTIGACION. 568
ARMAS DE DEFENSA PERSONAL. 114, 248
ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. 248
AUTO INHIBITORIO. 568

C

CANCELACION DE REGISTRO. 510
CASACION DISCRECIONAL. 424, 622
CASACION OFICIOSA. 27
CAUCION. 648
CESACION DE PROCEDIMIENTO. 447
COLISION DE COMPETENCIA. 12, 52, 114, 248, 398, 433, 469
COLISION DE COMPETENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). 440
COMPETENCIA. 473, 762
CONCURSO DE DELITOS. 696
CONCURSO DE DELITOS (SALVAMENTO DE VOTO). 23
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. 117
CONFESION. 460, 650
CONSULTA. 696

D

DEBIDO PROCESO. 262, 723
DEFENSOR. 810

DEMANDA DE CASACION. 44, 111, 195, 199, 230, 429, 601, 723, 788, 821
DERECHO DE DEFENSA. 754
DICTAMEN PERICIAL. 97, 253, 348
DOLO. 88, 214, 601

E

ERROR DE DERECHO. 313
ERROR DE HECHO. 788
ESTAFA. 12
ESTAFA (SALVAMENTO DE VOTO). 23
EXTORSION. 376
EXTORSION (RAZONES ADICIONALES DE VOTO). 390
EXTRADICION. 260, 754

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. 548
FALSO JUICIO DE CONVICCION. 788
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. 574
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. 313
FAVORABILIDAD. 348, 429, 543, 821
FLAGRANCIA. 650

H

HOMICIDIO AGRAVADO. 348
HOMICIO CULPOSO. 61
HURTO CALIFICADO. 376

I

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. 78, 128, 286
INDAGATORIA. 206, 687
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. 195
INDICIO. 359
INIMPUTABILIDAD. 836
INSPECCION JUDICIAL. 313

IRA E INTENSO DOLOR. 88, 500, 510

J

JUEZ DE CIRCUITO. 398
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS. 433
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS (SALVAMENTO DE VOTO). 440
JUEZ REGIONAL. 398
JUSTICIA PENAL MILITAR. 473, 762

L

LIBERTAD CONDICIONAL. 117
LIBERTAD PROVISIONAL. 117, 648
LEX TERTIA. 348

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. 836

N

NOTIFICACION. 529
NOTIFICACION PERSONAL. 626
NOTIFICACION POR ESTADO. 626
NULIDAD. 199, 500, 510, 810

P

PARENTESCO. 776
PECULADO. 183, 548
PECULADO POR APROPIACION. 214
PECULADO POR EXTENSION. 7
PENA. 696, 801
PENA ACCESORIA. 574
PERJUICIOS. 302
PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. 114
PORTE ILEGAL DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. 52

PRESCRIPCION. 61, 243, 543, 644
PRESUNCION DE INOCENCIA. 723
PREVARICATO. 328, 407
PREVARICATO POR ACCION. 117
PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 97, 801
PRUEBA. 260; 447, 574, 754
PRUEBA FALSA. 224
PRUEBA NUEVA. 163
PRUEBA TRASLADADA. 97

R

REBAJA DE PENA. 650
RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS. 37, 66, 262
RECURSO DE HECHO. 526, 640
REDENCION DE PENA. 460
RESPONSABILIDAD CIVIL. 302
RESPONSABILIDAD PENAL. 206, 253, 328
RETROACTIVIDAD DE LA LEY. 281

S

SANA CRITICA. 37, 97, 146, 230, 529, 723, 776, 788, 829
SECUESTRO EXTORSIVO. 376
SECUESTRO EXTORSIVO (RAZONES ADICIONALES DE VOTO). 390
SENTENCIA. 529

T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO. 492
TERMINO. 424, 447
TESTIGO, 776
TESTIMONIO. 37, 66

U

ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY. 281
UNIDAD PROCESAL. 810

V

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. 230, 500, 723
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. 44, 500, 601

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO
Y CARCELARIO "INPEC"

Esta obra se terminó de imprimir en el Taller de Artes Gráficas de la Penitenciaría Central de Colombia en el mes de enero de 1996.

Santafé de Bogotá, D. C.