REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JURISPRUDENCIA PENAL

TOMO CLI

SEGUNDA PARTE

BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1978

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

SALA PLENA

Doctores:

Aurelio Camacho Rueda, Presidente.
Alejandro Córdoba Medina, Vicepresidente.
Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores:

Humberto Murcia Ballén, Presidente.
Alfonso Guarín Ariza, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

Aurelio Camacho Rueda.
Ernesto Escallón Vargas.
José María Esguerra Samper.
Germán Giraldo Zuluaga.
Humberto Murcia Ballén.
Alfonso Peláez Ocampo.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores:

Mario Alario D' Filippo, Presidente.
Evencio Posada, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

Mario Alario D' Filippo.
Humberto Barrera Domínguez.
Jesús Bernal Pinzón.
Federico Estrada Vélez.
Alvaro Luna Gómez.
Luis Enrique Romero Soto.
Julio Roncallo Acosta.
José María Velasco Guerrero.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores:

Juan Benavides Patrón, Presidente.
Vicente Mejía Osorio, Secretario

MAGISTRADOS: Doctores:

José Enrique Arboleda Valencia.
Juan Benavides Patrón.
Alejandro Córdoba Medina.
Miguel Angel García B.
Jorge Gaviria Salazar.
José Eduardo Gnecco C.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctores:

José Gabriel de la Vega, Presidente.
Luis F. Serrano, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores:

José Gabriel de la Vega.
Guillermo González Charry.
Luis Sarmiento Buitrago.
Eustorgio Sarria.

RELATORES: Doctores:

Hernando Guevara Peñafiel, Sala Civil.
Hernán Prieto Rincón, Sala Penal.
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral.
María Teresa de Angel, Sala Constitucional.

Nota:

En el transcurso del presente año se verificaron los siguientes cambios de personal de la honorable Corte Suprema de Justicia:

Entre el 1º de julio y el 6 de agosto ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Hugo Vela Camelo, por licencia concedida al titular, doctor Ernesto Escallón Vargas, de la Sala Civil.

Entre el 8 de agosto y el 8 de septiembre ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Alberto Ospina Botero, por licencia concedida al titular, doctor José María Esguerra Samper, de la Sala Civil.

El doctor Juan Hernández Sáenz reemplazó al doctor Miguel Angel García B., quien renunció el día 3 de septiembre de 1975, en la Sala Laboral.

Entre el 12 de septiembre y el 30 de octubre ocupó la Magistratura, interinamente, el doctor Luis B. Flórez, por licencia concedida al titular, doctor Jorge Gaviria Salazar, de la Sala Laboral.

El doctor Gustavo Gómez Velásquez reemplazó al doctor Julio Roncallo Acosta, quien renunció el día 21 de octubre de 1975.

ENERO A DICIEMBRE DE 1975

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

SALA CONSTITUCIONAL:
DOCTORA MARIA TERESA GARCES DE ANGEL

SALA DE CASACION CIVIL:
DOCTOR HECTOR ROA GOMEZ

SALA DE CASACION PENAL:
DOCTOR HERNAN PRIETO RINCON

SALA DE CASACION LABORAL:
DOCTOR IGNACIO GOMEZ ZAPATA

TOMO CLI — SEGUNDA PARTE — Bogotá-Colombia — Enero a Diciembre de 1975 — Número 2392

SALA PENAL

CAREOS — NULIDAD

La práctica de un careo no es de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario, pues tal diligencia y con base en las pruebas que se han practicado, queda a prudente juicio del funcionario y por tanto no constituye nulidad la no práctica de tal diligencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, enero veintitrés (23) de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

ACTA NUMERO 1 DE 1975

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de cinco de marzo último, por la cual le fue impuesta al procesado Francisco Rojas Becerra la pena principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso.

Acoge el Procurador Primero Delegado en lo Penal la síntesis de lo ocurrido que se anota en las instancias, a saber:

"Rezan los autos que el día cuatro de marzo del año que avanza..." (1973)..., "a eso de las cinco y media de la tarde regresaba el profesor de la escuela urbana de Gramalote José Rudesindo Vera Suárez, junto con su familia, de dar una vuelta por la carretera que conduce al Carmen. Ya en el pueblo, en dirección a su casa, se encontró con Francisco Rojas Becerra quien lo llamó para tratar sobre algunos problemas relacionados con los niños de la escuela, que permanecían en la cantina de este último hasta las nueve de la noche. El profesor Vera le manifestó que precisamente había promovido una reunión de los padres de familia para tratar sobre este asunto y hacerles caer en la cuenta de que los

profesores se responsabilizaban por sus alumnos dentro de la escuela, pero no fuera de ella. Esta explicación del profesor no fue del agrado de Rojas, quien siguió insistiendo sobre el tema, tal vez porque estuviese un poco pasado de copas, y llegó a hacer manifestaciones de que los maestros no estaban educando. A esta polémica le quiso poner coto Jesús Alba Villamizar cuando intervino en ella Pablo José Vargas Galvis, quien seguramente estaba oyendo la discusión, para decir que el profesor tenía toda la razón; que él tenía dos niños en la escuela y se los estaban formando muy bien; esta intervención de Vargas Galvis desagradó notablemente a Rojas Becerra, quien inmediatamente agredió de palabra y de obra a Vargas Galvis, después de lo cual hubo una pequeña lucha, en la cual resultó herido de muerte este último, siendo necesaria su hospitalización, pero que no fue suficiente para salvarle la vida, porque falleció posteriormente. El sindicado fue capturado momentos después y puesto a disposición del juez al día siguiente...".

Adelantado el sumario y clausurado éste el juzgador en derecho de primera instancia llamó a juicio a Francisco Rojas Becerra, por homicidio.

Ejecutoriado el auto de proceder, el defensor, luego de anotar que encontrándose el juicio abierto a pruebas, pide que se decreten las que solicitó en su memorial de conclusión previo a la calificación del sumario. Esta solicitud le fue negada, por falta de identificación en la forma que prescribe el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, decisión que mantuvo el juez al resolver el recurso de reposición interpuesto por el peticionario.

Cumplida la audiencia pública, el jurado aseveró la responsabilidad del acusado Rojas Becerra y el juzgador en derecho, en las instancias, al acoger el veredicto, impuso al recurrente la pena principal de presidio de que se hizo referencia.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el demandante la causal cuarta de casación pues entiende que, por haberse infringido la garantía constitucional de observancia de las formas propias del juicio, se incurrió en nulidad desde el proveído de seis de septiembre de 1973, por el cual el juzgador de primera instancia negó la práctica de algunas pruebas solicitadas por el defensor (folio 120, cuaderno 1º).

Dice, al respecto, el actor:

"Considero que ha sido violada de manera flagrante la preexistencia de la ley que rige el juzgamiento, porque no obstante estar colocado dentro del código objetivo (sic) este mandato perentorio (artículo 500 del Código de Procedimiento Penal), el señor juez del conocimiento prescindió de la práctica de pruebas encaminadas a sustentar la defensa de Francisco Rojas Becerra, y no solo en esta etapa plenaria, sino que de manera sistemática en la etapa sumaria y de manera reiterada. En efecto, mis memoriales petitorios de pruebas fueron desestimados en la siguiente forma:

"Memorial de 2 de abril de 1973, petitorio de cuatro pruebas, desechado.

"Memorial de 11 de abril de 1973, desechado con una vaguedad sospechosa, y con un auto corto y suspicaz de 'cúmplase', contentivo de la manida palabra 'niéguese' (providencia de 12 de abril de 1973), y en providencia posterior del 2 de mayo de 1973, se sigue insistiendo en la negación.

"Pero es más, señores Magistrados, en la última oportunidad a la que se refiere el artículo 500, en corto memorial solicité del juzgador de primera instancia se decretaran las pruebas, las mismas cuatro pruebas que venía pidiendo, en especial los careos entre Vera Suárez y el sindicado, entre Vera Suárez y Luis Jesús Alba Villamizar, y entre Vera Suárez y Juan María Mendoza Monsalve, con...", el resultado de que "el juez desechó mis peticiones...", no obstante lo "señalado en el referido artículo 500".

Agrega que las pruebas a que alude las solicitó tanto en el sumario como en el juicio conforme a las facultades del artículo 219 del Código de Procedimiento Penal y el juzgador en derecho de primer grado las rechazó, sin motivación alguna.

Estima el Procurador Primero Delegado en lo Penal que el cargo debe ser rechazado, pues, de una parte, la supuesta petición de práctica de pruebas dentro del plenario no se acomoda a las exigencias del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, y, de otra, "es facultad del funcionario ordenar el diligenciamiento de careos, tanto de manera oficiosa como cuando se solicita por las partes, y, por tanto, aunque la petición del defensor se hubiera elevado en forma legal, que no se hizo, como atrás se demostró, bien podía el juez negarla, sin que conllevara conculcación alguna de los derechos del procesado".

Considera la Corte.

Comparte la Sala la conclusión a que llega el Ministerio Público, pues evidentemente no se desconoció al procesado Rojas Becerra el derecho de defensa por la supuesta infracción a las formas propias del juicio, a la cual alude el demandante.

En efecto:

1º Los trámites del proceso penal obviamente están orientados a garantizar la defensa social frente a quien ofende o pone en peligro esos intereses básicos que tutela la ley penal cuando sanciona, taxativamente, las conductas ilícitas, y así mismo el derecho de defensa de quien resulte acusado de haber incurrido en infracción punible.

Y dentro de las normas encaminadas a garantizar ese derecho de defensa del sindicado, a más de las que se refieren a que sea oído, a que pueda conocer sin reserva alguna (luego de la primera indagatoria) el proceso en cualquiera de sus etapas, a que pueda presentar alegatos e interponer recursos, y a que cuente con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía, se tienen también aquellos preceptos que le dan la facultad de solicitar la práctica de las pruebas que estime convenientes.

Pero esto último dentro de la etapa del juicio está regulado no solo en cuanto a la oportunidad (término de apertura a pruebas), sino también respecto a la conducencia de las mismas.

Así lo indica el artículo 501 del C. de Procedimiento Penal, cuando anota: "Dentro del juicio las pruebas deberán pedirse indicando clara y precisamente lo que el solicitante se propone acreditar con cada una de ellas, así como su conducencia por la relación que tenga con los hechos que son materia del debate".

2º La diligencia de careo, en estricto sentido, no es un medio de prueba. Es apenas la confrontación de dos versiones contrarias para fijar, mejor, la credibilidad de una de ellas.

Se ocupan de esta diligencia los artículos 413 a 416, inclusive, del Código de Procedimiento Penal. Y resulta cierto que oficiosamente o por solicitud de alguna de las partes en el proceso penal el funcionario puede llevarla a cabo.

No obstante, su conducencia es facultativa del funcionario judicial, como lo señala la Corte en auto de 13 de abril de 1951 (G. J., t. LXIX, pág. 600) y en sentencia de casación de 18 de diciembre de 1958 (G.J.,t.LXXXIX, pág. 645), a saber: "La práctica de un careo no es de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario, pues tal diligencia y con base en las pruebas que se han practicado, queda al prudente juicio del funcionario".

3º No puede aseverarse que hay infracción a las formas propias del proceso penal cuando, como en el presente caso, la diligencia que se denegó no es de forzoso cumplimiento, por dejarla la ley al razonado juicio del funcionario. Y mucho menos cuando, como también resulta en este negocio, la solicitud presentada por el defensor de Rojas Becerra no se ajusta a las exigencias del artículo 501 del estatuto procesal antes transcrito.

En lo que respecta a esto último, observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal lo siguiente:

"En la petición que el defensor eleva al Juzgado en agosto 29 de 1973 se remite a las pruebas que dizque había solicitado 'en mi memorial de conclusión previo al auto de proceder'. Examinada dicha alegación, se constata que en ésta solo hay una reseña de los careos que no se hicieron, sin que de manera precisa se formule petición para que ellos se efectúen, fuera de que no era ese el instante procesal para pedir pruebas, pues ya estaba cerrada la investigación, que el mismo peticionario exigió se clausurara".

El trámite a que alude el demandante, es el siguiente:

a) Por auto de 29 de agosto de 1973 el Juzgado Tercero Superior declara ejecutoriado el auto de proceder y abre el juicio a pruebas por el término de tres días;

b) Ese mismo día el defensor de Rojas Becerra presenta el siguiente escrito, dirigido al juez de la causa: "Atentamente me permito manifestar a usted que estando abierto el juicio a pruebas, pido se decreten las que solicité en mi memorial de conclusión previo al auto de proceder";

c) El seis de septiembre del mismo año el Juzgado niega la solicitud antes señalada, por "no llenar plenamente las exigencias del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal";

d) Mediante proveído del día once de ese mismo mes, el juez de primera instancia niega la reposición del auto por el que rechaza la práctica de los careos.

Y en el alegato previo a la calificación del sumario el apoderado de Rojas Becerra no hace solicitud de pruebas, sino que observa que "el proceso fue mal instruido", porque no se practicaron los careos ya citados.

Así, pues, por cuanto la práctica de careos es del arbitrio del juzgador y la solicitud al respecto Penal, no se tiene la supuesta infracción a las cias del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, no se tiene la supuesta infracción a las formas propias del juicio que señala el demandante.

En consecuencia, no resulta comprobado el cargo y por ende no prospera la causal cuarta de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA. — VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

La forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso, es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. — Sostener que el derecho de defensa consagrado en la Constitución se violó por la sola circunstancia de no haber logrado las pretensiones de las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlos, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento y deja desprotegida a la sociedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, enero veintitrés de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Aprobado: Acta número 1 de 23 de enero de 1975.

Vistos:

El apoderado de Salomón Figueroa Díaz y María del Carmen Vargas Bonilla, interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, datada el 25 de enero de 1974, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, fallo que condenó a los precitados Figueroa Díaz y Vargas Bonilla y a Pablo Emilio Millán Sandoval a la pena de diez años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Eleuterio Quintana Méndez.

Al recurso se le ha dado la tramitación legal y es procedente entrar a decidir sobre él.

Los hechos del proceso.

Surge de los autos que de tiempo atrás existían motivos de enemistad entre la familia Quintana Parra y los sindicados Salomón Figueroa Díaz, María del Carmen Vargas Bonilla y su hija Soledad, por cuanto el referido Salomón tenía la costumbre de que semovientes de su propiedad pastaran libremente en los solares y lotes de tierra vecinos, enemistad que se extendió a Pablo Millán Sandoval por cuanto éste mantenía relaciones amorosas con la hija de la prenombrada María del Carmen. La anotada situación, o sea, la referente a dejar Salomón Figueroa y su cónyuge que sus ganados paciesen en patios y terrenos ajenos del barrio de San Martín de la ciudad de San Gil, creó un clima de pugnacidad con sus moradores, enemistad que fue más profunda con la familia Quintana Parra, por lo cual acudieron en varias ocasiones a las autoridades de policía "para tratar de solucionar esos problemas entre ellos, en donde, inclusive, se les requirió con multa para que no se ofendieran de palabra y de hecho y especialmente para que Salomón no siguiera usando las calles y potreros del barrio como lugares de pastaje corriente para sus animales", como reza este paso de la sentencia en cuestión.

Frente a estos antecedentes, en la noche del 4 de octubre de 1972, Eleuterio Quintana Méndez, temeroso de alguna represalia contra su hijo Rodolfo por parte de sus enemigos, quien había viajado a Bucaramanga, salió a espararlo en las horas de la tarde a una estación de las empresas de transporte de la ciudad, pero en vista de que no ocurrió su regreso a la hora esperada, resolvió regresar a su hogar alrededor de las siete de la noche. Al salir más tarde en nueva espera de su hijo y cuando transitaba hacia el barrio de San Martín en un desvío de la carretera central, se encontró con los sindicados, quienes, sin mediar palabra u ofensa por parte de Eleuterio Quinta-

na, agredieron a éste, recibiendo de Pablo Millán Sandoval una mortal puñalada, mientras era sujetado, al parecer, por Salomón Figueroa y María del Carmen Vargas.

"Una vez herido mortalmente Eleuterio —según relata esta parte de los hechos en las instancias— de lo cual fueron presenciales Vicente Oliveros y su señora Elena Wandurraga, quienes salieron y evitaron que prosiguieran las agresiones contra el occiso (sic), éste se acercó al sitio donde se encontraba doña Elena y luego de hacer manifestaciones sobre las agresiones de que lo acababan de hacer víctima, se sentó en el andén de entrada a la casa y allí esperó a que llamaran a la Policía, quienes (sic) momentos después se hicieron presentes en una radio-patrulla y condujeron al herido al hospital de San Juan de Dios de la ciudad, en donde días después perecía debido a una peritonitis generalizada como consecuencia de la herida profunda".

Por auto de 24 de marzo de 1973, el Juzgado Segundo Superior de San Gil llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Pablo Emilio Millán, como autor material del hecho criminoso, y a Salomón Figueroa Díaz y María del Carmen Vargas Bonilla como auxiliadores en los términos del artículo 19 del Código Penal, o sea, como cómplices necesarios. Protestado el vocatorio a juicio éste fue plenamente confirmado por el Tribunal Superior, en providencia del 3 de julio de 1973.

Al jurado se le sometieron tres cuestionarios mediante los cuales se inquirió por la responsabilidad de Millán como autor de la lesión mortal y de Figueroa Díaz y la Vargas Bonilla por haber prestado auxilio o cooperación en la ejecución del hecho.

Con fundamento en el anterior veredicto, se dictó el fallo que fue recurrido como se indica en la parte inicial de esta providencia.

Demanda de casación.

Esta se declaró sujeta a las exigencias legales en auto del 22 de agosto del año de 1974. El apoderardo de los recurrentes acusa el fallo condenatorio con invocación de las causales primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Dice el censor que "fundamento primeramente la información del fallo en la causal primera de casación por ser la sentencia violatoria en forma directa de la ley sustancial, motivada en aplicación indebida".

Afirma que se equivocó el sentenciador en la selección de la norma al caso debatido, "ya que dio aplicación al artículo 19 de nuestro Código Penal, el cual da cuenta del fenómeno de la complicidad, auxilio o cooperación necesarias, cuando en realidad y de acuerdo a la evidencia debió dar aplicación al artículo 20 del mismo estatuto".

A este respecto anota que "se hizo caso omiso al principio constitucional de favorabilidad de la ley, y del principio penal procedimental de que las dudas deben resolverse favorablemente al procesado".

Después de referir que la prueba testimonial recogida en el proceso arroja serias dudas sobre la participación de los recurrentes como cómplices necesarios en el hecho delictuoso ya que —continúa anotando— los dichos de los testigos presenciales en realidad no tienen ese carácter, toda vez que llegaron al lugar de los sucesos después de haber sido herido Eleuterio Quintana, concreta el cargo así: "Que se violó la ley sustancial en forma directa aplicando indebidamente el contenido del artículo 19, cuando en justicia atendiendo el espíritu de la Constitución y el de la ley, se debió aplicar el contenido del artículo 20 del citado estatuto penal, máxime cuando era aplicable, además, el contenido del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal".

En desarrollo de lo antes expuesto como fundamento de la causal invocada, termina solicitando a esta corporación "que case el fallo dictado, el que debe reemplazarlo, es decir, que se dicte la sentencia en base al artículo 20 de nuestro Código Penal, y no como se hizo en base al artículo 19 del mismo estatuto".

En segundo término el recurrente apoyándose en la causal cuarta de casación considera que la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad supralegal.

Después de transcribir la síntesis de la intervención que el defensor de oficio de los procesados hizo en la audiencia pública, síntesis contenida en el acta respectiva, sostiene que aquél no analizó a fondo la prueba recaudada, "explicando si se trataba de prueba completa o no, el porqué, la calidad de la prueba, el origen de la misma, las circunstancias en que se recaudó, etc.". En fin, abunda en conceptos desobligantes respecto al defensor, a quien tilda de ignorante de los más mínimos conocimientos de la ciencia del Derecho.

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte desechar la demanda y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de

origen. La anterior petición está sustentada así, respecto de la causal primera:

"El actor hace la afirmación de haberse aplicado indebidamente normas sustanciales penales, lo cual produjo violación, en forma directa, a la ley sustancial, al darse aplicación al artículo 19 del estatuto de los delitos y de las penas, y no al artículo 20 del mismo estatuto. Este planteamiento está indicando desconocimiento de normas adjetivas precisas, de aplicación ineludible en casos como el que se estudia. Así, el artículo 519 del C. de P. P. dispone que 'En los procesos con intervención de jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate'.

"Los recurrentes fueron comprometidos por los cargos que a ellos les formulara el juez de la causa, a comparecer en juicio criminal como autores responsables del delito de homicidio, en su calidad de coautores, cargos que fueron plenamente confirmados por el honorable Tribunal Superior, al desatar el recurso de apelación interpuesto en contra de la providencia enjuiciatoria. No habiéndose contemplado en tal providencia ninguna situación atenuante de la conducta de los incriminados, lo correcto y procedimental era indagar al jurado de conciencia en la forma como se hizo en los respectivos cuestionarios, presentados a su consideración. De estos cuestionarios se dio respuesta afirmativa en términos que, por guardar correcta fidelidad a la verdad del proceso, como también por no aparejar confusión declarativa en su contenido, no se les conminó, ni con la contraevidencia ni tampoco con la contradicción.

"Ante esta realidad, los sentenciadores de instancia no podían obrar en forma diferente a la adoptada, pues que obligados estaban a dar cumplimiento al ordenamiento del artículo 519 del C. de P. P., atrás transcrito, o sea dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto. Y como los procesados fueron encontrados responsables del delito de homicidio imputado, las normas aplicables no podían ser diferentes a las que se tuvieron en cuenta para la dosificación de la pena, toda vez que ellas, y solo ellas, eran las disciplinantes del caso.

"El señor demandante, en petición inexplicable, demanda de la honorable Sala de Casación Penal que se dicte otro fallo que reemplace al recurrido, cambiando la situación jurídica de los procesados frente al delito por el cual se le declaró responsables.

"Tan extravagante reclamo quebrantaría todo el esquema procedimental del juzgamiento, cuando se realiza con la intervención del jurado de conciencia, toda vez que, para no aceptarse la repuesta de éste, hay que poner en marcha la competencia restringida y dada privativamente, tanto al juez de la causa como al honorable Tribunal Superior (artículos 565 y 567 del C. de P. P.), para declarar la contraevidencia de la veredicción, facultad que no le es reconocida a la honorable Sala de Casación Penal, ni está contemplada como motivo o causa de casación. Además, rechazada la respuesta del Juri, hay que convocar a otro para que nuevamente se haga el debate oral y se dé nueva respuesta a la cuestión que el juez de derecho plantea.

"Con la solicitud del señor demandante, la honorable Corte tendría que desconocer el veredicto y, más insólitamente, sin convocarse a nuevo jurado, convertirse ella en Tribunal sentenciador todo lo cual es innegable dislate. Podrían hacerse más glosas al cargo formulado, mas ello sobra por las razones que se han expuesto y que obligan a que se rechace".

Respecto de la causal cuarta, dice el Procurador Delegado:

"Muy seguramente el señor demandante desconoce el pensamiento de la honorable Corte, indicativo de la forma como ha de demostrarse el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional, expuesto en varias oportunidades, entre ellas en la casación de Juan Gallego Carvajal y otros, de febrero 27 de 1970. Se hace esta afirmación por la ausencia total que se palpa en la demanda de los planteamientos ineludibles para avalar la nulidad supralegal planteada por el actor. Se reduce su argumentación, únicamente, a calificar con términos desobligantes, la conducta de los defensores de los recurrentes, no calificables por cierto, como ejemplar reflejo de una estricta ética profesional, abandonando el cuestionamiento de los razonamientos propios para demostrar la nulidad invocada.

"Al no indicarse cuál o cuáles de las garantías que estructuran el complejo institucional del artículo 26 de la Carta fueron violadas, la honorable Corte se encuentra inhibida para un pronunciamiento al respecto, debiéndose repetir lo que con tanta frecuencia se ha hecho o sea que oficiosamente no puede actuar la honorable Corte para localizar la causa de la presunta nulidad a la norma en comento. Esta identificación corre a cargo del demandante, sin que su pensamiento extraviado pueda ser conducido u organizado por entidad alguna".

Consideraciones de la Corte.

Causal cuarta. Considera el censor que "el sagrado derecho de la defensa fue vulnerado en

este proceso, y por ende el contenido del artículo 26 de nuestra Carta Magna", y fundamenta el cargo de la ineficacia del defensor de los procesados en el acto de la audiencia pública.

Sobre este particular,

Conviene transcribir los siguientes apartes de la sentencia proferida por esta Sala el 27 de febrero de 1970 (ponencia del doctor Luis Carlos Pérez), en cuanto allí se puntualiza con claridad y precisión el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional en el ámbito del proceso penal:

"El artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Pero el hecho de que se les incorpore en una misma norma, no significa su fusión en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada.

"Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de las omisiones de la Rama Judicial. Plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso sub júdice.

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia plena de las formas del juicio, y

"d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional' sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso...

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación solo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico".

Las consideraciones anteriores son más que suficientes para desestimar el cargo. Sin embargo, conviene agregar que en el caso sub júdice *el derecho de defensa se ejerció a plenitud, y por ello los intereses de los imputados no sufrieron el más mínimo quebranto, ni se lesionaron las bases del procedimiento o del orden jurídico. En efecto, plenamente demostrado está que durante el juicio los procesados dispusieron siempre de una defensa técnica o formal, y que en ningún momento estuvieron imposibilitados para ejercer la totalidad de los derechos que la ley les otorga. Tanto es así, que en la misma demanda se transcriben los apartes del acta de la audiencia pública relativos a la intervención del defensor. Y la actividad de la defensa dentro del proceso penal supone un plan preordenado dentro del cual el abogado ejerce cabalmente su función, bien sea interponiendo recursos o absteniéndose de hacerlo; planteando determinadas tesis en el acto de la audiencia o propugnando por otras; solicitando la práctica de pruebas o asumiendo una actitud pasiva sobre este particular.*

La forma como se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. Sostener que se violó el derecho de defensa consagrado en la Constitución por la sola circunstancia de no haber logrado las pretensiones de

las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlas, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento, y deja desprotegida a la sociedad.

No puede, pues, prosperar el cargo.

Causal segunda. Según las voces de la demanda, la sentencia acusada es "violatoria en forma directa de la ley sustancial, motivada en aplicación indebida".

A primera vista se advierte que el cargo ha sido mal formulado, por cuanto no se trata de que el Tribunal haya aplicado normas legales equivocadas a la situación de hecho, sino que toda la argumentación del recurrente conduce a la demostración de que se incurrió en error en el análisis de la prueba, lo que llevó al *ad quem* a aplicar el artículo 19 del Código Penal cuando la disposición adecuada era el 20. De ahí que se ensaye un largo examen de las pruebas sobre las cuales se llegó a la conclusión de que se trataba de un caso de complicidad necesaria entre los varios imputados. Lo que realmente se pretende plantear es la causal primera de casación bajo el aspecto de violación indirecta de la ley sustancial originada en errónea apreciación de la prueba. Y, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente, no es procedente invocar tal motivo en los juicios que se tramitan con intervención del jurado, por cuanto la sentencia debe dictarse de acuerdo con el veredicto que emita sobre los hechos que son materia del debate (artículo 519 del C. de P. P.); y porque la evaluación de los elementos probatorios en esta clase de juicios es de competencia exclusiva y excluyente del tribunal popular, sin limitación distinta a la íntima y racional convicción que sus miembros se formen sobre la imputación formulada. La Sala no puede, pues, reabrir el debate probatorio que se agotó ya en las instancias, no solo porque carece de competencia legal para hacerlo, sino porque proceder en esa forma desnaturalizaría por completo los fundamentos jurídicos que regulan el recurso de casación. No prospera, por consiguiente, el cargo.

Decisión.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 25 de enero de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD

El dolo en la falsedad requiere el conocimiento por parte del sujeto activo en la inexactitud del escrito y por lo tanto es la voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero con peligro de derechos ajenos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintitrés de enero de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 1, enero 23 de 1975.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá consulta su providencia fechada el 25 de septiembre del año próximo pasado mediante la cual sobresee definitivamente en favor del doctor Víctor Julio Cárdenas Gallo, en su carácter de Juez Veintisiete Penal Municipal de esta ciudad, por delito de falsedad.

La calidad de funcionario público en el sobreseído se encuentra acreditada con las respectivas pruebas: copia del acuerdo por medio del cual fue nombrado Juez Veintisiete Penal Municipal de Bogotá, encargado, copia del acta de posesión y certificación del ejercicio del cargo entre el 18 de diciembre de 1972 y el 8 de enero de 1973.

Hechos y actuación procesal.

Esta y aquéllos son fielmente expuestos por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal por lo que la Sala los acoge y transcribe en su integridad, así:

"El señor Roberto Asmus Gálvez elevó queja ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y expuso que el 28 de noviembre de 1972 fue gravemente lesionado por Elías Andrews Sayech y por tal motivo recluido en el Hospital Militar. La investigación por este hecho correspondió al Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Bogotá donde no fue recibida oportunamente su declaración. Solo después de transcurridos veinte días se presentó al Hospital con ese fin un señor de apellido Molina quien inició la diligencia y luego la suspendió para continuarla cinco días más tarde. En el acta se hizo constar que el juez había intervenido en ella y firmaba como tal el señor Víctor Julio Cárdenas Gallo, sin que realmente el titular del despacho hubiera participado en el acto. Señala, en consecuencia, el quejoso este hecho como violatorio de normas penales.

"La Procuraduría, una vez concluyó la averiguación disciplinaria correspondiente, por resolución de noviembre 22 de 1973, ordenó compulsar copia para que el Tribunal Superior de Bogotá investigara el delito de falsedad en que pudo incurrir Víctor Julio Cárdenas en su calidad de Juez Veintisiete Penal Municipal, al firmar las diligencias como si hubiera intervenido en ellas.

"Con fundamento en las copias de la mencionada averiguación disciplinaria el Tribunal inició el proceso por auto de marzo 15 del año en curso.

"En desarrollo del proceso se recibieron las declaraciones que sobre los hechos hicieron las siguientes personas:

"Luis Alfonso García Trujillo, empleado del Juzgado, dijo que en compañía de Dositeo Molina Vásquez se dirigió al Hospital Militar a recibir la declaración del señor Asmus (folio 54).

"Dositeo Molina Vásquez, Oficial Mayor del Juzgado, dijo que antes de salir a vacaciones la titular del despacho le encargó se trasladara al Hospital Militar para que recepcionara el testimonio del ciudadano extranjero Roberto Adolfo Asmus Gálvez, diligencia que cumplió en compañía de Luis Alfonso García Trujillo. No recuerda si en esta ocasión se dictó auto por la Juez, pero sí afirma que así se hizo cuando se le comisionó para continuar la misma diligencia en la residencia del ofendido (folio 57).

"Roberto Adolfo Asmus Gálvez afirmó que un señor Molina comenzó a recibir su declaración en el Hospital Militar y posteriormente la continuó y terminó en su residencia.

"Elvira Malagón de Asmus expuso que cuando la doctora (Priscila Chavarro) salió a vacaciones le informó que el señor Molina, empleado del Juzgado, quedaba encargado de recibir la declaración de su esposo, lo cual realmente así sucedió.

"Priscila Chavarro de Garzón, titular del Juzgado Veintisiete Penal Municipal, dijo que por esa época, aproximadamente el 20 de diciembre de 1972, salió a vacaciones, y cuando se integró al Juzgado la Procuraduría practicó una visita y le solicitó rindiera descargos por lo cual averiguó entre sus empleados qué había ocurrido, percatándose que Dositeo Molina, a quien había comisionado para recibir la declaración de Roberto Adolfo Asmus cometió el error de no firmar la diligencia como comisionado que era sino que la elaboró para que la suscribiera el entonces juez encargado.

"Por medio de inspección judicial (folio 79), practicada al proceso contra Elías Andrews Sayech se constató que la declaración de Roberto Adolfo Asmus empezó a recibirse el 18 de diciembre de 1972, se suspendió en la misma fecha, y el acta aparece firmada por Víctor Julio Cárdenas Gallo como Juez y Dositeo Molina como Secretario; la continuación de la diligencia lleva fecha del 26 del mismo mes y año y fue suscrita por los mismos funcionarios.

"En su injurada Víctor Julio Cárdenas Gallo aceptó que firmó las declaraciones rendidas por Asmus Gálvez sin haber intervenido en ellas; alegó que lo hizo en 'forma inconsciente sin ningún ánimo de lucro y por consiguiente sin mala fe...'; agregó que el exceso de trabajo en los Juzgados Penales Municipales no permite leer detenidamente, al momento de firmar, todas las diligencias que se practican en el día".

Con las anteriores pruebas que obran en el expediente se establece, como lo dice el Ministerio Público, el sindicado *objetivamente "incurrió en la conducta prevista en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el ordinal 2º del artículo 231 del Código Penal, al firmar, como si hubiera intervenido en ella, el acta que contenía la declaración recibida al señor Asmus Gálvez, es decir, que la verdad fue alterada en cuanto a la presencia del juez en dicha diligencia, pero realmente no se advierte el dolo o intención de causar perjuicio con esa conducta..."*.

En el presente caso no está demostrado el perjuicio de alguien como tampoco que se haya faltado maliciosamente a la verdad. La Corte ha conceptuado en otras oportunidades con respecto a esta infracción: "El dolo en la falsedad requiere el conocimiento, por parte del sujeto activo, en la inexactitud del escrito. Y, como éste se encamina a producir en otro un engaño mediante la traición a la fe pública que los hombres depositan en la prueba documental, el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos. En consecuencia, el error y la buena fe excluyen el dolo, aunque se tenga por verdadero lo que realmente no lo es". (Autos de 28-IV/58 y 25-VIII/50).

Está demostrado que el ex Juez al firmar los expresados documentos lo hizo de buena fe y en "forma inconsciente sin ningún ánimo de lucro"; en consecuencia, no siendo constitutivo de infracción penal el hecho que se le imputa, el sobreseimiento definitivo proferido en su favor habrá de confirmarse como lo solicita el Ministerio Público colaborador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el proveído consultado de fecha 25 de septiembre último, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Causal 1ª de casación en juicios con jurado. — La Corte ha señalado como constitutivo de nulidad constitucional la absoluta falta de asistencia jurídica del Procesado. — La contraevidencia del veredicto, es cuestión que el legislador deja a las instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 2 de 1975.

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Nohel Vaquiro Lozano contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual fue condenado éste a la pena principal de quince años de presidio, como responsable de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso.

En las instancias se hace el siguiente resumen de lo ocurrido:

"...el 6 de mayo de 1967, más o menos entre las diez y las once de la noche, el hoy finado Ernesto Camacho se encontraba durmiendo en la casa de habitación de su cuñado Hermógenes Espinosa, en compañía del resto de la familia. De pronto oyeron que tocaban a la puerta de entrada a la casa y por este motivo Hermógenes Espinosa se apresuró a levantarse con el ánimo decidido de abrir la puerta, encontrándose sorpresivamente y de inmediato con el individuo Nohel Vaquiro, sujeto éste que en ocasiones anteriores dizque había prometido matar a Espinosa, lo cual llevó a éste a tratar de impedir que Vaquiro entrara, cerrando de nuevo la puerta. Esto último, o sea, el cerrar la puerta, no lo logró totalmente porque Nohel Vaquiro, rápidamente, interceptó el largo cañón de su escopeta. Encontrándose en este forcejeo Hermógenes Espinosa y Nohel Vaquiro, salió Ernesto Camacho, quien recibió el disparo accionado por el individuo de afuera, que forcejeaba por no dejarle cerrar la puerta a Hermógenes Espinosa. Este disparo fue mortal y por lo tanto acabó con la vida de Camacho".

Al negocio se le dio el siguiente desarrollo:

Adelantado el sumario y clausurada la averiguación, Vaquiro Lozano fue llamado a juicio por homicidio. Cumplida la audiencia, el juzgador de primera instancia acogió el veredicto absolutorio, determinación que fue revocada por el Tribunal Superior, pues halló contrario a la evidencia de los hechos la declaración del jurado. Realizada la nueva audiencia y acogido por el juez de primer grado el nuevo veredicto, en este caso afirmativo de la responsabilidad del enjuiciado, fueron proferidas en las instancias los fallos en derecho de que se hizo ya mención.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Propone el demandante las causales primera y cuarta de casación, así:

a) *Causal primera:*

Expresa que el fallo viola la ley sustancial (artículo 362 del C. P.), "por errónea interpretación de la misma y por error en la apreciación de la prueba que llevó al jurado a la convicción equivocada de la responsabilidad del enjuiciado", error que, agrega, "indujo al sentenciador a proferir el fallo condenatorio pues aceptó un veredicto clamorosamente injusto y contrario a la evidencia procesal";

b) *Causal cuàrta:*

Dice que su mandante no contó en la etapa del sumario con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía y, por tanto, se conculcó su derecho de defensa, consagrado en el artículo 26 de la Carta y por ende en nulidad de lo actuado, a partir de la declaración indagatoria de Vaquiro Lozano.

—

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en exhaustivo examen de los dos cargos propuestos a través de las causales referidas, concluye en que ninguno de los dos motivos de casación prospera y pide, en consecuencia, que se deseche el recurso.

A las observaciones del Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Se considera.

Comparte la Corte la conclusión a que llega el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues evidentemente ninguna de las tachas que hace el demandante a la sentencia impugnada resulta demostrada.

En efecto:

I

Causal cuarta.

"Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Es cierto que dentro de las garantías que la Constitución consagra en el procesamiento y condena en materia penal se tiene la de que el acusado cuente con la asistencia jurídica de un profesional de la abogacía.

Y el recurrente Vaquiro Lozano contó con esa colaboración de un profesional del derecho, no solo en el juicio, sino también en la etapa del sumario.

Como anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, al folio 129 del informativo (etapa del sumario), aparece el mandato que confiere Vaquiro Lozano al abogado, doctor Hernando Benavides Vélez, "para que en esa calidad me represente durante las diligencias...".

De otra parte, lo que la Corte ha señalado como constitutivo de nulidad constitucional al respecto es la absoluta falta de asistencia jurídica del procesado, lo cual no ocurre en este caso, pues el recurrente fue objeto de esa asistencia profesional en la totalidad del juicio.

Se repite, pues, que el cargo no resulta comprobado y no prospera, por tanto, la causal cuarta de casación invocada.

II

Causal primera.

Estudiadas las razones que aduce el actor para sustentar el cargo que hace a través de este nuevo motivo de casación (inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal), en concreto la tacha se reduce a que por una errada apreciación de las pruebas, el jurado afirmó la responsabilidad de Vaquiro Lozano, lo cual determinó la sentencia condenatoria acusada.

Al ocuparse el Ministerio Público de este cargo, observa que el demandante, si bien admite la autonomía de los jueces populares, "osadamente afirma que la 'honorable Corte ha aceptado en innumerables fallos recientes, que dentro de la causal de casación invocada por el suscrito, interpretada extensivamente, puede prosperar el recurso de casación por motivo a ser (sic) el veredicto del jurado contrario a la evidencia".

Pues bien:

Es suficiente anotar que la contraevidencia del veredicto es cuestión que el legislador deja a las instancias y que en ninguna ocasión la Corte ha sentado esa supuesta doctrina que menciona el actor. Al contrario, esta corporación, en sentencias de 14 de abril de 1966 (G. J., t. CXVI, pág. 272) y de 10 de octubre de 1969 (G. J., tomo CXXXII, pág. 317), entre otras, ha dicho que "en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal del inciso 2º del ordinal 1º, porque aquél dispone de plena libertad para apreciar las pruebas, apenas subordinada a su convicción íntima y porque, de otro lado, el examen probatorio que implica la invocación de ese motivo de impugnación llevaría a declarar el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, cuestión que, circunscrita a las instancias, no está erigida en causal de casación".

Precisamente a esta consideración de la Corte, en cuanto el instituto de declaratoria de contraevidencia del veredicto es ajeno al recurso de casación, se refiere extensamente el Ministerio Público, luego de hacer una importante reseña histórica del tratamiento que en las diferentes épocas ha tenido en el país el recurso de casación.

Basta con lo expresado para repetir que este cargo tampoco resulta acreditado y que, en con-

secuencia, no prospera la causal primera de casación.

—

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

ERROR DE HECHO

El error de hecho sólo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es inidoneidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en que se atiende más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero primero de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta número 2 de enero 30 de 1975.

Vistos:

Contra la sentencia de 13 de mayo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, en toda sus partes, la proferida el 1º de febrero del mismo año por el Juez 23 Penal del Circuito de esta ciudad y en la que se condena a las penas de treinta y seis (36) meses y veinticuatro (24) meses de prisión, en su orden, a Jaime Velásquez Duque y a Jorge Robayo M., por el delito de hurto cometido en esta ciudad en la noche del 24 de julio de 1970, interpuso el primero de los procesados que se mencionan el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y, una vez en la Corte, declarado admisible por esta Sala que adelantó su tramitación dentro del rito legal en el que se ha llegado al momento de proferir sentencia, a lo cual se procede.

Hechos y actuación procesal.

En la fecha que se deja mencionada, o sea el 24 de julio de 1970, personas entonces desconocidas se apoderaron de la camioneta marca "Chevrolet", distinguida con las placas ES-314-68, de propiedad del señor Ernesto Reyes, quien la había estacionado frente al número 21-41 de la calle 23 de esta ciudad y que fue posteriormente recuperada el 11 de agosto del mismo año por agentes del F-2.

Este hecho dio origen a la correspondiente investigación que fue abierta por el Juzgado 22 Penal Municipal de esta ciudad y adelantada por el Primero de Instrucción Criminal también con sede en la capital de la República.

Este último oyó en indagatoria a Jaime Velásquez Duque (folios 21 y siguientes y folios 39 y vuelto), quien había sido detenido por agentes de la Policía Judicial pertenecientes al cuerpo ya mencionado y que, al ser interrogado, dijo que esa camioneta se la había comprado, de buena fe, a Jorge Robayo y que la había llevado al taller donde la localizó el dueño. Explicó que a Robayo le había dado en efectivo la suma de veinte mil pesos, suma proveniente de un "jeep" que había vendido.

Contra el mencionado Velásquez Duque se profirió auto de detención fechado a 25 de enero de 1972, por el delito de hurto.

A los autos se allegó copia de la sentencia de 7 de junio de 1972, por medio de la cual el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá condenó al susodicho Jaime Velásquez Duque a la pena de diez meses de prisión por el delito de hurto. Así mismo fue allegada copia de la sentencia proferida en agosto 6 del año mencionado por el Tribunal Superior de Bogotá y en la que se confirmó lo anterior. En la del Juzgado se dice que en ese proceso obran copias de las sentencias de primera y segunda instancias en que se condena a Velásquez Duque por el delito de falsedad documental y que, por lo tanto, se está frente a una primera reincidencia, razón por la cual se le aumenta la pena. El Tribunal también afirma que el procesado en mención es reincidente y agrava aún más la pena por ese concepto (folios 146 y siguientes).

Por auto de 5 de diciembre de 1972, el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Bogotá lla-

mó a Jaime Velásquez Duque y a Jorge Robayo M. a responder en juicio por el delito de hurto.

De esta providencia recurrió el defensor del reo ausente Robayo y el Tribunal, por la suya, de 7 de septiembre de 1973, la confirmó.

Celebrada la audencia pública el 21 de noviembre del año últimamente mencionado, el Juzgado declaró inexistente dicha diligencia por "carencia absoluta de defensa en interés del procesado y reo ausente Jorge Robayo M.", y ordenó llevar a cabo otra audencia que tuvo lugar el 9 de enero del año pasado.

El 1º de febrero de dicho año el Juzgado pronunció sentencia en la que se condenó a los procesados Velásquez Duque y Robayo a la pena principal de treinta y seis meses de prisión y de veinticuatro meses de prisión, respectivamente, más las sanciones accesorias correspondientes.

En dicha providencia se dice que Velásquez Duque fue sentenciado el 7 de junio de 1972 como primer reincidente y que como el delito que se juzga en el presente proceso fue cometido antes de que transcurrieran diez años de ejecutoriada la condena anterior, se aumenta la sanción que a dicho procesado corresponde por considerársele segundo reincidente, y se aplica, además, la sanción accesoria de relegación a una colonia agrícola penal, como en efecto se hace, en la parte resolutiva.

El Tribunal, en la sentencia que es objeto del presente recurso confirma, en un todo, la del inferior y al referirse a la modalidad de la reincidencia dice que está correctamente aplicado el artículo 34 del Código Penal, porque se trata de una segunda reincidencia.

"En las copias dice, de las sentencias de primero y segundo grado, este mismo Tribunal Superior, por sentencia de 6 de agosto de 1962 (folio 157), le condenó como primer reincidente. De manera que la pena principal de treinta y seis meses de prisión, más las accesorias de 5 años de relegación a una colonia agrícola penal, es apenas justa y acomodada a las circunstancias personales del incriminado, quien revela una marcada inclinación al delito, según las varias constancias que obran en el informativo" (folio 10, cuaderno número 5).

Demanda de casación y respuesta de la Procuraduría.

La solicitud de que se case la sentencia recurrida la fundamenta el autor en que dicha providencia es, según concepto, violatoria, por manifiesto error de hecho, del artículo 34 del Código Penal "habida cuenta de que se dio por demostrado, expresa, un hecho que la prueba no acredita, cual es el de ser el procesado Velásquez Duque reincidente por segunda vez".

Para sostener el cargo argumenta el actor diciendo que no puede considerarse a su poderdante como reincidente en segundo grado ya que no se ha demostrado que le fuera en primer por no haber sido traídas a los autos las copias de las sentencias de primera y segunda instancia en que se le condenó por el delito de falsedad en documentos pues para aceptar la existencia de dichas decisiones, el Tribunal solo tuvo en cuenta la mención que de ellas se hizo en una providencia anterior de la misma corporación.

Agrega que tampoco puede hablarse de esa segunda reincidencia por cuanto para que exista ese fenómeno es necesario que el tercer delito se cometa después de ejecutoriada la sentencia que califica al procesado como primer reincidente lo que no ocurre en el presente caso, porque el hecho por el cual se le está juzgando ahora fue cometido el 25 de agosto de 1970 cuando ni siquiera se había pronunciado la sentencia de primera instancia en el proceso anterior que solo se dictó el 7 de junio de 1972, y por lo tanto, la condenación no había hecho tránsito a cosa juzgada.

"Hemos entonces hasta aquí evidenciado, agrega el actor, cómo, con base en un error de hecho manifiesto en los autos, se incurrió en un yerro relativo a la materialidad de los elementos de convicción, que fueron los que en últimas determinaron la equívoca cuantificación de la pena, toda vez que, no se hallan reunidos los requisitos exigidos en el artículo 34 del Código de los delitos y de las penas, razón por la cual rechazamos los hechos que supuestamente sirvieron de sustento a la demostración de la segunda reincidencia, pues de admitirlos tal y como fueron considerados, sería tanto como perseverar en una indirecta violación de la citada norma, habida cuenta de que, por unos presupuestos falsos, se están dando por reunidos los requisitos de aquélla".

Termina diciendo que por efecto de ese error se aumentó la pena en doce meses para el procesado Velásquez Duque siendo así que la que le corresponde es de veinticuatro meses, sentido en el cual pide se modifique la providencia recurrida.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el cargo ha sido presentado en forma errónea, pues si éste consiste, al decir del demandante, en una equivocada interpretación del artículo 34 del Código Penal, norma que el fallador aplicó pero dándole un alcance que no tiene, según argumenta el demandante, se trataría de una violación directa de la norma sustan-

cial y no de un quebranto indirecto como lo estima el actor.

Agrega el Ministerio Público que, "si la impugnación propuesta respecto de la primera reincidencia es correcta porque, en verdad, el juzgador incurrió en error de hecho manifiesto en los autos al dar por existente una prueba que no aparece en el proceso el cargo no se formuló de manera completa porque se ignora el precepto regulador de la prueba cuestionada y tampoco se precisa la forma de violación de la norma de derecho sustancial, esto es, si por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea".

Termina diciendo la Procuraduría que como son dos los cargos formulados el demandante debió puntualizar la forma como se quebrantó la proposición jurídica cosa que no hizo ya que no se distingue en la demanda lo que corresponde a la errónea interpretación del predicho artículo 34 del Código Penal de su indebida aplicación ni éstas dos presuntas fallas de la sentencia de las consistentes en la falta de aplicación de las demás normas de carácter sustantivo.

Por estos motivos pide que se deseche el recurso.

Consideraciones de la Corte:

Hace la Sala suyos los argumentos presentados por la Procuraduría por encontrarlos puestos en razón.

En efecto, incurre el demandante en inexcusable impropiedad que hace írrita la acusación cuando califica de error de hecho lo que expresan el Juzgado y el Tribunal en el sentido de que el procesado es reincidente por segunda vez en tanto que el actor considera que no se ha demostrado en autos ni siquiera la primera reincidencia.

Porque el doble cargo que hace el actor a la sentencia recurrida, a saber, que no está probada la primera reincidencia y que no ha incurrido el procesado en la segunda, no niega el hecho juzgado ni cualquier otro de los que aparecen en el proceso sino que se limita a cuestionar, por una parte, la validez de una prueba y, por la otra, la aplicación de una norma penal sustancial.

Ahora bien, ninguna de esas dos situaciones constituye, como lo afirma la demanda, error de derecho. La primera de ellas, o sea la que se hace consistir en que el juzgador estimó demostrada la primera reincidencia con base únicamente en la mención que de ella hiciera el Tribunal en una sentencia anterior, versa sobre la idoneidad de la prueba para demostrar una circunstancia agravante de la pena como es la primera reincidencia.

Sobre este particular es aplicable al caso de autos lo que la Sala dijo en casación de 7 de junio de 1967:

"El error de hecho solo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es la inidensidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en que se atiende más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal...".

Respecto a la otra situación planteada por el actor o sea la de que no hay segunda reincidencia en el caso de autos por cuanto el tercer delito, o sea el que se juzga en el presente proceso, no fue cometido después de la sentencia condenatoria por el segundo ilícito penal sino antes y que, por lo tanto, no se cumple el requisito establecido por el artículo 34 del Código Penal cuando dice: "Siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena", se tiene un cargo que debió encuadrarse dentro del primer aparte del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal o sea como violación directa de la ley por indebida aplicación de la misma ya que el Tribunal habría considerado subsumida en la norma una situación que no lo estaba.

Lo anterior significa que los planteamientos del actor no pueden ser examinados por la Sala ya que la técnica del recurso de casación exige que se indique en forma clara y precisa los fundamentos de la demanda (artículo 576 del Código de Procedimiento Penal), lo cual implica, entre otras cosas, que debe señalarse con absoluta corrección el motivo que se invoca cuando la causal contiene varios, como ocurre con la primera.

La falla consistente en errónea invocación de tal motivo no puede ser subsanada por la Sala, pues la índole del recurso excluye la actuación oficiosa en tal sentido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha venido haciendo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

No hay nulidad por falta de sorteo parcial, cuando un jurado manifiesta sus impedimentos o cuando no se notifica el auto que señala día y hora para la práctica de la audiencia y ésta se lleva a cabo con 3 de los sorteados y notificados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. — Bogotá, seis (6) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975).

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Aprobado, acta número 3.

Vistos:

Debe resolver esta Sala de la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Héctor Julio Waldrón contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo de 6 de abril de 1974, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Superior de Sogamoso, según la cual se condenó al enjuiciado Héctor Julio Waldrón a la pena principal de ocho años de presidio, con las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Próspero Higuera.

El proceso

Los hechos que sirvieron de base a este proceso los sintetiza, en el auto de proceder, el Juez Segundo Superior de Sogamoso, así:

"El diez y ocho de septiembre de mil novecientos setenta y uno, en la escuela de la vereda Palmarito, Municipio de Orocué, se efectuaba un baile al cual asistían los vecinos, en su mayoría. De un momento a otro se presentó un disgusto entre Clemente Waldrón y José Lito Chaparro, interviniendo Próspero Higuera para que no pelearan, cuando en forma sorpresiva disparó contra él Héctor Julio Waldrón, hermano de Clemente, causándole heridas que ocasionaron su muerte en forma casi instantánea".

Ejecutoriado el auto de proceder y sorteado debidamente el jurado de conciencia, se celebró la audiencia pública dentro de la cual los jueces de hecho profirieron un veredicto afirmativo de la responsabilidad, con fundamento en el cual se dictó fallo de primera instancia, apelado por el defensor del procesado.

El Tribunal Superior, acogiendo los planteamientos del apelante como los del Agente del Ministerio Público, en cuanto a no haberse notificado en debida forma el auto que señaló fecha y hora para la celebración de la audencia pública, decretó la nulidad del proceso a partir de esta última diligencia. El juez *a quo,* cumpliendo lo dispuesto por el Superior, procedió a sortear nuevo jurado, al que, dentro del debate oral, se le propuso la misma cuestión conocida por el primero y quien dio idéntica respuesta, base para que el juzgado dictara el fallo condenatorio, confirmado por el del Tribunal, como se ha dicho.

La demanda de casación.

"Fundamento el ataque a la sentencia —dice el demandante— en la causal a que se contrae el numeral 4º del artículo 580 del C. de P. P., según la cual procede el recurso de CASACIÓN 'cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad'.

"*Bases de la causal alegada:*

"Mi ataque a la sentencia de segundo grado tiene asidero en la causal de NULIDAD alegada ante el Tribunal por NO HABER REEMPLAZADO a los jurados de conciencia Belarmino Acosta y Margarita Plazas de Agudelo, existiendo causal para hacerlo (causal 1ª, art. 211 C. de P. P.).

"Al efecto: Cuando se notificó al jurado principal, señor Belarmino Acosta, su designación expresó no poder aceptar el cargo, por hallarse enfermo. El juzgado del conocimiento nada dijo al respecto, pero se ABSTUVO de notificar a este jurado la fecha de audiencia pública, señalada para el día once (11) de junio de 1973. Ello indica que el juzgado aceptó TÁCITAMENTE el im-

pedimento expresado por este jurado, pero no decretó el correspondiente SORTEO PARCIAL para reemplazarlo.

"De igual manera se procedió respecto a la señora Margarita Plazas de Agudelo, jurado suplente, quien adjuntó un certificado médico de incapacidad y a quien tampoco se hizo saber la fecha de la audiencia pública, ni se procuró su reemplazo mediante la diligencia de sorteo parcial.

"En tales condiciones se violó ostensiblemente el artículo 211 (causal 1ª) del C. de P. P. y de manera indirecta los artículos 546, 547 y 550 de la misma obra.

"Al no reemplazar a estos jurados que habían manifestado encontrarse impedidos para actuar y omitirse su notificación personal para la diligencia de audiencia pública, no solo se violaron las normas citadas sino, además, el propio derecho de defensa por cuanto el juicio público se llevó a cabo pretermitiendo las formalidades propias del juicio (artículo 26, C. N.).

"Si aceptásemos como válida esta actuación, estaríamos dejando al arbitrio de los secretarios y notificadores la selección y composición del jurado en cada caso, pues le bastaría al auxiliar de la justicia encargado de notificar a los miembros del jurado con integrarlo en la forma que deseare absteniéndose de notificar la fecha de audiencia a quienes tenga a bien.

"Las ritualidades del proceso están erigidas como garantía de la defensa del acusado y su inobservancia está sancionada con INEXISTENCIA del acto procesal, de conformidad con el artículo 214 del C. de P. P.".

La voz del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera infundada la causal de nulidad alegada, según los argumentos que aduce y que serán expuestos al decidir sobre los cargos planteados, con el objeto de evitar innecesarias repeticiones.

Consideraciones de la Corte.

Conforme al sistema del Código de Procedimiento Penal vigente, se dispone el sorteo de seis jurados, tres principales y tres suplentes, con la obligación de enterar a todos de la designación y de entregarles copia del auto de proceder (artículo 549); pero si para la vista pública faltare alguno o algunos de los principales, serán reemplazados por el suplente o suplentes, siguiendo el orden de extracción de las fichas (artículo 556).

Preciso es, por consiguiente, distinguir dos situaciones: la de la integración del jurado y la de la concurrencia a la audiencia de los sorteados.

Por lo que hace a la primera, con arreglo a las normas vigentes, es indispensable efectuar sorteos parciales hasta obtener los seis jurados (artículo 550).

En lo que respecta a la segunda, deberá notificarse a los jurados el señalamiento de fecha para el acto público; mas si no es posible localizar y enterar a uno o varios de los principales, la expectativa de los suplentes se transforma en realidad, porque reemplazan a los principales que no se presenten en la fecha en la cual se inicia la audiencia pública. He aquí la razón por la cual la ley obligue a todos a concurrir a ese acto.

Interpretar de otra manera las citadas disposiciones significaría que, de todos modos y en todas las ocasiones, deben intervenir los jurados principales y que la institución del suplente carece de relevancia jurídica.

Como observa el Procurador tinosamente, efectuado en debida forma el sorteo de los jueces de conciencia, con observancia total de las prescripciones legales vigentes para su procedimiento, la formalidad constitucional propia del juicio es la de que en la audiencia pública se hagan presentes y actúen en cumplimiento de sus funciones tres de los jurados sorteados, ya sean de una u otra clasificación numérica o bien mezclados entre sí. Este segundo hecho es de origen constitucional, porque en modo alguno el juzgamiento puede hacerse con menos o más de tres ciudadanos. El derecho de defensa, al cual confluyen las cuatro garantías que integran el complejo funcional del artículo 26 de la Carta, siendo una de ellas la que señala el demandante como violada, o sea la no observancia de plenitud de las formas propias del juicio, en manera alguna ha sido conculcado o lastimado, de lo que da fe la misma demanda al no puntualizar el concepto de la violación.

Según apunta el mismo Agente del Ministerio Público, si se estudian los dos primeros incisos del artículo 544 del C. de P. P., se encuentran dos situaciones diferentes, porque el primero contempla el caso en que las partes pueden solicitar el reemplazo de los jurados legalmente impedidos, evento en el cual es perentoria la orden al juez para proceder a su reemplazo, lo que lógicamente se infiere de la expresión "ordenará que mediante sorteo parcial sean reemplazados". Se le obliga entonces al juez a ordenar su sustitución, sin que de ningún modo pueda eludir lo preceptuado. En cambio, el inciso siguiente, operante sin petición de las partes, se refiere a cuando los jurados elegidos, con posterioridad al sorteo, manifiesten sus impedimentos, y por lo mismo no le ordena al juez su reemplazo, sino que lo deja en libertad para actuar, pues que se

dice que él "podrá decretar de oficio el reemplazo de los jurados...". "Dos verbos diferentes —expresa con acierto el Procurador— regentan la conducta del juez, planteándose antinomia en lo que se ha de hacer, pues que en el primer caso es imperativa la orden de reemplazar a los jurados, mientras que en el segundo es potestativa la facultad dada al juez. La interpretación literal de la norma debe ceder el lugar al espíritu que se tuvo en cuenta al dictarse el Decreto 1358 de 1964 que modificó sustancialmente la integración del jurado de conciencia".

"Lo que se propuso el Decreto 1358 de 1964 —dijo la Corte— al ordenar la elección de tres jurados principales y tres suplentes, fue que éstos entraran a integrar el tribunal de conciencia, cuando ocurriera la falta de uno o de varios de aquéllos, aboliendo la vieja práctica dilatoria de recurrir, en caso de ausencia de uno de los miembros del tribunal popular, al sorteo parcial ordenado por el artículo 517 del Código de Procedimiento. Tanto los principales como los suplentes escogidos en un mismo acto, tienen hoy la misma categoría y la misma función, sin que pueda establecerse diferencias entre ellos, según el artículo 25 del citado decreto, que dispone 'tener como jurado a los seis ciudadanos sorteados' y hacerles entrega de una copia del auto de proceder, precisamente para que todos estén en condiciones de intervenir en el juzgamiento, sin llamados especiales o requerimientos de última hora. Desde que se les notifica la designación a los seis miembros, todos y cada uno de ellos quedan obligados a concurrir a la audiencia, en el día y hora señalados. Es natural que si para este último efecto cualquiera de los principales no puede estar presente, por cualquier circunstancia de la cual él debe responder ante el juez según el artículo 29 del Decreto 1358 de 1964, en relación con el 3º del Decreto 242 de 1951, debe ser reemplazado por un suplente en orden numérico. Sería absurdo que si un miembro del jurado muriera o enfermara gravemente en el lapso comprendido entre su elección y la audiencia, ésta no pudiera llevarse a cabo sin el sorteo parcial para reemplazar al impedido. La institución de los suplentes perdería todo valor, fuera de que se les negaría arbitrariamente una intervención que les corresponde desde el momento en que fueron escogidos. No existe, pues, irregularidad en el hecho de que se hubiera integrado el jurado con uno de los suplentes, faltando el principal, aun en el caso de que éste no hubiera alcanzado, por cualquier motivo, a notificarse del auto que señala la fecha para audiencia". (Casación de 7 de junio de 1971, G. J., tomo CXXXVIII, *números 2340 a 2345).*

Más aún, admitiendo que el proceder aducido por el demandante sea indebido, no alcanzaría a constituir nulidad del proceso, porque no está previsto como tal en el artículo 211 del C. de P. P. Las causas para invalidar el procedimiento son taxativas, lo cual significa que no pueden ser completadas por vía analógica por el juzgador.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 214 del C. de P. P., cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto que se llenen ciertas formalidades, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado. Y es palmar que la ley no exige, para la validez de la audiencia pública, que se notifique a los jurados sorteados del auto que señala fecha y hora para su celebración.

Finalmente, alega el demandante que al no reemplazar a los jurados que habían manifestado encontrarse impedidos para actuar y "omitirse su notificación personal para la diligencia de audiencia pública, no solo se violaron las normas citadas sino, además, el propio derecho de defensa por cuanto el juicio público se llevó a cabo pretermitiendo las formalidades propias del juicio" (artículo 26, C. N.).

Pero la Corte ha dicho en numerosos fallos que una sanción tan grave como es la que autoriza el artículo 26 de la Constitución, debe estar precedida de una demostración perfecta respecto de las omisiones o los excesos que colocaron al procesado en situación precaria, al punto que no fuera oído ni vencido en juicio. Y es que en cuanto a la pretendida infracción de las normas atinentes al juzgamiento, nada se demostró, pues el actor se limitó a insistir en que se violaron varias disposiciones, pero no comprobó en qué consistió el agravio y cuál la magnitud en el caso de haber existido.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación contra el fallo de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

MANDATO — DESISTIMIENTO

El mandato es esencialmente revocable al tenor de lo dispuesto en los artículos 2189 y 2191 del Código Civil. — El desistimiento es de orden legal al tenor de los artículos 342 y 344 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, seis de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Aprobado: acta número 3.

Vistos:

Por escrito dirigido a la Presidencia de la Corte Suprema con fecha 15 de diciembre de 1973 y ratificada bajo juramento el 30 de septiembre de 1974 (folio 32), el doctor Carlos Saúl Goyeneche Otero, obrando como mandatario del Municipio de Cartago, dentro del proceso civil ordinario instaurado contra Elvira López de Herrera y otros, formuló denuncia contra los Magistrados integrantes de la Sala Civil del Tribunal Superior de Buga, doctores Jaime Colonia Sanclemente, Carlos Calero Perea y Raúl Victoria Perea, a quienes sindica de la comisión de los delitos de "abuso de autoridad" y "extralimitación de funciones".

Hechos:

En el escrito de denuncia, el doctor Goyeneche Otero, formula varios cargos y de diversa índole contra los Magistrados de la Sala Civil cuyo resumen es el siguiente:

1º Que el denunciante es apoderado del Municipio de Cartago, dentro del proceso civil de mayor cuantía que se sigue contra Elvira López de Herrera y otros "por causa de simulación de contratos escriturarios en relación con el cuantioso patrimonio del multimillonario Gregorio Venegas Espinal" (folio 1).

2º Que en el año de 1968 obtuvo una decisión favorable a los intereses que representa, por parte del Juzgado de instancia. Que, con base en la decisión del Juzgado, el Tribunal Superior de Buga practicó diligencia de secuestro de la hacienda objeto del litigio.

3º Que, antes de practicar la diligencia, los demandados solicitarón se impusiera caución para evitarla, la cual les fue fijada en la suma de tres millones de pesos, y que, como no pudieron prestarla en la oportunidad procesal debida, dicha diligencia se cumplió. Mas luego, afirma el denunciante, el apoderado de los demandados, obtuvo una considerable rebaja en la cuantía de la caución, ya que consiguió, a través de procedimientos que el mismo denunciante califica como ilícitos, que se fijara en definitiva, en la cantidad de $ 800.000.00.

Explica el denunciante, que este atropello contra los intereses que representaba, se debió al hecho de haber llegado a la Magistratura el doctor Gerardo Recio Bueno, quien apoderaba a los demandados. Al retirarse del Tribunal el doctor Recio Bueno, vino a ocupar el cargo el señor Magistrado Jaime Colonia Sanclemente "quien entró con mayor entusiasmo aún, a acceder a las solicitudes contra derecho de los demandados".

4º El Magistrado Colonia Sanclemente, "sin darle la tramitación de incidente que consagra el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil..." resolvió de plano, "la solicitud de cambio de secuestre, y dispuso que el reemplazo del señor Jesús Franco por el doctor Camilo Millán, remoción cuya ilegalidad hace consistir el denunciante, en que no se le dio al trámite de incidente que preceptúa el artículo 137 en concordancia con el 11 del C. de P. C.".

5º En vista del atropello que se había cometido, el denunciante planteó ante el Magistrado sustanciador, doctor Colonia Sanclemente, la ne-

cesidad de que se decretara una nulidad aduciendo, además, que el secuestre removido no había sido notificado "en legal forma", petición que fue resuelta en forma negativa por el Magistrado sustanciador con desconocimiento del precepto contenido en el artículo 638 del C. de P. C. Que, pese a la omisión de la notificación el secuestre removido, y estando en trámite una solicitud de declaratoria de nulidad de la actuación, el Tribunal dispuso la práctica de la diligencia, para lo cual obtuvo la colaboración de la fuerza pública en forma tan ostentosa, que el denunciante califica como de "lanzamiento o despojo forzoso" (folio 4).

6º En el acto de la diligencia, el denunciante planteó nuevamente la tesis de la nulidad, y pidió que se respetaran los derechos de terceros arrendatarios del predio, doctor Gilberto Moreno y señora Mariela Gómez de Cuéllar, para que dichos arrendatarios se entendieran, como tales, con el nuevo secuestre. Esta petición fue resuelta en forma negativa, con lo cual el Magistrado Colonia Sanclemente, violó lo dispuesto en los artículos 11 y 137 del C. de P. C., así como el artículo 26 de la Carta; de este modo, según el denunciante, se configuran plenamente los delitos de "abuso de autoridad" y de "extralimitación de funciones", al realizar actos abiertamente contrarios a los mandatos legales, fuera de que, la diligencia se cumplió "a pesar de que el auto que la señalaba no se encontraba ejecutoriado", porque según el denunciante, debía primeramente resolverse la petición sobre nulidad de actuación, ya que "siempre que una actuación es atacada de *nulidad,* porque se han pretermitido normas de procedimiento de forzoso cumplimiento, lo indicado es pronunciarse primero sobre la materia de la nulidad propuesta" (folio 7).

7º Encuentra, también fuera de derecho, la actuación del Magistrado, por cuanto no podía ordenar la remoción del secuestre ya que ella obedeció simplemente a "la ausencia de unos informes mensuales de administración que el secuestre no puede dar, por sustracción de materia, ya que la finca se hallaba arrendada y entonces el administrador es el arrendatario y no el secuestre" (folio 7).

8º De otra parte, expresa el denunciante, que la designación del secuestre se hizo "sin sorteo previo y sin ser vecino del lugar de ubicación del inmueble secuestrado", habiendo resuelto, igualmente, el solo Magistrado un recurso de súplica... cuando en verdad el recurso de súplica deben resolverlo los restantes Magistrados de la Sala" (folio 8).

9º Expresa, igualmente, el doctor Goyeneche Otero, que el Magistrado violó la ley al no haber fijado la caución al secuestre antes de la diligencia, y al notificar al sustituido "por intermedio del correo" con lo cual desconoció arbitrariamente lo dispuesto en los artículos 9º, ordinal 9º, y 686, ordinal 3º, del C. de P. C.

10. Se queja así mismo, el memorialista, de que hubieran concurrido los Magistrados integrantes de la Sala, a la práctica de la diligencia que "suscribieron la famosa acta con el Magistrado doctor Colonia, haciéndose cómplices de las arbitrarias decisiones de su acompañante".

En la parte final de su escrito, el señor denunciante, solicita a la Corte tome la determinación de que la situación planteada en el proceso civil vuelva al estado anterior a la diligencia de cambio de secuestre de la referida hacienda materia de litigio. En vista a los perjuicios que dice se le han ocasionado con motivo de la actividad desarrollada por el Magistrado en el curso del proceso, solicita se le admita como parte civil dentro del proceso penal que pide se inicie contra los Magistrados acusados.

En escrito fechado el 30 de septiembre de 1974 el señor denunciante reiteró sus primitivas apreciaciones relativas a la obligación que tenía el Magistrado de respetar los derechos de los arrendatarios del inmueble secuestrado. Que, al no obrar en esa forma, lo que se hizo fue dictar sentencia de resolución del contrato de arrendamiento, con los perjuicios correspondientes para quienes tenían derechos adquiridos. Que la designación del doctor Camilo Millán como secuestre, se hizo en contravención a normas precisas por cuanto el mencionado auxiliar de la justicia "no pertenecía en ese entonces a la lista de auxiliares de la justicia, ya que no figuraba en la fijada en la Secretaría del Tribunal, y en esta última, fijada recientemente, figura como síndico, pero tampoco como secuestre y antes como nada" (folio 23 vuelto).

Como cargo nuevo contra los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, imputa el señor denunciante, el haber dado por terminado el proceso civil "aceptando el desistimiento de la acción y de la revocatoria del poder, a petición de los señores Alcalde y Personero de Cartago, hecha con base en una resolución del concejo que por ser a todas luces ilegal según aquéllos han podido constatarlo en autos, han debido rechazarla *in limine*" (folio 25). Examina entonces el denunciante los antecedentes y los alcances jurídicos del contrato que celebró con el Municipio de Cartago, representado por el Personero y el Alcalde y el cual fue revocado por medio de la Resolución número 024 de 12 de

junio de 1974 expedida por el Concejo Municipal de dicha ciudad, y que el denunciante califica como violatoria de la Constitución y la ley, al igual que la actuación del Tribunal al acoger dicha solicitud de desistimiento, siendo que tales funcionarios contaban con "elementos de juicio necesarios para deducir que el desistimiento y la revocatoria del poder son a todas luces improcedentes y saben que no les es dado proceder contra las normas legales, menos aún en atropello de derechos ajenos, porque a ello se opone la excepción de inconstitucionalidad que se debe aplicar en estos casos..." (folio 25 vuelto).

Expresa, igualmente, el señor denunciante, que los Magistrados violaron las normas relativas al turno a que debe someterse el fallo de los asuntos sometidos a su consideración. Que se ha violado el artículo 152 en sus numerales 2º y 4º "por cuanto no es la Sala de Decisión la competente para decidir las peticiones de desistimiento de las acciones propuestas y revocatoria del poder, sino el honorable Magistrado ponente, a fin de que quede a salvo el recurso legal de súplica para ante los restantes Magistrados de la Sala" (folio 26).

Se considera:

En cuanto a la designación de los auxiliares de la justicia, las normas del C. de P. C. son muy claras. Faculta, en efecto, el artículo 91 a los jueces y magistrados sustanciadores, para que puedan designar secuestres "dentro del cuerpo oficial de auxiliares de la justicia, en la forma determinada por decreto reglamentario", y como hasta ahora no se ha dictado dicha reglamentación, hay funcionarios que sostienen que dicha designación puede hacerse con entera libertad. Sin embargo, la Corte ha sostenido que es necesario que la persona a quien se designe para un cargo de perito, secuestre, síndico, etc., debe por lo menos figurar en las listas de auxiliares de la justicia, y que aun cuando la contravención a esta norma no invalida la actuación del designado, sí puede implicar falta contra la eficacia de la administración de justicia sancionada expresamente por el Decreto 250 de 1970. En el caso de autos, esta infracción, para el caso de que hubiera existido, solamente implicaría un proceso disciplinario y no una infracción a la ley penal.

En lo relativo a la remoción de dichos auxiliares de la justicia, y más específicamente a los secuestres, el mismo artículo 91 en el numeral 10 permite el relevo del secuestre en los casos allí previstos, al igual que el numeral 5º de la misma norma que faculta a las partes para que de común acuerdo puedan designar un secuestre o reemplazar al nombrado.

Se tiene entonces, que la permanencia del secuestre, como auxiliar de la justicia, no puede entenderse como indefinida, ya que la misma ley ha previsto varias hipótesis que autorizan su remoción sin que se quebrante la ley.

Ahora bien, se ha hecho especial énfasis, por el denunciante, sobre la forma como se produjo el relevo del secuestre designado primitivamente, arguyendo que tal remoción se verificó sin que se hubiera tramitado el incidente de que trata el artículo 137 del C. de P. C., en armonía con el 11 y el 688 de la misma obra, con lo cual se habría incurrido en nulidad, que al no decretarse, como se pidió por el denunciante, constituiría una forma de "abuso de autoridad".

Sobre el particular, es necesario hacer las siguientes observaciones: el artículo 11 del C. de P. C. se refiere a las "sanciones" que se pueden aplicar a los auxiliares de la justicia cuandoquiera que incumplan con sus deberes. El artículo 10 del mismo estatuto procedimental, enumera los deberes y obligaciones de esos auxiliares, y por ello, el artículo 11 se refiere específicamente al incumplimiento de ellos y prevé la posibilidad de imponer sanción de multa de quinientos a cinco mil pesos "*que se impondrán mediante incidente* que se tramitará independientemente del proceso" (subraya la Sala). Queda, pues, claramente establecido que la tramitación del incidente, es para el caso de aplicación de una sanción de multa a un auxiliar de la justicia, y no para su relevo.

Por su parte, el artículo 688 del C. de P. C. se refiere específicamente a la situación del "relevo del secuestre y entrega de bienes", para lo cual toma varias hipótesis diferentes a las consagradas en los numerales 5º (acuerdo de las partes para remover al secuestre), y 10 (impedimento o excusa de la persona designada como secuestre para desempeñar el cargo, no posesión oportuna, etc.), del artículo 9º, entre las cuales están las siguientes: 1ª La no prestación oportuna de la caución. 2ª La negligencia o abuso en el desempeño del cargo. Caso en el cual, dice textualmente la norma, "*se tramitará incidente*, y el auto que lo resuelva es inapelable". Y ya en su numeral 3º dispone el artículo citado, que podrá removerse el secuestre, también cuando "deja de rendir cuentas de su administración, de presentar los informes mensuales o de cumplir las demás disposiciones del artículo 10".

De la simple lectura de la norma transcrita, se tiene, que solamente existe la obligación del trámite del incidente en el caso de que la remoción del secuestre se haga por virtud de la cau-

sal 2ª, o sea cuando hay que probar negligencia o abuso en el desempeño del cargo, y por lo mismo, no existe el incidente en los demás casos previstos en la misma disposición como ya se vio.

En el caso que se examina, se tiene, que el señor apoderado de la parte demandada, doctor Jesús María Díaz Delgado formuló ante el Tribunal Superior de Buga solicitud para que fuera removido el secuestre, señor Jesús Franco Jaramillo alegando "falta de cumplimiento de sus funciones en lo que hace referencia a la falta de rendición de cuentas y de informes mensuales que tenía la obligación de hacer el señor Jesús Franco" (folios 10 y 11 de las pruebas acompañadas por el denunciante) (artículo 688, numeral 2º, C. de P. C.).

El Tribunal se lee en el cuaderno de pruebas acompañado, dispuso que "antes de decidir en el fondo la anterior solicitud, el secuestre rindiera cuentas detalladas de su gestión como auxiliar de la justicia e informara las razones o motivos que hubiera tenido para dejar de presentar los informes mensuales a que está obligado en cumplimiento del artículo 10, numeral 3º de la misma obra" (folio 11). El señor secuestre fue requerido para que diera esas explicaciones, e informó que los arrendatarios del predio dado en custodia no habían cancelado los cánones de arrendamiento pactados, y que, en relación con los informes mensuales a que estaba obligado, no los rindió "por ignorancia sobre esta nueva disposición" (folio 12).

El Tribunal, y más concretamente el Magistrado sustanciador, en presencia de los hechos referidos, dispuso relevar al señor Jesús Franco Jaramillo del cargo de secuestre, y designar en su reemplazo al doctor Camilo Millán.

Queda claramente establecido que no puede hablarse de ilegalidad en la conducta del Magistrado al disponer, una vez comprobados los cargos al secuestre, su relevo puesto que esa determinación se tomó con plena observancia de las normas procedimentales. No habiendo obligación del trámite incidental en el relevo del secuestre, no se puede hablar tampoco de la existencia de una nulidad por violación de las normas procedimentales, ya que como se ha visto, no era necesario el trámite incidental puesto que la causal alegada por el peticionario para el cambio del auxiliar no hacía obligatorio la tramitación del incidente.

Pero es más: El artículo 152 del C. de P. C. hace una enumeración *taxativa* de las causales de nulidad que se pueden presentar en el proceso civil, y entre tales causales no está prevista la que alega el denunciante, y sobre la cual pretende montar el juicio de responsabilidad penal contra el Magistrado acusado.

Ni menos se puede sostener que para el caso de la tramitación del incidente en la remoción del secuestre, se suspenda o se interrumpa el proceso, ya que las causales de interrupción y de suspensión previstas en los artículos 168 y 170, respectivamente, del C. de P. C., tampoco consagran este evento.

Tampoco se ve muy clara la posición del señor denunciante frente al interés manifestado para que no fuera removido el secuestre. No se ve clara esa posición ya que los intereses que representaba el señor abogado denunciante, en nada se perjudicaban con el cambio del administrador de los bienes secuestrados.

Dice, igualmente, el abogado denunciante, que la notificación que se le hizo al secuestre removido, fue ilegal, porque se cumplió con desconocimiento de lo mandado por los artículos 688, numerales 3º y 9º, numeral 9º ibídem (folio 9, del memorial-denuncia).

Sobre este tema se tiene: el numeral 9º del artículo 9º del C. de P. C. ordena notificar al secuestre el auto de *nombramiento* (subraya la Sala), no así que lo remueve, seguramente porque la remoción como ya se vio, puede ser inmediata cuandoquiera que se comprueba falta en el cumplimiento de las obligaciones del secuestre (artículo 9º, numeral 10). Pese a que no existía obligación de la notificación al auxiliar de la justicia, el Magistrado sustanciador envió al señor Jesús Franco Jaramillo un oficio en el cual le comunicaba que había sido removido, y le recordaba las obligaciones que tenía para la entrega de los bienes dados en custodia, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 688, numeral 3º, y para que la notificación se cumpliera con las mayores seguridades, se comisionó, por el mismo Magistrado, a un juez de la residencia del señor Franco Jaramillo (folios 29-30 de las pruebas), a quien no pudo entregarse el oficio, y hubo que hacerlo por intermedio de un tercero autorizado por el mismo señor Franco Jaramillo (folios 32 y 33).

Tampoco, pues, en este caso puede hablarse de irregularidad, y menos de ilegalidad en la conducta del Magistrado sustanciador.

Menos se puede decir que existió abuso de poder por parte del Magistrado al solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer cumplir una determinación suya, ya que ello hace parte del poder que le otorga la ley al funcionario para que pueda hacer cumplir sus decisiones.

Ni menos se puede aducir ilicitud o irregularidad en cuanto a la presencia de los Magistrados integrantes de la Sala en el momento mismo de la

práctica de la diligencia de entrega del bien secuestrado al nuevo secuestre, ya que la ley autoriza la presencia de la Sala cuando cualquiera de las partes pida que asista "o que ésta estime conveniente asistir" (artículo 30 del C. de P. C.).

Igualmente, no se puede hablar de irregularidad en cuanto a la fijación de la caución por el secuestre después de practicada la diligencia, puesto que esta modalidad está expresamente autorizada por el artículo 683-3, así: "el secuestre deberá prestar caución que el juez fije *una vez practicado el secuestro*" (subraya la Sala).

Finalmente, habrá que examinar la parte relativa a la revocación del poder otorgado al denunciante por el Municipio de Cartago representado en su Personero y Alcalde, y a la aceptación del desistimiento presentada por el nuevo apoderado del mismo Municipio.

Sostiene el denunciante, que los términos del poder conferido en su persona por el Municipio, hacían que tal mandato fuera irrevocable unilateralmente, y que al haberse revocado por la sola decisión del Municipio, a través de resolución autorizada por el Concejo, se violó la ley en forma tan flagrante, que el Magistrado sustanciador ha debido aplicar la excepción de constitucionalidad prevista en el artículo 215 de la Carta, y que al no hacerlo incurrió nuevamente, por esta razón, en responsabilidad penal.

Es evidente, que en numerosas cláusulas del contrato suscrito por el señor denunciante y el Municipio de Cartago, representado por el Alcalde, según autorización dada por el Concejo Municipal, se pactaron compromisos para el Municipio que sin la menor duda son violatorios, ellos sí, de las normas legales. Así, por ejemplo, no es aceptable que se pueda pactar, sin violar la ley, una cláusula de irrevocabilidad del mandato, porque ello se opone a normas terminantes que precisamente indican que el mandato es esencialmente revocable *(artículo 2189 y 2191 del C. C.). No se puede tampoco, como se pretende por el denunciante, y se dice en el contrato, considerar que mandante y mandatario, o sea que abogado y Municipio son una* sola persona *porque jamás puede aceptarse que el representante tenga a la vez la doble condición de tal y la de su representado.*

Pero por sobre todo, si se examinan con cuidado las razones expuestas por el Concejo de Cartago para revocar el poder dado al señor denunciante, no queda la menor duda de que dicha determinación se ajusta, en un todo, a la previsión contenida en el artículo 254 del C. C. A. en concordancia con el literal a) del artículo 21 del Decreto 2733 de 1959 así: la disposición primeramente citada, manda que en todo contrato celebrado por la administración y que tenga por objeto... la prestación de servicios *deban prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad, y la misma norma faculta claramente al Gobierno para que fije las causales que "tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato", por manera que, además de las expresamente consagradas en esa disposición, pueden darse otras, como son precisamente las contenidas en la norma del literal a) del artículo 21 del Decreto 2377 de 1959, en cuanto dispone la revocación de los actos administrativos —y la resolución emanada del Concejo Municipal de Cartago lo es— por los mismos funcionarios que lo hayan expedido (en este caso, por el Concejo), de oficio o a solicitud de parte, cuando dichos actos sean manifiestamente contrarios a la Constitución o a la ley; y, también, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*

Lo anterior sirve para justificar y explicar las razones de orden legal que dieron base al Concejo para tomar la determinación de revocar el mandato conferido al abogado Goyeneche Otero.

Ahora, en cuanto a la conducta observada por los Magistrados al aceptar el desistimiento, la situación es igualmente diáfana desde el punto de vista legal. La ley (artículo 342 del C. de P. C.), faculta al demandante para "desistir de la demanda", de los recursos que hayan interpuesto o de los incidentes, etc." (artículo 344, C. P. C.) y atribuye competencia para aceptarlo al juez que esté conociendo del proceso, sea en primera o en segunda instancia, o en casación. Para aceptarlo, solo se requiere, en tratándose del que formulan las personas jurídicas de derecho público, que haya autorización del Gobierno, gobernador o alcalde (artículos 243-4 y 341).

De otra parte, no es facultad del juez, sin incurrir en usurpación de competencia, revisar la legalidad o ilegalidad de la resolución que autoriza el desistimiento, porque este es un acto administrativo que solo puede conocerse por la jurisdicción contencioso-administrativa, fuera de que, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 de la Carta los acuerdos de los concejos municipales, así como las determinaciones de otras entidades "son obligatorias mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Y menos se puede hablar, como lo quiere el denunciante, de omisión en la aplicación del principio de la excepción de inconstitucionalidad ya que para que este fenómeno se presente, se requiere que exista un enfrentamiento total, pal-

mario, evidente, entre la norma y la Constitución. Fuera de que, en la aplicación del principio juega papel fundamental y definitivo el criterio *del fallador, sin que sea dable por lo mismo, sentar pautas, límites o principios para su aplicación.*

Decisión:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de iniciar sumario contra los doctores Jaime Colonia Sanclemente, Carlos Calero Perea y Raúl Victoria Perea, con relación a la denuncia presentada por el doctor Carlos Saúl Goyeneche Otero.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

La falta de asistencia del Agente del Ministerio Público a la audiencia, en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: acta número 4.

Vistos:

Está acusada en casación la sentencia del ocho de noviembre de mil novecientos setenta y tres, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público, condenó a Luis Alfredo Vargas Muñoz a ocho (8) años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de Irene Meneses.

Agotado el trámite de rigor legal, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) En torno a la una de la tarde del veinticinco de abril de mil novecientos setenta y dos, Luis Alfredo Vargas dio muerte con arma de fuego, en el área urbana de Puerto Asís, a Irene Meneses, quien había sido su concubina durante algún tiempo;

b) Capturado Vargas el mismo día de los hechos y abierta la investigación correspondiente, el 3 de mayo se dispuso su detención preventiva. El asunto pasó luego por competencia, previo reparto al Juzgado Segundo Superior de Pasto, despacho que en providencia del primero de diciembre de mil novecientos setenta y dos llamó a Luis Alfredo Vargas Muñoz a responder en juicio, con intervención del jurado, por el delito de homicidio simplemente voluntario en Irene Meneses, auto contra el cual no se interpuso recurso alguno (folios 107 a 114);

c) El pliego de cargos quedó sintetizado en el cuestionario visible al folio 147 del informativo, sobre el cual, transcurrida la audiencia pública, recayó un veredicto afirmativo de la responsabilidad, proferido por el tribunal popular;

d) Mediante oficio número 18 del 26 de julio de 1973, dirigido al Juez de la causa, el Fiscal Tercero (encargado) se excusó de concurrir a la audiencia alegando "imposibilidad física de hacerlo", excusa que reiteró el día 31. La audiencia, por tanto, se llevó a término sin la presencia del Ministerio Público;

e) Acatando el veredicto del jurado, el juez del conocimiento condenó a Luis Alfredo Vargas, en sentencia del 25 de septiembre de 1973, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable del delito de homicidio en Irene Meneses Criollo, fallo que el Tribunal Superior de Pasto confirmó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación (folios 157 a 161 y 171 a 179).

La demanda.

Con apoyo en la causal cuarta de casación el apoderado especial del procesado formula un cargo único a la sentencia recurrida: Haberse dictado el fallo en un proceso viciado de nulidad. Estima el impugnante en desarrollo de tal planteamiento que se desconocieron las formas propias del juicio y se lesionó el derecho de defensa, porque la audiencia pública se realizó sin la presencia del representante del Ministerio Público, a pesar de que el referido funcionario se excusó oportunamente ante el juez con el fin de que se aplazara esa actuación procesal. Resumiendo sus argumentos sobre el particular expresa el actor:

"En síntesis queda demostrado que se violó el artículo 506 del C. de P. P. al no aplazar las audiencias por imposibilidad física manifestada por el señor Fiscal encargado y con ella las formas propias del juicio penal, con ello el artículo

26 de la Constitución Nacional, además del derecho de defensa, al no aceptar la petición del señor defensor de que era necesaria la presencia del señor Fiscal, para obtener la cual pidió se aplazaran las audiencias, porque el señor defensor, como todos los que hemos intervenido en audiencias públicas, en multitud de audiencias ante el jurado, sabemos lo grave que es para los intereses de la defensa la ausencia del Ministerio Público, por la total ausencia de controversia, de debate, en que el defensor se encuentra aparentemente sin contendor pero realmente con un contendor que lo dice todo sin decir nada''.

Concluye la demanda solicitando a la Corte que case la sentencia recurrida, declare la nulidad de la actuación a partir del auto que fija fecha para el sorteo de jurados y ordene reponer el procedimiento.

Concepto del Procurador.

Manifiesta en su alegato el titular de la Procuraduría Segunda Delegada que comparte integralmente las razones jurídicas expuestas por el apoderado del demandante en orden a demostrar el desconocimiento de las formas propias del juicio al desatender el Juzgado Tercero Superior de Pasto la excusa del Agente del Ministerio Público y realizar la audiencia sin su presencia.

Y para corroborar ese criterio transcribe *in extenso* el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada en la casación de Olave de Carmen Ortiz de Linero, fechado el 21 de octubre de 1971. En la referida vista se sustenta la tesis de que tan importante es la intervención de la defensa en el juicio como la del Ministerio Público, y que, consecuentemente, la ausencia de éste en el acto de la audiencia pública debe producir similares efectos procesales. Importa transcribir de la mencionada vista los siguientes aspectos:

''Por razones presupuestales no se ha podido implantar en Colombia el Ministerio Público propio ante todas las jerarquías judiciales. Pero, por ejemplo, en el año de 1970, por medio del Decreto 550 y en desarrollo de los artículos 142 y 144 de la Constitución Nacional, se crearon cien plazas de fiscales de Juzgados de Circuito. Este aporte constituye un evidente progreso del Ministerio Público y si bien no satisface plenamente las necesidades —esos despachos judiciales son más de quinientos— de todas maneras pone de presente la importancia que se da a la participación del Ministerio Público en los asuntos penales.

''5º De los mismos 'trabajos preparatorios del Nuevo Código de Procedimiento Penal' resulta claro que la intervención del Ministerio Público no se estableció como obligatoria para todas las actuaciones del proceso penal por las razones ya conocidas pero, en desarrollo de los principios constitucionales invocados y conforme a la naturaleza de ciertos actos procesales, bien puede deducirse este postulado: La intervención del Ministerio Público tiene carácter obligatorio cuando se trata del Fiscal propio o permanente (ante los Juzgados Superiores, Tribunal Superior y Corte Suprema de Justicia) y en relación con una actuación trascendental del juicio.

''La primera condición aparece indiscutible. Ante las jerarquías superiores de la justicia el representante del Ministerio Público tiene el deber —como colaborador permanente— de intervenir en la etapa del plenario. La segunda es consecuencia de la anterior; la intervención es obligatoria cuando se refiere a una actuación trascendental del juicio.

''En los procesos con intervención del jurado de conciencia el acto de la vista pública es, tal vez, el más importante porque es la oportunidad en que se decide la responsabilidad penal del acusado y, es sabido, al veredicto concede la ley carácter trascendental pues constituye la base de la sentencia (artículo 519 del Código de Procedimiento Penal).

''La intervención de las partes en ese acto es la única fuente de información de que dispone el juri para pronunciarse y ella cobra hoy mayor importancia si se tiene en cuenta que antes se corría traslado del expediente a cada jurado y desde hace algún tiempo se suprimió ese trámite; además esa participación garantiza el principio de contradicción aspecto esencial del plenario.

''En consecuencia, si en un proceso con jurado el Ministerio Público no interviene en la audiencia, se incurre en nulidad del orden constitucional por infracción manifiesta de las normas propias del juzgamiento, porque la sociedad —parte privilegiada— no ha tenido la oportunidad de ejercer sus derechos en la actuación que decide ese tipo de procesos.

''Si la ausencia de defensa indiscutiblemente llevaría a esa consecuencia procesal, la del Ministerio Público debe acarrear iguales secuelas: 'Ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse' ''.

Finaliza su alegato el colaborador proponiéndole a la Corte que se abstenga de aplicar el artículo 508 del Código de Procedimiento Penal en cuanto se refiere a los Agentes del Ministerio Público ante los Juzgados Superiores, Tribunales Superiores y Corte Suprema de Justicia por estar en abierto contraste con los artículos 26 y 143 de la Carta Fundamental que entre las garantías del debido proceso exigen la intervención

de tales funcionarios, como representantes de la sociedad, en las actuaciones fundamentales del plenario y muy particularmente en los juicios con intervención del jurado. (Artículo 215 de la Constitución Nacional).

La Corte considera:

1. No subestima la Corte las cardinales y complejas funciones que la Constitución y la ley señalan al Ministerio Público. Y es evidente como lo observa el Procurador que bastaría una ligera mirada a nuestro derecho positivo para cerciorarse de que el ámbito de sus atribuciones ha sido eficaz y ostensiblemente ampliado en los últimos años. Pero de tal hecho no se desprenden necesariamente las conclusiones que la demanda propugna.

2. Como se recordará trazando la órbita funcional de la referida institución, expresa el artículo 143 de la Carta que "corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social". Con apoyo en tal precepto, y en algunos otros del Título XIV *de la Constitución el Código de Procedimiento Penal regula metódicamente la intervención de los Agentes del Ministerio Público en el proceso penal.*

3. Las formas propias de cada juicio a que se refiere el artículo 26 de la Carta —lo ha reiterado la Corte como corporación plena y en sus diferentes Salas, especialmente en la de Casación Penal— no corresponden a un esquema institucional, de suyo inflexible, dada la relativa y necesaria estabilidad que caracteriza o debe caracterizar a las normas que integran el Estatuto Fundamental, porque éste, inspirado en la doctrina universal sobre el particular, ha deferido a la ley, más apta para registrar el curso cambiante de la evolución social, la tarea de organizar el trámite de cada proceso, cualquiera que sea la naturaleza del mismo.

4. Ahora bien: Dentro de esa labor de reglamentar el proceso penal preceptúa el artículo 508 del Código sobre la materia que "la ausencia del Agente del Ministerio Público y del apoderado de la parte civil, no impedirá la celebración de la audiencia pero la asistencia del defensor es obligatoria y deberá alegar verbalmente o por escrito según el caso. La asistencia del enjuiciado solo es obligatoria cuando esté detenido".

Ciertamente no existe antinomia, al menos patente entre la disposición transcrita y los artículos 26 y 143 de la Carta. No se olvide que la aplicación del artículo 215 ibídem presupone una incompatibilidad *entre la Constitución y la ley, vale decir, una manifiesta, clara y tajante repugnancia entre los dos preceptos, caso en el cual ésta debe ceder ante aquélla.*

5. Como atrás pudo observarse en la síntesis histórica de la actuación procesal, el juez de la causa no se encontró frente a la contradicción conceptual flagrante de que se habla, y por ello no puede reprochársele que, cumpliendo la norma contenida en el artículo 508 del Código de Procedimiento Penal, decidiera proseguir la audiencia pública, sobre todo cuando el Fiscal encargado ni siquiera le solicitó veladamente un aplazamiento de la misma. Se limitó a pedirle que se sirviera "excusar" su asistencia al certamen, como de manera diáfana consta en su citado oficio del 26 de julio de 1973, locución que textualmente reitera en la segunda nota (folios 141 y 146).

6. De jure condendo *tendrían innegable valor los argumentos aducidos por el demandante y el Procurador, pero no en presencia del artículo 508 tantas veces citado, cuyo claro texto excusa toda labor de interpretación.*

7. Como la Sala no encuentra justificada la causal alegada, habrá de aplicar lo dispuesto por el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Las declaraciones recibidas fuera del proceso y que se adjuntan al escrito suplicatorio de la revisión de un juicio penal, tienen que ser ratificadas o producidas de nuevo dentro del término del artículo 573 del Código de Procedimiento Penal, para que se cumpla el principio normativo de la contradicción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Aprobado: acta número 4.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Jaime Barrera Otero por conducto de apoderado especial, respecto del juicio que se adelantó en contra suya y de otras personas por el delito de contrabando y en el que fue condenado a la pena de diez y ocho meses de prisión, a pagar multa de cincuenta mil pesos y a las sanciones accesorias correspondientes, mediante sentencia del Tribunal Superior de Aduanas, de fecha 6 de julio de 1973.

La demanda de revisión.

Fue formulada por el sentenciado Jaime Barrera Otero, por medio de apoderado constituido al efecto en escrito de 28 de mayo de 1974, en el que se invoca como motivo de revisión del juicio el señalado en el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal por haber surgido después de la condena un hecho nuevo constituido por un escrito dirigido desde Lima (Perú), por otro de los procesados, Alberto Jarrín Argüello al Juez Superior de Aduanas de Buenaventura. Sobre el particular dice el demandante:

"...el día 15 de octubre de 1973 se recibió en el Juzgado Superior de Aduanas de Buenaventura un documento de trascendental importancia enviado desde la ciudad de Lima por Alberto Jarrín Argüello. Es la plena y absoluta confesión del incriminado quien en el curso del proceso asumió una actitud defensiva encaminada a negar su participación con la esperanza de obtener una sentencia absolutoria sobre la base de inculpar como único y exclusivo autor del contrabando a Carlos Santos Velásquez. Dicha confesión no tiene ya importancia desde el punto de vista de los intereses jurídicos de Jarrín, quien fue condenado en ausencia, pero sí la tiene en relación con Jaime Barrera Otero, cuya posición resulta clara y resplandeciente a la luz del documento. En efecto, allí Jarrín revela a la justicia con plenitud de detalles, la maniobra delictiva que ejecutó en compañía de Santos Velásquez y hace saber cómo Jaime Barrera no tuvo en los actos criminales participación ninguna jurídicamente relevante. No tuvo acuerdo previo con los contrabandistas para la introducción de la mercadería, ni les facilitó el transporte con conocimiento de causa. En otros términos ese documento que de haber sido conocido en el curso del sumario o de la causa habría determinado, sin lugar a dudas, la absolución de Jaime Barrera Otero constituye una prueba nueva de cuyo mérito se sigue la inocencia del condenado o por lo menos una fuerte probabilidad de establecerla en el período probatorio del proceso de revisión...".

El accionante acompañó a la petición de revisión copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas por el Juzgado Superior de Aduanas de Buenaventura y por el Tribunal Superior de Aduanas, respectivamente, el memorial dirigido por Alberto Jarrín y el poder que le otorgó Jaime Barrera Otero.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien se dio traslado del asunto en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal, conceptúa que "la honorable Corte Suprema de Justicia debe negar el recurso de revisión solicitado a nombre de Jaime Barrera Otero por no haberse producido ningún elemento de prueba en el proceso de revisión. En efecto:

"El señor Alberto Jarrín presentó al Consulado de Colombia en Lima un escrito con el fin de autenticar la firma que en él aparece y el funcionario colombiano dio fe de este hecho con esta importante nota: 'El Cónsul no asume responsabilidad alguna por el contenido del documento. Derechos US$ 5.00'.

"Se trata, por tanto de un documento privado y no de una declaración extrajuicio, como se asegura en la solicitud de revisión que no ha pasado por autoridad judicial alguna y que no ha sido controvertido. Dada su naturaleza es absolutamente indispensable, obtener la ratificación del exponente ante un juez colombiano y con audiencia del Ministerio Público según lo tiene establecido el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.

"En definitiva, considera este Despacho que por ausencia de material probatorio no es posible ocuparse del fondo del asunto".

Se considera.

El escrito que presenta el accionante como prueba nueva es, en realidad, un memorial dirigido desde Lima por el sentenciado Alberto Jarrín al Juez Superior de Aduanas de Buenaventura, la firma de cuyo autor fue autenticada por el Cónsul de Colombia en la mencionada ciudad. Ni siquiera es una declaración extra-juicio rendida bajo la gravedad del juramento.

En sentencia de 9 de septiembre de 1970 dijo esta Sala:

"Las declaraciones recibidas fuera del proceso y que se adjuntan al escrito suplicatorio de la revisión de un juicio penal tienen que ser ratificadas o producidas de nuevo con las solemnidades legales dentro del amplio término contemplado en el artículo 573 del estatuto procesal penal, para que se cumpla el principio normativo de la contradicción de la prueba, pues al momento de la ratificación o nueva deposición de los testigos tiene el Magistrado y la otra parte interesada en el recurso (el Ministerio Público), la oportunidad de interrogar al deponente y de controlar por ese medio la veracidad de sus dichos. Tal formalidad —la de la ratificación o nueva exposición de los testigos— es exigida por el artículo 693 de C. de P. C., aplicable en el proceso penal por remisión del artículo 7º del C. de P. P. y según el cual 'salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido o decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba' " (Gaceta Judicial, t. CXXXV, números 2330, 2331, 2332, página 262).

Como en el período de prueba del recurso no se pidió —y por consiguiente no se decretó— el testimonio de Alberto Jarrín conforme al artículo 229 del Código de Procedimiento Civil (antes el 693), el memorial del dicho procesado que se acompañó a la demanda de revisión no puede ser apreciado para fallar la impugnación planteada, como lo pretende el apoderado del recurrente, de acuerdo con la norma legal citada. Y como tampoco se practicó ninguna otra prueba, en la fase procesal indicada, se carece en absoluto de elementos de convicción para estudiar de fondo el motivo de revisión aquí invocado, que quedó sin demostración alguna, circunstancia que obliga, como observa la Procuraduría Delegada, al pronunciamiento denegatorio de la solicitud formulada en ejercicio del recurso extraordinario que se decide.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión del proceso adelantado contra Jaime Barrera Otero por el delito de contrabando y a que se refiere la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al juzgado de origen. Cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PARTE CIVIL

La naturaleza de la intervención de la parte civil está claramente señalada por el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la acción civil en el proceso penal tiene como objeto el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero trece de mil novecientos setenta y cinco.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Aprobado: Acta número 4.

Vistos:

Contra la sentencia que con fecha 11 de mayo del año pasado profiriera el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual se dispuso no acceder a decretar la nulidad solicitada por las partes y por el Fiscal, confirmar el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Juez Segundo Superior de Sogamoso el 24 de julio del mismo año y revocar el numeral segundo de la parte resolutiva de dicho fallo para disponer, en su lugar, que el procesado Adolfo de Jesús Serrano volviera a la colonia agrícola especial con los fines que allí se indican, interpuso el apoderado de la parte civil el recurso de casación que le fue concedida y que, declarado admisible por esta Sala, se tramitó conforme al rito legal, habiendo llegado el momento de decidir sobre él.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros pueden resumirse de la siguiente manera:

Adolfo de Jesús Serrano se había casado el 16 de septiembre de 1970 con Luz Mila Pinto, pero por diversas circunstancias, entre ellas la falta de trabajo fijo del esposo, se presentaron desavenencias conyugales, agravadas por el hecho de que tuvieron que ir a residir en Mongua, en casa de la madre de ella.

El 3 de noviembre de 1971, luego de algunos episodios de la naturaleza mencionada a virtud de los cuales Serrano había tenido que salir de la casa de su suegra, se dio cuenta de que ésta y su mujer pasaban por la calle en que él estaba, llevando la última en brazos a su pequeña hija. Se les acercó entonces para tratar de impedir que su esposa se fuera, pero como ésta y la suegra insistieron en abordar una buseta que estaba próxima al lugar de los hechos y en la cual se proponían trasladarse a Maní, luego de que cambiaron algunas palabras, Serrano sacó un cuchillo con el cual propinó a su cónyuge diez y seis puñaladas que acabaron, horas más tarde con su vida.

Con motivo de estos hechos se inició la correspondiente investigación dentro de la cual fue oído, s i n juramento, el mencionado Serrano, quien, luego de narrar los antecedentes de los mismos, manifestó que su mujer, cuando él trataba de impedir que viajara con la niña, le dijo que ésta no era hija de él y que el padre se la estaba reclamando; al oír lo cual, dice, sintió ira y profundo dolor y no supo qué sucediera porque perdió el conocimiento y no se dio cuenta sino hasta cuando lo estaban atajando.

En la misma diligencia y al preguntársele por enfermedades que hubiera sufrido, manifiesta que ha padecido de sonambulismo desde que estaba pequeño.

En el curso de la investigación se ordenó, por el juez de la causa, un examen psíquico del procesado por los médicos legistas de Tunja, quienes manifestaron que "este individuo hiperemotivo al sentirse despreciado, insultado, golpeado por su mujer, que le negaba (sic) la paternidad de su hija y próximo a ser abandonado, debió sufrir un shoke (sic) repentino de desesperación, un impulso iracundo que desequilibró sus facultades volitivas y mentales y le llevó a cometer el homicidio en su esposa... En nuestro concepto,

termina diciendo el dictamen, Adolfo de Jesús Serrano Salamanca, en el momento en que agredió a su mujer ocasionándole las múltiples heridas que le produjeron la muerte, sufrió una crisis de anomalía psíquica, grave pero transitoria" (folio 176).

Cerrada la investigación, el juzgado del conocimiento, o sea el Segundo Superior de Sogamoso, calificó el mérito del sumario por auto fechado a 22 de mayo de 1972 en el cual llamó a juicio, sin intervención del jurado, a Serrano Salamanca como responsable por el delito de homicidio con el agravante de que trata el numeral 1º del artículo 353 del Código Penal.

Basándose en el concepto médico-legal que se deja parcialmente transcrito, el juzgado consideró que el procesado padecía de grave anomalía psíquica y que por eso la audiencia pública debía llevarse a cabo en la forma prevista por el numeral 5º del artículo 34 del C. de P. Penal, esto es, sin la intervención del tribunal popular.

De la referida providencia apeló el apoderado de la parte civil y el Tribunal en la de 28 de junio del año mencionado confirmó la del inferior.

En la parte motiva de dicho auto el ad quem examinó la cuestión de si el procesado había obrado en estado de grave anomalía psíquica llegando a conclusión afirmativa fundándose en el mismo concepto médico que se deja mencionado.

No bien regresó el proceso al Juzgado se dispuso llevar a cabo el avalúo de los perjuicios causados con la infracción, la que se llevó a cabo por medio de peritos que, en concepto rendido (folio 203, cuaderno principal), tasa los daños en la suma de $ 96.500.00.

De dicho dictamen se corrió traslado a las partes por auto de 14 de octubre de 1972. Estas no lo objetaron.

Dentro del plenario de la causa, el apoderado de la parte civil objetó por error grave el dictamen de los legistas de Tunja ya mencionado y solicitó como prueba dentro del incidente que se hiciera examinar a Serrano Salamanca de los forenses del Instituto de Medicina Legal de Bogotá, lo que fue concedido.

Estos rindieron su concepto en escrito que lleva fecha 6 de febrero de 1973, en cuya parte final expresaron:

"El sindicado Adolfo de Jesús Serrano Salamanca, al tiempo de cometer el hecho no presentaba signos de enajenación mental ni de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, ni padecía de grave anomalía psíquica" (folio 216, cuaderno principal).

Al resolver el incidente por medio de auto calendado a 23 de febrero del año que se acaba de citar, el juez declaró infundada la objeción (folio 218 ibídem).

La audiencia pública en el presente proceso se llevó a cabo, previos los trámites legales, en los días 28 de junio y 10 de julio del año en cita, sin asistencia de jurados. Durante ella se interrogó al médico legista de Sogamoso, quien dijo que, en su concepto, el procesado no se hallaba en estado de grave anomalía psíquica cuando ejecutó el hecho por el cual se le estaba juzgando.

El Juzgado se pronunció en sentencia de 24 de julio de ese año en la cual impuso al procesado la medida de seguridad consistente en reclusión en una colonia agrícola especial por un término menor de un año y le concedió el beneficio de libertad condicional.

El Tribunal, en la que es objeto del recurso, la confirmó con las modificaciones que se dejan consignadas al comienzo de la presente.

Ni en la sentencia de primera instancia ni en la de segunda se hizo la condenación al pago de perjuicios, siendo así que éstos, como se deja visto, habían sido tasados por perito.

Demanda de casación.

Plantea dos cargos contra la sentencia, el primero de los cuales lo encuadra en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que la providencia recurrida se pronunció en un juicio viciado de nulidad. Resume así su censura:

"La nulidad se estructura por violación de disposiciones legales vigentes sobre experticios médico-legales y su valoración como prueba, lo cual llevó a los falladores a dictar sentencia en un juicio, sin intervención de jurado, cuando de no haber ocurrido la violación era imperativa su intervención en la audiencia pública".

Más adelante advierte que como en nuestro derecho no se contempla como causal de nulidad procesal la circunstancia anotada, se trata de una violación del artículo 26 de la Carta. No señala, empero, cuál de las diversas hipótesis contenida en dicha norma es la que se ha configurado en el presente proceso.

El segundo cargo lo hace descansar en el numeral 1º del citado artículo 580 del C. de P. Penal por cuanto, en su concepto, hubo violación indirecta de la ley sustancial por falta de apreciación de los dictámenes rendidos por el médico legista de Sogamoso y el Instituto de Medicina Legal de Bogotá.

Basa este ataque en la consideración de que, siendo de mayor jerarquía el Instituto de Medi-

cina Legal en relación con la Oficina Médico-Legal de Tunja, debió darse primacía al dictamen rendido por aquél sobre el de ésta, tenerse, en consecuencia, como normal al sindicado y llevarse a cabo la audiencia con intervención de los jueces del pueblo.

Concepto de la Procuraduría.

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se deseche el recurso y se basa para ello en dos argumentos diferentes.

El primero hace relación a la falta de personería jurídica de la parte civil para recurrir en casación ya que, en concepto del Ministerio Público, tal derecho solo lo tiene dicha parte en uno de dos casos, o cuando la sentencia es condenatoria y se ha hecho la tasación de los perjuicios, hipótesis en la cual debe cumplirse, además, el requisito señalado por el artículo 572 del C. de P. Penal, esto es, que el interés para recurrir sea o exceda de cincuenta mil pesos o bien cuando la sentencia es absolutoria.

Ninguna de las dos hipótesis, continúa diciendo, se presenta en el presente caso, ya que la sentencia, si bien es condenatoria, no condenó al pago de perjuicios.

De otro lado, advierte, al hacer el estudio de los cargos se encuentra que en relación al primero, la demanda no estudia en forma concreta el pretendido quebranto del artículo 26 de la Constitución de que acusa a la sentencia, limitándose a un simple enunciado sin identificar cuál de las garantías o derechos que ampara esa norma fue el violado por el Tribunal.

Y por lo que hace a la segunda censura echa de menos su demostración por parte del demandante quien, dice, se limita a confrontar su criterio al del juzgador en la apreciación de las pericias médicas enfrentadas en el proceso.

Consideraciones de la Corte.

No entra la Sala en el examen de los cargos enderezados por el demandante contra la sentencia recurrida, no obstante que encuentra puestas en razón las argumentaciones de la Procuraduría sobre su defectuoso planteamiento y la necesidad que habría, en tal virtud, de desecharlos, por cuanto, acorde también con el Ministerio Público, estima la Corte que, en el presente caso, el apoderado de la parte civil no tiene facultad para accionar contra tal providencia en casación debido a la naturaleza de las censuras que le hace y que no están, como pasa a demostrarse, dentro del ámbito del derecho que para impugnar en virtud de tal recurso concede la ley a dicha parte del proceso.

En efecto, la naturaleza de la intervención de ésta en el proceso penal está claramente señalada por el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal según el cual la acción civil en el proceso penal tiene como objeto el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal.

Este objetivo señala, al mismo tiempo, los límites dentro de los cuales puede moverse dicha parte de sus diversas actuaciones dentro del proceso, entre otras, en el ejercicio de la facultad de impugnación de las decisiones que en él se tomen.

Es así como si bien tiene derecho de interponer el recurso de casación, solo puede hacerlo cuando persiga finalidades que se relacionen con la indemnización de perjuicios, siendo ajena a sus facultades la persecución de otros objetivos como los relacionados con la especie del delito, la naturaleza y calidad de la pena, la personalidad del procesado, etc.

Dentro de estas ideas deben ser interpretados los artículos 570 y 572 del C. de P. Penal, particularmente el primero de ellos que, aun cuando enumere a la parte civil entre los titulares del recurso de casación sin hacer advertencia o salvedad alguna al respecto, no le está concediendo la plenitud de la facultad de impugnar sino solo una limitada a los fines expuestos.

De ahí por qué solo puede recurrir en casación si se ha dictado sentencia absolutoria en favor del procesado, o si, como ocurre en el caso de autos, habiéndose sancionado por el ilícito que se juzga, no se le ha condenado, también, al pago de perjuicio, o si, condenado a tal pago no lo ha sido en la cuantía que la parte civil pretende, caso en el cual debe tenerse en cuenta que solo es admisible el recurso si se da el interés para recurrir, o sea cuando la diferencia entre lo pedido por la parte como indemnización y lo fijado por el juez, es o excede de cincuenta mil pesos (artículo 572 C. P. P.) o, en fin, si se ha violado directa o indirectamente la ley penal y tal quebranto afecta, de modo inmediato, los intereses privados de la parte civil.

En el presente caso, el demandante nada dijo sobre la no condenación al pago de perjuicios, omisión en que, según se vio, incurrieron tanto el Juzgado como el Tribunal y que hubiera podido servir de fundamento o censura contra la sentencia, y su silencio impide a la Sala entrar a examinar este punto.

La demanda se limitó a criticar la apreciación de las pruebas sobre la personalidad del proce-

sado, aspecto de la providencia recurrida que es perfectamente ajeno al cometido de la parte civil por cuanto en nada afecta la pretensión propia de ésta de que le sean indemnizados los perjuicios causados con la infracción.

En estas condiciones se concluye que el recurrente, dados los planteamientos de su demanda, carece de legitimación para actuar en impugnación de la sentencia ameritada y que por lo tanto no deben atenderse sus solicitudes.

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

RESUELVE:

DESECHAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito en la parte resolutiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

APELACION

Aplicación de la Reformatio in pejus. Precisión y alcance de la figura cuando media la obligatoriedad de la consulta y se ha interpuesto el recurso de apelación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de febrero de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: acta número 4, febrero 13 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Agotados los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo contra la sentencia proferida el 7 de mayo del año pasado por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la de primera instancia del Juzgado Séptimo Superior de la misma ciudad, "con la de *adición* de que la pena principal que se impone a Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo, de las condiciones civiles conocidas a través del proceso, es la de *diez (10) años, diez (10) meses y veinte (20) días de presidio*", en vez de los ocho años y dos meses a que primitivamente había sido condenado por el delito de homicidio en Jesús Antonio Valencia. Las penas accesorias se aumentaron en la misma proporción.

Hechos.

Tanto en el auto de proceder como en las sentencias de primera y de segunda instancia, de acuerdo con las pruebas pertinentes, son presentados así: "En la tarde del diez y siete de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, un gran número de personas departía en el establecimiento de heladería administrado por Reinaldo de Jesús Giraldo Escudero, ubicado en la zona urbana del Municipio de San Rafael. Aproximadamente a las siete y media de la noche llegó a ese lugar el señor Jesús Antonio Valencia y solicitó una cerveza que se tomó junto al mostrador porque, al parecer, todas se hallaban ocupadas; desde una de ellas fue llamado por el señor Iván Rivera Arboleda, quien lo invitó a que le hiciera compañía, allí se tomaron dos o tres cervezas cada uno y como Valencia había llegado cabalgando una bestia que dejó en la parte posterior del establecimiento, se acercó a él Alirio de Jesús Gutiérrez a solicitarle en préstamo su cabalgadura. Valencia se negó en principio, pero como aquél insistiera en su petición, dio su consentimiento advirtiéndole que solo diera una vuelta por el sector del hospital.

"Corrieron varios minutos y Valencia mostró su preocupación porque Gutiérrez no regresaba y él tenía necesidad de llegar pronto a su casa; finalmente aquél hizo su aparición, desmontó su cabalgadura, dio las gracias a Valencia y se dirigió a la mesa que antes ocupaba con otros individuos amigos suyos. Jesús Antonio se despidió de Iván Rivera, salió del establecimiento, revisó el apero de su bestia y como notara la desaparición de las alforjas o de algunos objetos que traía en ellas (los testigos no pudieron identificarse en este punto), entró de nuevo a la heladería y ocupó el mismo lugar de antes, manifestándole a su amigo Rivera lo sucedido; por intermedio de Reinaldo Giraldo, que atendía las mesas, llamó a Gutiérrez Giraldo para hacerle el reclamo, parece que no en muy buenos términos y sobre ello dan testimonio varias personas, quienes dicen que lo trató de irresponsable y ladrón. Alirio de Jesús replicó que él no era ni lo uno ni lo otro, pero que sí tenía un corazón muy grande para responder a las ofensas de que era objeto y con muestras de estar grandemente ofendido por los términos desobligantes empleados por Jesús Antonio Valencia, abandonó el establecimiento y cuando llegaba a la calle Valencia arrojó contra él una botella que no dio en el blanco.

"Aproximadamente quince minutos después de ocurrido el incidente mencionado en el pá-

rrafo anterior, Valencia continuaba junto a la mesa con Iván Rivera y el tema de conversación era totalmente distinto al problema de antes. Sorpresivamente hizo aparición Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo, en forma tal que no fue observado por Valencia, ya que su ubicación no le permitía observar hacia el exterior. Solamente Iván Rivera, que de ocasión había mirado desprevenidamente hacia la puerta, observó cuando Alirio de Jesús desenvainó una peinilla que traía entre los pantalones y en actitud amenazante se encaminó hacia Jesús Antonio Valencia, por lo que gritó a éste: "Cuidado hombre que te va a tirar". Cuando el interpelado quiso levantarse, ante esa voz de alerta, recibió un peinillazo en la cabeza que lo obligó a esconderse debajo de la mesa. De nuevo Alirio de Jesús levantó el arma para descargarla contra su víctima, pero el golpe fue atajado por José Abelardo Ramírez, que interpuso como defensa un taburete y evitó que la peinilla hiciera blanco en Valencia, quien ya huía hacia la calle para luego desplomarse en el callejón de donde fue levantado por algunos amigos para conducirlo al hospital" (Cfr. folios 151 y siguientes, 193 y siguientes, 213 y siguientes).

Actuación procesal.

La misma noche en que ocurrieron los hechos el Alcalde Municipal de la localidad indicada inició la investigación (folios 1 y siguientes). Posteriormente la continuó el Juez Promiscuo Municipal (folios 15 vuelto y siguientes), quien ordenó su envío al Superior de Rionegro (folio 55 vuelto), el cual dispuso su regreso al funcionario de instrucción para la práctica de algunas pruebas (folios 59 y siguientes). De nuevo en el Juzgado Superior el proceso, se declaró cerrada la investigación por auto de 27 de junio de 1968 (folio 65). El 16 de septiembre siguiente se dictó sobreseimiento de carácter temporal en favor del sindicado, se reabrió la investigación y se señalaron las pruebas que debían ser practicadas, para lo cual se comisionó al Juez Promiscuo Municipal de San Rafael. También se fijó una caución prendaria de $ 6.000.00 para que el procesado entrara a disfrutar del beneficio de libertad provisional (folios 67 y siguientes), la cual, a solicitud suya (folio 74), fue cambiada en su naturaleza por una de carácter hipotecario (folio 75), que prestó el 18 de noviembre de ese mismo año de 1968 (folio 99). El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro —hoy extinguido— confirmó el sobreseimiento temporal en referencia (folios 104 y siguientes). Debe tenerse en cuenta que posteriormente, a solicitud del sindicado, la caución de $ 6.000.00 de carácter hipotecario, fue sustituida por una prendaria por la suma de $ 500.00 (folio 132).

Debido a una de las reformas judiciales, las diligencias fueron enviadas por el juez comisionado al Juzgado Séptimo Superior de Medellín, Despacho que por auto de 3 de febrero de 1972, por segunda vez declaró cerrada la investigación (folio 142). El Ministerio Público, en su concepto de rigor, solicitó nuevo sobreseimiento de carácter temporal (folio 150), pero el Juzgado de conocimiento mediante providencia de 12 de mayo de 1973 llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo por el delito de homicio en Jesús Antonio Valencia y le revocó el beneficio de excarcelación que le había sido concedido, siendo de advertir que el ilícito se calificó como simplemente voluntario (folios 151 y siguientes). Capturado de nuevo el procesado (folios 168 y siguientes), se prosiguió la tramitación legal correspondiente (folios 168 y siguientes). Abierto el juicio a prueba (folio 177 vuelto), no se solicitó la práctica de ninguna.

A la consideración del jurado se sometió la siguiente cuestión: "¿El procesado Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo es responsable de haber lesionado intencionalmente y con propósito de matar, con arma cortante y de peso (peinilla) al señor Jesús Antonio Valencia Suárez, a consecuencia natural y directa de lo cual falleció éste, según hechos ocurridos así: el lesionamiento el diez y siete de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, en las horas de la noche en el perímetro urbano del Municipio de San Rafael (Antioquia) y la muerte dos días después en esta ciudad?". Por mayoría la decisión fue: "sí ES RESPONSABLE" (folio 190).

A continuación se profirió la sentencia de primera instancia (folios 191 y siguientes), la cual subió al Tribunal por apelación interpuesta por el procesado y por vía de consulta. Esta corporación profirió la de segunda reseñada en los vistos de la presente, contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

La demanda.

Luego de una lacónica presentación de los hechos y de la reseña procesal, bajo el amparo de la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula cuatro cargos contra la sentencia recurrida y, uno más con invocación de la 1ª de la misma norma. Tales impugnaciones se estudiarán separadamente y, en su oportunidad se harán las debidas referen-

cias al concepto del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Primer cargo. Lo anuncia así: La sentencia recurrida en casación "es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional por no haberse observado en la tramitación del proceso las formas propias del juicio penal".

Para fundamentarlo expone: Cuando por segunda vez se cerró la investigación, el Ministerio Público solicitó nuevo sobreseimiento de carácter temporal, pues faltaban por practicar numerosas pruebas "indispensables para una eficaz calificación del proceso y que hubieran mejorado la situación jurídica del procesado en el sentido de clarificar mejor el estado de ira ocasionado por grave e injusta provocación por parte del hoy occiso" y entra a precisar cuáles son. Con anterioridad "fueron siete los autos ampliatorios de la investigación que no tuvieron cumplimiento faltando en consecuencia, por practicar pruebas esenciales para una más adecuada calificación en derecho para una mejor ubicación penal del procesado ante los cargos formulados por el Poder Público". Mas como el juez, a pesar de las fallas anteriores, dictó auto de llamamiento a juicio, se violó por el Tribunal respectivo "el artículo 26 de la Constitución Nacional en su modalidad de falta de 'OBSERVANCIA PLENA DE LAS FORMAS DEL JUICIO'".

Se responde.

No se entiende en qué sentido dentro de este proceso hubo violación de las formas propias del juicio ni del derecho de defensa que asiste a los sindicados o procesados. Por el contrario como lo apunta el Ministerio Público el hecho de un primer sobreseimiento de carácter temporal y las repetidas ampliaciones del término probatorio, ponen de presente el celo con el cual procedieron los funcionarios dentro de estas diligencias. Tampoco es exacta la afirmación de que el resultado de tales ampliaciones hubiera sido nulo, puesto que, como fruto de ellas, se practicaron numerosas pruebas, trascendentales para el mejor esclarecimiento de los hechos y de la responsabilidad de su autor. Y menos puede sostenerse el cargo, en el sentido propuesto, si se tiene en cuenta que con posterioridad al auto de llamamiento a juicio, éste fue abierto a pruebas sin que las partes hubieran solicitado ninguna y, para la audiencia público ellas tenían otra oportunidad de solicitarlas y lograr su práctica, si efectivamente las consideraban necesarias, puesto que tal facultad se encuentra consagrada en el artículo 513 del estatuto procesal penal, a más de aquella otra ocasión que brinda la norma inmediatamente anterior. Huelga agregar que el concepto del Ministerio Público subsiguiente a la clausura de la investigación no es obligatorio para el juez del conocimiento toda vez que si su criterio llega a la conclusión de que se reúnen los requisitos sustanciales para dictar auto de proceder que exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, debe obrar en consecuencia.

Por tanto, no habiéndose violado por este aspecto el artículo 26 de la Carta Fundamental, la tacha habrá de desecharse.

Segundo cargo. Lo anuncia así: también hubo "quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional en la modalidad de falta de observancia plena de las formas propias del juicio y que consiste en que al dictar los señores Jueces Superiores los autos ampliatorios de la investigación, no dieron cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 472" del Código de Procedimiento Penal.

Lo argumenta así: la ley señala términos para la instrucción sumaria y su perfeccionamiento (C. P. P. artículos 317, 472, 188). Los Jueces Superiores violaron ostensiblemente tales normas "al dictar sucesivas ampliaciones del sumario habiendo procesado detenido". Precisa cuáles fueron los autos ampliatorios y el del primer sobreseimiento temporal y cómo el procesado no pudo gozar del beneficio de libertad cuando primitivamente se le concedió por ser elevada la cuantía: $ 6.000.00, de modo que solo pudo gozar de él el 5 de agosto de 1970, cuando se fijó una prendaria de $ 500.00. De manera que, encontrándose detenido el procesado, hubo "falta de observancia por parte de los Jueces Superiores que conocieron del proceso de los derechos y garantías de que estaba revestido el procesado para que su juzgamiento se ciñera a los mandamientos de los artículos 472, 188, 476 y 580 (sic) del C. de P. P.". Conclusión: "La sentencia acusada está en desacuerdo con el mandato de la Carta Fundamental previsto en su artículo 26 en la modalidad de falta de OBSERVANCIA PLENA DE LAS FORMAS DEL JUICIO".

Se responde.

En su esencia este cargo es igual al anterior, por lo cual la respuesta que a aquél se dio tiene operancia frente al presente, con idéntica conclusión: la de desecharlo.

Con todo conviene advertir: Para la fecha en que Alirio Gutiérrez Giraldo cometió el hecho, estaba disfrutando de un permiso para salir de la cárcel, ya que se encontraba privado de su

libertad por el delito de robo (folio 8). Así, pues, se le oyó en indagatoria dentro del proceso que ahora ocupa a la Sala, pero no hubo inmediata necesidad de definirle su situación jurídica. Por otra parte, no es cierta la afirmación de que no hubiera podido entrar a gozar del beneficio de libertad que se le concediera en el auto de sobreseimiento sino el 5 de agosto de 1970, porque consta en el expediente que éste lo hizo efectivo el 18 de noviembre de 1968 (folio 99), habiéndole sido dictado auto de detención por razón de estas diligencias, el 21 de febrero del año acabado de indicar (folios 35 y siguientes). Por tanto, como lo resume el Ministerio Público en el aparte correspondiente "el incumplimiento de los términos legales señalados para el sumario no está previsto como motivo de nulidad del orden legal y menos del orden constitucional y tampoco se afectó el derecho de defensa porque el acusado lo ejercitó por su abogado quien solicitó la práctica de numerosas pruebas y, finalmente, porque Gutiérrez Giraldo obtuvo la libertad provisional a los siete meses de estar detenido por haber sido sobreseído temporalmente".

En consecuencia, este cargo no prospera.

Tercer cargo. Las pruebas tenidas en cuenta para llamar a juicio, "no reúen (sic) las exigencias de los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal". Se llamó a juicio por homicidio voluntario, sin tener en cuenta la atenuante de responsabilidad del 28 del Código Penal.

Argumenta. En el auto de proceder el juez está obligado a hacer "un análisis de las pruebas y de las circunstancias conocidas que especifiquen y atenúen el hecho criminoso" (C. P. P., artículo 483, numeral 3º). En este caso no se hizo. Las pruebas demuestran que el procesado obró en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación por parte del hoy occiso. Así también lo confiesa el sindicado en su indagatoria que es indivisible. Cita piezas sobre el particular y una jurisprudencia de la Corte que estima pertinente. Para concluir: "Impugno la sentencia recurrida por la informalidad en que se incurrió al dictar auto de proceder en contra del procesado al no reconocerle en el proveído calificatorio el estado de ira e intenso dolor injustamente provocado por el señor Valencia con lo cual se le dio 'una inexacta calificación en derecho' en el auto de proceder al deducirle al procesado una modalidad de voluntariedad del acto, sin tener en cuenta la circunstancia atenuante de responsabilidad consagrada en el artículo 28 del C. Penal la que tenía debida comprobación en el expediente.

"Señalo como normas violadas los artículos 3º del C. P., artículo 6º del C. de P. P., artículo 483 del mismo Código".

Se responde.

Tiene razón el Ministerio Público cuando anota por una parte que este cargo "no se apoya en ningún motivo de nulidad, ya que ni siquiera lo insinúa el demandante" y, por otra, en que existe una franca contradicción entre lo aquí expuesto: que se encuentra plenamente demostrada en el proceso la atenuante de responsabilidad consagrada en el artículo 28 del estatuto de las penas, y lo expuesto en el primer cargo en donde echa de menos, según dice, numerosas pruebas las cuales, en su sentir hubieran mejorado la situación jurídica del procesado, ya que eran indispensables para configurar la ira o el intenso dolor causados a su representado por una grave e injusta provocación por parte del occiso.

Además: el auto de proceder se ciñe cabalmente a las exigencias de los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal y, dentro de él se encuentra el análisis de las pruebas, de acuerdo con el cual se sacan las conclusiones de rigor. Por ejemplo, se estudia lo relativo a la legítima defensa planteada por el sindicado en su indagatoria y también a las modalidades propias de la norma 28 del Código de las Penas, que también plantea, para concluir que ni la una ni la otra de tales figuras se encuentra establecida en autos. De manera que este cargo, a más de lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior, carece de fundamento, por lo cual habrá de desecharse.

Cuarto cargo. Enunciado. El Tribunal de Medellín "carecía de competencia para agravar la pena al sentenciado, ya que el proceso subió a él para que se surtiera el recurso de apelación contra el fallo condenatorio". Luego se violó el artículo 26 de la Carta "por ausencia de la *legalidad de la jurisdicción*".

Demostración. "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante" (C. P. C., artículo 357), aplicable al procedimiento penal (C. P. P., artículo 8º).

En este caso, el sentenciado apeló del fallo condenatorio, luego el Tribunal "carecía de facultad legal para agravar la pena", tal como lo hizo, "contrariando en forma ostensible el principio IN (sic) REFORMATIO IN PEJUS". Para sustentar lo anterior, cita una sentencia de casación que dice ser de fecha 23 de noviembre de 1973. Concluye de lo expuesto que por este aspecto el ad quem violó "el artículo 26 de la Constitución Política, en su modalidad de CARENCIA DE JURISDICCIÓN".

Se responde.

Observación preliminar: La sentencia de casación citada por el censor no es, como él lo afirma, de 23 de noviembre de 1973, sino de los mismos día y mes de 1972.

Para contestar el cargo y llegar a la conclusión de que este motivo de impugnación también debe desecharse, basta tener en cuenta que *esta corporación, por sentencias de fechas 21 de agosto de 1973 y 4 de julio de 1974, posteriores a la citada por el recurrente en torno a la* reformatio in pejus, *vino a precisar el alcance de la invocada cuando media la obligatoriedad de la consulta, pese a que se haya interpuesto el recurso de apelación. En las últimas se dijo:*

"En el caso sub examine, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva tenía la plenitud de la competencia para estudiar la actuación del Juzgado Tercero Penal del Circuito, y, por ende, para modificar la sentencia dictada por éste con elevación de la pena en ella señalada al procesado José del Carmen Tapias Carrillo, no obstante el recurso de apelación que éste había interpuesto contra el fallo, por tratarse de una providencia consultable, a voces del artículo 199 del C. de P. P. no obstante que no se hubiera hecho por los juzgadores de las instancias mención de la consulta, pues ésta opera ope legis, esto es, por imperio de la ley. Y fue la consulta, dicho sea, la que permitió al referido tribunal conocer de la condena impuesta en primera instancia a la procesada Sonia Londoño, quien no propuso apelación contra ella.

"Importa observar que la condición impuesta en el artículo 199 del C. de P. P. para la consulta de las providencias que enumera la disposición, al decir que tal fenómeno procede 'cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal', debe interpretarse, para su correcto entendimiento, no en forma literal o rigurosamente exegética, sino de modo que armonice con los principios básicos del procedimiento y con el ordenamiento jurídico, médico, científico por el cual se concluye que la apelación a que alude la norma, aunque ella no haga la distinción, no puede ser otra que la que le concede al ad quem la plena competencia para revisar la decisión del a quo, como es, vr. gr. la que hace valer el Agente del Ministerio Público. No puede olvidarse que lo que la ley quiere, al establecer la consulta para determinadas resoluciones judiciales, es que los asuntos comprendidos en ellas tengan necesariamente dos instancias, sin límites en cuanto al poder decisorio de los jueces.

"Por los motivos expuestos, la nulidad alegada en el primer cargo de la demanda carece de fundamento y habrá de ser desechada como lo solicita el colaborador Fiscal, pues el Tribunal Superior de Neiva tenía competencia para reformar, como lo hizo, la condena impuesta por el juez del conocimiento al procesado José del Carmen Tapias Carrillo, si no con base en el recurso de apelación que éste interpuso, sí por la consulta de la sentencia de primer grado, que para el caso era procedente".

Por lo expuesto, que tiene plena vigencia, este cargo no prospera.

Causal primera. Cargo único.

Lo enuncia. El Tribunal "sentenciador aplicó indebidamente el artículo 34 del Código Penal al hacer el aumento de diez años, diez meses, veinte días de presidio al recurrente, violando en esta forma y en forma directa la ley sustancial por haber aplicado la normación en cita cuando en realidad los cómputos verificados no daban lugar a esa aplicación". Invoca el cuerpo 1º de la causal 1ª del artículo 580 del estatuto procesal penal.

Para demostrarlo expone: El Juez de primera instancia sancionó con el mínimo del artículo 362 del Código Penal, aumentado en dos meses por considerar demostradas las circunstancias de mayor peligrosidad de los ordinales 2º y 6º del artículo 31 del Código citado.

El Tribunal hizo el aumento a 10 años, 10 meses, 20 días "sobre la base de la sanción impuesta en el fallo de primera instancia, o sea 98 meses de presidio". Pero el aumento del artículo 34 debe partir del mínimo "sin tomar la pena imponible, o sea, sin sumar el aumento de la sanción en este caso los dos meses que le fueron aumentados por concurrir las circunstancias de mayor peligrosidad anteriormente enumeradas". Por lo cual el Tribunal "incurrió en exceso en la dosificación de la pena en veinte días de presidio, razón por la cual violó en forma DIRECTA la ley sustancial", o sea la norma 34 citada.

Se responde.

No encuentra la Corte que en la fijación de la sanción privativa de la libertad para el sentenciado por parte del Tribunal se hubiera incurrido en violación del artículo 34 del Código Penal, el cual señala para la primera reincidencia un

aumento de la tercera parte de la sanción correspondiente al delito cometido. Se fijó ésta teniendo en cuenta las normas pertinentes y, con base en ella, se hizo el aumento al cual se refiere el demandante. De ahí que con toda razón conceptúe sobre este aspecto el Procurador Segundo Delegado en lo Penal: "La tesis del actor carece de respaldo jurídico y, al contrario, ...el cálculo de la pena impuesta tuvo en cuenta las prescripciones legales que no sufrieron quebranto por haber aumentado la pena básica en una tercera parte".

Por tanto, el cargo no prospera.

Habiéndose llegado a las conclusiones anteriores, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal: desechar el recurso de casación y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Decisión.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de mayo de 1974, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la entidad de origen. Cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA

El juzgamiento de la responsabilidad administrativa propia de las faltas disciplinarias del Contralor General de la República, corresponde al Procurador General de la Nación y a su Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 25 de 1974.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, marzo primero de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 5 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

El doctor César Castro Perdomo, en su condición de apoderado del señor Contralor General de la República, doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez —cuya personería reconoce la Corte— por medio de escrito presentado en la Secretaría de la Sala Penal el día diez y ocho de febrero último, pide que se suscite colisión positiva de competencias a la Procuraduría General de la Nación, en referencia con las averiguaciones que allí se adelantan contra el señor Contralor General de la República por violación presunta de las normas orgánicas del Presupuesto Nacional contenidas en el Decreto extraordinario número 293 de 1973 y de conformidad con los documentos que acompaña a su petición.

Sostiene el memorialista que el artículo 151 de la Constitución Nacional prescribe dos responsabilidades diferentes compatibles con la conducta del Contralor General de la República en el ejercicio de sus funciones: una de carácter penal por violación de la Constitución o de las leyes, y otra de naturaleza administrativa por el mal desempeño de las mismas.

Sin embargo de lo cual, el artículo 26 de la Ley 25 de 1974 adscribe la competencia para juzgar las faltas disciplinarias en que pudiera incurrir el Contralor General de la República, a la Procuraduría General de la Nación, en forma abiertamente contraria a las normas constitucionales. Y seguidamente advierte que haciendo uso de la acción pública, ha demandado dicha norma inconstitucional ante la Corte Plena.

Cita, igualmente, los artículos 163 y 164 del Decreto extraordinario número 293 de 1973 y, con apoyo en ellos, observa que de la responsabilidad penal que pudiera caber al Contralor General de la República por refrendar certificados de reserva o giros no autorizados por la ley, conocerá la Corte Suprema de Justicia conforme a las prescripciones del decreto citado.

Argumenta, por último, que el señor Contralor General es alto funcionario del Estado, y la Contraloría, entidad institucionalizada desde 1945, colocada constitucionalmente en forma autónoma y aislada de las Ramas del Poder Público, si bien su titular es elegido por la Cámara de Representantes. Agrega, así mismo, que el Contralor exhibe fuero constitucional de juzgamiento por los delitos y contravenciones que cometa, y fuero disciplinario por el mal desempeño de sus funciones. Y que debiera tener su propio régimen disciplinario contenido en las normas orgánicas de la entidad que rectora. Que no es la Contraloría dependencia de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ni el Contralor agente del Presidente de la República. Que el régimen disciplinario de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de la Rama Ejecutiva del Poder Público no le es aplicable por analogía, como pretende hacerlo el Procurador, con violación flagrante de clarísimos principios sobre garantías constitucionales de que goza su poderdante.

A su petición acompaña original el pliego de cargos enviados al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, Contralor General de la República, por el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, los descargos presentados y fotocopias de las resoluciones orgánicas

de la Contraloría General y copias de la resolución de fecha ocho de febrero de mil novecientos setenta y cinco, dictada por el señor Procurador General de la Nación, y otros documentos.

Se considera.

La Corte ha entendido y así lo ha expresado en reiterada jurisprudencia suya, que por virtud de la competencia de taxativo entendimiento que le señala el artículo 151 del Código Institucional, le corresponde con exclusividad el conocimiento de las causas de responsabilidad que se sigan contra determinados funcionarios —entre los que se encuentra el Contralor General de la República— cuando infrinjan la Constitución o las leyes o desempeñen mal sus funciones. Y en forma unánime y sin ninguna vacilación tiene definido que los motivos de responsabilidad a que se refiere la norma, conciernen directamente a infracciones de carácter penal y no meramente disciplinarias.

Dicho lo anterior parece oportuno anotar que también la responsabilidad en que puede incurrir el Contralor General de la República en los casos contemplados por los artículos 163 y 164 del Decreto extraordinario número 293 de 1973, de los que debe conocer la Corte Suprema de Justicia, es de naturaleza penal y no de carácter genérico, como lo insinúa el señor apoderado del Contralor General de la República, porque así lo dice claramente el artículo 163 citado, y porque en materia de competencias no tienen cabida las facultades implícitas y todo ha de ser expreso, claro, tasado, sin posibilidades para el arbitrio o discrecionalidad de los jueces. Las competencias son taxativas.

Pero es el propio apoderado quien se encarga de afirmar que el artículo 26 de la Ley 25 de 1974, adscribió el juzgamiento de la responsabilidad administrativa propia de las faltas disciplinarias del Contralor General de la República al señor Procurador General de la Nación y a su Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, con la advertencia, eso sí, de que ha instaurado formal demanda de inconstitucionalidad contra dicha norma ante la Corte Plena —de la cual forma parte la Sala que resuelve este incidente— a la que tocará decidir definitivamente sobre su exequibilidad (artículo 214 de la Constitución Política).

Mientras ello ocurre, la norma acusada mantiene a su favor presunción de constitucionalidad.

De todo lo cual se deduce que en las circunstancias actuales, esta Sala de Casación Penal carece de competencia para conocer de las faltas disciplinarias atribuidas al Contralor General de la República, y que no es el caso de suscitar a la Procuraduría General de la Nación el conflicto de competencias de que se viene tratando. Así lo resuelve la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, con noticia de lo aquí resuelto a la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS FRENTE A UN MERO "ASUNTO CRIMINAL" SIN EXISTIR PROCESO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, marzo primero de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 5 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Vienen a la Corte las presentes diligencias contra Carlos Giraldo Giraldo, denunciado por un presunto delito de abuso de confianza, en cuantía superior a cien mil pesos, para dirimir el conflicto negativo de competencias suscitado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, al Decimosexto Penal del Circuito de Medellín.

En escrito sin fecha, ratificado bajo juramento el diez de septiembre del año próximo pasado en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, el doctor Elías A. Chacón Quintero, actuando como apoderado de la firma "Colteamigos Montoyas & Gómez Cía. Ltda.", con domicilio en Bogotá, denunció a Carlos Giraldo Giraldo, porque había celebrado con la firma mencionada un contrato, según el cual ésta se comprometía a suministrarle tela producida por Coltejer y aquél a confeccionar camisas de diferentes tallas, previa cotización.

En cumplimiento de la convención, la sociedad comercial envió, por conducto de la empresa de transportes "Flota Magdalena", según remesa de carga número 28775 de 4 de octubre de 1973, tela para confección de camisas. Sin embargo, Carlos Giraldo Giraldo desapareció de su domicilio comercial en la ciudad de Pereira, ignorándose tanto su paradero como la destinación que dio a la camisa confeccionada, la cual, según acuerdo contractual, debía ser manufacturada en la ciudad de Pereira y enviada por vía terrestre a Bogotá.

Aclara el denunciante, sin embargo, que al parecer la existencia de camisas fue transportada a la ciudad de Medellín por insinuación de Giraldo Giraldo.

Disputan los jueces del conflicto la competencia para conocer en el delito de abuso de confianza del que se acusa a Carlos Giraldo y se afirma por el Decimosexto del Circuito de Medellín que fue en Pereira donde, según la narración de los hechos, consumó la apropiación de las mercancías entregadas al inculpado por un título no traslaticio de dominio y que todos los actos posteriores estarían encaminados a la obtención del provecho económico ilícito en su beneficio y en perjuicio del patrimonio de sus legítimos dueños, lo cual llevaría a la conclusión de que la competencia corresponde al Juzgado Tercero del Circuito Penal de Pereira, directamente o a prevención si el delito eventualmente se hubiese ejecutado en distintos lugares, en el trayecto entre Pereira y Medellín.

Se pregunta, por último, el Juzgado Decimosexto Penal del Circuito de Medellín, si la colisión propuesta por el Juzgado de Pereira tiene asidero jurídico por cuanto no existe aún el proceso sino solamente un asunto criminal, del cual se abstiene de conocer el provocante.

Consideraciones.

Resulta evidente de los autos que no está claro si la presunta apropiación de las mercancías enviadas por la firma "Colteamigos Montoyas Gómez & Cía., Limitada", al señor Carlos Giraldo a la ciudad de Pereira para que una vez cumplido allí el contrato de confección las devolviese elaboradas a Bogotá, se realizó en Pereira o en Medellín o en ninguna parte. En cuya hipótesis, de conformidad con el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, competente para conocer del hipotético delito a prevención, sería el Juez de Pereira.

Y no sobra advertir que sí es posible la colisión de competencias en la forma como ha sido

provocada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Pereira, frente a un mero "asunto criminal", puesto que, en el caso concreto examinado, quien suscita el conflicto exhibe la competencia para conocer en dicha clase de asuntos por razón de la naturaleza de los mismos.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión negativa de competencias a que se ha hecho mérito y ordena continuar en el conocimiento del asunto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, a donde se enviará el diligenciamiento, previa noticia de lo aquí resuelto al Juzgado Decimosexto Penal del Circuito de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

Sujeto activo del delito. Lo que importa para la tipificación del ilícito no es la forma o manera como la persona se haya vinculado a la entidad pública o a la institución en que tenga parte el Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo tres de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 5 de 26 de febrero de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por sentencia de 7 de febrero de 1974, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá condenó a Alirio de Jesús Bernal Forero a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de peculado. Impugnada esta decisión, el Tribunal Superior de este Distrito la confirmó en todas sus partes, por medio de providencia fechada el 19 de mayo del año mencionado. El procesado interpuso contra esta resolución el recurso extraordinario de casación, el que fue sustentado oportunamente por su defensor, y agotados como están los trámites legales, procede la Corte a decidir sobre la impugnación.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron origen a este proceso los narró la Fiscalía Sexta del Tribunal (folio 200) y los transcribe el demandante, en los siguientes términos:

"El 12 de septiembre de 1972 el acusado a la sazón empleado de la sucursal 'Cafam' del Banco Popular, con domicilio conocido en esta ciudad, en su condición de cajero principal preparó una remesa por $ 550.000.00 que debería llegar al Banco de la República, de acuerdo a reglamentos bancarios. Dicha remesa incluida en una bolsa protegida con un sello quedó en la caja fuerte de la sucursal, estableciéndose cómo el señor Bernal Forero hizo anotaciones en hojas volantes, incluyendo la suma predicha, pero sin anotar, como era su deber, el número de un sello protector denominado 'TV'. Al día siguiente al reincorporarse a sus actividades recibió solicitud de otro empleado para pagar un cheque por veinti tantos miles de pesos, en el sentido de facilitar billetes de quinientos pesos y entonces abriendo nuevamente la bolsa aludida sacó de allí un fajo de cincuenta mil pesos para así hacer viable el pago del cartulario. Posteriormente comenzó nuevamente su labor y fue advertido faltante por cuarenta y nueve mil novecientos pesos o algo así que no fue posible 'cuadrar'. Esto determinó a los otros empleados de mayor jerarquía de la institución a cumplir diligencias y actuaciones para dejar establecido ese guarismo, sin obtener ninguna explicación satisfactoria del cajero principal. Tanto su comportamiento del día anterior como el observado el subsiguiente y aún después, fueron bastantes causas, a fin de deducirse su responsabilidad, formulando entonces Israel Niño Alvarez un denuncio".

Abierta la investigación, se practicaron numerosas pruebas, y al calificar el mérito del sumario, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito, el 22 de febrero de 1973, resolvió "llamar a responder en juicio al sindicado Alirio de Jesús Bernal Forero, de las condiciones civiles y personales conocidas en autos, como autor del delito de peculado, según hechos ocurridos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar determinados a través de esta providencia y cometido contra los intereses del Banco Popular". Contra este auto se interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal lo confirmó en providencia de julio 2 del año mencionado.

Tramitada legalmente la causa, dentro de la cual se practicaron nuevas pruebas solicitadas por el imputado, se realizó la audiencia pública.

y finalmente, se dictó la sentencia de primera instancia que, como ya se vio, fue confirmada por el Tribunal.

Demanda de casación.

Primer cargo.

Para obtener la infirmación del fallo recurrido invoca el actor, en primer término, la causal primera, "por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida", por cuanto, en su sentir, "hubo un claro error en la selección de la norma ha (sic) aplicarse", ya que el comportamiento del sindicado "no encaja típicamente dentro de lo preceptuado por el numeral (artículo) 3º del Decreto 1858 de 1951".

Señala inicialmente como violado el numeral (?)- 3º del Decreto 1858 de 1951 y fundamenta el cargo en la circunstancia de que Bernal Forero aunque era trabajador del Banco Popular, no tenía, según su opinión el carácter de empleado o funcionario público, porque su vinculación laboral a esa entidad no se cumplió en virtud de una "relación legal o reglamentaria", sino por medio de un contrato de trabajo. Se extiende luego en un examen jurídico y probatorio del proceso, para tratar de demostrar que no hubo apropiación del dinero, sino algunas actitudes imprudentes del cajero por lo que la imputación ha debido formularse por peculado culposo y en consecuencia, se violó también el artículo 154 del Código Penal. Para concretar la censura dice finalmente el actor:

"Por lo anterior, es que considero que existió aplicación indebida, pues en las circunstancias anotadas debió aplicarse el contentivo del artículo 154 del C. P. y no el Decreto 1858 de 1951 en el numeral referido por la sentencia. De manera tal que al prosperar la impugnación del fallo recurrido debe la honorable Corte dictar el fallo que reemplase (sic) a la sentencia consignada por las instancias de acuerdo con el artículo 154 del C. P.".

Segundo cargo:

Bajo el epígrafe "causal de nulidad", invoca el demandante la causal cuarta de casación, "en consideración a que se ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad supralegal".

Señala como normas violadas el artículo 1º del Código Penal, "por cuanto el comportamiento de Bernal Forero no está expresamente previsto como infracción por la ley vigente", y el artículo 26 de la Constitución, "por no haberse juzgado conforme a leyes preexistentes al hecho imputado sino conforme a leyes establecidas para otros eventos delictivos como lo son para el peculado por apropiación o culposo según sea el caso". Reitera extensamente que no existe prueba de que Bernal Forero se haya apropiado de suma alguna de dinero y que, por el contrario, hay indicios de responsabilidad contra otros empleados del Banco Popular. Afirma que "...la implicación violatoria de la Constitución es doble, pues como se advierte, al calificar el mérito sumarial no se llamó a responder en juicio a todos quienes de una manera u otra tenían implicación, pese a existir cargos e indicios delicados, y ser sujetos plenamente identificados". Asegura que por este concepto "se violó la tramitación propia del juicio".

Concreta, por último, los fundamentos de la acusación bajo el amparo de la causal cuarta, en los siguientes párrafos:

"Las razones del planteamiento de inconstitucionalidad son bien claras: a) La conducta de Bernal Forero no encaja en el contentivo del Decreto 1858 de 1951, y no encaja por cuanto la prueba en ningún momento tendió a demostrar la apropiación, sino a precisar el faltante de los cincuenta mil pesos. Si se lograron establecer fueron algunas actitudes de imprudencia y negligencia no solo imputables a Bernal Forero, sino también al gerente, y al secretario del Banco; b) Que de ser así como fue, se desvió el juzgamiento, pues la ley propia de él lo sería el artículo 154 del Código Penal, y no el decreto antes mencionado; c) Que demostrado como está por la legislación laboral de que solo a trabajadores particulares se les debe vincular por contrato individual de trabajo, constituye un grave error predicar lo mismo de funcionarios, empleados públicos y de trabajadores oficiales. Premisa la anterior para argumentar aún más que el juzgamiento correspondía, de acuerdo al artículo 412 del Código Penal, y no conforme al Decreto 1858".

Termina solicitando a esta corporación "decidir en qué estado queda el proceso y devolver a las instancias para que se corrija el procedimiento".

El Ministerio Público.

El Ministerio Público representado por el Procurador Primero, se opone a las pretensiones del impugnante y, refiriéndose a la causal cuarta planteada en la demanda, afirma:

"La antinomia en que cae el censor es innegable y de fácil identificación como pasa a demostrarse: la nulidad constitucional solo se presenta cuando se demuestra que el juzgamiento del procesado no estuvo gobernado por la ley que tenía

plena vigencia al momento en que se realizaron los hechos delictivos, habiéndose aplicado ordenamiento legal de vigencia posterior a ellos, circunstancia que indudablemente coloca en situación precaria su derecho de defensa".

Y agrega más adelante, sobre el mismo particular:

"Diferente es la nulidad legal de origen en la errada calificación jurídica de la infracción caso en el cual existiendo varias disposiciones sustanciales descriptivas de diversos delitos, el juzgador, erradamente señala una de ellas como violada por la conducta del procesado, al dar la denominación del tipo delictual, cuando la conducta ilegal del sujeto se identificaba con los presupuestos de otro ordenamiento.

"Ninguna de las dos nulidades se ha demostrado, toda vez que cuando a Bernal Forero se le radica en juicio criminal como autor del delito de peculado, y, aún más, para el momento en que él desarrolla la conducta facturada posteriormente como cargos de ilicitud, el Decreto 1858 de 1951, estaba, como aún lo está, vigente. Frente a tal realidad, irrefutable desde cualquier punto de vista, el condenado gozó de un debido proceso amparado por todas las garantías o derechos constitucionales, lo que quita todo piso a la censura que se hace al fallo recurrido".

Finalmente, sobre la causal primera aducida, sostiene el Procurador que "el señor demandante usó como argumentación demostrativa del cargo proyectado en la órbita de la primera causal, idéntico razonamiento al empleado para el segundo motivo, ya analizado. Este Despacho considera impertinente volver sobre el mismo tema agotado en la desvirtuación de los fundamentos con que se reclamaron las nulidades, para destinarlo a demostrar que no hubo violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de ella, dando por reproducido en este acápite conceptual, lo ya expuesto anteriormente".

Considera la Corte.

Causal cuarta. Bien conocida es la reiterada doctrina de la Corte en torno al contenido institucional del artículo 26 del estatuto político, como sistema fundamental de garantías para el procesado. Y aunque el actor invoca expresamente una de ellas al fundamentar el cargo de nulidad, no es, sin embargo, afortunado ni coherente en el contexto de sus afirmaciones, por cuanto su pensamiento se hace anfibológico e inasible en forma tal, que resulta prácticamente imposible determinar específicamente cuál es el concepto de la violación. Así, mientras se habla de una pretendida nulidad "supralegal" que se hace consistir en no haber sido juzgado Bernal Forero "conforme a leyes preexistentes al hecho imputado", en el mismo capítulo y dentro del mismo cargo se afirma que no se llamó a juicio a todos los implicados, o que la norma aplicable a la situación fáctica del justiciable era el artículo 154 del Código Penal, o, lo que resulta contradictorio, el artículo 412 del mismo estatuto.

De una vez debe decirse, que el imputado tuvo un proceso rituado con todas las formalidades legales, sin que se hubiera quebrantado en lo más mínimo alguno de sus derechos. Si la nulidad constitucional es la máxima sanción establecida para los procesos en que se vulneran fundamentales garantías del sindicado, o se lesionan las bases mismas del juzgamiento, es lógico que tales gravámenes deben hallarse plenamente demostrados, supuesto que los efectos de un pronunciamiento de tal envergadura son de extraordinaria trascendencia. No se podría afirmar, pues, en este proceso, que Bernal Forero fue juzgado con base en una ley *ex post facto*, pues el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, que tipifica el peculado por apropiación, no ha sido derogado, y el hecho atribuido a Bernal Forero ocurrió durante su vigencia.

El censor considera que han debido vincularse al proceso otras personas contra las cuales, en su sentir, había "cargos e indicios delicados", pero es ésta una posición conceptual totalmente ajena al recurso de casación, que resulta, por ello, irrelevante como acusación contra el fallo del Tribunal.

En cuanto a la nulidad de orden legal que insinúa el demandante, ha de decirse que, en estos casos, como en el de la nulidad constitucional, se deben aceptar los hechos tal como se concretaron en la sentencia, por cuanto lo contrario implicaría la reapertura del debate probatorio ya clausurado en las instancias. Al calificar el mérito del sumario el juez de primera instancia realizó un proceso dialéctico de adecuación típica entre la situación fáctica que resultaba de las pruebas y el tipo legal abstracto descrito en el artículo 3º del decreto atrás mencionado, que no deja lugar a dudas, y que no exhibe vicio o error alguno. Y sobre esa calificación, correcta en su forma y en el fondo, se vertió la sentencia acusada, no sin que antes se hubiera planteado una intensa controversia sobre las pruebas y los aspectos jurídicos del proceso, controversia en la cual intervino la defensa con pertinacia y tenacidad. No encuentra, pues, la Corte que se haya incurrido en nulidad alguna en el juzgamiento

de Bernal Forero, motivo por el cual el cargo no puede prosperar.

Causal primera. Dentro de la confusión conceptual de la demanda, *el actor plantea los mismos argumentos para sustentar los dos cargos que formula contra la sentencia acusada. Pero el argumento capital que trae para sostener que se violó la ley sustancial por aplicación indebida, consiste en el hecho de que el sindicado no se vinculó como trabajador al Banco Popular en virtud de "una relación legal o reglamentaria", sino por medio de un contrato individual de trabajo. Y sostiene también que no hubo apropiación, sino descuido o imprudencia del cajero.*

Desde luego, el cargo está mal planteado, por cuanto de "aplicación indebida de la ley sustancial" solo puede hablarse cuando el juzgador ha pretermitido un precepto legal vigente, o ha aplicado uno que estaba derogado, etc., vale decir, cuando no se discuten las conclusiones probatorias contenidas en la sentencia, porque no ha existido yerro alguno en la apreciación de los medios de convicción, sino que la norma aplicada ha sido el producto de una equivocada selección. Y no es ésta, ciertamente, la situación que se plantea en la demanda, pues allí se examina, y sobre él se discurre extensamente un posible error en la valoración de una prueba (el contrato individual de trabajo), para deducir de ahí que Bernal no podía ser sujeto activo del delito de peculado. Lo que importa para la tipificación del ilícito no es la forma o manera como la persona se haya vinculado a la entidad pública o a la institución en que tenga parte el Estado, sino que legal o reglamentariamente tenga la función de "recaudar, o pagar, o administrar, o guardar" caudales o bienes de que dispone o que se apropia. Y no puede discutirse siquiera —y no lo discute el imputado— que los cajeros —y en este caso el cajero principal— de una casa bancaria tienen como atribución reglamentaria, como función primordial y esencial, la de recaudar y pagar dineros.

Finalmente, para sostener que la conducta del inculpado no fue dolosa sino culposa, sería menester acusar la sentencia por error en la apreciación de la prueba, o sea que ha debido invocarse, entonces, el aspecto segundo de la causal primera. No prospera, pues, el cargo,

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público, DESECHA la demanda de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CASACION — OBJETO

La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces. Busca también unificar la jurisprudencia nacional y corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes por virtud de resoluciones judiciales. Pero su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico-jurídico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia (errores in judicando), sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo) y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirven de sustentación para dictar la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo tres de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 5 de 26 de febrero de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por sentencia de 11 de diciembre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín revocó la que había dictado el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se condenó a Juan de Dios Ocampo Usma, Ramiro de Jesús Zuluaga Barrientos, Luis Alberto Ceferino Vallejo, Hernando Herrera Rueda y Luis Alfonso Carmona Mejía a diversas penas de prisión y a las accesorias del caso, como responsables de un delito de hurto continuado, en perjuicio de la empresa Invatex, y en su lugar dispuso la absolución de los mismos. Contra esta resolución la sociedad ofendida, debidamente constituida en parte civil dentro del proceso, interpuso el recurso de casación por medio de apoderado especial. Agotados como están los trámites procesales de rigor, procede la Corte a decidir la impugnación.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron origen al proceso los relata así el Juzgado en el auto de vocación a juicio:

"...la empresa Invatex se dedica a la producción de textiles angostos, siendo el más fuerte de sus ramos el de elásticos para prendas de ropa interior; dentro de los elásticos para pantaloncillos se producen unos exclusivos para varias fábricas tales como Manhatan, Jockey, Riviera, New York, Dumbo, B.V.D. y otras que son copropietarias de las marcas respectivas; estos elásticos por convenio con las empresas que los mandan confeccionar, no se venden al público ni aun en segundas. Ocurrió que un empleado de Invatex al pasar por la Carrera Carabobo observó que en algunas ventas ambulantes situadas en dicha vía, ofrecían pantaloncillos de mala confección con elásticos marcados de fabricación exclusiva, y decidió comunicar este hecho a los directivos de la empresa, quienes llegaron a la conclusión de que esos elásticos necesariamente debían ser sustraídos de la fábrica en forma dolosa porque toda la producción se despachaba para las respectivas empresas de confecciones propietarias de las marcas y en ningún caso se vendía de esos elásticos a personas particulares. Ante esta situación, fue comisionado el doctor Gilberto Giraldo Serna, jefe de relaciones industriales para que elevara el correspondiente denuncio y solicitara la colaboración de las autoridades para descubrir a los responsables del ilícito.

"Fue así como el doctor Giraldo se presentó el 7 de julio a la Inspección de Permanencia Norte, con el fin de denunciar las sustracciones de elástico que en forma periódica se venían presentando en la empresa; una vez iniciada la investigación, los agentes de Decypol designados para colaborar con la misma, iniciaron una serie de averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y fue así como se dirigieron a los lugares donde se estacionan los vendedores ambulantes de pantaloncillos y procedieron a decomisar las prendas que tenían el elástico marcado, a la vez que le preguntaban a cada uno de ellos el nombre del fabricante que les suministraba dichas prendas; de acuerdo con los datos sumi-

nistrados por los vendedores, los fabricantes de esos pantaloncillos de fabricación (sic) casera resultaron ser Gabriel Luna, Guillermo Rodríguez y Cecilia Gallego de Luna. A estos confeccionistas a su vez se les interrogó sobre la forma como adquirían el elástico para los pantaloncillos y todos dijeron que lo comproban en una 'retalería' de propiedad de Fabio y Julio Patiño Chica, situada en la calle 48 número 45-45. Se trasladaron entonces los agentes al establecimiento de los hermanos Patiño en el cual se venden desperdicios de textiles de diversas clases y allí decomisaron varias piezas o rollos de resorte con las marcas Manhatan, Riviera, B.V.D. y New York. Cuando los interrogaron sobre la forma como adquirían esta mercancía, ellos respondieron que se la compraban a Juan Ocampo Usma quien iba acompañado de otros dos y a Alberto Ceferino Vallejo; que a cada uno de estos individuos le compraban semanalmente una cantidad de elásticos cuyo valor oscilaba entre los mil quinientos y los dos mil quinientos pesos. En el respectivo informe que puede verse a folios 1º y siguientes del expediente, los agentes hicieron un resumen de todas las pesquisas efectuadas por ellos y pusieron a disposición los implicados en este asunto junto con los pantaloncillos y los rollos de resorte decomisado. Manifestaron también los agentes que de acuerdo con las averiguaciones efectuadas por ellos entre los mismos trabajadores que aparecen como sindicados, los rollos de elásticos eran sacados de la fábrica en la siguiente forma: uno de ellos, sacaba las piezas de resorte del lugar donde los terminaban y lo llevaba a la ramada donde se acumulaban las segundas y desperdicios; allí otros empacaban ese material de primera en cajas y lo cubrían con retales y material imperfecto y lo dejaban separado para mandar más tarde a un particular a comprar eso como desperdicios, ya que a los trabajadores de la empresa estaba prohibido venderles materiales de esta clase y, posteriormente, los llevaban a vender donde los Patiño" (folios 308 a 310).

El 11 de julio de 1972 se dictó auto cabeza de proceso, y agotada la investigación, el Juzgado Décimo Penal del Circuito, en providencia de 28 de febrero siguiente, llamó a juicio a los sindicados para que respondieran por el delito de hurto, "consistente el cargo en que los nombrados, sin el consentimiento de sus dueños y con el propósito de aprovecharse de ellos, se venían sustrayendo en forma periódica rollos de elástico que sacaban de la empresa escondidos dentro de cajas de desperdicios; estos rollos eran de propiedad de la sociedad Industria de Variedades Textiles S. A., en la cual laboraban los sindicados. Los hechos ocurrieron en las instalaciones de la fábrica Invatex, situada en esta ciudad, durante lapso aproximado de dos años, contados a partir de julio de 1970 hasta julio de 1972 cuando fueron descubiertos" (folio 330). Impugnada esta providencia, fue confirmada por el Tribunal el 4 de mayo de 1973.

Agotados los trámites de la causa el Juzgado, mediante sentencia de agosto 27 del mencionado año, condenó a los imputados y ordenó la suspensión condicional de la sentencia (artículo 80 del C. P.). Al revisar esta resolución, el Tribunal Superior (folios 465 y siguientes), la revocó y absolvió a los procesados, por cuanto "la Sala considera que en este proceso no obra prueba de la responsabilidad de los obreros ya citados y que el delito contra la propiedad resulta muy dudoso".

Demanda de casación.

En extenso memorial el actor acusa la sentencia con base en lo dispuesto en el artículo 580, numeral 1º, inciso 2º del C. de P. Penal, y bajo el amparo de esta causal formula catorce cargos que analiza y fundamenta separadamente aunque más adelante los repite en uno solo con múltiple sustentación fáctica, pero con idénticas proyecciones hacia la violación indirecta de las mismas normas legales. Así precisa el recurrente el concepto de las violaciones, que son comunes para todos los cargos de la acusación:

"Al consagrar el honorable Tribunal como base de la sentencia 'que el delito contra la propiedad resulta dudoso' (lo que hace en uno de sus pasos finales o que 'se llega a la conclusión de que Invatex no ha sido víctima del delito contra la propiedad...' descartó la realización del ilícito contra Invatex y, lógicamente, pronunció esa absolución, sin analizar la responsabilidad de los sindicados, cosa que ya sobraba. Mas como el ilícito sí existió, y por una cuantía superior a los diez mil pesos ($ 10.000.00) hay que afirmar que por falta de apreciación de unas pruebas o errada apreciación de otras por modo manifiesto, violó varias disposiciones procesales, y consecuencialmente violó la ley sustantiva en sus artículos 8º, del Decreto extraordinario 1988 de 1971 —hoy sustituido por el 7º de la Ley 21 de 1973— que modificó el artículo 397 del Código Penal; artículo 397 del mismo; artículos 398, numerales 1º y 5º, 399 y 32 de la misma obra en cuanto esas disposiciones definen y castigan el delito de hurto continuado en cuantía mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00) cometido por tres o más personas reunidas para esos fines, las cuales depositaron la confianza depositada en

ellas por el dueño de las cosas muebles sustraídas sin el consentimiento de éste".

Luego el demandante desarrolla la acusación de la siguiente manera:

"*Primer cargo. Tesis.* Dejó el honorable Tribunal de apreciar las declaraciones juramentadas de Julio César Patiño (folios 63 a 64 vuelto, 106 y 192, folios 200 y siguientes), o cuando menos las apreció erróneamente".

Agrega que en esta forma el ad quem violó el artículo 236 del C. de P. Penal, y consecuencialmente el artículo 215 del mismo estatuto, lo que incidió finalmente en el quebrantamiento de las disposiciones sustantivas que definen y sancionan el delito de hurto. Para demostrar el cargo, el actor analiza las diversas declaraciones de los hermanos Patiño Chica, las transcribe en algunos apartes, para concluir que el Tribunal no las apreció o las evaluó erróneamente por cuanto tales testigos afirman que los sindicados desde hacía dos años vendían en su establecimiento, semanalmente, cantidades importantes de retazos elaborados por Invatex, dentro de los cuales se mezclaban rollos enteros de buena mercancía.

"*Segundo cargo. Tesis.* Erró ostensiblemente el honorable Tribunal al no apreciar la confesión de Ceferino Vallejo en su verdadero valor. No, en este caso, por haberla ignorado o desconocido como si no existiese sino por mala interpretación de ella. *Violó* el artículo 264 del C. de P. P. al no aceptar, en su texto diáfano, la confesión libre y espontánea mencionada. Y como consecuencia de esa violación, al rechazar (ahora estamos precisando una parte) sus dichos en cuanto demuestran que a los Patiño Chica se les vendía semana tras semana rollos (hurtados por supuesto) de buena mercancía, concluyó que no había plena prueba del ilícito y, en consecuencia, absolvió violando así también el artículo 215 del mismo Código".

Agrega que por estas circunstancias se violaron las disposiciones mencionadas del Código Penal. Y para demostrar el cargo, transcribe algunos puntos de la indagatoria de Ceferino Vallejo.

"*Tercer cargo. Tesis.* Erró con error evidente, el ad quem al no apreciar en su verdadero significado y valor la confesión de Luis Alfonso Cardona. *Violó* el artículo 264 del C. de P. P. al no aceptar, en su texto evidente, la confesión libre y espontánea de dicho sindicado. Como resultado de esta primera violación y al rechazar sus dichos en cuanto prueban que a los Patiño Chica se les vendían por los obreros de Invatex, sindicados, semana tras semana, rollos de buena mercancía (hurtados, claro), concluyó que no había plena prueba del ilícito y, en consecuencia, absolvió a todo sindicado, violando así también el artículo 215 de la misma codificación". Lo que condujo al Tribunal al quebrantamiento de las normas que se han mencionado.

También aquí copia fragmentos de la indagatoria del sindicado para demostrar la acusación.

"*Cuarto cargo. Tesis.* El honorable Tribunal dejó de apreciar, pues ni siquiera la mencionó en la sentencia, una declaración del doctor Gilberto Giraldo Serna, contenida en la Inspección Judicial de folios 59 a 59 vuelto. *Violó* el artículo 236 del C. de P. P., pues ni siquiera intentó valorar una exposición testifical que reúne —con exceso— las condiciones de ese artículo. Y como al no tomar en cuenta ese dicho afirmó la inexistencia del ilícito —que sí existió y cuya prueba emerge del aserto que se comenta— violó también el artículo 215 del Código de los Procedimientos Penales, lo cual —unido a lo anterior— le llevó como de la mano a violar las normas del Código Penal que castigan y definen el delito de hurto continuado cometido en cuantía mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00) por tres o más personas reunidas a esos fines y en quienes la empresa Invatex —la ofendida— había puesto su confianza (normas ya citadas)".

Para comprobar el cargo cita aparte de la declaración del testigo, en la que se afirma que: "...al hacer la evaluación de las notas de los tableros que se inscriben en las planillas, en relación con lo que aparece en la producción final en terminación, menos un 10% que se deja de margen de inservibles o desperdicios, fue donde se notó que los cálculos de producción eran inexactos en relación con lo que realmente llegaba al almacén".

"*Quinto cargo. Tesis.* Yerra, con yerro manifiesto, el ad quem cuando interpreta a su amaño, por mal entendimiento, las declaraciones de Fernando Restrepo Jaramillo (folios 47 a 48) y de Elías Enoc Rivera (67 a 70), en un aspecto de sus dichos que voy a precisar casi en seguida. Y al desconocer las que se citarán adelante. *Viola* el artículo 236 del C. de P. P. pues da a unos testimonios un sentido que no tienen. Y como el sentido que otorga el Tribunal a esos asertos tiende a probar que no existió el ilícito —y esto no es así— y las aseveraciones de esos testigos no conducen a tamaña conclusión, es obvio que también violó el artículo 215 de la misma obra dando por inexistente el ilícito de que trata este proceso. Todo lo cual termina en la violación de las normas sustantivas tantas veces citadas".

Para sustentar la queja rebate al Tribunal cuando éste hace hincapié en la circunstancia de que los dos testigos mencionados afirman, el uno,

que Ramiro Zuluaga recibía la mercancía de manos de Juan Ocampo en cajas debidamente facturadas, y que no le llegó a faltar material; y el otro, que los materiales se recibían bajo severo control, relacionados, se comparaban con las facturas, y que no notó faltante alguno''. El error manifiesto —afirma— consiste en que no se percató de que los rollos de buen material salían del salón de terminados hacia el de desperdicios para allí ser mimetizados en el fondo de las cajas, *antes de ser facturados o inventariados* y que, por tanto, ni Restrepo Jaramillo, ni Elías Enoc Rivera podían notar faltantes al chequear con las facturas como ambos lo hacían''. En apoyo de esta tesis, finalmente, cita las declaraciones de Seth Echeverri Pardo y Jorge Iván Rodríguez Castaño.

''*Sexto cargo. Tesis.* El Tribunal no apreció, pues ni siquiera tangencialmente analizó, para valorizar o desvalorizar, el informe policivo de folios 1 a 5, ratificado por los agentes autores de él a folios 92 y 96 vuelto. *Violó* el artículo 306 del C. de P. P. que otorga a estos informes el valor de testimonios; el artículo 236 ya que esos testimonios reúnen los caracteres de que habla esta norma para aceptar su credibilidad y el Tribunal al ignorarlos desconoció su valor en absoluto''.

Por consecuencia sostiene el actor, se violaron también en este caso las normas penales sustantivas que tantas veces ha citado. Transcribe apartes del informe de los agentes secretos, en los cuales se contienen datos importantes para la investigación, y una pretendida confesión de Ceferino Vallejo y Luis Alfonso Carmona Mejía.

''*Séptimo cargo. Tesis.* Al interpretar el honorable Tribunal las declaraciones de Guillermo Rodríguez Chalarca (folios 7 a 8) y de Gabriel Luna Meneses (folios 29 a 30), en el sentido que contienen los párrafos que a continuación se copia (sic), procedió con error manifiesto otorgándoles uno que no tienen y desconoció pareciendo ignorarlas, la de Seth Echeverri en lo pertinente que se citará y la de Fabio Fajardo y la de Jorge Iván Rodríguez''.

Los párrafos de la sentencia a que se refiere el recurrente sostienen que todos los materiales usados por los confeccionistas de pantaloncillos ''de cargazón'' son imperfectos, y que los resortes o elásticos los adquieren por kilos en almacenes que solo venden retazos y en fábricas que expenden sobrantes industriales. Se violó según el demandante ''el artículo 236 del C. de P. P., pues no dio a dos testimonios su verdadero valor ni su ajustada credibilidad y desconoció el de Seth Echeverri, el de Fabio Fajardo y el de Jorge Iván Rodríguez. Y como descartó la existencia del ilícito valiéndose de una tan errada interpretación y de un desconocimiento de esas probanzas (que tomó en conjunto), violó el artículo 215 de la misma codificación. Así llegó a violar las leyes sustantivas que definen y castigan el delito continuado de hurto...'' Para demostrar el cargo aduce el recurrente que precisamente lo que los testigos citados dicen en todo el proceso es que los materiales que compraban estaban mezclados con rollos enteros de elásticos de buena calidad, y no solamente de pequeños pedazos.

''*Octavo cargo. Texis.* El ad quem en ninguna parte apreció —pues de ello no hace mención— un indicio plenamente probado que contribuye de manera definitiva a probar la existencia de la dolosa sustracción que nos ocupa. *Violó,* en consecuencia, los artículos 229 y 230 del C. de P. que atribuyen valor probatorio al indicio, valor que desconoció el fallador de segundo grado, y, en consecuencia —dando por inexistente la realización de ilícito que sí existe— violó también el artículo 215 de la misma ordenación legislativa. Lo que lo llevó de la mano a violar la ley sustantiva penal...''.

Cita las mismas normas tipificadoras del delito de hurto. Para la demostración sostiene:

''Es de toda evidencia que entre los rollos decomisados hay un rollo marca New York, que es de exportación y no se puede vender en Medellín, dice a folio 71 (in fine) el técnico Juan Osorno Salazar, cuyo testimonio a este respecto no tuvo ni remotamente en cuenta el fallador de segundo grado''. Y agrega que ''...solo a través de sustracciones fraudulentas pudo hallarse dicho rollo en el almacén de los Patiño Chica''.

''*Noveno cargo. Tesis.* El adquem erró, con error manifiesto, al admitir, como vía para llegar al descarte de la realización del ilícito o de su dudosa realización (ambas cosas las dijo), las cualificaciones de Juan de Dios Ocampo Usma y de Hernando Herrera —que valora conjuntamente— en el sentido de tener como cierto lo que aseguran cuando afirman 'que jamás le han vendido rollos de segunda a los hermanos Patiño Chica' sino retazos y que entre los retazos por ellos adquiridos nunca llegaron a camuflar esa clase de rollos (los buenos). *Violó* el artículo 264 del C. de P. P., pues dio verosimilitud —que no podía dar— a unas cualificaciones que aceptó como parte integrante de sus confesiones. En consecuencia, al deducir de allí la inexistencia del ilícito —que sí existió— quebrantó el artículo 215 del C. de P. P. y al infringir estas normas básicas procesales, atropelló los artículos...'', y menciona aquellos de que tanto se ha hablado.

Sostiene el actor que las cualificaciones, en cuanto afirman que no vendían materiales de primera o de segunda calidad, están desmentidas por las atestaciones de Julio César Patiño, Fabio Patiño, Luis Alfonso Carmona, Seth Echeverri, Fabio Fajardo y Jorge Iván Rodríguez. Transcribe luego diversos apartes de esos testimonios.

"*Décimo cargo. Tesis.* Apreció con error manifiesto el honorable Tribunal el hecho de que los hermanos Patiño Chica compraran siempre por kilos y nunca por unidades, lo mismo que los hechos siguientes: algunos reclamos de los Patiño Chica sobre la calidad de la mercancía y la contraorden de un cheque, pues consideró que estos acaeceres probaban algo contra la existencia del ilícito. *Violó* el artículo 229 del C. de P. P., pues tomó como indicio de la no existencia del ilícito un hecho que no tiene relación con dicha no existencia, o sea, tomó como indicio algo que no cabe en la defunción (sic) contenida en dicho precepto. Y pues ello le sirvió para negar lo innegable o sea la existencia del hurto de que trata este proceso, también atropelló el artículo 215 de aquella codificación infringiendo, consecuencialmente, los artículos 32, 397, 398, ord. 1 y 5 y 399 del C. P. y el artículo 8º del Decreto-ley 1988 de 1971, hoy el 7º de la Ley 21 de 1973".

En su "demostración" sostiene el recurrente que nada tiene que ver con la inexistencia de la infracción el hecho de que los Patiño Chica siempre compraban por kilos y no por unidades, máxime si se tiene en cuenta que el precio era diverso, según se tratara de retazos o de mercancía buena; o el de que hubiera habido reclamos por la calidad de la mercancía, o, finalmente, que los compradores hubieran contraordenado el pago de un cheque a favor de alguno de los imputados.

"*Cargo undécimo. Tesis.* Al darle a algunos datos —que se verán— el valor de indicios demostrativos de la inexistencia del delito, el ad quem acumuló a los muchos cometidos otro error manifiesto. *Violó* con ello el artículo 229 del C. de P. P., pues dio valor de indicio a lo que no lo es, o un valor probatorio a un hecho que no tenía ese valor infringiendo así el artículo 230 de la misma codificación. Y como eso le sirvió para negar la innegable existencia del ilícito de que se ocupa este proceso, atropelló también el artículo 215 ibídem, y por consecuencia, las normas sustantivas que definen y castigan el sí existente delito de hurto acompañado de las características que le adjudicó el fallo del a quo..."

Sostiene el actor que yerra el Tribunal cuando afirma que los directores de Invatex desconocen la organización de la empresa que manejan, y que varias personas diversas de los sindicados compraban retales allí, entre los cuales muchos resultaban marcados, y afirma:

"Sin embargo, pudiera admitirse la posibilidad —que no la certeza— de que retales (no rollos) marcados hayan salido del desordenado almacen de desperdicios (no parece muy ordenable un tal almacén) por 'descuido' de don Félix Mejía y de sus empacadores, aunque este solo desorden y la existencia en la ramada de retazos marcados no es prueba de que salieran por manos diversas a las de los sindicados. Pero aún admitida esa posibilidad —como quisiera hacerlo para no mostrarme intransigente, a pesar de que no se conoció un solo caso a través del proceso— pregunto: ¿en qué afecta la existencia del delito el que en las calles de Medellín hubiese en venta algunos pantaloncillos de cargazón marcados con marcas exclusivas de *elásticos de retales* salidos sin delito de Invatex, cuando no se investiga el uso de marcas sino que aquellas existencias fueron el campanazo para descubrir que unos obreros vendías a los Patiño, en cantidades apreciables, rollos de buenos elásticos mimetizados con retazos sacados de Invatex y comprados allí solo como retazos?" (Subrayas del texto).

"*Duodécimo cargo. Tesis.* Cometió error manifiesto el fallador de segunda instancia al apreciar parte de los dichos de Juan de Dios Ocampo y Julio César Patiño (en las partes de que hablaré casi en seguida). *Violó* el artículo 236 del C. de P. P. al dar a esas atestaciones un valor que no tenían, y así también infringió —dando con ello por probada la inexistencia o la duda sobre la existencia del ilícito de que trata este proceso— el artículo 215 de aquel Código. Por cuyo medio desembocó en el quebrantamiento de las normas sustantivas penales..." que definen el delito de hurto.

Se equivoca el Tribunal —aduce el impugnante— cuando sostiene que los Patiño Chica compraban mercancía no solo a los imputados, sino también a otras personas, por cuanto las pruebas confirman lo contrario.

"*Cargo trece. Tesis.* Al explicar, como explicó, el indicio de las propinas a fin de borrar esta demostración de la *malicia* de los procederes, malicia que, en un aspecto, contribuye a probar la existencia de la *maliciosa* sustracción de elásticos buenos, el Tribunal cometió yerros evidentes y manifiestos. *Violó*, como, consecuencia de lo anterior, el artículo 230 del C. de P. P. que da valor probatorio a los indicios, ya que le negó toda relievancia al de las propinas que voy a analizar, y así también infringió —absolviendo por la no existencia del ilícito o por duda de ella (ambas tesis se revuelven en el contradictorio fallo ata-

cado)— el artículo 215 del mismo Código, y, consecuencialmente, las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 32, 397 y 398, ordinales 1º y 5º, 399 del C. P., artículo 8º del Decreto-ley 1988 de 1971, hoy 7º de la Ley 21 de 1973''.

Luego se rebate la tesis del ad quem consistente en que las propinas que daban los imputados al almacenista Félix Mejía y al ayudante, Luis Carlos Acosta, tenían la única justificación de procurar que siempre se les conservara el cupo de mercancía a los obreros, máxime si se tiene en cuenta que estaba prohibido vender a los propios trabajadores, para concluir así:

''¿No es esto, acaso, señores Magistrados, lo que está corrompiendo al país? ¿No es así como proliferan 'las cerdas' o 'las mordidas', índices de colusión, de complicidad y hasta de coautoría que estamos ayudando a crecer haciéndonos los bobos y admitiendo que ciertas dádivas se reciben como simples liberalidades y no como precio del silencio cómplice, que fue lo que hizo —desde luego también cándidamente— nuestro honorable Tribunal Superior de Medellín una vez lanzado y a la defensa de los sindicados?'' (Subrayos del texto).

''*Cargo número catorce. Tesis.* Cuando el Tribunal rechazó —para atacar la cuantía del ilícito— el peritazgo de folios 389 y vuelto, diciendo que los peritos 'fijaron arbitrariamente unas cuantías' cometió un error manifiesto. *Violó,* en consecuencia, el artículo 278 del C. de P. P. y finalmente el artículo 399 del C. P. que aumenta la pena cuando la cuantía de lo hurtado exceda de diez mil pesos''.

Y al transcribir los términos de uno de los dos dictámenes existentes en el proceso, explica:

''La más palpable (demostración) está en los propios términos del peritazgo tan diáfanos, tan claros que no admiten duda en cuanto a considerar que el delito tuvo, cuando menos, una cuantía mayor de diez mil pesos ($ 10.000.00)''.

Por fin, el actor concluye afirmando que ''demostrados los errores y omisiones del honorable Tribunal Superior de Medellín, al dictar el fallo atacado, errores manifiestos de interpretación de unas pruebas y desconocimiento o sea falta de apreciación de otras que lo llevaron a las violaciones intermedias y finales tantas veces repetidas, solicito que se case la sentencia acusada y que, convertida por ello la honorable Corte en Tribunal de instancia, analice —para lo cual haré un capítulo— la responsabilidad de los acusados y confirme el fallo de primer grado en todas sus partes''.

Estudia luego extensamente las pruebas que, en su sentir, demuestran no solo la existencia del delito, sino también la responsabilidad penal de los acusados.

El Ministerio Público.

El Procurador examina con alguna prolijidad los planteamientos de la demanda, y para concluir que la sentencia atacada debe casarse, afirma:

''Haciendo un severo y jurídico escrutinio de todos los elementos de certeza que fueron traídos al proceso, deberá aceptarse como plenamente probados los cargos hechos por el señor demandante al fallo recurrido. Si es cierto, y ello no tiene discusión, que en la ley procesal penal vigente se consignó un cambio fundamental en la evaluación de la prueba por parte del fallador, reemplazándose el antiguo sistema tarifario interpretativo de ella, por el calificado como legal-moral que da al juez una más amplia potestad para analizarla, criticarla y valorarla sin estar hatado (sic), muy en particular cuando se trata de testimonios, al número de éstos, respondiendo más el juicio crítico a la persuasión racional que se forma en la calidad del testigo que en la cantidad de los oídos, también es cierto que no puede el sentenciador traspasar las barreras de la lógica valoración de esa prueba para adentrarse en arbitrario manejo de ella, pues la apreciación razonable de la credibilidad que ha de darse al testigo debe obedecer a principios equitativos que impidan, como lo ha manifestado la honorable Corte, que se configure palmaria 'antinomia entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador'.

''Las directrices que se trazan en el artículo 236 del C. de P. P., aunque amplias y despejadas de obstáculos para que el juzgador pueda verter toda su capacidad razonadora para detectar todo lo que haya de certeza en la prueba analizada, también son inmunes, y en tal sentido se las debe respetar, a la voluntad caprichosa del juez o sentenciador, toda vez que el poder valorativo que de allí emerge debe corresponder al contenido preciso y claro que cada uno de los elementos de certeza conllevan, debiéndose extraer con sabiduría y precisión para verterlo sobre los hechos que se pretenden adecuar a esta o aquella norma penal sustantiva, presuntamente violada por el procesado. En otras palabras, se quiere significar que no obstante las facultades emanadas del predicho mandato procesal penal, amplias de por sí, dadas prioritariamente o, mejor, privativamente al sentenciador, no se puede, amparándose en este pretexto, distorsionarse el contenido de la prueba, máxime cuando con tal actuación intelectual se quebrantan normas disciplinantes o protectoras de la misma prueba''.

Consideraciones de la Corte.

I. La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto el quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces perturbaría hondamente el orden social y pondría en peligro la estabilidad de las instituciones. Busca también unificar la jurisprudencia nacional, creando las condiciones necesarias para la evolución de la doctrina jurídica y para la seguridad de los intereses en conflicto, cuya solución se procura ante la jurisdicción. Y, finalmente, corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes por virtud de resoluciones judiciales. Es éste, precisamente, el estímulo al interés particular, para que la casación sea viable. Pero su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación es un juicio técnico-jurídico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo), y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirvieron de sustentación para dictar la sentencia acusada. De ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no pueda entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

La Corte, como tribunal de casación, tiene, pues, una competencia funcional claramente restringida, en cuanto la ley prohibe (artículo 581 del C. de P. P.), "tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes", a la vez que rodea la pretensión del demandante de una serie de requisitos técnico-formales (artículo 576, ibídem), cuya pretermisión acarrea inexorablemente la declaratoria de ineptitud de la demanda. Significa lo anterior que en esta institución del Derecho Procesal como en ninguna otra, la competencia de la Corte está clara y totalmente limitada por las vertientes que trace la parte actora con nitidez y precisión. Si los cargos que sustentan un ataque contra la sentencia no se formulan dentro del ámbito preciso señalado en la ley, si no se especifican los errores que conducen al quebrantamiento de las normas jurídicas sustanciales, o no se demuestran debidamente, carece de potestad para pronunciar sentencia de méritos sobre otros puntos diversos, así aparezcan claros en la sentencia o en la tramitación procesal. Solo puede entonces, resolver sobre el *petitum* de la demanda, sin que pueda hacerlo *extra o ultra petita.*

No sucede así en las instancias. El proceso se desarrolla, desde la apertura de la investigación hasta la sentencia de segunda instancia, en forma progresiva e ininterrumpida, por medio de una serie de actos procesales debidamente regulados por la ley, en su forma, en su ejecución y en sus efectos. Y se desenvuelve oficiosamente, con dinámica propia, sin que se requiera el impulso de las personas que intervienen en el proceso, con la característica sustancial de que es el juez quien tiene la capacidad de disposición, mientras las partes, por vía general, carecen de ella. La competencia del juez es, entonces, plena, sin limitación distinta a la que le imponen las normas procesales.

Significa lo anterior que mientras en las instancias el juez tiene amplia potestad para apreciar las pruebas dentro de la regulación establecida por la ley para su aducción y evaluación, la Corte carece de facultades para reabrir el debate probatorio que ya ha sido agotado. Solo cuando aparece que el juzgador de instancia ha incurrido en errores garrafales, protuberantes, en la apreciación de los elementos probatorios, en forma tal que por ello mismo la sentencia quebrante ostensiblemente y sin lugar a dudas el orden legal, es procedente el examen por la Corte del problema fáctico, limitado, sin embargo, a los específicos casos de error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba, debidamente delimitados y demostrados en la demanda. No basta, pues, no podría bastar, la sola circunstancia del antagonismo entre diversos criterios en torno al valor que deba otorgarse o negarse a una o varias pruebas, para que pueda invocarse la causal primera de casación, aspecto segundo (artículo 580 del C. de P. P.). Ni el criterio subjetivo en torno al mismo aspecto legitima la casación de la sentencia, en cuanto es de la esencia del proceso que, dentro del marco señalado por la ley para cada medio probatorio, las diversas personas que intervienen en él tengan distintas posiciones intelectuales, diversos criterios para estimar su valor de convicción. Precisamente, para garantizar la seriedad del juzgamiento, la certeza en los pronunciamientos judiciales y la seguridad jurídica de las pretensiones particulares, se ha instituido el sistema de la doble instancia, con jueces ad quem generalmente colegiados.

II. "El estatuto procesal penal colombiano reglamenta el régimen probatorio a través del llamado sistema de convicción legal-moral, denominado así, porque, al paso que expresamente se

señalan requisitos para dictar sentencia condenatoria (artículo 215), se determina lo que constituye plena prueba (artículo 217) o prueba incompleta (artículo 218), etc., se asigna un específico valor de convicción a algunos medios, como ocurre con la inspección judicial (artículo 228), el indicio necesario (artículo 230), la presunción (artículos 232, 233), la confesión (artículo 264), los documentos públicos (artículo 261), se otorga gran amplitud discrecional al juez para apreciar otros, como sucede con los documentos privados (artículo 262), el testimonio (artículo 236) y la prueba pericial (artículo 278). No obstante, el juez no puede considerarse en ningún caso como un sujeto mecánico, cuya única misión consiste en la labor formal de confrontar la existencia procesal de los medios proboratorios con el valor que a cada uno de ellos le asigna la ley. Por el contrario, dentro del amplio campo de los estados de conciencia, para llegar a una declaración de certeza positiva o negativa (sentencia condenatoria o absolutoria) debe desarrollar una profunda labor dialéctica de análisis y síntesis, de correlación de unas pruebas con otras, hasta obtener una visión unitaria del hecho que trata de probarse, que no puede ser sino el producto de la consideración contextual de todos los medios aducidos al proceso. De otra parte, la relativa falencia lógica de la prueba puede llevar al juzgador a un estado de perplejidad o de duda, caso en el cual se impone la absolución en virtud del principio in dubio pro reo (artículo 216 del C. de P. P.). Pero, se repite, esta labor, amplia y compleja, de evaluación del contenido fáctico del proceso, corresponde exclusivamente a los juzgadores de instancia, y solo por vía de excepción, dentro del marco de errores sustanciales, puede asumirla la Corte en el ámbito de la casación.

Con base en las anteriores consideraciones propedéuticas, la Corte procede a estudiar los cargos formulados contra la sentencia acusada, con la advertencia de que por razones de método y de lógica, y por cuanto todos ellos llevan a la violación —en sentir del actor— de los mismos preceptos sustanciales, se analizarán en uno solo, claro está, haciendo particular referencia a cada específica violación planteada por el recurrente.

1º Aparece claro que el Tribunal apreció correctamente las diversas declaraciones de Julio César Patiño, dentro del amplio margen de evaluación que le otorga el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. De otra parte, tal como lo sostiene el Tribunal, las pruebas, superado el examen singular de cada una de ellas, deben correlacionarse unas con otras, para verificar su capacidad de convicción. Y si es cierto que Patiño sostiene, a folio 63 vuelto, que hacía dos años que compraba a Juan de Dios Ocampo y a Alberto Ceferino Vallejo "...resortes con envoltura, es decir, delgado, ancho, en rollos y en pedazos", y que "...desde cuando empezaron a venderme llevaban de esos rollos" (de primera calidad y con marca exclusiva), lo que hacían una vez a la semana, es también cierto que se contradice notoriamente. En efecto, en el careo con Ocampo Usma (folio 192), afirma que "hará unos dos años más o menos le vendió Juan de Dios a mi hermano un retal y *de ahí se perdió un tiempo* y después *volvió hace más o menos seis meses* y me siguió vendiendo recortes: nos vendía pedazos y ruedas de resorte para pantaloncillo". Y luego, en la misma diligencia: "inicialmente nos vendió resorte en retazos por ahí de medio metro e, inclusive, había pedazos que había que botarlos porque no servían, ese era el tamaño más grande que me vendía". Y en relación con Ceferido Vallejo: "...el otro resorte que le compraba a Ceferino *no me iba de ese marcado así* sino resorte de rayas, pero marcado solamente a Juan de Dios le compraba". En esta última exposición, Julio César Patiño coincide con lo expuesto por su hermano Fabio (folio 194), y en ambas versiones discrepa de lo afirmado por Moranth Ríos de Correa, cajera de Invatex, quien afirma que hacía aproximadamente un año que los obreros acusados compraban retales por interpuesta persona, pero se aproxima la última a lo que sostienen los sindicados en sus indagatorias. De este panorama de confusión creado por Patiño, que se extiende a todo el problema probatorio, solo puede deducirse con claridad que Ocampo Usma y Vallejo vendían en veces rollos de elásticos de gran dimensión, sin que pueda precisarse tampoco, cuál era la medida de ellos. (No son del texto las subrayas).

2º Tampoco encuentra la Sala error alguno en la evaluación de la presunta confesión de Ceferino Vallejo. Según el artículo 264, dentro de determinadas circunstancias, la confesión del sindicado se presume verídica. Y Ceferino Vallejo, ciertamente, afirmó que entre los retazos que empacaba con Ramiro Zuluaga iban intercalados unos cuantos rollos de resorte; que enviaba el producto a los Patiño intercalado, es decir, "retazos y rollos buenos". Pero las mismas circunstancias de anarquía en que se desenvolvía la administración de la empresa, y la imprecisión en la indagatoria, hacen que esta versión no pueda considerarse como confesión de un ilícito. Basta relievar que en la inspección judicial practicada a la "ramada" (almacén de desperdicios), visible a folio 59, se constató la existencia de recortes de elásticos con marcas exclusivas hasta

de cien centímetros, "y sin marcar hay varias calidades y dimensiones", que desafortunadamente no fueron establecidas. De otra parte, no se investigó cuál era el proceso que se seguía en relación con las mercancías de segunda, retales e imperfectos. Pero ni siquiera los funcionarios de la sociedad ofendida pudieron ponerse de acuerdo acerca de si unos rollos de resortes decomisados a los Patiño, eran de segunda calidad, o eran imperfectos. En estas condiciones, para derrumbar este cargo, basta con citar el siguiente aparte de la declaración de Félix Mejía Rojas (folio 39 vuelto), Jefe de Almacenes, bajo cuyo cuidado estaba el depósito de inservibles o desperdicios, y a quien los imputados daban semanalmente una propina. Dice así, refiriéndose a este asunto: "Advertí a dichos señores (los sindicados), que ellos no tenían obligación o derecho de retribuirme ningún centavo *ya que mi deber era vender las segundas*".

3º Tampoco el actor ha demostrado error manifiesto en la apreciación de la confesión de Luis Alfonso Cardona, porque aunque afirma que entre los retazos empacaban algunos rollos, aclara que lo hacían *por ser segundas,* para concluir en la respuesta final de su indagatoria (folio 9 vuelto), en que "por ejemplo, ahí no creo que eso sea hurto porque eso es comprado; eso no sale robado de allá, sino comprado". Y ya se vio cómo Félix Mejía, director de "la ramada" sostiene que su deber era vender las segundas. Y en el careo con Alberto Vélez (folio 197), dice que "yo había echado unos rollitos malos de segunda, o le decía a Alberto que los echara". Se concluye entonces que el ad quem no ha incurrido en error alguno en la interpretación de esta prueba.

4º El doctor Gilberto Giraldo Serna, Jefe de Relaciones Industriales de la empresa, ciertamente, declaró en la inspección judicial cumplida en las instalaciones de Invatex que por el análisis de las indicaciones suministradas por los tableros electrónicos que controlan la producción, se habían dado cuenta del ilícito. Pero la verdad es que en la denuncia respectiva había dicho que desde hacía algunos días las empresas dueñas de las marcas exclusivas se quejaban de que Invatex estaba vendiendo esos resortes a otras personas; que iniciaron una investigación y se dieron cuenta de que el mercado estaba inundado de pantaloncillos de mala calidad con elásticos de marca. De otra parte, el cargo, aunque estuviera probado, resulta completamente irrelevante, porque como lo sostiene el Tribunal, la explicación para ese fenómeno bien podría hallarse en la circunstancia, verificada en la inspección judicial, de que las máquinas nacionales de Invatex son de mala calidad, motivo por el cual o resulta mucho elástico de segunda, o disminuye el producto cuando se dañan con frecuencia y deben ser sometidas a reparación.

5º De igual manera puede razonarse en relación con el quinto cargo de la demanda, por cuanto las declaraciones de Enoc Rivera (folio 67) y Fernando Restrepo Jaramillo (folio 47), altos funcionarios de la empresa, han sido interpretadas correctamente, y lo que afirman los señores Seth Echeverri (folio 89) y Jorge Iván Rodríguez (folio 94), gerente y subgerente de la fábrica, en el sentido de que era perfectamente posible que los imputados se pusieran de acuerdo para sacar mercancía de primera sin control alguno, no pasa de ser una simple afirmación conjetural, un concepto, un modo de pensar que no afecta el contenido de la prueba, en cuanto no relatan un hecho percibido por cualquiera de los órganos de los sentidos, sino que expresan una convicción íntima.

6º La sentencia es invulnerable frente al sexto cargo. Se dice allí que el ad quem no apreció el informe suscrito por los agentes de Decypol visible a folios 1º y siguientes. En este documento, los investigadores relatan el resultado de sus pesquisas, pero especialmente el resultado de los interrogatorios a que fueron sometidos testigos e inculpados. Pero se advierte inmediatamente que ese escrito fue firmado únicamente por sus autores, y en ningún caso por los testigos y sindicados interrogados, lo que implica una violación de los numerales 6º y 8º del artículo 289 del Código de Procedimiento Penal, circunstancia ésta que vicia de nulidad ese documento.

7º El séptimo cargo es completamente inocuo, por cuanto nada aporta a la investigación, ni produce gravamen alguno el que el Tribunal sostenga que los fabricantes de pantaloncillos de "cargazón" utilizan todos los materiales imperfectos, y que "ninguno de ellos se vale de materiales de primera calidad". Como si lo anterior fuera poco, ya se evidenció cómo los materiales cuestionados en este proceso o eran segundas, o eran primeras imperfectas o retales, por lo que el Tribunal tiene razón. Y en cuanto a la afirmación de que esos mismos fabricantes compraban los materiales por kilos y no por unidades, resulta completamente inofensiva.

8º Se sostiene que en la sentencia no se apreció el indicio consistente en que el elástico producido por Invatex con la marca "New York" es de exportación (así lo declaran algunos directivos de la empresa), por lo que no se vende en el interior del país en ninguna cantidad, y a pesar de ello, entre el material decomisado a los Patiño (suministrado por Ocampo y Vallejo)

apareció un rollo con esa marca. Pero, aparte de que en "la ramada" se hallaron trozos (inspección judicial) de resortes con esa marca, en el caso de que ese hecho pudiera tomarse como indicio, carecería de poder suficiente para producir una convicción firme y razonable sobre la responsabilidad penal de los acusados en virtud de su amplitud y generalidad.

9º Se quiere ver un error manifiesto cuando el Tribunal acepta lo expuesto por Juan de Dios Ocampo y Hernando Herrera, en el sentido de que "jamás le han vendido rollos de segunda a los hermanos Patiño", y se pretende demostrar el cargo con base en las declaraciones de Julio César Patiño, Fabio Patiño, Ceferino Vallejo, Luis Alfonso Cardona, Seth Echeverri, Fabio Fajardo y Jorge Iván Rodríguez, y en el informe de los agentes secretos. Pero todas esas piezas procesales fueron ya analizadas en esta providencia, para llegar a la conclusión de que el Tribunal las apreció correctamente, por lo que el cargo no puede prosperar.

10. El décimo cargo contra la sentencia se hace consistir, como ya se vio, en la afirmación del fallador de que los hermanos Patiño Chica compraban la mercancía a los obreros por kilos y no por unidades, y en el valor probatorio que se le dio a la circunstancia de que los mismos formularon algunos reclamos acerca de la calidad de los elásticos, e inclusive, contraordenaron el pago de un cheque que habían girado a los vendedores. El ataque por este concepto es perfectamente inocuo. Pero, además, está probado que las ventas se efectuaban en esa forma, y Julio César Patiño es especialmente claro cuando afirma que realmente en muchas oportunidades la mercancía que llevaban los procesados era casi basura. Debe agregarse que la sentencia no descansa sobre esta consideración incidental, sino sobre una amplia visión de todo el complejo de las pruebas. Ciertamente, por fin, lo que afirma el Tribunal en este punto, probado como está, constituye un indicio corroborante de las exculpaciones que los imputados suministraron en sus indagatorias, por lo que no se advierte error alguno en la evaluación de esta circunstancia.

11. Cuando el ad quem afirma que "al gerente, al subgerente, al jefe del Departamento Comercial y al Jefe de Relaciones Industriales se les hizo muy extraño que pequeños industriales confeccionaran pantaloncillos de cargazón con elásticos que llevaban marcas utilizadas exclusivamente por Invatex. ¿Por qué? Porque no conocen o no están al tanto del engranaje interno de la fábrica, o más propiamente del sistema de producción y clasificación de la mercancía, se aduce por el recurrente que "acumuló a los muchos cometidos otro error manifiesto". Pero este es un concepto incidental que no tiene vínculo de causalidad alguno con la conclusión absolutoria de la sentencia, por lo que resulta el cargo claramente inocuo.

12. El *"duodécimo cargo"*, consistente en la afirmación de que hubo error manifiesto al aceptar, con base en las afirmaciones de Juan de Dios Ocampo y Julio César Patiño, que éste no se proveía de retazos únicamente de los suministros de los imputados, carece de importancia como ataque contra la sentencia. Así lo sostiene paladinamente el propio demandante en los siguientes términos: "Para probar —en su afán que me atrevo a llamar desmesurado— que los hermanos Patiño Chica no siempre han adquirido *los retazos* (subrayo) de Invatex por conducto exclusivo de los obreros vinculados a estos procesos, afirmación que, aun demostrada, no afectaría *la prueba de la existencia* del ilícito, sino que parece traída para crear un confusionismo, para probar —digo— esa tesis intrascendente..." (subraya la Sala).

13. En el *"cargo trece"* el impugnante afirma que se apreció erróneamente el llamado indicio de las propinas. Ya se sabe que los imputados daban propinas regularmente a Luis Carlos Acosta, obrero encargado de llevar desperdicios a "la ramada" y a Félix Mejía, jefe del almacén de desperdicios y encargado de las ventas. El primero fue sobreseído temporalmente, y el segundo ni siquiera fue vinculado al proceso.

Sobre este "indicio" el Tribunal hizo la siguiente reflexión que la Sala encuentra ajustada a derecho: "¿Cuál entonces, se preguntará, la razón para que al almacenista y al ayudante les dieran semanal o quincenalmente hasta de a cien pesos al primero y hasta de a cincuenta pesos al segundo? La explicación que de ello dan es aceptable: al almacenista para que les conservara el cupo de que venían haciendo uso por conducto de un tercero ya que estaba prohibido venderles directamente a ellos, y al ayudante para que les separara de la 'basura' los mejores retazos ya que ellos no podían escogerlos porque eran los únicos que no tenían acceso a 'la ramada', en tanto que a algunos particulares sí se les facilitaba la entrada por la falta de personal suficiente para escoger ese material". Tan cierto es lo anterior, que, como ya se dijo, a Acosta se le vinculó al proceso pero en su favor recayó un sobreseimiento temporal, mientras que Mejía no solo no fue vinculado a la investigación, sino que salió de la empresa con pensión de jubilación. Y si esa circunstancia pudiera interpretarse como

indicio de responsabilidad, no podría tomarse solamente contra las personas absueltas, sino contra todos los que intervinieron en la trama.

14. En relación con el *"cargo número catorce"*, consistente en el error en la apreciación del dictamen pericial del folio 389, debe decirse que es frágil en extremo. En efecto, según el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, "el dictamen del perito no es por sí plena prueba. Debe ser apreciado por el juez o el funcionario instructor, quienes, para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, han de expresar clara y precisamente las razones en que fundan su decisión". Y eso fue precisamente lo que hizo el Tribunal en los siguientes términos: "Los dictámenes periciales también merecen reparos porque no se ajustan a la realidad. Aunque en esa empresa se lleva un severo control, al decir del supervisor Elías Enoc Rivera Hincapié, los peritos fijaron arbitrariamente unas cuantías sin tener en cuenta cómo se ejerce el control interno, cómo se controlan el recibo de los materiales y la entrega de los productos, cómo se contabilizan los inservibles o sobrantes industriales, cómo operan las ventas, cómo se actualiza el kárdex, cómo opera la contabilidad, desde cuando comenzó (sic) a mezclarse los materiales de segunda con los retazos, etc.". Agréguese a lo anterior, que ya antes otros peritos habían rendido un dictamen con cifras astronómicas (folio 276 vuelto). ¿Cabría preguntar, entonces, si ambos dictámenes tienen los mismos fundamentos, cuál de ellos debería adoptarse? El último (folio 389) parte de bases equivocadas, en cuanto acoge criterios probatorios entre las varias alternativas que suministra el proceso, sin que los peritos tuvieran autoridad alguna para ello. Además, ni siquiera tuvieron en cuenta los expertos que los imputados pagaban la mercancía que adquirían en Invatex, lo que evidentemente constituye error grave.

III. "Quiere decir lo anterior que el recurrente no demostró ninguno de los errores manifiestos aducidos para derrumbar la sentencia. Todos los cargos tendían a evidenciar que el Tribunal violó el artículo 215 del C. de P. Penal. Pero con buen fundamento el juez de segunda instancia afirma: "Parece que a este proceso no se le ha prestado la suficiente atención porque si se examina el contenido íntegro de cada una de las exposiciones de los sindicados, si se les confronta y relaciona con los elementos de prueba aportados, se llega a la conclusión de que Invatex no ha sido víctima del delito contra la propiedad por parte de todos los obreros que aquí aparecen vinculados y mucho menos en la cuantía que esa empresa se considera perjudicada". Realmente, no hay en el proceso prueba seria sobre la existencia del cuerpo del delito, ni sobre las circunstancias del mismo, ni menos aún sobre la cuantía. A nadie se le ocurrió estudiar las facturas de ventas de Invatex a los obreros, que deben reposar en contabilidad, ni someter a un estudio técnico los rollos de elásticos decomisados, para establecer si son de primera, de segunda, imperfectos, etc.; tampoco se verificó en el establecimiento de los hermanos Patiño la contabilidad, o las colillas de los cheques pagados a los imputados por el suministro de elásticos o retales.

Finalmente, conviene advertir que aun aceptando los cargos formulados en la demanda, tampoco se habría demostrado el cuerpo del delito de hurto. Si el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal exige plena prueba de él, para dictar sentencia condenatoria, la que se revisa está ajustada a derecho. Porque ni remotamente se ha probado que los obreros de Invatex envueltos en este proceso *sustraían* cosas muebles, puesto que obtenían autorización del almacenista para comprar, se les expedía la orden de pago, cancelaban la factura en la caja de la empresa y con ella terceras personas retiraban esos objetos, los que únicamente quedaban en contacto con sus dueños después de que éstos salían de su trabajo. Y es de la esencia del delito de hurto que entre la cosa mueble que se sustrae y el autor de la sustracción, no haya intermediario de ninguna clase, ni llegue ella al patrimonio del agente a través de artificios o engaños.

No prospera, por lo dicho, ninguno de los cargos.

Decisión.

Con base en lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CASACION

Requisitos o presupuestos obligatorios de la demanda de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo tres de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 5 de 26 de febrero de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por sentencia de noviembre 30 de 1973, el Juzgado Once Superior de esta ciudad condenó a Julián Uribe Berrío a la pena principal de veintiún años y cuatro meses de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable de los delitos de homicio agravado y robo. Al revisar esta providencia por vía de apelación, el Tribunal Superior la confirmó en todas sus partes.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor de Uribe Berrío, el que fue sustentado oportunamente. Agotados los trámites legales, corresponde ahora a la Sala decidir sobre la impugnación.

Hechos y actuación procesal.

En las primeras horas de la noche del 28 de mayo de 1973, en una de las piezas del local distinguido con el número 22-69 de la carrera 16 de esta ciudad, se hallaban ingiriendo licor Bernardino Hernández Sánchez y Julián Uribe Berrío, quienes, al parecer, se conocían desde hacía unos dos meses. Hacia las 11 de esa misma noche, Hernández Sánchez recibió un golpe de cuchillo en la región lateral derecha del cuello, de manos de su contertulio Uribe Berrío, que le produjo la muerte instantáneamente. Momentos después, el último de los mencionados salió del lugar llevando consigo dos maletas con alguna mercancía, objetos éstos que no eran de su propiedad.

Perfeccionada la investigación, el Juez Once Superior a quien correspondió el proceso por reparto, al calificar el mérito del sumario (enero 9 de 1973), llamó a responder en juicio criminal, por los trámites del jurado, a Uribe Berrío, como autor de los delitos de homicidio agravado y robo. Interpuso el defensor recurso de apelación contra esta providencia, y el Tribunal le impartió su aprobación.

La audiencia pública se celebró el 6 de noviembre último, y a los jurados de conciencia se les sometieron dos cuestionarios concebidos en los siguientes términos:

"CUESTIÓN PRIMERA. ¿El acusado Julián Uribe Berrío, es responsable, sí o NO de haber dado muerte con el propósito de matar, y para consumar otro delito, a Bernardino Hernández Sánchez, mediante herida causada con arma cortopunzante (cuchillo), según hechos ocurridos en las últimas horas del veintiocho (28) de mayo de mil novecientos setenta y dos (1972) en la carrera 16 número 22-69 de esta ciudad, comprensión de este Distrito Judicial? Bogotá, D. E., noviembre seis (6) de 1973".

El jurado contestó: "Sí, es responsable".

"CUESTIÓN SEGUNDA. ¿El acusado Julián Uribe Berrío, es responsable, sí o NO, de haberse apropiado de bienes pertenecientes a la señora Carolina Pineda v. de Pernet, ejerciendo violencia sobre Bernardino Hernández Sánchez que lo imposibilitaron a obrar, según hechos ocurridos al finalizar el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos setenta y dos (1972), en la carrera 16 número 22-69, de esta ciudad, comprensión de este Distrito Judicial?. Bogotá, D. E., noviembre seis (6) de 1973".

La respuesta del jurado fue: "Sí, es responsable".

En la sentencia, como ya se vio, el Juzgado acogió los veredictos y condenó a Uribe Berrío a las penas conocidas.

Demanda de casación.

El actor acusa la sentencia con base en la causal cuarta de casación, y aduce que "el Tribunal sentenciador dictó la providencia impugnada, a través de una anfibológica formulación de la acusación en el auto de proceder, lo que lesionó el primordial derecho de la defensa y con ello quebrantó, por ende, el artículo 26 de la Constitución Nacional. En consecuencia, respetuosamente impetro se decrete la nulidad de la actuación, a partir de la incorrecta formulación del pliego de cargos estampado por el Juzgado de primera instancia, inclusive, y como secuela se devuelva el proceso al dicho funcionario para la correspondiente enmienda procesal".

Transcribe las cuestiones que fueron sometidas al jurado y algunos apartes del auto procesatorio y de la providencia del Tribunal que lo confirmó. Cita luego a algunos autores, en el empeño de demostrar que se incurrió en error por cuanto no se trata, en el caso sub júdice, de un concurso real de homicidio y robo, sino de un único ilícito complejo. Y en lo que podría considerarse como la concreción del cargo, afirma: "Por lo tanto, considero fundado el cargo de nulidad de origen constitucional, que se origina en la Carta Fundamental, y que corresponde al quinto y final evento de desconocimiento de las garantías procesales, a que hace alusión el artículo 26 de nuestra Magna Carta y que son: a) Falta absoluta de defensa; b) Cuestionario incompleto; c) Aplicación de leyes post delictum; d) Inasistencia del procesado menor, y e) *Procesamiento anfibológico,* vicio de nulidad que es el que acompaña al fallo de segunda instancia, tema del recurso de casación".

El Ministerio Público.

Al descorrer el traslado, el Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se deseche el recurso, y aduce tres razones fundamentales para sustentar su petición, razones que la Sala comparte plenamente, y que son:

"A. De la norma transcrita (artículo 576 del C. de P. P.) se deduce que es requisito o presupuesto obligatorio, para aceptar la demanda de acusación al fallo, hacer 'un resumen de los hechos debatidos en el juicio', condición ésta que olvidó el actor, pues que en su escrito, que más se asemeja a una alegación de instancia, que a la demanda de casación, no se hizo la formulación o narración, así lo sea resumida, de los hechos materia del debate en el juicio. Faltando, entonces, uno de los requisitos legales indicados para la confección de la demanda, ésta no puede ser estudiada a fondo, así esté precedido su estudio por un pronunciamiento declaratorio de admisibilidad, toda vez que, a diferencia de los escritos empleados en las instancias para desarrollar la función defensiva o acusatoria del sindicado, la demanda que sustenta al recurso extraordinario de casación, tiene que responder obedientemente a la orden legal, indicativa de sus presupuestos estructurales;

"B. De igual manera la norma procedimental transcrita exige al demandante indicar 'en forma clara y precisa' los fundamentos del cargo al fallo recurrido, mandamiento que en forma reiterada ha ampliado y precisado la jurisprudencia, en el sentido de indicar cómo se ha de manejar el recurso extraordinario, a través de claridad e identificación indubitable de los cargos con los que acusa al fallo, como correspondencia a la naturaleza del recurso extraordinario, dado caso que la honorable Corte no tiene facultad para llenar los vacíos argumentales de la censura, ni menos, oficiosamente, detectar los razonamientos jurídicos para fortalecer la debilidad del cargo, o también, para indagar sobre cuál fue el verdadero pensamiento que movió al demandante, y que él no pudo plantear palmariamente.

"Para este Despacho hay imprecisión en la censura, toda vez que ella solamente se enuncia, casi que pudiera afirmarse tangencialmente, tal se palpa en la consideración 'octava', dejándose la mayor parte del escrito a estudio para transcripciones que, aunque de suyo respetables y de contenido doctrinario, no suplen la deficiencia que se le anota a los planteamientos del actor, referente a falla omisiva en la identificación y contenido exacto del cargo, como también de los efectos jurídicos incidentes en el fallo sub júdice.

"C. La tercera y última razón para que se rechace la demanda, la da la reiterada jurisprudencia de la honorable Sala de Casación Penal, con la cual ha precisado el contenido institucional del artículo 26 del estatuto político, puntualizando las cuatro garantías que las inspiran y los mecanismos de demostración de ellas que han de ponerse en marcha cuando se reclama, como sanción al fallo recurrido, la nulidad que tiene como génesis tal norma supralegal". (Y transcribe luego una sentencia de esta corporación).

Considera la Sala.

Los planteamientos del Agente del Ministerio Público son más que suficientes para desestimar

la demanda. Conviene agregar, sin embargo, que como se ha dicho reiteradamente, la Corte no es un tribunal de instancia, y que su competencia está circunscrita y limitada por el contenido de la acusación, sin que le sea permitido suplir las deficiencias y omisiones de la misma. De otra parte, la elaboración doctrinaria cumplida por la jurisprudencia ha precisado con nitidez que cuando se invoca la causal cuarta con base en la violación del artículo 26 de la Constitución, el actor debe puntualizar claramente cuál de las garantías que esa norma consagra se considera violada, cuál la incidencia de la violación en la sentencia, y demostrar el cargo en forma que no deje lugar a dudas. Nada de lo anterior se advierte en la demanda, pues el recurrente confusamente acusa la sentencia por "procesamiento anfibológico", sin determinar el contenido de la censura, ni sus proyecciones, ni su fundamentación. Finalmente, debe relievarse que el procesado fue llamado a responder en juicio en forma clara y concreta, con sometimiento a las prescripciones legales. Y más aún, los cuestionarios que fueron sometidos a la consideración del jurado, redactados en armonía con el auto de vocación a juicio, son claros y concretos, sin que se pueda advertir en sus términos duda alguna acerca de las infracciones, con todos sus elementos tipificadores, sobre las cuales debía verterse la respuesta. El cargo, entonces, no prospera.

Decisión.

Por lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, DESECHA la demanda de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES

En los procesos que se siguen con la intervención de Consejos de Guerra Verbales, no existe propiamente un auto de proceder y en consecuencia no puede pedirse que las resoluciones se ajusten a los rigurosos requerimientos que tanto para el fondo como para la forma de un auto de vocación a juicio establecen las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.— Las providencias que conforme al artículo 427 del Código de Justicia Penal Militar se deben notificar son los autos interlocutorios y las sentencias. Pero no aparece de esta última norma ni de otra alguna que deban serlo las Resoluciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo veinte de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 7.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia de 8 de junio del año pasado, dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y por medio de la cual confirmó la proferida por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra el 30 de noviembre de 1973, adicionándola para condenar al pago de perjuicios, interpuso oportunamente Héctor Vela Ramírez, contra quien se adelanta el presente proceso por el delito de homicio cometido en Paz de Ariporo, en la noche del 14 al 15 de abril de 1973 y del que aparece como ofendido Miguel Angel Castro Garrote, el recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala que ordenó seguir el trámite de rigor, agotado el cual, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal.

Tuvieron aquéllos lugar en el sitio y fecha que se dejan mencionados y pueden sintetizarse diciendo que el agente carabinero Miguel Angel Castro Garrote penetró, en compañía de otros dos y ya en las primeras horas de la madrugada del día citado a una cantina en donde se encontraban varias personas, entre ellas el agente del DAS Rural Héctor Vela Ramírez, quien se dedicaba a ingerir licor en compañía de un detenido al que debía conducir a Aguazul. Los carabineros intentaron desarmar a Vela Ramírez, pero éste se identificó y por ello le devolvieron un revólver que le habían quitado. Poco después Vela salió a la calle y le disparó por dos veces a Castro Garrote, hiriéndolo en la cabeza en forma que el lesionado murió cuando era conducido, en una avioneta, al hospital de Yopal.

Con fecha 17 del mes y año citados, el Alcalde de Paz de Ariporo dictó un auto en el cual manifestó que acogía el informe policial de los hechos como cabeza de proceso y ordenó practicar varias diligencias recibiendo, en efecto, algunas declaraciones de testigos presenciales.

Pero con fecha 24 del mes citado dicho funcionario las remitió al Juez Promiscuo Municipal de la misma localidad el que por auto de 24 de los mismos manifestó: "Acójanse las anteriores diligencias y, en consecuencia, se dispone:..." ordenando, entre otras cosas, practicar las diligencias señaladas en el auto "cabeza de proceso" (sic).

Posteriormente la investigación fue adelantada por el Juez Sesenta de Instrucción Penal Militar quien, una vez perfeccionada, la envió al Comando de la Séptima Brigada, con sede en Villavicencio el cual, recibido el concepto del Auditor Principal de Guerra correspondiente, quien manifestó que el sindicado debía responder ante el consejó verbal de guerra por su conducta, profirió la Resolución número 057 de 23 de noviembre de 1973 en la cual, luego de las consideraciones de rigor, se dispuso:

"Convocar en la Guarnición de Villavicencio, un consejo de guerra verbal para que por los trámites señalados en el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, juzgue al exagente del DAS Rural Héctor Vela Ramírez, por el delito de 'homicidio intencional' de que trata el Título XV, Capítulo I, artículo 362 del Código Penal Común, según hechos ocurridos en la localidad de Paz de Ariporo (Casanare), el día quince de abril del corriente año".

El consejo de guerra verbal en cuestión se celebró el 27 de los citados mes y año y en él se sometió a la consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"El acusado, ex-agente del DAS Rural, Héctor Vela Ramírez, de anotaciones personales y sociales conocidas en autos, es responsable, sí o NO, de haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, al agente de la Policía Nacional Miguel Angel Castro Garrote, a quien le propinó dos disparos de revólver en la región craneana, según hechos ocurridos en el Municipio de Paz de Ariporo (Casanare), el día quince (15) de abril de mil novecientos setenta y tres (1973)".

El veredicto fue condenatorio por unanimidad (folio 143).

Con base en él se pronunció por la Presidencia de dicho Consejo con fecha 30 de noviembre del año mencionado, sentencia en la que se condenó al procesado a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las sanciones accesorias correspondientes, pero no se mencionó la condenación al pago de perjuicios.

De esa providencia apeló el procesado y, concedido el recurso, se ordenó enviar los autos al Tribunal Superior Militar que, una vez recibidos, dispuso que se mantuviera el proceso en Secretaría para que las partes pidieran pruebas (folio 175).

Empero, ese mismo Tribunal resolvió (folio 182), remitirlo a la justicia ordinaria por haberse restablecido, entre tanto, la normalidad constitucional por Decreto 2725 de 1973 que levantó el estado de sitio.

Fue así como llegó el proceso al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo el cual abocó el conocimiento y profirió la sentencia que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

Antes de enviar el proceso a la Corte, pero después de concedido el recurso mencionado, el Tribunal se pronunció sobre una solicitud del defensor en el sentido de que se decretara un antiprocesalismo (sic) por no habérsele notificado el auto mediante el cual la Séptima Brigada concedió el recurso de apelación de la sentencia ni haberse notificado al procesado el auto de fijación en lista en la segunda instancia.

Esta petición fue denegada por auto de 15 de junio del año pasado en el cual el ad quem dijo, en síntesis, que como ni el defensor ni el mismo procesado habían alegado nulidad durante la fijación en lista, ni antes de que se dictara sentencia de segunda instancia, no era del caso de decretarla y que ella solo podía ser alegada en casación.

Demanda de casación.

Formulada en tiempo oportuno, y declarada ajustada a las normas que rigen esta especie de actos, formula tres cargos a la sentencia acusada, todos en el marco de la causal cuarta de casación, esto es, porque, según el recurrente, se pronunció en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo. Incompetencia del juez.

Lo hace consistir esencialmente en que la investigación fue abierta por quien no tenía competencia para ello por no ser funcionario de instrucción, a saber, el Alcalde Municipal de Paz de Ariporo.

Cita como violados los artículos 48 y 309 del C. de P. Penal.

Segundo cargo. No haberse notificado el auto de proceder en debida forma al procesado y a su defensor.

Asevera la demanda que la resolución por medio de la cual se convocó al consejo de guerra verbal adolece de tremendos vicios como el de que no menciona el nombre de la víctima;

Pero, además de eso, dice, no fue notificada debidamente a las personas mencionadas con lo cual se privó al procesado de nombrar defensor quien ni siquiera firmó el acta correspondiente.

Señala como infringidos los artículos 210, ordinal 3º, del C. de P. Penal y 441 del Código de Justicia Penal Militar.

Tercer cargo. Inexistencia del fallo de segunda instancia.

Concreta esta censura en el hecho de que la sentencia proferida por la Justicia Penal Militar no fue notificada por edicto y el auto que concedió la apelación de la misma no se notificó personalmente al defensor ni por estado a las partes, por lo cual, afirma, carecía de competencia el Tribunal para conocer el recurso ya que la sentencia de primer grado no estaba debidamente ejecutoriada ni tampoco el auto que concedió el recurso de alzada, inobservancia de formalidades que generó, en su sentir, inexistencia del respectivo acto procesal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 214 del C. de P. Penal.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Tercero Delegado Penal, quien lleva en este caso la vocería del Ministerio Público, solicita que se deseche el recurso por carecer de fundamento los cargos aducidos contra la sentencia.

Esta Sala acoge, por encontrarlos plenamente aceptables, los razonamientos de la Procuraduría y para no dilatarse en inútiles repeticiones, pasa de una vez a exponer su criterio.

Consideraciones de la Corte.

En forma breve, como corresponde a la claridad de las situaciones analizadas, la Corte examinará a continuación, por separado, cada uno de los cargos, así:

Primer cargo.

Es verdad que el Alcalde de Paz de Ariporo dictó un auto que denominó cabeza de proceso y que llevó adelante algunas diligencias relacionadas con el hecho sub júdice.

También lo es que los alcaldes municipales no tienen el carácter de funcionarios de instrucción y que solo ejercen ocasionalmente funciones de Policía Judicial en casos de urgencia o cuando, por cualquier circunstancia, no intervenga inmediatamente el funcionario de instrucción o la Policía Judicial, según dispone el artículo 287 del C. de P. Penal.

Pero en el presente caso, a más de no aparecer que intervino de inmediato uno de los funcionarios mencionados por la disposición que se acaba de citar, lo que hacía jurídicamente posible la actuación del alcalde como funcionario instructor, se tiene que el juez municipal cuando se le pasaron las diligencias llevadas a cabo por el Alcalde manifestó que las acogía y ordenó la práctica de otras, lo que hacía de esta providencia un verdadero auto de apertura del proceso.

Carece, pues, de base el cargo estudiado y por eso habrá de rechazarse.

Segundo cargo.

Es bien sabido que en los procesos que se siguen con la intervención de consejos de guerra verbales no existe propiamente un auto de proceder.

Esos consejos, como aparece claramente del artículo 567 y otras disposiciones del Código de Justicia Penal Militar no exigen que se haya adelantado previamente una investigación, o sea, que en muchos casos ésta se hace dentro del mismo consejo.

Mal puede pedirse, en consecuencia, que la resolución que lo convoca se ajuste a los rigurosos requerimientos que tanto para el fondo como para la forma de un auto de vocación a juicio establecen las disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que las exigencias de tal resolución sean mucho menores que las de un auto de proceder ya que para aquellas basta expresar, según la norma citada del Código de Justicia Penal Militar, qué persona o personas aparecen hasta el momento como sindicadas, qué delito o delitos se estructuran de acuerdo con lo actuado, qué personal debe integrar el consejo y en qué sitio debe verificarse la reunión del mismo.

No se necesita que mencione el nombre de la persona ofendida con el ilícito ni la fecha y hora de la convocatoria del consejo indicación ésta que, según la disposición ameritada, puede delegarse en el presidente del consejo.

La Resolución número 057 de 24 de noviembre de 1973 por la cual se convocó el consejo de guerra verbal en el presente proceso, se ajustó exactamente a esas exigencias por lo cual no puede decirse que hubiera violado norma alguna procesal y menos el derecho de defensa del procesado.

En cuanto a la notificación de la misma se tiene que, por no tratarse de un auto sino de una resolución, si bien debía ser comunicada, no era necesario notificarla.

Vale la pena observar que según el artículo 419 del Código de Justicia Penal Militar "las providencias que se dicten en un proceso militar se denominan sentencias, autos interlocutorios, autos de sustanciación y resoluciones".

Y que conforme al artículo 427 del mismo ordenamiento, se deben notificar los autos interlocutorios y las sentencias. Pero no aparece de esta última norma ni de otra alguna que deban serlo las resoluciones.

En consecuencia, se cumplió con la orden de comunicar la resolución referida que se dio al final de la misma, cuando al reunirse el consejo de guerra verbal se enteró al procesado del derecho que tenía de nombrar un defensor lo que aquél procedió a hacer encomendando su defensa a un abogado que la ejerció en forma adecuada.

La ausencia de la firma de éste en el acta del consejo no constituye tampoco causal de nulidad ya que no hay duda alguna de que asistió a él y, como se acaba de decir, cumplió a cabalidad su obligación de defender al sindicado.

Tal omisión, por lo demás, no está erigida en causal de nulidad procesal ni puede elevarse al rango de nulidad constitucional por cuanto no vulnera derechos fundamentales del procesado.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.

La falta de notificación de la sentencia al defensor puede calificarse de irregularidad en la tramitación de un proceso como el presente ya que el artículo 427 del C. de Justicia Penal Militar la ordena.

Pero no constituye causal de nulidad procesal porque no la contempla el artículo 441 del mismo ordenamiento entre las circunstancias que producen la invalidación del proceso.

Y tampoco puede hablarse en el presente caso de nulidad constitucional por cuanto de autos aparece que la susodicha sentencia se notificó personalmente tanto al procesado como al Agente del Ministerio Público el primero de los cuales apeló de ella, después de lo cual se envió el proceso al superior y éste lo pasó, por cambio de competencia, al Tribunal Superior que lo resolvió en debida forma. Es decir, que el trámite de la apelación se cumplió cabalmente.

Por las razones expuestas tampoco puede calificarse de nulidad la falta de notificación al defensor del auto que concedió la alzada.

Se rechaza, en consecuencia, este cargo.

Por lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia ameritada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD

Cuando los cuestionarios sometidos a los vocales del consejo de guerra verbal no llevan las firmas del presidente de dicho consejo, ni la del asesor jurídico y su secretario, se incurre en nulidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 7 de marzo 20 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

El Tribunal Superior Militar, en sentencia de dos de abril de mil novecientos setenta y cuatro, condenó a los suboficiales Gerardo Ariza Ariza y Waldino Mejía Jiménez a las penas principales de treinta y dos meses de presidio como autor responsable del delito de peculado militar, el primero, y como cómplice en el mismo ilícito al segundo, así como a las sanciones accesorias correspondientes, hecho ocurrido el primero de septiembre de mil novecientos setenta y dos en la ciudad de Manizales y Chinchiná (Caldas), confirmando así la decisión del presidente del Consejo de guerra verbal contenida en la sentencia que dictó en Armenia el cinco de septiembre de mil novecientos setenta y tres.

Contra la mencionada sentencia recurrieron en casación los procesados, por medio de apoderado especial. El recurso les fue admitido por auto de siete de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, y la demanda el diez y ocho de noviembre último.

Los hechos.

Así los narra el Tribunal Superior Militar:

"El SV Gerardo Ariza Ariza, quien desempeñaba el cargo de almacenista (con fianza de manejo vigente) de la Compañía 'C' del Batallón 'Cisneros', recibió del S-4 de la Unidad, con destino al proyecto 'San Antonio - Alto del Guarapo', una orden de pedido de fecha 29 de agosto de 1972 para retirar 1.200 galones de gasolina de la firma Terpel, en Manizales. El 1º de septiembre del año citado, entre las siete y las ocho de la mañana, al salir del Batallón Cisneros el SS Mejía Jiménez Waldino con el carro-tanque de placas EJC-13093 para la ciudad de Manizales con el fin de retirar un combustible, fue interceptado en la Guardia por el SV Ariza Ariza Gerardo, quien le pidió el favor de llevarlo hasta la ciudad mencionada donde debía realizar gestiones particulares; el conductor, Sargento Mejía, accedió sin dilaciones y continuaron la marcha; en el trayecto, Ariza manifestó que tenía un vale de cuadre para retirar 1.200 galones de gasolina que le había dado el civil del S-4 con la indicación de que Mejía sabía qué hacer con él; ambos decidieron arrimar de paso a la estación de servicio de Chinchiná de propiedad de Octavio Echeverry y ofrecer en venta el combustible; los dos plantearon el negocio a Jesús Eligies Rúa, empleado de la bomba, quien, en convenio con el propietario, aceptó la negociación para pagar la gasolina a razón de $ 2.90 el galón; realizada la transacción, Ariza y Mejía continuaron su marcha, retiraron de la firma Terpel en Manizales los dos mil doscientos galones de combustible, previa entrega de la orden de pedido citada al comienzo, gasolina que fue recibida a satisfacción por el SS Mejía, según consta en la factura número 02579 de la misma firma (folio 26); luego los dos Suboficiales regresaron a Chinchiná donde descargaron el viaje de gasolina en la estación de propiedad de Octavio Echeverri, recibieron el pago de la misma mediante el cheque número 560227 del Banco Cafetero, girado por Echeverri por la suma de tres mil cuatrocientos ochenta pesos ($ 3.480.00) a nombre de Jesús Eligies Rúa, que previo endoso fue cobrado por ventanilla por el SV Gerardo Ariza Ariza. De este dinero, Ariza dio a Mejía como participación

la suma de $ 1.240.00 y guardó el resto; Ariza manifiesta que posteriormente, del saldo guardado, entregó mil pesos al civil Miguel Angel León Castaño, como participación en el ilícito'' (folios 259 a 261).

La investigación le fue confiada a un funcionario de instrucción que adelantó las primeras diligencias, y el 26 de septiembre de 1972 dictó auto de detención contra los suboficiales implicados en la comisión del ilícito, y lo hizo por el delito de ''abuso de confianza'' cometido en perjuicio de los bienes del Estado, según hecho sucedido el 1º de septiembre de 1972'' (folio 59). Más tarde, y luego del concepto de la Auditoría Auxiliar Quince de Guerra, y en obedecimiento a lo preceptuado por el artículo 567 del Código de Justicia Penal Militar, se dictó la Resolución número 073 de agosto 28 de 1973, mediante la cual se dispuso la convocatoria de un consejo de guerra verbal ''que juzgue a los Sargentos Viceprimero Gerardo Ariza Ariza y Segundo Waldino Mejía Jiménez, por el delito de peculado, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que da cuenta la investigación'' (folio 190). Este consejo de guerra verbal, culminó con la lectura de la sentencia mediante la cual se condenó al ''Sargento Viceprimero del Ejército Nacional, perteneciente al Batallón de Ingenieros número 4 Cisneros, Gerardo Ariza Ariza... a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidió, como autor responsable del delito militar de peculado'', y ''al Sargento Segundo del Ejército, perteneciente al Batallón de Ingenieros número 4 Cisneros, Waldino Mejía Jiménez... a la pena de treinta y dos (32) meses de presidio, como cómplice necesario del delito de peculado'' (folio 2119).

El Tribunal Superior confirmó el fallo de primera instancia mediante sentencia de abril dos de mil novecientos setenta y cuatro, decisión que ha sido materia del recurso extraordinario de casación que debe resolverse ahora.

Demanda de casación.

Como acusación al fallo recurrido el demandante invoca la cuarta de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y en torno a ella desarrolla contra la sentencia del Tribunal dos cargos y al amparo del artículo 26 de la Constitución Nacional alega la existencia de una nulidad supralegal.

Primer cargo. Nulidad legal (artículo 441, numeral 2º del Código de Justicia Penal Militar). Para fundamentar su argumentación el demandante transcribe la norma que toca con la nulidad por error, relativa a la denominación jurídica de la infracción que se hizo. Luego, ensaya la demostración del cargo con argumentos de diverso orden, partiendo de la base de que en los consejos de guerra verbales no se ha previsto el auto de proceder, pieza procesal que en ellos se reemplazaría con la formulación de cuestionarios. Así que, dice el recurrente, ''la calificación jurídica del hecho por el cual van a responder los procesados durante el juicio se hace en el cuestionario, con cuya formulación se inicia la más importante y definitiva etapa procesal, porque contiene el pliego de cargos que el Estado le formula al acusado''.

En desarrollo de la premisa anterior, el censor estima que se incurrió en error en la calificación jurídica del ilícito por el cual fueron condenados sus patrocinados, ya que esa conducta ''puede encontrar adecuación en una disposición distinta a la prevista en el artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar y distinta a cualquiera de las descripciones legales consagradas en el Título X del Libro II del mismo estatuto''. O sea que, en el caso *subexamen* no se trataría, en ninguna forma, ni de peculado, ni de ninguno de los otros delitos que atentan contra los bienes del Estado, de acuerdo con la denominación que les asigna el estatuto castrense.

Examina el recurrente, más adelante, los elementos constitutivos del delito de peculado, para detenerse en el análisis pormenorizado de varios de ellos, con el propósito de demostrar su inadecuación al caso concreto.

Que así, por ejemplo, en cuanto al objeto material del peculado, debe tratarse ante todo, ''de un bien o caudal de propiedad del Estado'' y, además, ''debe estar destinado al servicio de las Fuerzas Armadas'', si no se reúnen estas dos condiciones, el ilícito no puede ser peculado, como se dice en la sentencia. Luego, busca la demostración de su aserto, previas las siguientes premisas:

1ª Que la gasolina que vendieron sus patrocinados a Octavio Echeverri Jaramillo por intermedio de Jesús Eligies Rúa y a la cual se refieren los cuestionarios propuestos a los vocales del proceso militar ''no era de propiedad del Batallón de Ingenieros número 4 Cisneros, ni estaba destinada a su servicio como se dice allí erróneamente'', por lo cual, el hecho estuvo mal calificado, y ello conduce irremediablemente a la existencia de la nulidad alegada.

Para demostrar sus afirmaciones el recurrente esgrime diversos argumentos que bien pueden resumirse así:

a) La Contraloría General de la República en el Manual de Control Fiscal para el Ministerio

de Defensa, contiene varias normas relacionadas con la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo adscritos a dicho Ministerio, y en ese Manual se dispone que la responsabilidad de estos empleados en relación con los bienes que manejan "se limita a los que por cualquier título tengan en existencia en sus almacenes, y a los que les haya (sic) sido entregados para su servicio, y el de su oficina"; que, además, dicha responsabilidad será definida a través de un juicio fiscal de cuentas;

b) Que, de acuerdo con ese mismo Manual, los comprobantes de entrada que debe producir el encargado del almacén, deberán elaborarse en formatos que han sido elaborados previamente por la Contraloría y deberán llevar los sellos del empleado almacenista, todo lo anterior, para su validez;

c) Que en cuanto a las salidas de bienes del almacén, y de acuerdo con lo establecido en ese Manual, esas novedades deberán constar, igualmente, en formatos con el lleno de las ritualidades de rigor. Así mismo, se prevén precisas instrucciones para la compra de combustibles con detalles de diverso orden.

De todo lo anterior concluye, que el documento con el cual se estableció la venta del combustible por parte de los sindicados, por no reunir estos precisos requisitos exigidos por la Contraloría, no es prueba suficiente para demostrar la existencia del peculado, y que si por caso, se trataría más bien de un delito de estafa. Que, además, de acuerdo con lo afirmado por el señor Auditor Fiscal de la Contraloría, en la diligencia de revisión de cuentas, en donde el mencionado funcionario hizo el examen de los documentos que sirvieron de prueba para establecer la existencia de un supuesto peculado por parte de los dos Suboficiales, cotejándolos con las normas del Manual expresó, entre otras cosas que "esta Auditoría Fiscal conceptúa que los bienes de la Nación correspondientes al proyecto de carreteras denominado San Antonio - Alto del Guarapo, no han sido objeto de mal manejo que constituya delito alguno. Así mismo se considera que para la iniciación de proceso por delito cometido en bienes del Estado, debe tenerse como base de procedimiento el acta de visita fiscal que haga la Contraloría General de la República, ya que es esta la entidad fiscalizadora de los fondos y bienes de la Nación", y que constituyendo dicha acta, documento público, él hace plena prueba en cuanto a su contenido que no puede ser otro que el de la inexistencia del delito imputado. Concluye el recurrente, en este punto, así:

"Queda así demostrado que la gasolina no era bien del Estado y como corolario no estaba al servicio de las Fuerzas Armadas", porque, además, en el curso del consejo de guerra, el señor defensor de Ariza demostró que la gasolina se iba a consumir en la ejecución de un contrato celebrado entre el Ministerio de Defensa y la Gobernación del Valle del Cauca, y que por lo mismo, no se trataba de "gasolina del Batallón, entre otras cosas porque éste no es persona jurídica... etc.".

Segundo cargo. Como subsidiario, plantea el recurrente al que hace consistir en nulidad "por equivocada elaboración de los cuestionarios" (artículo 441, numeral 6º del C. de J. P. M.) que el censor transcribe para mayor ilustración. La incorrección consistiría, en que el presidente del consejo de guerra, al elaborar las preguntas sometidas al veredicto de los vocales, transcribió literalmente los presupuestos teóricos de la figura delictiva —peculado— descrito en el artículo 232 del C. de J. P. Militar, y en especial, en la parte donde se hace referencia al provecho ilícito, sobre el cual discurre de la siguiente manera:

"En provecho suyo o de terceros", dice el cuestionario. "O" es una conjunción disyuntiva que denota alternativa o diferencia; la utiliza el legislador para denotar el dolo específico y que debe incorporarse al cuestionario en una o en otra forma de conformidad con lo que indique la prueba, pero no para hacer una transcripción mecánica... Al contestar el jurado con un sí, el veredicto se tradujo en que es responsable de una apropiación "en provecho suyo o de un tercero"; es decir, que para el jurado y para el juez de derecho le es indiferente a quién benefició la conducta, como si este concreto beneficio no fuera parte integrante y fundamental del delito".

Insiste el censor en el argumento de que el combustible no era de propiedad del Estado, ahora con el argumento de que "los batallones son unidades tácticas, grupos de personas organizadas jerárquicamente para la guerra, pero no pueden ser sujetos activos ni pasivos de delitos... La ley penal militar... no protege bienes de los batallones ni de las personas que los integran... sino bienes del Estado, persona jurídica que sí puede ser víctima de atentados contra su patrimonio. Al decir que los bienes eran de propiedad del batallón se hizo una afirmación sin sentido, sin consecuencias jurídicas, se lleva a confusión a los jueces de conciencia, al punto de no saber si la gasolina era de propiedad de los integrantes de la unidad, o era del Departamento del Valle del Cauca. Como si fuera indiferente este aspecto fundamental del delito".

Por tanto, concluye el memorialista, se incurrió en nulidad de tipo legal, puesto que se "omitió el sujeto pasivo de la conducta tal como está

determinado en el artículo 233 del Código de Justicia Penal Militar. No se puede hablar de peculado militar en un cuestionario ni en un auto de proceder, sin especificar que el bien objeto de la apropiación es del Estado''.

Encuentra así mismo incorrecta la elaboración de los cuestionarios, por cuanto al preguntarse sobre la responsabilidad del Suboficial Waldino Mejía Jiménez se le coloca como un cómplice necesario, mientras que el recurrente considera que esa forma de preguntar corresponde más a la modalidad de la coautoría, que a la de complicidad necesaria.

Tercer cargo. Nulidad constitucional. Afirma el recurrente que se violó la tercera de las garantías constitucionales expresamente reconocidas en el artículo 26 de la Carta, por cuanto se emitió un veredicto sobre ''cuestionarios inexistentes. En efecto (sic) y como aparece a folios 194, 195, 196, 198, 199 y 200 del expediente, los cuestionarios o los papeles que figuran como tales en el proceso, no fueron firmados por el presidente del consejo de guerra ni por el secretario del mismo; esta omisión conlleva la inexistencia de que trata el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal'' que el actor transcribe.

En apoyo de su tesis, recuerda una reciente jurisprudencia de la Corte en la cual se hizo el examen de una situación similar, habiéndose concluido con el reconocimiento de la nulidad.

Concepto del Procurador.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en concepto de 20 de diciembre de 1974 contesta en forma separada cada uno de los cargos formulados a la sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Demostración de que el combustible de cuya apropiación se sindica a los Suboficiales Ariza y Mejía Jiménez era de propiedad del Estado porque ''fue entregado con fundamento en un documento oficial, expedido por el Batallón 'Cisneros'; porque quien recibió la gasolina era el almacenista del citado Batallón; porque desde el momento en que el Suboficial Mejía Jiménez presentó la orden de pedido número 074 y la empresa Terpel le entregó la gasolina, esta pasó a ser propiedad del Estado, con destino al servicio del Batallón Cisneros''.

Que, por lo tanto, si para conseguir la entrega del combustible el Suboficial presentó lo que él mismo denomina ''vale de cuadre'', o sea la orden de retiro, lo hizo no como simple particular, sino como funcionario del Estado, mal se puede hablar, dice el Procurador, de estafa, como lo pretende el recurrente. Ninguna importancia tiene, para el caso, el que el combustible se fuera a utilizar en la ejecución de un contrato celebrado entre dos entidades oficiales: el Departamento del Valle y las Fuerzas Militares, a través del Batallón Cisneros, porque ambas son instituciones del Estado.

Analiza luego las diferentes etapas que recorrieron los sindicados, desde el momento de la presentación de la orden de entrega de combustible, hasta el final, en que hicieron la repartición del dinero producto de la venta, para criticar como ''temeraria'' la afirmación del Auditor de la Contraloría, que, como se vio, expresó que no se había cometido ilícito alguno; afirmación temeraria, dice el Procurador, ''porque tal funcionario carece de facultad jurisdiccional para exonerar de responsabilidad, diciendo que el hecho investigado no ''constituye delito'', ya que esa potestad le corresponde exclusivamente a los jueces''.

Recuerda el colaborador Fiscal, al contestar el cargo relativo al tema de la titularidad del interés jurídico ofendido, cómo el Ejército es un órgano del Estado de origen constitucional, y que, en síntesis, para el cumplimiento de las altas funciones a que está llamado, ha tenido que organizarse en diversas secciones, entre las cuales se encuentra precisamente el Batallón Cisneros, como parte de ese organismo superior que es el Ejército, por lo que no queda duda de que puede ser sujeto pasivo de ciertas infracciones penales de carácter patrimonial.

En cuanto al cargo relativo a la imputación de cómplice necesario para uno de los sindicados, responde, que ello no constituye ninguna irregularidad, dado que desde el punto de vista de la sanción, de acuerdo con el artículo 19 del Código Penal, que corresponde al 18 del de Justicia Militar, tanto al cómplice necesario como al coautor les está asignada una misma sanción, dado que su participación tiene la misma importancia en cuanto a la efectividad de la comisión del ilícito. Se apoya, para sustentar este jurídico punto de vista, en reiterada jurisprudencia de la Corte. Y, en cuanto al aspecto de la nulidad constitucional alegada por el recurrente manifiesta:

''Si la honorable Corte Suprema de Justicia reitera tal jurisprudencia—la que afirma la existencia de la nulidad por la falta de firma en los cuestionarios sometidos al veredicto de los vocales— es incontrovertible que en el presente caso cabría la nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por inobservancia de las formas propias del juicio''.

"No obstante, cabe anotar —prosigue el Procurador— que si en verdad los cuestionarios formulados a los vocales contra los procesados Ariza y Mejía, carecen de las firmas del presidente del consejo de guerra, del asesor y del secretario, en ningún momento podría argumentarse que son inauténticos, por cuanto una vez cerrado el período probatorio para su elaboración, no hay solución de continuidad, hasta el pronunciamiento del veredicto" (artículos 566 y siguientes del C. J. P. M.).

Y concluye: "No hay lugar a equívocos sobre la formulación de los cuestionarios por parte del señor presidente y su asesor jurídico, en este procedimiento de los consejos de guerra verbales, por cuanto una vez se inicia el acto de juzgamiento, no debe suspenderse mientras se obtenga veredicto" (artículo 571 del C. de J. P. M.).

Termina solicitando a la Corte que no case la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte.

Es incuestionable que las argumentaciones que formula el memorialista relativas a los vicios en la elaboración y presentación de los cuestionarios, con base en los cuales fueron juzgados los Suboficiales Ariza y Mejía Jiménez, tienen pleno asidero en el proceso, y que, por lo tanto, estos vicios, por ser insubsanables, originan su inexistencia jurídica, al tenor de lo mandado por el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto se dispone que "cuando la ley exija expresamente para la validez de un determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y éstas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial, que tal acto no se ha verificado".

Revisado cuidadosamente el expediente, se llega a la comprobación plena de la glosa formulada por el recurrente. Evidentemente, los cuestionarios sometidos a la decisión de los vocales del consejo de guerra verbal que juzgó a los Suboficiales Ariza y Mejía Jiménez, no aparecen firmados por el presidente de dicho consejo, ni por su asesor jurídico y su secretario. El recurrente recuerda una reciente decisión de la Corte, en la cual se examinó una situación semejante a la que ahora se plantea, y entonces, la corporación al aceptar los argumentos del recurrente, ordenó reponer el procedimiento, a partir del momento en que se presentó la irregularidad de que se ha hecho referencia.

Dijo, en esa oportunidad, la Corte al referirse a la importancia que en el proceso penal tienen los cuestionarios, que éstos contienen la imputación del hecho o hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta relativa a la responsabilidad del sindicado. Son, pues, el núcleo sobre el cual versa el debate oral en los consejos de guerra verbales o en los consejos ordinarios de la misma naturaleza. Como tales, deben ostentar rigurosamente la plenitud de sus formalidades, entre las cuales se destaca como principalísima, la de ser documento auténtico, es decir, que haga fe y firmado por los funcionarios competentes que para el caso son el presidente del consejo y su secretario. Sin sus firmas, nadie podría asegurar que tales cuestionarios fueron redactados por el presidente del consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más. Sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios, no lo son, ni siquiera en apariencia. O lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez, ningún pronunciamiento.

En esta providencia recordó la Corte que el recurso extraordinario de casación se ha instituido primordialmente para preservar el contenido de la ley y darle alcance y sentido ajustados al derecho objetivo a través de la unificación de la jurisprudencia, y también para desagraviar a las partes de los perjuicios que les hubiere irrogado la sentencia. A la Corte le corresponde la función de asegurar la unidad de la interpretación del derecho y la uniformidad de su aplicación, y tal función la cumple mediante un control sobre la uniformidad al derecho de la decisión destinada a constituir una verdadera sentencia.

Ahora bien, agrega la Corte, si tales son los objetivos del recurso extraordinario de casación y entre ellos cobra especial significado el que corresponde a la guarda de la ley en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusan las partes, el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto preserva el artículo 26 de la Constitución, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente, cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Carta Política las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste, sin más, en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son de la misma jerarquía. Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad insubsanable, cuyo único remedio es la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas.

Aún más. En la misma sentencia en comento, la Corte sostuvo, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que el consejo de guerra verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad. Siendo ello así, es lógico deducir que la nulidad sustancial que vicia uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del proceso. (Casación de 12 de julio de 1974).

Siendo ello así, el cargo viene llamado a prosperar. Finalmente, habrá que considerar, como conclusión lógica de los planteamientos que preceden, que quienes intervinieron con el carácter de vocales en el consejo y pronunciaron su veredicto, habrían hecho un pronunciamiento sobre la situación jurídica de los procesados, y por tanto, no podrían integrar el nuevo consejo que se convoque para juzgarlos como consecuencia de haber prosperado el cargo formulado contra la sentencia.

Decisión.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario y ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

APELACION

Notificación por conducta concluyente. — El auto que concede o deniega el recurso de apelación es interlocutorio, puesto que plantea una situación procesal para las partes, distinta del simple impulso de la actuación característica de los autos de sustanciación.—La notificación por conducta concluyente prevista en el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil aplicable al Procedimiento Penal en virtud de lo establecido en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.— Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: acta número 7.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D'Filippo).

Vistos:

Debe resolver esta Sala de la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de José o Nariño Espitia Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de 25 de mayo de 1974, que confirmó la de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Superior de la misma ciudad, según la cual se condenó al dicho enjuiciado a la pena principal de nueve años de presidio, con las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Víctor Aníbal Pinilla.

El proceso.

Los hechos que sirvieron de base a este proceso los sintetiza, en la sentencia impugnada, el juzgador de segundo grado así:

"Isidro Espitia y Hermógenes Pinilla, campesinos de Santa Sofía, tienen predios colindantes. Por razón de una servidumbre que Hermógenes Pinilla consideraba tener sobre un predio de Isidro Espitia, se presentaron discrepancias entre estos dos hombres y sus hijos. Por abril del año de mil novecientos setenta y dos, José Espitia, hijo de Isidro, era agente de la Policía Nacional y estaba en uso de vacaciones. Hermógenes Pinilla vivía acompañado, entre otros, de su hijo Víctor Aníbal. A comienzos del año de mil novecientos setenta y dos, Hermógenes Pinilla trató de arreglar el problema de la servidumbre por conducto de las autoridades y para tal efecto demandó a Isidro Espitia ante la Alcaldía Municipal de Santa Sofía. Isidro se resistió a arreglar aquella situación y antes bien, ante el propio alcalde hizo manifestaciones de que él tenía hijos que más tarde arreglarían ese problema. Así las cosas, el domingo treinta de abril de mil novecientos setenta y dos, fueron a la población para hacer el mercado. Isidro Espitia acompañado de su hijo José o Nariño Espitia, agente de la Policía en vacaciones, y Hermógenes Pinilla acompañado de su hijo Víctor Aníbal. Ya en la tarde, de regreso a sus respectivos predios, Víctor Aníbal y su padre Hermógenes Pinilla, así como José o Nariño Espitia y su padre Isidro se encontraron en el sitio llamado 'Piedra de la Comunidad', de la vereda de 'Hornillas', del Municipio de Santa Sofía. Luego de breve insulto, José o Nariño Espitia, el agente de la Policía en vacaciones, desenfundó un revólver que portaba y lo disparó contra Víctor Aníbal Pinilla, causándole gravísima lesión en el abdomen; éste, ya herido, dio de mano, igualmente, a un revólver que portaba y lo disparó en contra de José o Nariño Espitia, a quien logró herir en la pierna derecha. Víctor Aníbal, gravemente herido, fue llevado a Bogotá en busca de auxilios médicos, habiendo muerto al día siguiente. José Espitia, el agente de la Policía en vacaciones, apodado Nariño, se recuperó en poco tiempo en la clínica de la Policía Nacional en Bogotá".

Apelado el auto de proceder, fue confirmado por el Superior, y previos los trámites de rigor, se llevó a cabo la audiencia pública, dentro de la cual los jueces de hecho profirieron un veredicto afirmativo de la responsabilidad, con cuyo fundamento se dictó fallo de primera instancia que, apelado, fue confirmado así mismo por el juzgador de segunda instancia en sentencia de 25 de mayo de 1974, que es la impugnada en virtud del recurso de casación.

La demanda de casación.

"Invoco como causal de casación de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha 25 de mayo de 1974 —dice el demandante— la causal cuarta del artículo 580 del C. P. P., por cuanto la referida sentencia fue dictada en un juicio viciado de NULIDAD, tal como paso a demostrarlo...".

Aduce el recurrente que hay nulidad por incompetencia de jurisdicción, porque el Tribunal Superior de Tunja carecía de competencia para conocer de la apelación interpuesta contra el auto de llamamiento a juicio, pues la providencia, mediante la cual el Juzgado Sexto Superior de Tunja concedió dicho recurso "fue un simple auto dirigido a la Secretaría de ese Juzgado y no a las partes, esto es, que la apelación se decretó en un auto diferente al que legalmente ha debido proferirse".

Arguye así mismo que "dado que la apelación no procede contra todas las providencias sino contra las que expresamente lo autorice el C. P. P. y, además, la apelación no siempre es concedida en un efecto sino que en muchas ocasiones se concede en otro diferente, es lógico que ese auto por medio del cual es concedida o denegada, debe ser un auto interlocutorio convenientemente motivado, para que en él se consigne la procedibilidad del recurso y el efecto en que igualmente es procedente concederlo. Es, pues, el mismo caso del auto por medio del cual se concede o niega el recurso de casación. Entonces, si como lo tiene sentado de manera reiterada la honorable Corte Suprema de Justicia, ésta no adquiere competencia sobre el negocio que a ella sube mediante un auto de simple sustentación y por así tenerlo establecido devuelve sin actuación los que le llegan por virtud de autos de esa naturaleza, lógicamente debe hacer lo mismo el Tribunal a quien remitan expedientes cuya apelación sea concedida en autos de sustanciación y con mayor razón cuando ni siquiera son medianamente motivados y, además, están dirigidos no a las partes sino a la Secretaría del Juzgado, mediante la orden de *'cúmplase'*. Esto es, que cuando tal cosa ocurra, el Tribunal no puede realizar ninguna actuación en tales procesos, pues al llegarle el negocio utilizando una forma procesal no indicada, *no adquiere competencia* sobre el mismo. Y si a pesar de no llegarle mediante la forma procesal correspondiente, el Tribunal actúa sobre ese expediente, su actuación será *nula* por *incompetencia* de esa corporación para ocuparse del mismo...'.

"...habiendo sido dictada la sentencia impugnada, en el juicio surgido de la providencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja con fecha dos (2) de abril de 1973 que obra a folios 22 y siguientes del cuaderno número 5, es claro que dicho juicio está viciado de *nulidad* por cuanto la referida providencia fue dictada por el Tribunal sin haber adquirido *compentencia* para el efecto, dado que el negocio subió hasta él, mediante un auto diferente del que al tenor de la ley procesal penal ha debido proferirse. Esto es, que el paso a la segunda instancia se hizo no mediante la forma procesal correspondiente sino mediante una diferente, lo cual impidió que el Tribunal *adquiriera competencia* sobre el negocio".

Termina el recurrente solicitando que se case la sentencia censurada y se declare la nulidad de "todo lo actuado a partir del auto de llamamiento a juicio".

La voz del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera infundada la causal de nulidad alegada, según los argumentos que expone y que serán expuestos al decidir sobre el cargo planteado, con el objeto de evitar innecesarias repeticiones.

Alegación de la parte civil.

El apoderado de la parte civil solicita que se deseche el recurso de casación, porque "la apelación interpuesta por el defensor del auto de enjuiciamiento y concedida en su oportunidad por el juez del conocimiento, fue convalidada... por el recurrente, al alegar en la segunda instancia ante el H. Tribunal Superior de Tunja, y además, al guardar silencio sobre la nulidad a todas luces inexistente, porque se estaba aceptando en ese evento la competencia del honorable Tribunal al presentar las alegaciones respectivas".

Consideraciones de la Corte.

La Sala acoge, por hallarlas ceñidas a derecho y a la realidad procesal, las razones que aduce el

Agente del Ministerio Público para desechar la demanda y por eso las transcribe a continuación:

"Primera. La censura se desarrolla en orden a demostrar la incompetencia del ad quem para conocer la apelación interpuesta contra el auto de proceder, aunque también hace referencia a la omisión de una de las formas del debido proceso. El demandante no cita las disposiciones legales o constitucionales presuntamente violadas ni expresa el concepto y el alcance de tal violación.

"Segunda. Es verdad que el auto que concede o deniega el recurso de apelación es interlocutorio —como lo ha dicho la Corte— 'puesto que plantea una situación procesal de interés para las partes, distinta del simple impulso de la actuación característica de los autos de sustanciación', de conformidad con lo establecido en el artículo 169, numerales 2 y 3 del C. de P. P. y como tal, debe ser motivado y aparecer debidamente notificado, formalidad esta última que no tuvo cumplimiento en el caso sub júdice.

"Pero también lo es que dicha informalidad no fue reclamada por el mismo recurrente en casación, quien, por el contrario, la convalidó con su posterior intervención en el proceso alegando en la tramitación del recurso, interviniendo en el plenario y apelando de la sentencia condenatoria de primera instancia.

"Tercera. La falta de notificación del auto que concedió la alzada es una irregularidad procedimental que en nada afecta la validez de la actuación cumplida por el superior, ya que éste, por ministerio de la ley, era el competente para resolver la apelación interpuesta por estarle expresamente atribuido el conocimiento del proceso (artículo 33, numeral 1º, del C. de P. P.). Además, no sobra repetir, la falta de notificación se subsanó con el conocimiento que tuvieron las partes de la interposición del recurso y del auto que lo concedió, prueba de lo cual es el hecho de que tanto el Agente del Ministerio Público como el apelante presentaron sus alegaciones (folios 3 y siguientes y 15 y siguientes del C. Nº 5)...".

A los argumentos incontestables del Procurador cumple agregar que la informalidad que aduce el demandante se convalidó por notificación por conducta concluyente, *prevista expresamente en el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al procedimiento penal en virtud de lo establecido en el artículo 8º del C. de P. P. y que a la letra dice:*

"Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o se refiera en escrito que lleva su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia si queda constancia en el acta, se considerará notificado de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia".

En consecuencia, el cargo no puede prosperar y preciso es desecharlo.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación contra el fallo de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO. ELEMENTOS DEL DELITO. PECULADO Y MALVERSACION. SU DIFERENCIA

El primero se da cuando la ofensa del delito cae sobre bienes propios de la Administración Pública y la segunda cuando los bienes no pertenecen a la Administración Pública pero en relación con los cuales se cumple la misma dependencia funcional como en el peculado propio. — En nuestro Derecho no existe ninguna diferencia entre peculado y malversación. Peculado y abuso de confianza, diferencias, lo mismo que con la apropiación indebida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, cuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 9 de abril 3 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

En sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a Santiago Manchola Andrade, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio como autor responsable del delito de peculado, ejecutado cuando se hallaba al frente del Juzgado Promiscuo Municipal de Campoalegre, y a las penas accesorias que conlleva la sanción, así como al pago en abstracto de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción.

Contra dicha providencia se interpuso, por parte del condenado Manchola Andrade, el recurso de apelación que se resolverá por medio de la presente providencia.

Antecedentes.

Los hechos que originaron la investigación penal sobre la cual se produjo el fallo condenatorio apelado, se narran así en la sentencia recurrida:

"El 26 de septiembre de 1970 dejó de existir en la población de Campoalegre el ciudadano Valeriano Fandiño Barrios, quien hacía vida marital con Susana Carvajal Cuéllar, dejando algunos bienes de fortuna, entre otros, unos instrumentos y efectos negociables, razón por la cual el Recaudador de Hacienda Nacional de ese lugar, señor Gregorio Gutiérrez Caviedes, ante el temor de que tales bienes pudieran distraerse o extraviarse, sin el pago de los impuestos correspondientes, solicitó al ex Juez Promiscuo Municipal, señor Santiago Manchola Andrade, que procediera a la guarda de esos documentos de crédito hasta tanto se practicara el inventario solemne de bienes y efectos hereditarios de acuerdo con lo previsto en los artículos 28 de la Ley 63 de 1936 y 1779 del Código Civil".

"El ex Juez Manchola Andrade despachó favorablemente el pedimento del Recaudador de Hacienda y así fue como al día siguiente del deceso de Valeriano Fandiño Barrios, o sea el 27 de septiembre de 1970, en asocio de su Secretario Ancízar Mora Arias, practicó un inventario provisional de los bienes encontrados en la casa de habitación del causante".

"Al tener conocimiento los esposos Misael Puentes Malpica y Josefa Bolívar de Puentes de la muerte de Valeriano Fandiño Barrios, quienes le adeudaban la suma de $ 7.000.00 representada en una letra de cambio, de inmediato viajaron de Algeciras a la casa de la señora Susana Carvajal Cuéllar en Campoalegre a reclamar la letra para cancelarla".

"Mas, como dicha señora les respondiera que todo eso estaba por cuenta del Juzgado que practicaba la diligencia de inventario solicitada por el Recaudador de Hacienda y en ese momento llegó el ex Juez Manchola Andrade, quien entró a una de las piezas y se puso a 'esculcar' o 'a revolcar papeles', Misael Puentes Malpica le preguntó por la letra y entonces ocurrió lo que el testigo narra en estos términos:

"...les dijo que iba en solicitud de una letra de siete mil pesos que le había quedado debiendo

a ese señor Fandiño, entonces me dijo ese señor que decían que era el Juez, que le dejara la plata, que la tenía que dejar, yo le contesté que no, que no la dejaba hasta que no apareciera la letra, me insistió ese señor Juez que tenía que dejarla, esto me lo dijo por tres veces, yo le replicaba que no dejaba la plata hasta que no viera la letra, me amenazó que iba a recoger las mesas de billar, y yo le dije que afortunadamente se las había comprado al dueño y que si me las recogía, yo cobraba todos los perjuicios, etc.''.

Más adelante, y luego de algunos pormenores, el testigo relata la forma como entregó el dinero al funcionario, a cambio del documento cancelado por el mismo Juez. Expresa el testigo:

''Estando en el Juzgado con mi esposa y la viuda, al regresar el señor Juez, le pregunté por la letra y volvió a decir que no sabía; en esas le dijo a la viuda de Fandiño que se fuera a conseguirle los papeles de una máquina, la viuda se fue y cuando el señor Juez vio que iba lejos, me mandó a seguir con mi esposa a su despacho, una vez allí en voz baja, abriendo un cajón de su escritorio, al lado izquierdo, nos dijo que ahí estaba la letra, en esas fue cuando le dije que me hiciera el favor de firmarla y ponerle el sello del Juzgado y que de su puño y letra la cancelara, así lo hizo el señor Juez, a quien no le supe el nombre, la cogí en mis manos y le conté los siete mil pesos en billetes de cien, dinero que los echó al cajón donde mismo estaba la letra..., etc.''.

Esta versión la ratifica ampliamente la declaración de la señora Josefa Bolívar de Puentes, esposa del testigo en cuya presencia el señor Juez Manchola Andrade recibió los siete mil pesos e hizo entrega del documento con la nota de ''cancelado'' y el sello del Juzgado, tal como se lo solicitó el girador del instrumento.

El ex funcionario, en su indagatoria, explica su actuación frente a la cancelación de la letra y el consiguiente recibo del dinero, y luego de una detalladísima narración sobre los pormenores que rodearon el sellamiento de la casa del señor Fandiño Barrios, del inventario detallado de sus bienes, etc., así:

''Yo le manifesté —a los esposos Puentes— que como lo había dicho antes, entre los papeles recogidos no figuraba dicha letra, entonces la Carvajal me dijo que si luego no había recibido ese día otros papeles... pero que Carlos Julio Angel me había dicho la noche anterior, que le había (sic) llegado unos papeles pertenecientes al finado... seguidamente nos fuimos los cuatro para el Juzgado y efectivamente allí había (sic) llegado varios papeles entre los cuales apareció la letra en cita, la que fue cancelada por intermedio (sic) como autoridad porque quien la debía se negaba a pagarla mientras no fuera presenciada por autoridad alguna. Yo le escribí por el respaldo de la letra la palabra cancelada e implanté mi media firma, con el sello del Juzgado, etc.'' (folio 58).

Expresa, así mismo, el indagado, que el dinero recibido por la cancelación de la letra, lo repartió entre el señor Carlos Julio Angel, a quien entregó la suma de cinco mil pesos para pagarle los gastos del sepelio y la suma de dos mil para Susana Carvajal, quien se los exigió como pago por los servicios prestados durante el tiempo que convivió con Fandiño Barrios.

Susana Carvajal, en su declaración, y posteriormente en la diligencia de confrontación realizada con el ex Juez, negó haber recibido suma alguna por ningún concepto; y en cuanto a Carlos Julio Angel, tal como se reconoce en la sentencia, la entrega de los cinco mil pesos, no está suficientemente clara, puesto que el testigo incurre en varias y graves contradicciones, que hacen su versión sea tenida como altamente sospechosa.

Con fundamento en los hechos relacionados y con las pruebas recepcionadas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, acorde con la solicitud formulada por el Fiscal Tercero, y luego de reparar algunas irregularidades procedimentales que se presentaron en el proceso, dictó sentencia de condena en contra del ex Juez Manchola Andrade.

Por el aspecto material es incuestionable que se aportó la prueba que demuestra la existencia de la conducta que se ha imputado al ex Juez Manchola Andrade, no solamente por la manifestación escueta que él mismo hizo en su injurada, al reconocer como cierto el recibo de la suma de siete mil pesos a cambio de la entrega del documento contentivo de la obligación en el cual puso la constancia de su cancelación, sino con las declaraciones de los esposos Puentes, quienes hicieron entrega al funcionario de la cantidad aludida.

Queda por establecer la existencia de la responsabilidad del ex funcionario, en orden a determinar si la calificación jurídica dada en la sentencia a la conducta es la ajustada.

El Tribunal, en la sentencia apelada, ha calificado el hecho como peculado doloso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por cuanto se afirma que está demostrado, en forma plena, que el sindicado recibió el valor de la letra de cambio, y de inmediato, según lo expresa el inculpado, procedió a repartir su valor entre Carlos Julio Angel y Susana Carvajal, conducta que se califica como de uso indebido de tales bienes, por cuanto entre sus fun-

ciones no estaba precisamente la de distribuir los sucesorales, y menos en la forma como dispuso de ellos el acusado.

De otra parte, se afirma en la sentencia, el ex Juez Manchola Andrade incurrió, así mismo, en la modalidad de peculado por apropiación, puesto que está demostrado, que la cantidad que afirma entregó a Susana Carvajal, ésta lo niega enfáticamente, tanto en su declaración como en la diligencia de confrontación a que fue sometida con el ex funcionario. Igual razonamiento puede formularse en cuanto a la entrega de los cinco mil pesos al señor Carlos Julio Angel, a quien como lo expresa el Fiscal en su concepto, y lo recoge el Tribunal en la sentencia, el señor Manchola Andrade llamó en forma gratuita "para entregarle cinco mil pesos prácticamente sin explicarle el concepto de esa entrega, ni mucho menos sin exigirle una relación de los supuestos gastos que aquél había sufragado en el entierro de su padrino ni un recibo de que se hiciera constar ese hecho".

Obviamente, la calificación de peculado para la conducta del ex Juez Manchola Andrade se funda sobre el hecho, igualmente comprobado en el informativo, de que para la época de los sucesos, desempeñaba el cargo de Juez Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre, y de que el recibo del dinero, igual que la cancelación y entrega de la letra, fue realizada por el inculpado, mientras estaba en ejercicio de sus funciones como Juez, y en relación con las diligencias pedidas por el señor Recaudador de Hacienda, para que interviniera, precisamente a custodiar los bienes dejados por el señor Fandiño Barrios, entre los cuales, como se ha visto, estaba la letra de autos.

Sobre estos presupuestos probatorios descansa la sentencia condenatoria que ha sido objeto del recurso de apelación.

El apelante Manchola Andrade, en memorial dirigido a la Corte, para sustentar el recurso impetrado, solicita se consideren los argumentos esgrimidos por su defensor de oficio y los expuestos por él mismo, en la instancia, y a través de los cuales ha tratado de demostrar que su conducta no merece el calificativo de ilícita, entre otras razones, porque faltarían los presupuestos teóricos de la imputación de peculado que le fue formulada. En apoyo de sus tesis, cita una decisión de la Corte, según la cual, en el examen del delito de peculado, deben tomarse en consideración varios aspectos, a saber: uno, el relacionado con la persona; otro, el que se refiere a la calidad de los bienes; y, finalmente, el que toca con las condiciones del sujeto activo del delito. Se necesita, pues, dice la Corte, en la transcripción que hace el recurrente, "que el agente del delito sea un funcionario público; *que los objetos apropiados pertenezcan a la Administración Pública* o hayan sido confiados a la persona que 'tiene facultad' para recibirlos o administrarlos; y que al empleado o funcionario se le hayan entregado en razón de sus funciones".

En el requisito que nos ocupa y que he subrayado, en caso contrario, agrega "...no es la Administración Pública la directamente lesionada, sino el particular que hizo confianza en el empleado, quien responderá por el hecho de acuerdo con su específica definición penal..." (el subrayado es del memorialista).

En base a lo anterior, el recurrente impugna la calificación de peculado para su conducta, por varios aspectos. En primer término, porque la letra de cambio a que se ha hecho referencia, no fue inventariada por el Juez "dentro de las diligencias preliminares al juicio sucesoral" y que, por ello "no entró a ser guardada por el Estado o Nación, por mi intermedio, en cualquiera de las entidades que para este fin tiene la misma", y, desde luego, tampoco, "por concepto de alguno de los procesos o juicios bajo mi responsabilidad en mi calidad de Juez Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre". De consiguiente, concluye el memorialista, en este punto, "si dicho dinero o documento no entró a las arcas del Tesoro Público ni fue involucrado el respectivo juicio sucesoral... ¿dónde aparece la configuración de la materia elemento esencial de la conducta investigada? (folio 182).

Argumenta ahora el apelante sobre el requisito relativo a la razón de las funciones como elemento esencial para la configuración del peculado, para afirmar, que si bien es cierto que está demostrada su calidad de Juez y el ejercicio del cargo, no así lo relacionado con el hecho de "si las diligencias preliminares al juicio levantadas para instaurar y abrir el sucesoral de Valeriano Fandiño Barrios se encontraban por cuenta del Juzgado a mi cargo, por la época en que se dice se me entregó la suma de $ 7.000.00 para incluirlos a éstas". Que ha reconocido ampliamente el recibo del dinero y la cancelación de la letra, pero que esta conducta no puede calificarse jamás como de peculado, por la simple razón de que en este caso el inculpado apenas si obró como "intermediario... pero en ningún momento *en razón de mis funciones como Juez*" (subraya el memorialista).

Concepto del Procurador.

El señor Procurador Tercero Delegado Penal, luego de examinar algunos aspectos relacionados

con la estructuración teórica del peculado escribe:

"Por último, se considera que la prueba aportada es de tal naturaleza que conduce a la certidumbre acerca de la comisión del ilícito y por los mismos aspectos tanto materiales como subjetivos del reato hallan su debida comprobación; ya que no se podría encontrar prueba más plena o completa que la confesión del procesado cuando aquélla se ve corroborada por otras que es justamente el caso en estudio y por cuanto sus descargos, por las razones ya anotadas, no pueden aceptarse; efectivamente, el documento mencionado lo recibió como Juez y en la misma calidad, recibió el dinero y previa anotación y constancia entregó dicho título al deudor que pagó su obligación, sin que pudiera considerarse en forma alguna un simple intermediario; en cuanto a la entrega del dinero no se demostró su entrega a la concubina del causante, y en cuanto a los gastos de entierro, ya se anotó cómo el testimonio de quien se dice haber recibido determinada cantidad, no resulta convincente, aparte de que según sus funciones, no podía disponer u ordenar la entrega de dicho dinero, sino de conformidad con la ley, la cual no se observó en el caso, sin que pueda admitirse la buena fe alegada".

Termina el Delegado solicitando a la Corte la confirmación de la sentencia recurrida, indicando que en cuanto a la sanción impuesta, su cuantía se ajusta a las previsiones legales, si se considera que el procesado reintegró en su totalidad la suma ilícitamente apropiada luego de haberse iniciado la investigación penal correspondiente.

Se considera.

Si bien en el escrito dirigido a la Corte el recurrente examina la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal para dictar la sentencia de condena insiste, sin embargo, en su primitiva posición según la cual, de acuerdo con las modalidades y circunstancias del hecho ilícito imputado, éste no podía calificarse jurídicamente como de peculado, por dos razones fundamentales: porque los bienes que se dice se apropió o de los que hizo uso indebido no eran patrimonio de la Administración Pública presupuesto éste que en sentir del recurrente, es condición esencial para la estructuración de este tipo de delito; y, segundo, porque en el caso de autos, no obró en su calidad de funcionario público, es decir, no tuvo una conducta que pudiera calificarse en derecho, como actividad tenida en ejercicio de una función pública o en razón de la misma, sino que por el contrario, actuó como un simple "intermediario" entre los deudores del crédito y los interesados en el sucesorio de Fandiño Barrios. De consiguiente, afirma el apelante, no pudo existir el delito de peculado, y si mucho, un abuso de confianza que según el procesado, requiere querella de parte, situación que no se ha presentado en el asunto *subexamen* lo cual le da base para solicitar a la Corte que revoque la providencia objeto del recurso.

Una de las modalidades de peculado doloso a que se refiere la ley, está descrita en el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, que sustituyó los artículos 151, 152 y 153 del Código Penal. De acuerdo con esta disposición, incurre en peculado "el funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones está encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar...".

Debe, en primer término, concurrir en la persona del sujeto activo, la calidad de funcionario *o de* empleado público, *elemento que da a la infracción el carácter de delito* propio *o* especial *como lo conoce la doctrina y la jurisprudencia, y, además, que el hecho se ejecute en ejercicio de la función pública que es inherente a la categoría de funcionario o empleado público.*

En el caso de autos, no se discute que el sindicado Santiago Manchola Andrade ostentaba, en el momento de ejecutar los hechos que se le imputaron como ilícitos, y cometidos por él, la calidad de funcionario público y que, además, los realizó cuando ejercía la función pública relacionada con la administración de justicia.

La ley, en la definición del ilícito de peculado habla, igualmente, de que el objeto material *del delito de peculado, es decir, aquello sobre lo cual recae la conducta ejecutiva, debe estar representado "por caudales u otros bienes", que, además, deben encontrarse en una especie de relación de dependencia funcional con el agente, ya que frente a ellos tiene el funcionario la misión de recaudar, pagar, administrar o guardar esos mismos caudales o bienes.*

En este punto es conveniente recordar, para luego sacar las conclusiones que sean, que nuestro ordenamiento penal, a diferencia de otras legislaciones (la italiana, por ejemplo), no distingue, como no lo hacía el Código Penal de ese país de 1889 de donde se tomó el texto colombiano, entre el peculado propiamente dicho, y la llamada malversación. La diferencia es clara: se presenta el peculado cuando la ofensa del delito cae

sobre bienes propios de la Administración Pública, y malversación cuando los bienes no pertenecen a la Administración Pública, pero en relación con los cuales se cumple la misma dependencia funcional como en el peculado propio. *La razón para que no se formule esta distinción parece obvia: el peculado antes que todo, y por sobre todo, ofende la Administración Pública, no solamente en cuanto a su patrimonio económico, sino principalmente en cuanto a su prestigio y su regular funcionamiento. El Estado, en efecto, en cuanto es, no una persona física, sino una persona jurídica, no puede actuar por sí mismo, directamente, sino que para realizar sus propios fines obra por medio de otros, que son personas físicas que desarrollan una actividad en interés del mismo Estado. Entonces, el primer presupuesto para la posibilidad misma de una acción por parte del Estado es la* creación del órgano, *entendida la expresión en sentido amplio. Y el segundo presupuesto es la determinación de los deberes de las personas físicas, en cuanto asumen precisamente la mencionada función de órganos. Ahora bien, si a todo ello propenden las normas de derecho público que tienen por objeto la organización de los órganos públicos y su funcionamiento, es natural que tales normas reciban una especie de tutela reforzada por parte del Derecho Penal, tutela que es precisamente la que recoge el Título del Código de las Penas, especificando que el amparo de sus normas tiene por finalidad la protección de la Administración Pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos.*

No se descarta desde luego, que en el delito de peculado por apropiación *o* uso indebido *se presenta un* daño patrimonial *en perjuicio de los intereses de la Administración Pública dado que, por lo menos en la modalidad de peculado por* apropiación *exista un enriquecimiento de quien se apropia de los bienes, y por consiguiente y correlativamente, un empobrecimiento que tiene necesariamente el significado de* daño patrimonial.

Así explican los autores este aspecto que ha sido aceptado por la doctrina nacional: con la apropiación o malversación... es como se realiza la violación del deber funcional. *Una y otra son como cuerpo y alma, como esmeralda y color verde, como hiel y amargo. Sin esos dos elementos, que se conjugan nítidamente, no puede darse el* sumatun opus *del peculado. El momento consumativo está constituido por la efectiva apropiación* sine jure *del dinero, valor u otra cosa mueble; y en este momento está necesariamente inserto el daño patrimonial; esto es, la desposesión o pérdida del poder de disponibilidad del Estado (u otra entidad de derecho público) relativa al bien de que se trata, sirviéndose el agente de él como si fuera dueño. No tengo duda, por consiguiente, continúa Nelson Hungría, al repetir lo que ya dije en otra ocasión, peculado consumado sin daño efectivo es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego; o sombra sin cuerpo que la proyecte; o tejado sin paredes o puntales de sustentación.*

Quede claro, entonces, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico-penal colombiano es factible la comisión de un delito de peculado aun para el caso de que el patrimonio del cual se apropia o hace uso indebido el funcionario o empleado público pertenezca no a la Administración Pública sino a particulares, siempre, desde luego, que se den los otros elementos que configuran el reato, porque ya se dijo, la consideración fundamental para elevar a delito un tipo de conducta de esa naturaleza, no es solamente la del daño patrimonial, sino principalmente, la que atañe al prestigio, al funcionamiento y al buen nombre de la Administración Pública a la cual le debe lealtad el funcionario que la representa.

Pero en el caso de autos, se ha planteado la posibilidad de que el ilícito imputado al ex Juez de Campoalegre debe calificarse como hipótesis no de peculado sino de apropiación indebida, o abuso de confianza, de acuerdo con la denominación que le da el estatuto penal (artículo 412 C. P.). Es incuestionable que también los funcionarios o empleados públicos pueden ser sujetos activos de esta infracción contra el patrimonio. La semejanza de las dos figuras de delito ha hecho afirmar que el peculado, en su genérica configuración no es más que una apropiación indebida cometida por un funcionario público. En la una como en el otro, y de acuerdo con el verbo rector de la conducta ejecutiva que es la de apropiación, *existe el presupuesto de la posesión o tenencia, ora material, o ya alinderada a través de la disponibilidad jurídica del objeto material sobre el cual recae la conducta que consuma la infracción, tenencia o posesión, que en ambas dos hipótesis debe ser legítima, porque si se ha obtenido a través de un medio ilegítimo, como la sustracción, el fraude, la violencia, etc., entonces la figura delictiva que se presenta no será la que implica una* apropiación *del bien, sino la que corresponde a la modalidad ejecutiva de la conducta descrita en el cargo (hurto, estafa, robo, extorsión, etc.).*

Pero si bien existen estas estrechas semejanzas entre las dos modalidades o figuras de delito,

habrá que examinar cuáles son sus diferencias. Cuáles los elementos que especializan una figura para hacerla acreedora a una calificación jurídica diversa. Doctrina y jurisprudencia concuerdan en que ese factor de especialización debe buscarse fundamentalmente en la causa *o razón de la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien objeto material del ilícito, por parte del funcionario público, y del cual se* apropia *para consumar el delito.*

En el peculado, la característica esencial de la conducta de apropiación del bien ajeno (del particular o de la Administración) es que ella importa siempre una violación del deber de la función pública, *y para que esto ocurra es necesario, como lo manda la ley, que a la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien, por parte del funcionario, se haya llegado* por deber de sus funciones. *La posesión o tenencia en el peculado es siempre, y necesariamente, calificada por la razón de la función o del servicio; en la apropiación indebida o abuso de confianza, en cambio, es a cualquier título. No basta, por lo mismo, el simple hecho de la cualidad personal de funcionario público a transformar el delito de abuso de confianza en peculado, sino que ocurre que la relación del sujeto con la cosa o bien objeto de la apropiación tenga como base una razón de la función. Todo lo anterior resulta más claro, si se considera que el peculado es delito que atenta contra la Administración Pública, y en el cual se actúa esencialmente con violación de los deberes de la función, situación que no se presenta en el caso de abuso de confianza.*

Esto da lugar a que se explique el segundo argumento traído a los autos por el recurrente, según el cual, tampoco se presentaría el delito de peculado en el caso sub júdice, *porque, si bien reconoce que recibió la suma de siete mil pesos de Misael Puentes Malpica, esa actividad no la desarrolló en ejercicio de sus funciones como Juez Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre, sino simplemente como un* intermediario. *Y, que no realizó actividad oficial, dice, porque el proceso sucesoral no se tramitaba en su despacho sino en otra dependencia oficial, y entonces él, apenas si se limitó a cumplir las diligencias previas solicitadas por el Recaudador de Hacienda Nacional.*

Esta argumentación es inaceptable. La expresión utilizada por la ley en la definición del peculado y que dice —en razón de sus funciones—, al hacer referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc., no puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique una íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o se hace mal uso; no significa, pues, que tales atribuciones deban estar antecedentemente determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función. *La fuente de la atribución, en otros términos, no surge exclusivamente de la ley, puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso del que fija la competencia en estricto sentido. Lo esencial en este aspecto, es la consideración, de que en el caso concreto, la relación de hecho del funcionario con la cosa, que lo ubica en situación de ejercitar un poder de disposición sobre la misma y por fuera de la inmediata vigilancia del titular de un poder jurídico superior, se haya logrado, en ejercicio de una función pública, así en el caso concreto no corresponda a dicho funcionario la competencia legal para su administración. Igual se presentará el delito de peculado en la hipótesis de que la administración del bien derive del ejercicio de una función nominalmente propia de otro empleado.*

En definitiva, dicen los autores, a integrar la razón de la función que califica la posesión (administración) presupuesto del peculado, no ocurre que el funcionario público tenga una competencia estrictamente legal para recibir la cosa, sino que es suficiente con que la consignación se cumpla en dependencia de la cualidad a él reconocida o de la función o servicio al cual está adscrito, es decir, que el funcionario obtiene la administración (posesión) de la cosa por una razón inherente a la función pública de la cual es titular y en ejercicio de la misma.

Todo lo anterior está a indicar que una cosa es obrar como funcionario público, en ejercicio de una función pública, y otra bien diferente es hacerlo como un simple intermediario. *Pero es que el mismo procesado, en el escrito dirigido al Tribunal cambia manifiestamente su situación de simple intermediario, por la única que tuvo cuando recibió el dinero, y que no podía ser otra que la de funcionario público en ejercicio de sus funciones; cuando dice que actuó apenas como intermediario, porque "para que la letra a que me he referido se cancelara a la Carvajal para cubrir los gastos de la mortuoria de su concubino... quienes se acercaron a mí a pagar dicha letra...* únicamente requerían que se hiciera por ante autoridad, *no sé si por desconfianza a la Carvajal, por ser sabedores de sus intenciones... etc.". (Subraya la Corte). Y más luego agrega: "...si*

intervine en la cancelación de este documento solamente lo hice como cualquier autoridad *y porque ante mí concurrió la Carvajal con los deudores, ya que ésta me conocía porque teniendo la calidad de Juez Primero me correspondió... levantar el inventario de bienes y enseres dejados por Fandiño B...., etc.". (Subraya la Corte).*

Entonces, está plenamente comprobado, con las pruebas aportadas al proceso, entre las cuales tiene especial significación la versión del sindicado, que éste no obró, y es que no podía ser, como un simple intermediario, sino como funcionario público en ejercicio, al recibir la cantidad de siete mil pesos que Misael Malpica Puentes adeudaba a Valeriano Fandiño Barrios, y siendo ello así, es, igualmente cierto, que recibió dicha cantidad en ejercicio de sus funciones, con lo cual se demuestra palmariamente la existencia del presupuesto esencial para la estructuración del delito de peculado por el cual se le condenó.

Decisión.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— de acuerdo con el colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de fecha y origen a que se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Características peculiares de la revisión. Puede decirse que la revisión es una acción excepcional y extraordinaria que tiende a destruir los efectos de la cosa juzgada para la instauración de un nuevo juicio sobre un hecho que ya había sido fallado con base en pruebas manifiestamente inexactas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril cinco de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 9 de 3 de abril de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por sentencia de 26 de septiembre de 1973, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la que había proferido el Juzgado Superior de Chaparral el 3 de julio del mismo año, por la cual condenó a Jesús Alirio Campos Bonilla a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Víctor Manuel Serrano Díaz.

Por medio de apoderado especial, Campos Bonilla propuso el recurso extraordinario de revisión el que fue tramitado en la forma prescrita por la ley. Corresponde ahora a la Corte decidir sobre la impugnación.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron origen al proceso se pueden sintetizar así:

Por motivos que no es del caso mencionar en esta providencia, entre la familia Serrano Díaz y Jesús Alirio Campos, existía desde tiempo atrás seria enemistad. Todos vivían en fincas colindantes en el Corregimiento de El Limón, Municipio de Chaparral, motivo por el cual alguno de ellos tenía que pasar por los predios del vecino. Así las cosas, en las horas de la mañana del día 26 de agosto de 1965, en las cercanías de la casa de Manuel Serrano Díaz se suscitó un altercado entre los dos viejos enemigos, quienes, después de algunos insultos recíprocos, se trabaron en riña que arrojó como resultado una lesión mortal al último de los mencionados que le produjo el deceso varia horas depués.

La Inspección Departamental de El Limón inició la investigación correspondiente, y una vez perfeccionada, se envió al Juzgado Superior de Chaparral, despacho éste que, el 16 de mayo de 1967 llamó a responder en juicio al sindicado, por el delito de homicidio simplemente intencional. Como Campos Bonilla, una vez perpetrada la infracción eludió la acción de la juticia, fue declarado reo ausente y se le proveyó de defensor, con el cual se tramitó la causa hasta su regular culminación con la sentencia condenatoria confirmada, como ya se dijo, por el Tribunal Superior de Ibagué.

Después de muchos requerimientos, el condenado fue aprehendido el 6 de mayo del pasado año en esta ciudad de Bogotá.

La demanda de revisión.

Después de relacionar algunas de las actuaciones procesales, el demandante dice esquemáticamente:

"9º Capturado y notificado de la sentencia, Jesús Alirio Campos Bonilla, quien junto con su familia fue desterrado de la región del Porvenir; y por temor a una venganza personal de parte de la familia Serrano Díaz abandonaron esa región, se trasladaron a la ciudad de Bogotá a trabajar todos en un taller de mecánica y latonería en donde fabrican y arreglan carrocerías; tuvo conocimiento del proceso adelantado en su ausencia y dedujo de los hechos, que se debieron a que Víctor Manuel Serrano Díaz tenía arma, en la región los moradores lo conocían como buen peleador, se tenía confianza para la pelea, por

tal razón se le tenía como hombre violento; cuando recibió las heridas, estuvo sangrando por espacio de dos horas en la casa de sus padres, la cual se encuentra distante a media hora de camino a un puesto de salud, en donde los moradores de esa región podían ser atendidos por una enfermera civil y un enfermero del Ejército en caso de que sufrieran cualquier herida o lesión, pues se encontraban suficientemente bien provisionados (sic) de instrumentos y de drogas, como para evitar una hemorragia prolongada y por consiguiente evitar la muerte de Víctor Manuel Serrano Díaz, quien debido a la falta de colaboración de sus mismos familiares, después de haber sangrado por espacio de dos horas murió.

"Mi poderdante solicitó el testimonio de personas que así lo presenciaron y obtenidos éstos me ha conferido poder para solicitar la *revisión del proceso*.

"Basado en los anteriores hechos y en lo dispuesto en el artículo 584, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Penal y demás disposiciones pertinentes, con todo respeto solicito de esa honorable corporación ordenar la revisión del proceso, que por el delito de homicidio se adelantó contra Jesús Alirio Campos Bonilla y dentro del cual se profirió sentencia calendada el 3 de julio de 1973, que condenó al mismo a la pena de ocho años de presidio, sentencia que fue confirmada por el honorable Tribunal Superior de Ibagué en providencia de 26 de septiembre de 1973".

Acompaña a la demanda declaraciones extrajudiciales de Carlos Julio Carranza, Javier Campos, Delio Méndez Mendoza, Justo Pastor Olaya Devia, Rafael Arcángel Olaya Devia, Teresa Sánchez, Luis Eduardo Flórez Campos, Eugenia Vaquiro Cerquera, Antonio Ocampo Zuluaga, Efraín Lezama Devia, Orlando Garzón Flórez y Angel María Cárdenas Campos, con las cuales pretende demostrar: a) Que el reo y su familia debieron salir de la vereda en donde vivían por temor a las represalias de los parientes del occiso; b) Que Serrano Díaz era hombre pendenciero y violento; c) Que Campos Bonilla, al lesionar mortalmente a Serrano, actuó compelido por la necesidad de defenderse, y d) Que la lesión causada al ofendido no era de naturaleza mortal, por cuanto en las cercanías del lugar de los hechos había un puesto de salud apto para curarlo. Acompaña, igualmente, copias del acta de la audiencia pública, del auto dictado por el Juzgado y que declara la contraevidencia del veredicto, de la resolución del Tribunal que revoca la del juez, y de las sentencias de primera y segunda instancia, con las constancias de su ejecutoria, lo mismo que una certificación del Director del Centro de Rehabilitación Social de Chaparral sobre buena conducta del condenado.

En el período probatorio se ratificaron escuetamente ocho de las doce declaraciones presentadas con la demanda.

El Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, para oponerse a las pretensiones del actor, discurre así:

"Primera. La atenta lectura del escrito presentado a nombre de Campos Bonilla revela el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal. En efecto:

"No existe relación de hechos.

"Se citan algunas providencias dictadas en el proceso, sin ningún comentario, y

"Lo que es más grave, no aparecen los fundamentos de hecho y de derecho en que pretende apoyarse la solicitud de revisión. El peticionario se limita a consignar la versión que de los hechos ofrece el condenado y a citar el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, ignorándose en cuál de los motivos allí previstos respalda su solicitud.

"En definitiva, no solamente se incumplen los requisitos legales sino que se obra con deslealtad hacia el Ministerio Público que en estas condiciones debe adivinar el pensamiento del demandante.

"A pesar de estas fallas que la Procuraduría Delegada califica de sustanciales, se pasa a examinar el libelo de revisión.

"Segunda. Las pruebas recibidas en el trámite del recurso de revisión no se ajustan a las prescripciones legales.

"A petición de Campos Bonilla se recibió declaración a varias personas conforme al interrogatorio que el mismo propuso. Al abrirse a pruebas la actuación, su apoderado solicitó la ratificación de las declaraciones extrajuicio pero olvidó hacer mención a los requisitos que exige el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil para la práctica de ese tipo de pruebas. En concreto, no se repitió el interrogatorio sino que simplemente se preguntó a cada uno de los declarantes si se ratificaba en la exposición rendida meses antes. Además, el comisionado no citó al Ministerio Público que por mandato legal debe intervenir en todos los actos del proceso penal.

"En consecuencia, a juicio de este Despacho, no existe material probatorio sobre el cual deba

pronunciarse la honorable Corte Suprema de Justicia".

Agrega el Procurador que al parecer el demandante propone la existencia de hechos o pruebas nuevos, cuales serían una causa de justificación y una concausa, y afirma que esos puntos fueron ampliamente debatidos en la audiencia pública, y cita para comprobar su aserto, extensos apartes del acta correspondiente.

Finalmente, el Ministerio Público dice:

"Cuarta. No está por demás recordar que mediante el recurso extraordinario de revisión se pretende demostrar que el hecho ilícito no existió o que el acusado no lo cometió.

"Las dos cuestiones propuestas por el demandante se orientan; la primera, a una circunstancia de justificación del hecho y la segunda, que a la muerte de Víctor Manuel Serrano contribuyó el descuido de sus familiares quienes no le prestaron oportuna y adecuada asistencia médica.

"En la hipótesis de que se lograra demostrar esos dos hechos, claramente se advierte que ni uno ni otro prueban la inocencia del acusado o la inexistencia del ilícito a él atribuido. El primero se refiere a la antijuridicidad del acto y el segundo a la relación causal entre la conducta desarrollada por el agente y el resultado obtenido. Subsiste —de todas maneras— la imputabilidad a cargo de Jesús Alirio Campos y el hecho de la muerte de Víctor Manuel Serrano".

El demandante.

Por su parte, el actor, en extenso alegato, insiste en que la sentencia se fundó en declaraciones de parientes del occiso, por lo que están "afectadas de parcialidad"; que las pruebas fueron aportadas por "los deudos del occiso", y que "quienes rindieron su testimonio fueron imperiosa y moralmente obligados a decir lo que se pudiera contra Jesús Alirio Campos Bonilla", pruebas éstas que se adujeron en ausencia del sindicado, quien se vio obligado a abandonar la vereda El Paraíso "por temor a una venganza personal de parte de la familia Serrano Díaz". Sostiene también que en el trámite del proceso no se debatió la legítima defensa, por lo que constituye un "hecho nuevo".

Y, en lo que podría considerarse la parte medular del confuso escrito, afirma:

"La declaración de Carlos Julio Carranza, Teresa Sánchez, moradores de la región y del sitio donde sucedieron los hechos, son uniformes en afirmar que Víctor Manuel Serrano Díaz esgrimió su peinilla o machete para atacar en forma injusta a Jesús Alirio Campos y éste, mediante un acto de defensa personal, logró asestar un golpe de peinilla en la integridad física de Víctor Manuel Serrano.

"Que esta prueba de que Víctor Manuel Serrano, en el momento de los hechos, tenía peinilla o machete y de ser un gran peleador, que se tenía confianza para la pelea, se infiere por lo menos graves indicios de inocencia y de irresponsabilidad de que mi patrocinado hubiera obrado en legítima defensa de su vida, cuando fue agredido por el tío y el sobrino que cuentas (sic) las probanzas, es decir, cuando Floridiano Serrano y Víctor Manuel Serrano agredieron a Jesús Alirio Campos cuando éste traía un caballo para la casa, en el trayecto del camino real que sirve de servidumbre de tránsito de los dos predios de las fincas colindantes, por donde forzosamente la familia Campos Bonilla tenía que transitar. Este trayecto fue recorrido por Jesús Alirio Campos cuando, acosado por sus agresores, hasta llegar junto a una cerca en donde se halla un (sic) puerta de golpe que une las dos fincas, sitio donde mi patrocinado retrocediendo de los agresores repelió el ataque del tío y del sobrino.

"Las circunstancias topográficas del escenario de los hechos dan mucha objetividad para entender con suficiente claridad que los hechos sucedieron después de un altercado con palabras injuriosas, en donde uno en principio no aceptó la pelea porque se encontraba en minoría, pero después de retroceder un buen trecho y verse que le tiraban peinilla y acosado por esta situación de peligro no tuvo otra alternativa que sacar su peinilla y defender su vida que se hallaba en peligro inminente de perderla; por ello no podía travarse (sic) a puños ni a lucha de cuerpo a cuerpo porque el peligro era más que inminente, porque eran tres los contrincantes y todos estaban armados de peinillas o machetes".

Se considera.

La revisión no es un recurso, ni siquiera sui géneris *o excepcional, por cuanto no tiene ninguna de las características instituidas por la ley para tales sistemas de impugnación. En efecto, los recursos son medios defensivos institucionalizados normativamente para que las partes puedan demandar la revocatoria de ciertos actos procesales, en la medida en que ellos causen un agravio al recurrente. Implican, como norma general, el reenvío del proceso a una instancia superior, que decide sobre la legalidad formal y*

sustancial del acto atacado. Operan, aun el de casación, dentro del proceso, o sea antes de la existencia de la cosa juzgada. La revisión, en cambio, es una nueva controversia que se plantea sobre las bases fácticas de la sentencia, en orden al derrumbamiento de la incolumidad y eficacia de la res iudicata, *que está afectada siempre por una presunción de verdad, y opera extra proceso, dentro o con posterioridad a la fase de ejecución penal. Cuando prospera, se abre un nuevo proceso por el mismo hecho ante juez distinto al que dictó la sentencia, y por consiguiente desaparecen los efectos jurídicos de la cosa juzgada.*

Por sus peculiares características, la revisión se diferencia también de la casación, no solo porque ésta es un verdadero recurso extraordinario, sino porque la primera, como se dijo, es un juicio sobre las pruebas controvertidas en el proceso, y la segunda es ante todo un preciso y restringido juicio jurídico sobre la sentencia, y eventualmente sobre la legalidad de la totalidad del rito procesal o de aspectos del mismo.

Puede decirse, entonces, que la revisión es una acción excepcional y extraordinaria que tiende a destruir los efectos de la cosa juzgada para la instauración de un nuevo juicio sobre un hecho que ya había sido fallado con base en pruebas manifiestamente inexactas.

Porque es de interés público esencial la seguridad y certeza de las sentencias judiciales y su efecto erga omnes *(res iudicata pro veritate habetur) como imprescindible factor de armonía y convivencia social, solo en casos excepcionalísimos (artículo 584 del C. de P. P.), y siempre que se demuestre inequívocamente la relievante probabilidad de que en el juzgamiento se incurrió en error judicial, la revisión puede decretarse. Y porque ello es así, el artículo 585 del estatuto procesal establece que al proponerse la acción de revisión del proceso se haga mediante una verdadera demanda (aunque la ley no la llame expresamente así) que debe contener una serie de requisitos similares a los necesarios para la casación (artículo 546) y tan exigente como la instituida para los procesos civiles (artículo 75 del Código Judicial). Y está bien que así sea, porque de lo contrario la seguridad de las decisiones judiciales quedaría permanentemente amenazada por la inminencia de un nuevo debate probatorio en el cual la Corte operaría como tribunal de instancia.*

La Sala está plenamente de acuerdo con lo expresado por el Ministerio Público, en el sentido de que la demanda formulada por el condenado a través de su apoderado, no reúne los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, y por consiguiente, no hay base jurídica para estudiar de fondo el asunto. Además, comparte también la opinión del Ministerio Público, de que a la actuación no se trajo material probatorio que le permita el estudio de los fundamentos fácticos de la sentencia dentro de los precisos límites del instituto de la revisión. En efecto, los testimonios extrajudiciales, inocuos en su contenido probatorio, fueron ratificados, como lo apunta el Procurador, con inobservancia de las prescripciones del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal que declara inadmisibles las respuestas que sean reproducción del texto de la pregunta.

Por total ausencia de las bases señaladas en la ley procesal como indispensables para proponer la revisión, la Sala negará la que demanda el condenado Campos Bonilla.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, NIEGA la revisión del proceso a que se refiere esta providencia, y ordena la devolución al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El artículo 26 de la Carta Política no es una simple declaración romántica sin consecuencias prácticas. — Cuando el defensor es infiel a sus deberes profesionales y permanece impertérrito, inerte y silencioso frente a la desesperada pretensión del imputado para que se le oiga en las diversas fases del proceso, es evidente que se están quebrantando las bases del juzgamiento, que se vulnera el derecho de defensa y se quebranta con ello el artículo 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril cinco de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 9 de 3 de abril de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

El Juzgado Tercero Superior de Neiva, con fecha 23 de mayo de 1973, dictó sentencia en este proceso, y condenó, entre otros, a Benjamín Ortiz Coronado, a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las accesorias del caso, como responsable de varios homicidios agravados, asociación para delinquir y robo. Oportunamente impugnada esta decisión, fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, por resolución fechada el 24 de abril del pasado año. Contra esta providencia interpuso recurso extraordinario de casación Ortiz Coronado, y la demanda respectiva, elaborada por apoderado especial, fue declarada formalmente ajustada a derecho. Agotados los trámites legales, resuelve ahora la Corte sobre la impugnación.

Hechos.

En las horas de la tarde del 25 de enero de 1963, un numeroso grupo de bandoleros asaltó el campamento "Las Delicias", perteneciente a la hacienda Santa Ana, sita en jurisdicción territorial del Municipio de Yaguará, Departamento del Huila, y dio muerte a ocho campesinos que allí estaban, incendió las instalaciones y se apropió de numerosos objetos pertenecientes a la hacienda y a las víctimas. Cumplidos los vandálicos actos y ante la proximidad de una patrulla de policía, los antisociales se retiraron, sin que hubieran sido capturados.

Actuación procesal.

Instantes después de realizada la masacre, el Juzgado 95 de Instrucción Criminal practicó el levantamiento de los cadáveres, y al día siguiente inició la investigación.

Adelantadas las diligencias sumariales, el instructor dictó auto de detención contra varias personas el 25 de mayo de 1963 (folio 243, C. II). El 20 de noviembre del mismo año, el Juzgado Superior de Neiva declaró cerrada la investigación (folio 183 vuelto, C. III) y el 1º de septiembre de 1964 se profirió auto de enjuiciamiento contra Ortiz y otras personas, y se tomaron otras determinaciones (folios 1 y siguientes, C. IV). Como el impugnante no había sido capturado, se emplazó por edicto fijado el 29 de octubre del mismo año (folio 47, C. IV), el 24 de noviembre siguiente fue declarado reo ausente, y se le designó como defensor al doctor Yesid Rojas Serrano (folio 47 vuelto, C. IV). Al revisar este auto por vía de apelación, el Tribunal le impartió su aprobación con ligeras modificaciones el 11 de marzo de 1966 (folios 27 y siguientes, C. V).

El *16 de julio del mismo año* fue capturado en Neiva Ortiz Coronado y puesto a disposición del Juzgado el 18 (folio 82, C. V). Al día siguiente, designa como defensor al abogado Remigio Díaz Castro (folio 84, C. V.), y el 25 del mismo mes solicita la práctica de pruebas y declara, por

memorial, que es inocente, a la vez que plantea la coartada consistente en que el día y a la hora de los hechos se hallaba en otro municipio, trabajando en la finca de Claudio Quimbaya (folio 88, C. V), pero la etapa probatoria de la causa ya había precluido. El 22 de junio de 1967, Ortiz Coronado solicita nuevamente la práctica de pruebas en orden a demostrar su coartada (folio 106, C. V), y el 27 del mismo mes se le recibió indagatoria (folio 108, C. V).

Después de numerosas incidencias, el 30 de julio de 1968 se declara la nulidad de la actuación a partir del auto de apertura a pruebas (folio 137, C. V), y, apelada esta decisión, Ortiz Coronado envía memorial al Tribunal solicitando confirmación del auto recurrido, con el fin de que se practiquen las pruebas que ha pedido. Confirmada la nulidad, en oportunidad el sindicado solicita al Juzgado la práctica de pruebas las que se ordenaron (folio 169, C. V), pero nunca se practicaron. Precluida la etapa probatoria, pide que esas pruebas se reciban en la audiencia pública (folio 220, C. V). A pesar de lo anterior, el Juzgado señala fecha para ese acto procesal (folio 223, C. V), y nada dice sobre la solicitud. Tampoco en la audiencia se recibieron.

Iniciada la audiencia, se decreta una nulidad parcial, y una vez concluida, el jurado emite veredicto condenatorio contra varios sindicados, entre los cuales se halla el impugnante, y el 25 de julio de 1970, el Juzgado dicta sentencia condenatoria (folio 99, C. VIII). Al revisar esta sentencia, el Tribunal declara la nulidad de la actuación a partir del auto de fecha febrero 14 de 1970, visible a folio 6, C. VIII (folio 7, C. IX). Posteriormente, a solicitud del Fiscal, el juez decreta una nueva nulidad, a partir del auto de proceder *de fecha 1º de septiembre de 1964*, inclusive (folio 38, C. IX).

El 24 de julio de 1971 se dicta nuevamente auto de procesamiento (folio 60, C. IX), que es confirmado por el Tribunal el 23 de febrero de 1972. Dentro del período probatorio de la causa, Ortiz Coronado solicita una vez más la práctica de pruebas, las que son denegadas por falta de los requisitos señalados en el artículo 501 del C. de P. P. (folios 46 y 50, C. XI). Tres días después, pide nuevamente pruebas, ya fuera de términos.

Finalmente, realizada la audiencia, y sobre el veredicto condenatorio emitido por el jurado, el Juzgado Tercero Superior a quien correspondió conocer en definitiva del proceso, dictó sentencia el 24 de mayo de 1973, en la que condena a Ortiz a diez y seis años de presidio (folio 162, C. XI), la que fue confirmada por el Tribunal, como ya se vio.

Demanda de casación.

Invoca el recurrente la causal prevista en el numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, "por haberse proferido la sentencia en proceso viciado de nulidad constitucional".

Bajo el "CARGO ÚNICO", ataca la sentencia porque a Ortiz Coronado "no se le permitió ejercer el derecho de defensa que le otorga la Constitución y las leyes de la República".

Para sustentar la acusación, afirma que su cliente permaneció detenido casi un año sin que se le recibiera indagatoria, y que cuando finalmente se le recibió, quedó incluida dentro de la actuación procesal que se declaró nula. "Y con posterioridad a esa fecha —agrega— no aparece en el plenario que se le hubiera recibido indagatoria. Lo anterior significa que se ha denegado a Benjamín Ortiz Coronado el derecho a defenderse empezando con el hecho de no habérsele recibido válidamente indagatoria".

Agrega que los distintos defensores de Ortiz nada hicieron para tutelar sus derechos. Y afirma que "es importante destacar, cómo desde la propia fecha de su captura Benjamín Ortiz ha venido reclamando que se practiquen estas mismas pruebas, porque considera que con ellas prueba su inocencia". Aduce que en la audiencia el defensor solo habló media hora, término éste absolutamente insuficiente para fundar una defensa adecuada en un proceso tan complejo como éste.

Señala como normas violadas los artículos 26 de la Constitución, y 1º, 6º, 215, 216, 217, 219, 381, 392, 413, 414, 416, 436 y 500 del Código de Procedimiento Penal.

Discurre también sobre la situación procesal de Gilberto Trujillo Suárez, de quien dice que no se resolvió nada, a pesar de haber sido indagatoriado, en el auto de proceder, lo que en su sentir, invalida igualmente la actuación, por quebrantamiento de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1º, 6º, 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal.

Termina su libelo pidiendo que se case la sentencia impugnada, "debiendo declararse la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, declarando así el estado en que debe quedar el proceso".

El Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene que aunque el actor "no precisa con toda exactitud cuál de las garantías contenidas en la norma constitucional fue calculada (sic) por

el juzgador ni expresa el alcance de la violación, la sentencia impugnada debe invalidarse, por cuanto:

"A juicio de esta Procuraduría Delegada resulta incuestionable:

"1. El incriminado Benjamín Ortiz Coronado, juzgado y condenado como partícipe de los hechos aquí investigados, no fue legalmente vinculado al proceso mediante indagatoria o declaratoria de reo ausente pues tanto aquélla como ésta quedaron afectadas por la nulidad declarada por el Juzgado Superior y confirmada por el Tribunal Superior de Neiva (folios 270 y siguientes del C. número 6, y 6 y siguientes del C. número 8).

"Benjamín Ortiz Coronado fue capturado el 16 de junio de 1966 (folios 27 y siguientes del C. número 5) y desde esta fecha ha permanecido privado de la libertad. En febrero de 1970 se confirmó la nulidad y nadie se preocupó por recibirle indagatoria o declararlo reo en ausencia.

"2. A partir de la captura y en múltiples ocasiones planteó su inocencia a través de una coartada y para infirmar los cargos Ortiz Coronado solicitó una confrontación con sus acusadores Fortunato Vargas, Juan de Dios Ladino y José Ignacio Bonilla y el testimonio de Claudio Quimbaya.

"Las peticiones de prueba fueron negadas o ignoradas de manera sistemática con flagrante violación de los artículos 370 y siguientes y 376 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, anterior (407 y siguientes y 413 y siguientes de la legislación vigente) y 436 del Decreto 409 de 1971.

"3. Sus defensores ninguna asistencia jurídica le prestaron. Simplemente tomaron posesión del cargo y se limitaron a recibir notificaciones sin presentar siquiera un escrito a su favor.

"En todas estas formas se desconoció el derecho de defensa pues, se repite, el acusado no fue vinculado legalmente al proceso con lo cual se le privó del derecho primario de conocer la imputación para desvirtuarla o presentar pruebas de exculpación".

Para reafirmar su argumentación, transcribe reciente doctrina de la Corte sobre la importancia procesal de la indagatoria como medio defensivo.

Consideraciones de la Corte.

I.—El artículo 26 de la Carta Política no es una simple declaración romántica sin consecuencias prácticas. Por el contrario, es la síntesis de los derechos individuales, frente a la pretensión punitiva del Estado, y en su desarrollo institucional, las leyes procesales han creado una serie de mecanismos que tutelan efectivamente los derechos de las personas, a través de la imposición de sanciones penales para los funcionarios que violan estos preceptos, y por medio de sanciones procesales que van desde la inexistencia jurídica hasta la nulidad constitucional o supralegal para las actuaciones que se realizan con pretermisión o inobservancia de tales requisitos. El derecho de defensa, que se realiza a través de una serie de prerrogativas consignadas en el Código de Procedimiento Penal (derecho de pedir pruebas, a ser oído cuantas veces estime conveniente el sindicado —salvo el abuso del derecho—, a interrogar testigos, a gozar de una defensa técnica, a conocer específicamente la imputación penal, a impugnar las resoluciones judiciales, etc.), es inviolable, implica una presencia activa del imputado dentro del proceso en todas sus fases, y encuentra una de sus manifestaciones vitales en la prerrogativa de ser oído en indagatoria. Es en ese acto procesal en donde el imputado puede explicar su conducta, confesar cualificadamente, solicitar la práctica de pruebas, etc., y es a través de ella como se le vincula formalmente al proceso.

Así lo ha sostenido la Corte en reciente sentencia, cuando expresó:

"La indagatoria es ante todo un medio de defensa, el primero y quizá el más importante de que dispone el sindicado, pues en ella se le entera de los hechos que la motivan; tiene oportunidad de negarlos, explicarlos o contradecirlos; puede hacer confesiones cualificadas o restrictivas que surgen amparadas por una presunción legal de veracidad; tiene ocasión de demandar la práctica de pruebas, entre ellas la de confrontación personal con quienes lo hayan acusado, etc.". (Casación de Laurentino Orozco Casas, agosto 21 de 1973).

La inexistencia de indagatoria viola el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal al pretermitir una de las formas sustanciales del proceso, y los artículos 381, 383 y 384, entre otros, del mismo estatuto, y por consecuencia se quebranta el artículo 26 de la Constitución.

II.—Cuando el imputado goza de defensa técnica a través de su apoderado o defensor, no puede sostenerse razonablemente que cualquier informalidad pueda constituir vicio sustancial, ni el silencio del Procurador Judicial o una determinada postura procesal del mismo implica nulidad, en cuanto puede perfectamente obedecer ese comportamiento a la manera como ha planificado su actividad defensiva. Pero cuando el

defensor es infiel a sus deberes profesionales y permanece impertérrito, inerte y silencioso, frente a la desesperada pretensión del imputado para que se le oiga en las diversas fases del proceso, es evidente que se están quebrantando gravemente las bases del juzgamiento, que se vulnera el derecho de defensa y se quebranta con ello el artículo 26 de la Constitución.

III.—Tal como dice el Procurador, está plenamente demostrado que Ortiz Coronado solo fue sometido a indagatoria una sola vez (folio 108, C. V), pero tanto este acto procesal como la declaración de reo ausente (folio 47 vuelto, C. IV), quedaron dentro de la tramitación cuya nulidad se decretó (folio 38, C. IX), a partir del auto de 1º de septiembre de 1964, inclusive. Lo que indica que a pesar de que Ortiz Coronado está detenido desde hace más de ocho años, no ha sido oído en indagatoria, ni ha sido legalmente vinculado al proceso.

IV.—Es, igualmente, palmario que Ortiz Coronado no ha tenido oportunidad alguna de defenderse, por cuanto, a pesar de estar provisto de Procurador Judicial, éste nada ha hecho por tutelar su inocencia, y porque el propio imputado ha solicitado reiterada y tenazmente, a lo largo de este interminable proceso, que se practiquen las pruebas que tienden a demostrar una eventual coartada, sin que en ningún momento haya sido oído, tal como se observa claramente en el relato de la actuación procesal. Ni siquiera en la audencia pública tuvo oportunidad de plantear su defensa, ya que solo se le formularon dos preguntas. En estas condiciones, se quebrantó gravemente el artículo 26 de la Carta Constitucional.

V.—La nulidad supralegal, generada en los motivos anteriormente indicados, no es comunicable a otros imputados dentro del mismo proceso, y solo favorece, por consiguiente su declaratoria a quien haya padecido el agravio.

Prospera, por consiguiente, el cargo aducido en la demanda.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, CASA la sentencia recurrida y declara la nulidad de la actuación procesal a partir del auto de fecha 20 de noviembre de 1963, por medio del cual se declaró cerrada la investigación, inclusive (folio 183 vuelto, C. III), para que se reponga la actuación teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, pero desde luego, solo en lo relativo al imputado Benjamín Ortiz Coronado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

En los juicios en que interviene el jurado, no es pertinente la causal de casación de que se ocupa el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos sententa y cinco.

Aprobado: Acta número 11 de 10 de abril de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por resolución de fecha 5 de junio de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Superior de ese Distrito, con sede en El Espinal, en la que se impuso a Florentino Vargas Sánchez la pena principal de ocho años de presidio y las accesorias del caso, como responsable de un delito de homicidio. Contra la sentencia del Tribunal, Vargas Sánchez interpuso el recurso extraordinario de casación, que fue sustentado por medio de apoderado especial. La demanda fue declarada formalmente ajustada a las prescripciones legales, y agotada como está la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver sobre el particular.

Hechos y actuación procesal.

En el auto de vocación a juicio se narraron así los hechos que dieron origen al proceso:

"El día sábado veintisiete de enero del presente año (1973, aclara la Corte), el Juez Promiscuo Municipal de Prado, Tolima, se trasladó al sitio de Barrialosa, vereda Peñón Alto, de aquella jurisdicción, donde practicó el levantamiento del cadáver de la persona que en vida respondía al nombre de Horacio Ospina, el cual presentaba dos heridas producidas con arma monoproyectil, una en la región frontal izquierda y la otra en el ángulo externo del ojo del mismo lado. También le fue hallada una vulneración ocasionada con objeto contundente en la parte superior y externa de la frente, la que, según se colige de las constancias procesales, fue causada mediante el golpe que recibió la víctima al desplomarse de su cabalgadura después de recibir los disparos, pues allí mismo, sobre un peralte de tierra, se encontraron parte de sus cabellos" (folio 115, cuaderno principal).

La investigación la adelantó el Juez Promiscuo Municipal de Prado, y una vez perfeccionada, el Juez Segundo Superior, con sede en Espinal, la declaró cerrada, y al calificar el mérito del sumario profirió auto de procesamiento por homicidio simplemente intencional contra Florentino Vargas Sánchez, decisión ésta que no fue impugnada.

Durante el período probatorio del juicio, ni el procesado ni su defensor solicitaron la práctica de pruebas.

La audiencia pública se realizó el 6 de febrero de 1974, y al concluir ese acto procesal, el jurado emitió un veredicto condenatorio por unanimidad. Sobre esa veredicción el Juzgado pronunció la sentencia que, impugnada en su oportunidad, fue confirmada por el Tribunal Superior.

La demanda de casación.

El actor hace un minucioso relato de los hechos y de la actuación procesal, transcribe los "considerandos" que sirvieron al Tribunal para confirmar la sentencia de primera instancia, y con base en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, al solicitar la invalidación del fallo, dice:

"CARGOS. Invocando en contra del memoriado fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué la causal contemplada en el artículo 580, ordinal 1º del C. de P. P., en cuanto tal sentencia es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida.

"Al efecto, la conducta del procesado no puede encuadrarse dentro de lo dispuesto por el artículo 362 del C. P. en cuanto hace a la calificación de HOMICIDIO VOLUNTARIO, atendiendo a que no se tipifica en su totalidad la conducta, por faltarle el ingrediente subjetivo requerido por el precepto citado, al rezar: *'el que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro...'*.

"Por otra parte, no se dio aplicación al artículo 12 del C. P., el cual predica en su inciso 2º: *'hay culpa cuando el gente (sic) no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos'* ".

Se extiende luego el impugnador en el estudio de los elementos de convicción aducidos al proceso para tratar de demostrar que, aunque la prueba de incriminación es suficiente para evidenciar la autoría material del homicidio por Vargas Sánchez, no es suficiente, sin embargo, para que con base en ella se pueda sostener la existencia del dolo homicida, todo lo cual lo lleva a la tesis de que se trata de un ilícito culposo, en los términos siguientes:

"Disparar indistintamente y sin ningún punto de referencia constituye de por sí una actuación imprudente y por asociación, culposa, en cuanto se obró sin las cautelas necesarias que se aconsejan por la experiencia común de la vida a fin de evitar trágicas consecuencias. Da pie tal comportamiento para calificarlo dentro de lo que constituye CULPA INCONSCIENTE O SIN PREVISIÓN.

Finalmente, en el Capítulo de las "PETICIONES", solicita el recurrente:

"a) Casación de la sentencia de referencia por ser violatoria de la ley sustancial en vía de aplicación indebida del artículo 362 del C. P. y no remisión de sus considerandos y circunstancias especiales del caso a lo dispuesto en el artículo 12 del mismo ordenamiento;

"b) Nuevo llamamiento a audiencia pública para que, en resultando lo anterior, se juzgue a Florentino Vargas Sánchez por trasgresión a la Ley 164 de 1938, artículo 1º que en su texto dice: *'el que por culpa cause la muerte a otro, incurrirá* en..." ".

El Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del demandante, y argumenta así:

"Debe advertirse, en primer término, que el demandante incurrió en falta de técnica, pues invoca la violación directa de la norma mencionada, pero la demostración que intenta conduce a afirmar una violación indirecta, en relación con estimación probatoria, en cuanto se dio por demostrado el propósito homicida, que no se deduce, según el recurrente, de los elementos probatorios referidos; como se trata de conceptos que se excluyen, pues la violación directa supone aceptar los hechos que se estimaron demostrados por el fallador y la violación indirecta se apoya en que se incurrió en error de apreciación probatoria, bastaría la falla indicada para rechazar el recurso".

Para sustentar su aserto, transcribe apartes de la sentencia proferida por la Corte el 23 de agosto de 1969, y sostiene:

"Por otra parte, aunque se aceptara que se invocó la violación indirecta de la ley, tampoco resulta procedente esta presentación, porque conforme a interpretación de la Corte en numerosos fallos, en los juicios decididos con intervención del jurado, no es admisible la invocación de dicha causal en la forma de la violación indirecta, porque esto implicaría desconocer la autonomía del jurado, y porque conduciría a una declaración de contraevidencia no contemplada por la ley como causal de casación".

Se considera:

Aunque la demanda se declaró formalmente ajustada a las exigencias del artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, es lo cierto que adolece de graves fallas técnicas, que por sí mismas serían suficientes para rechazar el recurso. Se invoca, en efecto, una causal, pero no se indica en forma clara y precisa el fundamento de la misma, ni se precisa el alcance de la impugnación.

De otra parte, tal como lo anota el Procurador, aunque se aduce como cargo único contra la sentencia, la violación directa de la ley por aplicación indebida (C. de P. Penal, artículo 580, ordinal 1, inciso 1º), es lo cierto que toda la argumentación del actor se dirige a demostrar que el fallador incurrió en error en la apreciación de las pruebas, quebrantando así, en forma indirecta, el artículo 12 del Código Penal, por cuanto, en su sentir, los elementos de convicción aducidos al proceso no son suficientes para demostrar el propósito de matar y sí relievan, en cambio, una conducta culposa. La prevista en el artículo 580, numeral 1, inciso 1º, es una causal de casación autónoma y directa, que por consistir en un puro juicio de derecho, opera necesariamente sobre una situación probatoria consolidada en el proceso, no susceptible de controversia

alguna. Se refiere a un error de derecho acerca de la selección de la norma jurídica aplicable al caso plenamente demostrado en los autos, por lo que resulta improcedente el conato de demostrar que el juzgador de instancia incurrió en error en la valoración de las pruebas.

Cuando se alega la violación indirecta de la ley por apreciación errónea de la prueba o falta de apreciación de la misma, la situación es distinta, en cuanto se trata de demostrar que se incurrió en error de hecho o de derecho "que aparezca manifiesto en los autos" en relación con el valor atribuido por la ley a los medios probatorios y no estimados por el juez, o acerca de los requisitos legalmente prescritos para su validez, o, finalmente, a la simple omisión de una prueba válida que no fue siquiera considerada en la sentencia.

La casación es por su esencia doctrinaria y por su reglamentación un recurso extraordinario que se desenvuelve en el preciso ámbito de las pretensiones del impugnador, quien por ello debe "expresar la causal que aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella..." (artículo 576 del C. de P. Penal). De ahí que la Corte no pueda "tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes" (artículo 581), porque si lo hiciera se convertiría en tribunal de instancia.

En los juicios que se tramitan con intervención del jurado no es posible casar la sentencia con base en la causal primera, inciso segundo, porque el tribunal popular es soberano en la apreciación de las pruebas en virtud del sistema de convicción íntima establecido por la ley para esos casos, sin límites distintos a la evidencia de los hechos consignados en el expediente. Y cuando el veredicto es notoriamente injusto, esa declaración es competencia privativa de los juzgadores de instancia (artículos 565 y 567 del C. de P. P.) y en ninguna circunstancia de la Corte.

Además, si el artículo 583 del estatuto procesal dispone que cuando la Corte case una sentencia con base en la causal primera (del artículo 581), "dictará el que deba reemplazarlo", se torna imposible la admisión de ese motivo para atacar una sentencia dictada con base en el veredicto emitido por el jurado, no solo, como se deja dicho, porque se usurparía competencia, sino también porque ello implicaría el quebrantamiento de formas propias del juzgamiento. No prospera, por consiguiente, el cargo único formulado en la demanda.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador y de acuerdo con él, DESECHA el recurso interpuesto contra la sentencia de que se ha hecho mérito en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

VIGENCIA DE LA LEY 21 DE 1973 EN ARMONIA CON EL DECRETO 1988 DE 1971

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, once (11) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 11.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Antonio María López Palacio, Francisco Luis López Torres, Ildefonso Cardona Betancur, Luis Eduardo Jaramillo Ríos, Gustavo de Jesús Correa Arango y Marco Emilio Vásquez Vásquez, contra la sentencia de veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y tres, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la de primer grado proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó a cinco (5) años y dos (2) meses de presidio a los tres primeros procesados, y rebajó la pena de cinco (5) años y ocho (8) meses impuesta en primera instancia por el Juzgado a cinco (5) años y cuatro (4) meses de presidio para los tres últimos, como autores de los delitos de robo y lesiones personales en perjuicio del patrimonio de la Cooperativa de Consumo de Antioquia, Limitada, y de la integridad física de Conrado Aguilar y José de J. Echeverri, empleados de la misma Cooperativa.

Hechos y actuación procesal.

El Tribunal Superior de Medellín sintetiza así los hechos:

El 3 de febrero del año que termina (1973), entre las siete y las ocho de la noche, varios individuos uniformados con prendas de la Policía Nacional y debidamente provistos de revólver, llegaron a las instalaciones de la "Cooperativa de Consumo de Antioquia, Limitada", sección del barrio El Pedregal, y luego de penetrar al interior del edificio sorprendieron a dos empleados cuando se disponían a las tareas necesarias para la consignación nocturna, en uno de los bancos de la ciudad, de los valores recaudados en el giro de las actividades comerciales de esa fecha.

Dueños de la situación los asaltantes y haciendo uso de la intimidación, de golpes y de amarras, lograron reducir a la impotencia tanto al administrador Conrado Aguilar Montoya como al ayudante José J. Echeverri Calle, y se apoderaron in continenti de un bolso que contenía la suma de veinticinco mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos con treinta y cinco centavos ($ 25.454.35). (La cantidad de $ 3.558.90, representada en cheques), lo mismo que de un revólver Smith Wesson, calibre 38 largo, destinado al servicio del celador Echeverri.

Logrado así el objetivo criminoso que algunos sujetos fraguaron después de varias reuniones y de acordar los más mínimos detalles del asalto, los tres autores materiales de la violenta sustracción —asegura Antonio María López Palacio— huyeron a reunirse con él, pues estaba en guardia de sus movimientos y era el encargado de organizar el viaje en taxi hacia la residencia de Francisco Luis López Torres (autor del plan delictuoso y Sargento de la Policía), ubicada en el barrio Boyacá, donde se distribuyó el botín, parte del cual se reservó para López Torres, mientras a López Palacio se adjudicó allí la suma de $ 3.300.00.

El Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal adelantó la investigación, perfeccionada la cual envió el proceso a los Juzgados Penales del Circuito de Medelín, y le correspondió su conocimiento al Décimo. Este ordenó enviar las diligencias a la Justicia Penal Militar, porque en el delito habían participado miembros de la Policía Nacional, pero el Comandante de la Cuarta Brigada, con base en jurisprudencia de la Corte y en atención a que el personal militar que intervino en la comisión de los hechos no actuó con ocasión o so pretexto del servicio, sino en su condición de simples ciudadanos e impulsados por ánimo de lucro ilícito, devolvió la actuación a la justicia ordinaria.

El Juzgado Décimo Penal del Circuito cerró la investigación y en el auto calificatorio dispuso el enjuiciamiento de Antonio María López Palacio, Francisco Luis López Torres e Ildefonso Cardona Betancur como responsables del delito de robo, y de Luis Eduardo Jaramillo Ríos, Gustavo de Jesús Correa Arango y Marco Emilio Vásquez Vásquez, por robo y lesiones personales.

Impugnada esta providencia, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó sin modificaciones.

Rituada la causa en legal forma, se dictaron los fallos de primera y segunda instancia (27 de julio y 26 de septiembre de 1973, respectivamente).

El veintisiete de noviembre de 1973, la Corte admitió el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados, y por auto de diez y siete de septiembre del año siguiente, declaró ajustada a las prescripciones legales, por su aspecto formal, la demanda presentada por el doctor David Melo Cifuentes, apoderado de Francisco Luis López Torres, y desierto el recurso en cuanto a los demás recurrentes.

La demanda de casación.

Al amparo de las causales cuarta, segunda y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula los siguientes cargos a la sentencia recurrida:

Causal cuarta.

Cargo primero.

La sentencia del Tribunal Superior de Medellín fue proferida en juicio viciado de nulidad, por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de favorabilidad. La disposición aplicable en el fallo era el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, reformatorio del artículo 402 del Código Penal, que establece un mínimo de tres años de presidio como sanción y no las disposiciones del Decreto 1988 de 1971, el cual reprime el delito de robo con pena mínima de cinco (5) años.

Cargo segundo.

Nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Carta Política, por cuanto no se practicó diligencia de careo entre el procesado Antonio María López Palacio y el Mayor Rengifo, Comandante de Policía en Itagüí, a pesar de haberse decretado la prueba por el instructor, con lo cual se quebrantó el derecho de defensa de López Palacio, y las formas propias del juicio.

Cargo tercero.

Lo hace consistir el recurrente, de igual manera, en el quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución, por no haberle reconocido al procesado en la sentencia, la atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 16 del Código Penal, tenida en cuenta en el auto de proceder, lo cual constituye nulidad del juicio.

Causal segunda.

Cargo único.

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados al procesado Francisco Luis López Torres en el auto de proceder, impugnación que hace con los mismos argumentos de la inmediatamente anterior.

Causal primera.

Cargo primero.

Por manifiesta y errada apreciación del testimonio del agente de Policía Antonio María López Palacio, el Tribunal de instancia aplicó indebidamente la ley sustancial, lo cual constituye violación indirecta de la misma.

Dice el censor que por manifiesto y ostensible error de hecho en la apreciación de los testimonios de López Palacio y del Mayor Genaro Rengifo, el Tribunal incurrió en error de derecho al aplicar los numerales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal. Y por otro modo, aplicó indebidamente el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal que habla sobre complicidad.

Finalmente, alega indebida aplicación del artículo 363 del Código Penal, norma sustancial únicamente aplicable en los delitos de homicidio, pero no para los de robo y lesiones personales, por lo cual incurrió en error de derecho.

Cargo segundo.

En virtud del fenómeno de la irretroactividad de la ley penal, por ser más favorable al procesado el artículo 402 del Código Penal, y como el fallo de instancia estaba recurrido en casación, se aplicó indebidamente el Decreto 1988 de 1971.

Respuesta del Procurador.

A ellas se referirá la Sala en las respectivas consideraciones, y hará las citas pertinentes.

Consideraciones de la Corte.

Primera causal invocada.

Cargo primero. Pretende el recurrente que la nulidad supralegal consiste en la omisión por el sentenciador del artículo 26 de la Carta Política cuyas prescripciones contienen el principio de favorabilidad. Y argumenta que el delito imputado se cometió y sancionó en vigencia de las disposiciones del Decreto 1988 de 1971, dictado por el legislador extraordinario cuando el país se encontraba en estado de sitio, y que perdió vigencia el 29 de diciembre de 1973, cuando la Ley 21 del mismo año lo recogió en sus propios ordenamientos modificatorios de las penas establecidas por el artículo 404 del Código Penal, vigente al tiempo de su derogatoria, fecha en la cual desapareció el estado de sitio con la totalidad de sus efectos pendientes.

El Procurador considera inopinada la petición del recurrente, pues fue juzgado y condenado en vigencia del Decreto 1988, y porque la Ley 21 de 1973 modificó el artículo 404 del Código Penal cuando se encontraba suspendido por los imperativos de aquél.

En efecto, el Agente del Ministerio Público dice:

"Con fecha 3 de diciembre de 1973, el Congreso Nacional aprobó la Ley 21, la que en su artículo 9º dispuso: 'La pena establecida en el artículo 404 del C. Penal será de cinco a catorce años'. En tal forma, el legislador ordinario reprodujo totalmente lo que el extraordinario había dispuesto en el Decreto 1988 de 1971 y atinente a la penalidad para el delito de robo. La misma Ley 21 ordenó, en su artículo 16, que entraría a regir 'desde la fecha de su promulgación', derogando todas las disposiciones contrarias, promulgación que se hizo en el 'Diario Oficial' número 33989 de diciembre 12 de 1973. Se precisa, en consecuencia, que cuando, por mecanismos constitucionales, desapareció del ordenamiento legal el Decreto 1988, el artículo 404 del C. Penal estaba modificado en lo pertinente a la penalidad imponible para el delito en el subsumido, sin que se haya presentado solución de continuidad entre la norma extraordinaria (Decreto 1988 de 1971) y la ordinaria (Ley 21 de 1973)".

Ciertamente que habiéndose dictado la Ley 21 de 1973 en estado de sitio y disponiendo ella que entraría a regir desde la fecha de su promulgación, en ningún momento volvió a surtir efectos el artículo 404 del C. P., suspendido en virtud del Decreto 1988 de 1971, siendo así que la referida ley reprodujo integralmente lo dispuesto por éste en lo que respecta a la penalidad para el delito de robo. No hubo, pues, como expresa el Procurador, solución de continuidad entre la norma extraordinaria y la ordinaria. Por consiguiente, no opera el principio de favorabilidad.

Por otra parte, si el delito fue cometido y sancionado en vigencia de la norma de estado de sitio y el recurrente busca la aplicación de la más favorable —artículo 404, numerales 1º y 4º del Código Penal—, porque el estado de anormalidad jurídica desapareció con la plenitud de sus efectos pendientes, debió pedirlo así a los jueces competentes de instancia, al favor de los artículos 7º de la Ley 153 de 1887 y 6º del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo. Como bien lo anota el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el no haberse llevado a efecto la diligencia de careo entre el procesado, Antonio María López Palacio y el Mayor Rengifo, no es suficiente para que con fundamento en su omisión, se tache la sentencia como dictada en juicio viciado de nulidad, si, como fehacientemente ha sido demostrado con abundantes pruebas, el dicho del Agente Antonio María López Palacio no es la prueba única de cargo utilizada por el Tribunal de instancia para establecer la responsabilidad del procesado recurrente, sino que, por el contrario, en el expediente abundan los elementos de convicción, no desvirtuados por la defensa, que señalan a Francisco Luis López Torres como autor de los hechos constitutivos del delito de robo por el cual fue condenado, y mientras no se demuestre que dichas pruebas de cargo carecen del ostensible peso que exhiben, y de su manifiesta incidencia en las conclusiones de la sentencia, no le será posible al censor demostrar la nulidad invocada.

El cargo no prospera.

Cargo tercero. Se cuestiona ahora que el sentenciador violó las formas propias del juicio y, en consecuencia, el artículo 26 de la Carta Fundamental, cuando expresó en el auto de proceder que el Sargento López Torres no estuvo presente en el momento de la comisión del delito de robo por circunstancias ajenas a su voluntad, y, sin embargo, lo llamó a responder en juicio y lo condenó sin reconocerle la circunstancia modificadora de responsabilidad a que se contrae el artículo 16 del Código Penal, pues, si cometió el delito de robo, lo hizo en el grado de simplemente tentado.

Anota el Procurador y lo predican los autos que ni el sentenciador de primer grado, ni el Tribunal de instancia llamaron al Sargento López Torres a responder en juicio por el delito de

robo imperfecto. Al respecto es muy clara la parte resolutiva de la sentencia. Y si en la parte motiva se dijo que el procesado no pudo concurrir ni cooperar materialmente en la ejecución del hecho por motivos ajenos a su voluntad, como lo afirma el recurrente, no lo es menos que tampoco en dicha motivación consideró ninguno de los juzgadores de instancia la conducta del inculpado en el grado pretendido, ni así lo demuestra por modo alguno la censura, que confunde los motivos de las causales segunda y cuarta de casación y los presenta, al tiempo y sin discriminarlos, a la consideración de la Corte.

El cargo no prospera.

Segunda causal invocada.

No estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado.

Sirven de fundamento a esta nueva causal los argumentos que se trajeron a consideración de la Sala para sustentar el cargo inmediatamente anterior. Valen, en consecuencia, para refutar sus pretensiones las mismas consideraciones que se hicieron para desecharlo.

Tercera causal invocada.

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

Se basa la acusación en la siguiente premisa:

"Por manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, el honorable Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho al atribuirle al Sargento López Torres la calificación de los ordinales 1º y 4º del artículo 404 del Código Penal, motivo por el cual el honorable Tribunal violó en forma indirecta la ley sustancial". Más adelante se indican como violados por el sentenciador el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal y el 3º del artículo 363 del mismo estatuto.

El recurrente no cita las normas reguladoras de la prueba infringidas por el sentenciador, al través de las cuales se violaron presuntamente los imperativos sustanciales señalados por el censor.

En tales circunstancias, el cargo no puede prosperar.

Al amparo de la causal primera de casación se formula un segundo cargo a la sentencia —esta vez por infracción directa del artículo 26 de la Constitución y del 402 del Código Penal, aplicables al caso controvertido, con exclusión de los preceptos del Decreto 1988 de 1971 que transitoriamente agravaron la penal del robo.

Como el cargo se sustenta con razones ya refutadas por la Sala al referirse al primero formulado al amparo de la causal cuarta de casación, para desecharlo huelgan otras consideraciones.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, con aclaración. *Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero,* con aclaración.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Aclaración de voto de los Magistrados, doctores José María Velasco Guerrero y Humberto Barrera Domínguez.

Compartimos la providencia de la mayoría en la totalidad de sus conclusiones, pero nos separamos de la motivación que ella suscribe para sustentar la solución que dio al cargo primero formulado por el recurrente. Para el efecto transcribimos a continuación el texto original que sobre la materia redactó el Magistrado sustanciador y desechó la mayoría de la Sala:

"Cargo primero. Pretende el recurrente que la nulidad supralegal consiste en la omisión por el sentenciador del artículo 26 de la Carta Política, cuyas prescripciones contienen el principio de favorabilidad. Y argumenta que el delito imputado se cometió y sancionó en vigencia de las disposiciones del Decreto 1988 de 1971, dictado por el legislador marcial cuando el país se encontraba en estado de sitio, y que perdió vigencia el 29 de diciembre de 1973, cuando la Ley 21 del mismo año lo recogió en sus propios ordenamientos modificatorios de las penas establecidas por el artículo 404 del Código Penal, vigente al tiempo de su derogatoria, fecha en la cual desapareció el estado de sitio con la totalidad de sus efectos pendientes.

"En el caso concreto, la no aplicación de normas que prescriben penas más benignas, siempre posibles de exigencia a los jueces de las instancias, no constituye nulidad supralegal como lo pretende el impugnador.

"El señor Procurador considera inopinada la petición del recurrente, pues fue juzgado y condenado en vigencia del Decreto 1988, y porque la Ley 21 de 1973 modificó el artículo 404 del Código Penal cuando se encontraba suspendido por los imperativos de aquél. Por modo que el artículo 404 resurgió momentáneamente para los efectos de su derogatoria, modificado en sus penas.

"Piensa el Ministerio Público que el legislador ordinario puede prolongar en el tiempo los efectos precarios de la legislación marcial recogiendo sus prescripciones en las propias suyas con retroactividad a la fecha de promulgación de aquéllas, lo cual bastaría para impedir el tránsito de legislación, pues no habría —dice— solución de continuidad entre unas y otras normas, si las del Código Penal fueron modificadas, derogadas, sustituidas, por otra ley de carácter ordinario, mientras estaban suspendidas por virtud del estado de sitio. Y así la antigua ley, el artículo 404 del Código Penal, habría recobrado la plenitud de sus vigencias, de regreso al estado de normalidad jurídica, pero ya modificado por la Ley 21 de 3 de diciembre de 1973.

"La Corte aprecia en cuanto vale la opinión del Ministerio Público, y, no obstante, advierte que de todos modos la nueva ley no modificó las penas contempladas en el artículo 404 del Código Penal antes del 12 de diciembre de 1973. Si el delito se cometió con anterioridad a esa fecha, la norma aplicable a sus autores es la del Código, pues sus modificaciones valen a partir de la fecha de promulgación de la ley nueva, y en ninguna hipótesis con anterioridad al doce de diciembre de 1973.

"Lo anterior, precisamente porque el tránsito de legislación se opera con exclusión de las normas de estado de sitio, cuya marcada transitoriedad se hace ostensible cuando el país recobra el imperio institucional y con él desaparece la legislación marcial y la totalidad de sus efectos pendientes.

"El tránsito de leyes se da con absoluta independencia de las situaciones concretas que pudieran implicarse en él, siempre que una ley ordinaria modifica, deroga o sustituye una anterior de idéntica categoría. Cronológicamente, dicho fenómeno se opera en el preciso momento en que una de aquellas acciones ocurre, es decir, en una fecha conocida. A partir de ese instante surge la posibilidad de que alguien, con interés legítimo, reclame en su favor la aplicación de la disposición benigna, o de que así procedan oficiosamente los jueces del conocimiento.

"Solo muy ocasionalmente se da la oportunidad de que la norma de estado de sitio recobre efectos, y tal ocurre porque así lo exige el principio de favorabilidad, o igualmente alguien, con interés legítimo, reclama su aplicación.

"Las situaciones jurídicas concretas que se plantean en relación directa con el estado de sitio y el tránsito de leyes, deben resolverse con sujeción a lo que dejamos dicho, o sea, que el paso de una ley a otra se da con exclusión perentoria del estado de sitio, salvo que en sus disposiciones, por algún concepto, se halle entrañado el principio de favorabilidad.

"La razón de ser así es bastante clara. La finalidad de la declaración del estado de sitio es prevenir o conjurar la perturbación del orden público. Por virtud suya el legislador de emergencia puede suspender las leyes ordinarias cuando sean contrarias a las normas transitorias del estado de sitio. Sus mandamientos se cumplen especialmente para cautelar la vida institucional del país y, con su fundamento, jamás podrían ser desconocidas garantías constitucionales de ninguna suerte —menos aún— las que cifran y tutelan el debido proceso, es decir, la legalidad del delito, la legalidad de la pena, la legalidad de proceso y el principio de favorabilidad.

"El privilegio excepcional que la Constitución otorga al Ejecutivo de legislar con fuerza obligatoria para todos y de suspender las leyes ordinarias contrarias a las disposiciones del estado de sitio tiene como contrapeso el de que en virtud de dicho privilegio no puede el legislador transitorio dictar normas de carácter permanente, pues ya se dijo que con el estado de sitio desaparece su legislación y sus efectos pendientes.

"El estado de sitio, como situación de anormalidad jurídica institucionalizada, es, por fuerza de su naturaleza, un estado excepcional, al través del cual no puede ni debe pretenderse alterar con caracteres permanentes el orden normativo establecido por el legislador ordinario. Ni prescribir figuras delictivas distintas de aquellas que por su índole o por la índole de las circunstancias son necesariamente efímeras.

"El estado de sitio es, por último, una medida terapéutica, enderezada a restablecer el orden, a conseguir que la ley se cumpla, que las instituciones permanezcan.

"Alguien ha dicho que la finalidad del estado de sitio es institucional, no penal, que tiene su remedio en la ley, más allá de la cual no puede trascender. Y ha sido erigido para conjurar situaciones y no casos individuales. Es curativo y no represivo. Su destino es anular el desorden y evitar que se propague. Y se extingue con el cumplimiento de su finalidad.

"En resumen, frente al caso cuestionado concretamente por la censura y con referencia a la opinión del Ministerio Público, se tiene:

"Si el delito fue cometido y sancionado en vigencia de la norma de estado de sitio y el recurrente busca la aplicación de la más favorable —artículo 404, numerales 1º y 4º del Código Penal— porque el estado de anormalidad jurídica ha desaparecido con la plenitud de sus efectos pendientes, debe pedirlo así a los jueces competentes de instancia, al favor de los artículos 7º de la Ley 153 de 1887 y 6º del Código de Procedimiento Penal.

"Pareja situación se contempla si el delito fue cometido en vigencia de la norma de estado de sitio y se sanciona bajo el imperio de la ley ordinaria que modificó las sanciones prescritas por el artículo 404 del Código Penal, cuando estaba suspendido. Desaparecido el estado de sitio, cuentan solamente la fecha de comisión del delito y la de modificación de la ley anterior por la vigente. Esta fecha es el punto de tránsito de legislación, único válido jurídicamente para reclamar aplicación de la ley más favorable, para cuyos exclusivos efectos vale tener en cuenta la norma de emergencia.

"'El cargo no prospera' ". Y agregamos:

De conformidad con la argumentación de la mayoría de la Sala, se concluye:

1º Se puede prescribir por el legislador ordinario la continuidad en el tiempo de una norma de estado de sitio cuya condición específica es *la transitoriedad,* —con evidente desconocimiento del principio constitucional de legalidad del delito— si otra disposición de carácter permanente la recoge en su texto.

2º Se posibilita, así, por vía de jurisprudencia, la extrapolación del tiempo de vigencia de la Ley 21 de 1973 a la fecha de vigencia del Decreto 1988 de 1971, dictado en estado de sitio, con dos años de anterioridad.

3º Y por este modo la disposición constitucional que prescribe la transitoriedad de las normas de estado de sitio (inciso 7º, artículo 121 de la Carta) —cuya vigencia cesa cuando el país regresa a la normalidad jurídica— ha sido modificada por la Ley 21 de 1973, con apoyo en la doctrina que ahora sostiene la Corte, en materia penal, en la providencia de la mayoría, con violación, igualmente, del principio de favorabilidad.

4º Con la suma de dos tiempos legales heterogéneos se da por establecido que la comisión del delito bajo el imperio de la norma del estado de sitio y su castigo en vigencia de la ley ordinaria, tuvieron ocurrencia, sin solución de continuidad, en un mismo tiempo legal, puesto que para los efectos del caso concreto —según la tesis de la mayoría— el decreto y la ley confunden sus naturalezas, orígenes y vigencias, pero también sus textos, para transformarse en una sola disposición penal, a partir de la fecha de expedición del primero, con mérito —según parece— en un imposible efecto retrocativo tácito que se le concede a la Ley 21 de 1973.

Fecha ut supra.

José María Velasco Guerrero, Humberto Barrera Domínguez.

REVISION — CAUSAL 3ª

Esta se presenta cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestra que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, quince de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 12, abril 15 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Cumplido el trámite de ley, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Helí Salas Vesga, por medio de apoderado, con relación al proceso adelantado en su contra por el delito de homicidio en Alfonso Iglesias, en el cual fue condenado a la pena principal de quince años y cuatro meses de presidio y a pagar los daños y perjuicios causados con el delito, a más de las accesorias correspondientes, mediante sentencia de 15 de febrero de 1965 proferida por el Juzgado Tercero Superior del Socorro, la cual fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el 30 de junio de ese mismo año.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros han sido presentados tanto por el juez de primera instancia (C. número 1, folio 183; C. número 2, folio 40), como por el tribunal de segunda (C. número 2, folio 8; C. número 3, folio 10), así:

"Cerca de su casa, ubicada en la vereda de 'Luchadero' de esta comprensión municipal, se encontraba, el treinta y uno de mayo de mil novecientos sesenta y dos, el sujeto Alfonso Iglesias, dedicado a pequeños menesteres agrícolas. Ya bien avanzada la tarde se le acercaron los sindicados Helí y Gerardo Salas y Pascual Parra (a. 'Cualito') y lo invitaron hacia el camino público a conversar. Iglesias atendió el llamado y al encontrarse frente a frente con los caminantes, éstos lo previnieron para la muerte por lo cual amilanado les respondió que eso quedaba a su arbitrio, recibiendo de inmediato dos disparos que le arrancaron la vida, así: uno de manos de Helí y otro de Gerardo, con gras y revólver, respectivamente. Irrumpieron luego los delincuentes a la habitación del occisó y después de amendrentar a la amante del extinto, señora Margarita Rueda Díaz, procedieron a sustraerse un revólver 'Smith', con su carga, dos pares de pantalones de paño y una pieza de ropa de cama. Lo anterior, según la precitada doña Margarita, quien agrega que, cumplida esta labor delictiva los antisociales siguieron hacia la casa del padre del extinto a quien, igualmente, apostrofaron, precaviéndole, además, contra toda eventual delación".

Las primeras diligencias investigativas las adelantaron la Inspeción Municipal de Instrucción Criminal del Socorro, la Alcaldía Municipal de esta misma ciudad, el Investigador 5º Departamental de Instrucción Criminal, comisionado al efecto y también actuó con tal carácter el Juzgado Tercero Superior del Socorro, despacho éste que el 31 de enero de 1963 decretó la detención preventiva de Helí Salas, Gerardo Salas y Pascual ("Cualito") Parra, "como autores de los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes de Alfonso Iglesias", (cuaderno número 1, folios 51 y siguientes). Una vez cerrada la investigación el Juzgado del conocimiento la calificó con auto de llamamiento a juicio proferido el 1º de julio del año siguiente, contra los tres prenombrados sindicados por el delito de homicidio en Iglesias, elevado a la categoría de asesinato (C. P., artículo 363, ordinal 5º), con sobreseimiento temporal en favor de los mismos por el delito de robo y, con sobreseimiento definitivo en favor de Ramiro Salas Vesga, por los cargos

que le fueron formulados (cuaderno número 1, folios 183 y siguientes).

Cuando conoció el Tribunal de la providencia anterior, en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal del Juzgado, revocó el sobreseimiento temporal por el delito de robo y llamó a juicio a los tres procesados por razón de él. En todo lo demás la confirmó (cuaderno número 2, folios 7 y siguientes). El jurado, convocado para decidir acerca de la responsabilidad de los procesados, condenó a Helí Salas Vesga por el delito de homicidio agravado, lo absolvió por el de robo y, en cuanto hace relación a los enjuiciados Gerardo Salas Vesga y Pascual Parra, los absolvió por todos los cargos que les fueron formulados (cuaderno número 2, folios 31 y siguientes). En desarrollo de esos veredictos, se dictó la sentencia de primera instancia y, luego la de segunda, a las cuales se ha hecho referencia.

Demanda de revisión.

En ella, el apoderado especial constituido por el sentenciado Helí Salas Vesga, luego de solicitar que la Corte ordene la revisión del proceso seguido contra su poderdante por el delito de homicidio en Alfonso Iglesias, que culminó con fallo condenatorio a quince años y cuatro meses de presidio, a más de la imposición de las penas accesorias de rigor, hace una reseña procesal, narra los hechos, formulando tangencialmente críticas a los testimonios de cargo producidos por Margarita Rueda Díaz, concubina del occiso y por Mariela Iglesias, hermana de aquél, los cuales tacha por interés, inidoneidad, contradicción y consecuencial falsedad, lo cual demuestra acomodamiento de las pruebas que "constituye la razón justificativa del recurso de revisión", reseña los siguientes fundamentos de hecho para la revisión: la sentencia definitiva se fundamentó en el veredicto del jurado, el cual hallaron los jueces conforme con la evidencia procesal, "toda vez que se le tuvo como resultado lógico o racional de los testimonios rendidos por las presenciales Margarita Rueda y Mariela Iglesias". Si la base del veredicto es falsa "por ser contraria a la verdad, el juicio penal que de ese modo se adelantó se funda en el error e implica una injusticia". Con posterioridad a las sentencias condenatorias los antiguos sindicados Gerardo Salas Vesga y Pascual Parra, quienes fueron absueltos por los jueces de instancia, aparecieron en el Socorro "y han manifestado una relación de los hechos que se juzgaron en forma distinta de como los declararon las ya citadas Margarita Rueda y Mariela Iglesias, tenidas o consideradas como excepcionales testigos presenciales", pues Gerardo y Pascual "aseguran que la muerte de Iglesias ocurrió como consecuencia de la necesidad de defenderse Helí Salas Vesga de un atentado que contra su vida desató la agresión sorpresiva de Alfonso Iglesias"; cita lo pertinente de estas dos nuevas declaraciones producidas extrajuicio y tendientes a obrar en la revisión, cuya ratificación solicita, pues ellos no habían declarado dentro de esta investigación por hallarse ausentes sin culpa de Salas, quien nada podía hacer para lograr su comparecencia. Y, finaliza este capítulo así:

"Hecho quinto. Los testimonios de Gerardo Salas y Pascual Parra de que anteriormente se ha hablado constituyen una prueba seria y plena, proveniente de personas que evidentemente presenciaron los hechos, de que éstos ocurrieron de manera diferente de como los habían revelado la concubina histérica y la niña hermana del occiso en testimonios corregidos o acomodados después de la autopsia para estar de acuerdo con ella.

"Hecho sexto. Diversos son los hechos que acreditan las pruebas nuevas que se han determinado, o sea los testimonios de Gerardo Salas y Pascual Parra. Tales hechos, que son de gran relevancia, pueden sintetizarse así:

"1º Que el occiso, Alfonso Iglesias, sí estaba armado de revólver.

"2º Que el revólver que empuñaba el occiso, Alfonso Iglesias, fue retirado del cadáver por alguna persona interesada en ello durante la tarde y toda la noche del 31 de mayo de 1962 en que el cadáver estuvo abandonado en un potrero hasta casi el medio día del 1º de junio.

"3º Que las armas con que fue herido Alfonso Iglesias fueron un arma de largo alcance y un revólver, y no una carabina, como lo dijeron en sus declaraciones Margarita Rueda y Mariela Iglesias, quienes no fueron testigos presenciales.

"4º Que las circunstancias dentro de las cuales se produjo el deceso de Alfonso Iglesias, constituyeron para Helí Salas Vesga una situación eximente de responsabilidad, toda vez que se defendió de una violencia grave, actual e injusta.

"Hecho séptimo. Los hechos anteriormente relacionados, acreditados con los testimonios o pruebas nuevas de que se ha hablado, constituyen también hechos nuevos, no conocidos en los debates ni en el proceso de cuya revisión se trata".

Invoca como fundamentos de derecho las siguientes normas: Código de Procedimiento Penal, artículos 584, causales 5ª y 3ª, en función del 25 del Código Penal, y 585 del primero. Y, luego de citar algunas jurisprudencias de es-

ta corporación, finaliza esta parte: "creo haber demostrado con pruebas nuevas no solo la existencia de *hechos nuevos,* no conocidos dentro del proceso de cuya revisión se trata, sino la falsedad de las pruebas en que se fundaron las sentencias que adoptaron el veredicto del jurado".

Dentro de las pruebas que anexa se encuentran aquellas exigidas en la parte final de la norma 585 del estatuto de procedimiento penal.

Trámite del recurso.

1º Por reunir los requisitos exigidos por la ley, la demanda fue admitida, se reconoció al apoderado nombrado, se solicitó el respectivo proceso (folio 111). Se abrió el juicio a pruebas y se decretaron y recepcionaron las que fueron solicitadas por el apoderado (folios 118 y siguientes).

2º Se corrió el traslado de ley al Ministerio Público el cual, luego de reseñar los hechos, la actuación procesal y el contenido de la demanda, entra a estudiar a fondo esta última y llega a la conclusión de que la revisión pedida debe ser negada (folios 155 y siguientes).

3º El demandante, en su alegación, invoca como causales de revisión la 3ª y la 5ª del Código de Procedimiento Penal, que en su orden dicen: "Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo", y "cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad". Su alegación se desenvuelve así:

"Las pruebas en que la sentencia se apoya no son otras que los testimonios de Margarita Rueda y de Mariela Iglesias, la confesión cualificada de Helí Salas Vesga y la diligencia de autopsia".

Salas Vesga "al confesar como propios los actos imputados de homicidio, alegó en su favor circunstancias eximentes de responsabilidad (se aclara: legítima defensa), no desvirtuadas, en forma acorde con los hechos establecidos en la autopsia que él no conocía, mientras las testigos Margarita Rueda y Mariela Iglesias planteaban modalidades diferentes de los hechos, comprometiendo la responsabilidad de otras personas". Luego el proceso está integrado por esos "dos grupos contrarios de elementos de convicción".

Luego, agrega: "Es verdad que por notorias deficiencias halladas por la crítica judicial y por diversas contradicciones debidamente puntualizadas en los citados testimonios de Margarita Rueda y Mariela Iglesias, tales pruebas fueron expresamente rechazadas por el fallador en relación con los cargos formulados contra los acusados en cuanto al delito de robo en bienes de Iglesias, transgresión ésta de la cual todos fueron absueltos. Sin embargo, esas consideraciones utilizadas para descartar cargos hechos sin fundamento, que implican naturalmente el desconocimiento judicial de la veracidad de los testimonios, no fueron aprovechadas, como han debido serlo, en la apreciación de la totalidad de su contenido, de modo que los testimonios gravados con tan serios reparos siguieron pesando como verídicos e intachables en otras materias de mayor relieve, respecto de las cuales, aun siendo el juez menos exigente, ha debido rechazarlos".

A continuación entra a formular una crítica adversa a los testimonios de cargo, la cual se sintetiza así:

Margarita Rueda, al día siguiente de ocurridos los hechos, dijo: "...y de una vez Helí Salas le disparó el gras por el pecho y Alfonso se fue de para atrás y dijo 'ay Virgen Santísima, lo que siento son mis chinitos' y cayó hacia abajo del camino, pero cuando Helí le disparó el gras inmediatamente Gerardo Salas le disparó él la escopeta de esas de carabina también por el pecho, es decir, que casi sonaron los disparos iguales y acabó de caer...".

Mariela Iglesias, el 2 de junio de 1962, declaró: Quienes le dispararon a mi hermano fueron Helí Salas, Gerardo Salas y Cualito (Pascual) Parra; yo estaba para entrar a la casa, como a veinte metros; "primero le disparó Helí, en seguida Gerardo, al otro sí no me dí cuenta si le disparó"; Helí llevaba fusil, Gerardo escopeta de carabina y Cualito otro fusil.

En la autopsia practicada el 1º de junio aparece que Alfonso Iglesias recibió dos disparos que le ocasionaron igual número de lesiones: "en la región pectoral derecha, de carácter mortal, causada con 'arma de largo alcance y gran calibre', y otra en la región abdominal, de carácter no mortal, causada con 'arma de fuego de pequeño calibre' ". El médico dejó constancia "de haber remitido al instructor el proyectil encontrado en el cadáver".

Luego esos dos testimonios, desde el principio, "se mostraron en situación contradictoria con los hechos probados".

El 29 de agosto del mismo año, 89 días después de su primera exposición, en ampliación de aquéllas, Margarita Rueda manifestó: "Cuando ellos le dispararon mi mariu (sic) venía de sembrar unos poquitos de jrisoles (sic) y Pascual iba en

la compañía de los Salas y era que en la casa de Pascual mantenían las armas y ahí llegaron y las sacaron y los individuos ya bajaron violentos en las horas de la tarde como a las cinco y media, mejor dicho, pero Pascual no hizo nada, ni dijo nada, *porque Helí le disparó el tiro de gras y Gerardo Salas le disparó el tiro de revólver* y Pascual se estuvo al pie de la cerca...". Y, Mariela Iglesias: "...Helí disparó primero y disparó con un fusil, yo conozco bien el fusil, la carabina y el grass.... *El segundo disparo lo hizo Cualito con un revólver, o sea Pascual Parra...*". (Subraya el demandante).

Sobre las declaraciones anteriores, expone el memorialista:

"Estas tentativas de acordarse con la prueba pericialmente establecida, por parte de dos testigos en sí mismos sospechosos, el mismo día, corrigiendo el contenido de las declaraciones que habían rendido bajo juramento tres meses antes, no pueden pasar inadvertidas, porque configuran el elemento objetivo del falso testimonio.

"En efecto, es perfectamente posible que entre dos o más testigos haya alguno que, a pesar de haber percibido realmente los hechos que declara por cualquier defecto de la memoria o de los sentidos, no haya advertido un hecho dado o lo haya advertido mal.

"Pero no es admisible, en cambio, que dos testigos, gozando de la normalidad de sus sentidos, hayan presenciado un hecho y, al declararlo ante la justicia, lo modifiquen en idéntica forma y en el mismo aspecto, produciendo el mismo error en materia de excepcional importancia. Esa coincidencia en el error denuncia el acuerdo, en que consiste la falsedad, de la misma manera como dos relojes que funcionen correctamente no pueden marcar la misma hora equivocada sin una mano que haya calculado cuidadosamente la coincidencia errónea.

"En virtud de un acuerdo punible, Margarita Rueda Díaz y Mariela Iglesias el 1º y el 2 de junio de 1962 declararon haber visto que Helí y Gerardo Salas dispararon casi simultáneamente sus armas de largo alcance y gran calibre (fusil y escopeta) contra Alfonso Iglesias. Tres meses después, el 29 de agosto, cuando ya se había conocido el resultado de la autopsia, ocasión en que se halló por el médico forense en el cadáver un proyectil de pequeño calibre, las mismas testigos, Margarita Rueda Díaz y Mariela Iglesias, tranquilamente, sin explicación de ninguna clase, modificaron la importante circunstancia declarada anteriormente, y también de acuerdo dijeron haber visto que Helí disparó su grass y Gerardo Salas su revólver, después de haber dicho Mariela Iglesias, que el que disparó el revólver había sido Pascual Parra.

"Esta espontánea modificación conjunta de los iniciales relatos contenidos en sus declaraciones, hecha ante la autoridad tres meses después, denuncia nuevamente otro acuerdo para ponerse a tono con la verdad probada, que siempre trasciende entre los interesados por encima de la reserva sumarial.

"Ante lo anterior resulta inexplicable que la crítica judicial hubiera adoptado como veraces a medias los dos testimonios falsos que se han comentado, correspondientes a las únicas dos personas anunciadas como los dos únicos testigos presenciales de los hechos, cuando en relación con las imputaciones de robo fueron desechadas por las contradicciones y vacilaciones, menos importantes ciertamente, que las afectaron demeritándolas.

"Como la única prueba de cargo contra el condenado Helí Salas Vesga es la resultante de los dos testimonios que se han comentado, provenientes de personas sospechosas, por ser una de las testigos la concubina del occiso, afectada por dolencias sicopáticas según se ha establecido, y la otra, hermana del occiso, de escasos doce años de edad, según también se estableció, fácilmente se advierte la falsedad de la prueba que se tuvo en cuenta como fundamento de la sentencia condenatoria. Con base en tal prueba, defectuosa y falsa, se dividió la confesión, se rechazó lo favorable de tal prueba y se fundó la sentencia de cuya revisión se trata.

"Aunque no se pretende que la honorable Corte Suprema ordene la revisión del proceso con fundamento en la crítica procesal que se ha hecho, puesto que se presume que todas esas consideraciones debieron haberse hecho en las instancias, aunque efectivamente no se hubieren hecho, considero que la puntualización de los vicios advertidos en la prueba judicialmente aprovechada para el juzgamiento, teórica y prácticamente, autoriza la formulación del recurso de revisión, como medio extraordinario para modificar la cosa juzgada".

A continuación critica la alegación del Procurador Delegado, manifestando que "solo estudió las pruebas producidas en el término probatorio del procedimiento extraordinario, hallándolas cortas para el logro del fin propuesto, debido a consideraciones subjetivas que desconocen circunstancias esenciales del juicio y a una omisión sistemática de los vicios que demeritan la prueba de cuya falsedad se trata, como si se pudiera admitir, con base en las pruebas nuevas del recurso de revisión, la falsedad de otras pruebas utiliza-

das como base del juicio penal ordinario, sin estudiarlas, analizarlas y hallarlas falsas.

"Es que la falsedad de una prueba procesal que se acredita en el recurso de revisión es antecedente y la afecta desde el momento en que se produjo en el proceso que se trata de revisar. Por ello, lejos de ser útil el análisis de las pruebas atacadas en la revisión, su crítica puede conducir a la admisión racional del recurso extraordinario, ya que la falsedad precisamente suele ser el motivo de las vacilaciones y contradicciones inexplicables en el ámbito probatorio. En el presente caso la demostración extraordinaria de la falsedad de las pruebas atacadas no sorprende. Es apenas la explicación natural de los vicios, defectos y contradicciones que inicialmente las afectaron, hasta el punto de parecer inadmisible que en su oportunidad se hubieran aprovechado como base del juicio penal que condujo al error. Por otra parte, las pruebas nuevas aportadas en el recurso tienen que apreciarse en conjunto con las verdades establecidas, ya que es ese el único modo adecuado para darles su verdadero valor".

Refiriéndose a las causales de revisión invocadas, concreta el demandante:

"CAUSAL QUINTA. En el recurso de revisión se han presentado pruebas nuevas, no conocidas en los debates, que establecen la inocencia o la inexistencia de la responsabilidad del condenado Helí Salas Vesga. En efecto, son ellas los testimonios de Gerardo Salas, Pascual Parra y Celia de Giraldo".

Presenta un resumen de la crítica adversa del Procurador Delegado a tales testimonios y, a continuación, pasa a formular sobre ellas sus propias apreciaciones. El primero consiste, en síntesis, en que aquél ha dicho que "los deponentes, Gerardo Salas y Pascual Parra 'no merecen mayor credibilidad' por la circunstancia de haber sido acusado el primero de haber herido al occiso, y el segundo, de haber acompañado a los Salas, siendo, además, Gerardo hermano del condenado y Parra su acompañante. Considera, además, el señor Procurador que implica grave sospecha el que los deponentes, emplazados, no hubieran comparecido en el juicio". Por otra parte, los testimonios de Gerardo y Pascual, aun siendo pruebas "no conocidas en el proceso, integran con el dicho del condenado 'una sola versión', sin variar en punto alguno, así como en sus deposiciones afirman ellos hechos poco creíbles, como el de que la concubina del occiso, después de muerto Iglesias, los hubiera insultado, y no hubieran explicado por qué Iglesias no hizo uso de su arma. En cuanto al testimonio de la señora Celia de Giraldo, el señor Procurador manifiesta que no merece credibilidad por cuanto no explica por qué no depuso en el proceso, por qué recuerda hechos advertidos hace once años y por qué no explica cómo le fue posible ver el cadávar de Alfonso Iglesias, ya que no fue testigo presencial de los hechos".

En cuanto a las circunstancias de consanguinidad y compañía referentes a Gerardo y Pascual, respectivamente, expone el demandante que si en verdad alcanzan "a ser un motivo de cuidado en la apreciación de sus testimonios, debe considerarse en primer lugar que su testimonio no está prohibido por la ley y, además, que constituye una tacha de inferior calidad de la que afecta los testimonios que sirvieron de fundamento a la sentencia condenatoria de Helí Salas, provenientes de la concubina sicópata de Alfonso Iglesias y de la hermanita de éste, menor de edad". Apunta que el hecho de haber sido Gerardo Salas también sindicado, al igual que Pascual, garantiza que en el recurso de revisión "han venido a declarar precisamente las personas que de acuerdo con el proceso podían venir, sin que su presencia como testigos pueda acarrear ninguna sospecha". Si no comparecieron dentro del proceso, su ausencia no obedeció a la voluntad del condenado, sino a fuerza mayor, que permite "la aportación de tales testimonios en el presente recurso, y aun los hace necesarios e insustituibles".

Continúa: "A la vez esta circunstancia merece consideración. Los testigos que han depuesto en el recurso son personas que carecen de todo interés personal en su declaración. Si durante el proceso en que Gerardo Salas y Pascual Parra fueron parte, el testimonio que hubieran rendido se habría dado sin juramento y se hubiera mirado como proveniente de parte interesada, el que han dado en este recurso carece totalmente de interés para ellos, puesto que ni ha de beneficiarlos ni tampoco puede perjudicarlos. Respecto del caso que se juzgue son verdaderamente terceros.

"El testimonio de Gerardo Salas y de Parra se produjo con todas las formalidades de la ley, habiendo sido cuidadosamente interrogados por el juez comisionado. Las respuestas dadas a cada una de las preguntas formuladas son completas, lógicas y verídicas. El señor Procurador echa de menos por parte de dichos testigos una explicación o la razón de por qué el occiso no disparó su revólver y la verdad es que al respecto no fueron interrogados. Pero parece natural que si no lo hizo fue porque Helí Salas Vesga maniobró más rápidamente, posiblemente por el miedo que lo impulsó.

"En cuanto al testimonio de la señora Celia de Giraldo, el señor Procurador hizo algunos reparos francamente inconsistentes, como el de recor-

dar la percepción del cadáver de Iglesias visto hace once años. Una cosa tan fácil de recordar no necesita explicación alguna, como tampoco la requiere el haber visto el cadáver que permaneció tendido en el campo, cerca del camino, en una región muy poblada, durante parte de una tarde, toda la noche y la mañana del día siguiente.

"Estos testimonios plantean una situación diferente de la establecida en el proceso de cuya revisión se trata mediante los dos testimonios de que se hizo breve análisis en la primera parte de este escrito.

"

"Tales testimonios prueban plenamente la falsedad de las testigos procesales Margarita Rueda Díaz y Mariela Iglesias que fueron la base del juicio que se revisa. El acuerdo inicial de sus testimonios, contrarios a la diligencia de autopsia tiene que tener una explicación racional. De la misma manera como tiene que tener otra explicación racional el cambio de sus dichos, también de acuerdo, para disimular la falsedad ya insinuada en sus testimonios. Es que una persona que ve a dos personas disparar contra otra armas largas, de gran alcance, como son un fusil y una escopeta, no puede decir que equivocó un revólver con la escopeta. Si ello ocurre no puede pensarse sino en que se hizo una afirmación mentirosa. Pero si no es ya una sola persona, sino dos personas las que ven disparar a otras dos sus armas largas, de largo alcance, como son un fusil y una escopeta, no habiéndose disparado escopeta alguna, sino un revólver, necesariamente hay que pensar que tales dos personas se pusieron de acuerdo para decir la mentira. Y si tres meses después de la primera versión simultánea y espontáneamente modifican en la misma forma su primer dicho, debe pensarse que continúan de acuerdo para disimular la mentira. La única explicación racional de tal hecho, o sea la mendacidad concorde de las testigos, no es ni puede ser otra que la circunstancia declarada por los testigos aportados en el recurso, Gerardo Salas y Pascual Parra, quienes aseguran que en el momento de los hechos ninguna persona estaba presente fuera de los Salas, Parra e Iglesias, habiendo aparecido casi inmediatamente, pero después del lance, Margarita Rueda Díaz, quien los insultó, y sin que estuviera tampoco presente la menor María Iglesias, quien esa tarde no fue vista en ese lugar.

"Si Margarita Rueda Díaz hubiera presenciado los hechos no habría dicho bajo juramento que Gerardo Salas había disparado una escopeta. Aun queriendo mentir, con el propósito de perjudicar a éste, habría dicho que lo había visto disparar un revólver. Si Margarita Rueda Díaz hubiera presenciado los hechos, Mariela Iglesias, la menor, no hubiera afirmado tampoco que Gerardo Salas o Pascual Parra habían disparado una escopeta, sino un revólver. Ese explicable acuerdo en la mentira de las dos testigos no tiene sino una sola explicación, que es la de no haber presenciado los hechos, situación que prueban fehacientemente los testimonios del recurso.

"Y esa falsedad testimonial indudablemente acreditada, legalmente debe producir el efecto de la revisión, porque ha sido establecida con pruebas nuevas no conocidas en los debates y que no pudieron producirse dentro del proceso, por verdadera fuerza mayor para el condenado y para la justicia.

"Los testimonios utilizados para la demostración de la falsedad de los testimonios aprovechados como base de la sentencia que se revisa, acreditan a su vez hechos nuevos como son la circunstancia de hallarse armado Alfonso Iglesias cuyo cadáver permaneció, sin ser recogido por la autoridad durante largo tiempo, expuesto a quien quisiera acercársele para quitarle el arma o modificar su posición, así como establecen la defensa legítima de Helí Salas, que lo exime de toda responsabilidad en el caso de ser reconocida en un nuevo juicio.

"Por lo anterior, respetuosamente considero que la causal quinta del artículo 584 del C. de P. P. se ha establecido rigurosamente, porque aunque se considera que las pruebas aportadas no constituyeran la demostración irrebatible de la inocencia o irresponsabilidad del condenado, constituyen al menos presunciones o graves indicios de tal irresponsabilidad, como lo exige la ley procesal.

Causal tercera.

Dice el demandante que en el capítulo anterior también se ocupó de "la demostración de la falsedad testimonial en que incurrió dentro del proceso", por lo cual solo le basta agregar:

"...el fallo condenatorio que se revisa, puesto que desechó lo favorable de la confesión del acusado Helí Salas Vesga, se fundó exclusivamente en los dos testimonios de Margarita Rueda y Mariela Iglesias, tenidos en todas las providencias procesales como los dichos de los dos únicos testigos presenciales.

"Establecida en el recurso la falsedad de tales pruebas por no haber presenciado tales testigos los hechos sobre los cuales declaran, falsedad que explica racionalmente la mendacidad de los testimonios en materia extraordinariamente grave e importante, como son el arma o armas con

que se causaron las heridas y la persona que las ocasionó, el juicio ha quedado sin base, la cosa juzgada sin estabilidad y la prosperidad del recurso asegurada.

"Por ello me parece digna de tenerse en cuenta la siguiente doctrina de la honorable Corte Suprema (G. C. J., tomo LXXXIX, año 1958, página 546): (sic) "A la luz de esta causal es claro que si una sentencia definitiva y ejecutoriada se funda en una declaración u otra prueba que luego resulta ser falsa, no solo hay lugar a la revisión del proceso sino que es necesario investigar para reprimir debidamente el delito de falsedad. La letra, el espíritu y el propósito del legislador concurren en general a evitar que sobre una falsedad cualquiera se funde una condena judicial. En materia penal es de subidísima importancia no perder de vista esta premisa: porque es, sin duda, más grave condenar a un inocente que absolver a un criminal".

Consideraciones de la Sala.

Separadamene y en el orden en que fueron formuladas, se estudiarán las dos causales de revisión invocadas por el demandante, haciendo oportuna referencia al concepto que le han merecido al Ministerio Público colaborador.

Causal quinta.

Según ésta hay lugar al recurso de revisión en materia penal "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

La Corte ha sostenido que "es *'hecho nuevo'*, cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia e irresponsabilidad" (Providencias de 10-VII/60, 14-III/69, 3-III/72, 20-IX/73).

Conveniente es recordar que el demandante en la parte final de su argumentación sobre esta causal 5ª expone que "los testimonios utilizados para la demostración de la falsedad de los testimonios aprovechados como base de la sentencia que se revisa acreditan a su vez hechos nuevos como son la circunstancia de hallarse armado Alfonso Iglesias cuyo cadáver permaneció sin ser recogido por la autoridad durante largo tiempo, expuesto a quien quisiera acercársele para quitarle el arma o modificar su posición, así como establecen la defensa legítima de Helí Salas, que le exime de toda responsabilidad en el caso de ser reconocida en un nuevo juicio". Para concluir que "aunque se considerara que las pruebas aportadas no constituyeran la demostración irrebatible de la inocencia o irresponsabilidad del condenado, constituyen al menos presunciones o graves indicios de tal irresponsabilidad, como lo exige la ley procesal".

Se parte de la base, como hecho nuevo, de que el occiso Iglesias, en el momento al cual se refieren estas diligencias, se encontraba armado de revólver, para concluir también, como hecho nuevo y según las declaraciones aportadas en el curso de la revisión, el consistente en que el sentenciado Helí Salas Vesga obró en legítima defensa de su vida, o de que al menos hay "presunciones o indicios graves de tal irresponsabilidad, como lo exige la ley procesal".

Ni la afirmación de que Iglesias se encontraba armado de revólver, ni la consistente en que obró en legítima defensa, constituyen hechos nuevos dentro de estas diligencias. Helí Salas Vesga, desde el momento mismo en que rindió indagatoria (16 de abril de 1963, folios 61 y siguientes), afirmó que Iglesias portaba tal clase de armas, de que con ella quiso eliminarlo, por lo cual presa del miedo y por defenderse, se vio obligado a disparar contra aquél, primero el revólver que portaba y luego el grass (folio 61 y siguientes). Estas afirmaciones de Salas no fueron olvidadas ni pasaron inadvertidas durante la actuación procesal. Los funcionarios que conocieron de las diligencias largamente se ocuparon de lo manifestado por Salas en su indagatoria. En el auto de proceder se estudió detenidamente su confesión en todas sus particularidades, incluyendo los puntos acabados de indicar y se llegó a la conclusión de que no merecía credibilidad en relación a ellos (folios 183 y siguientes). Cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil conoció de él en virtud de apelación interpuesta contra la providencia enjuiciatoria, también estudió lo relativo a la legítima defensa invocada por el procesado Salas (cuaderno número 2, folios 7 y siguientes) y, durante la audiencia pública tanto el Fiscal colaborador (id., folios 33 y siguientes) para impugnarla, como el defensor en tenaz esfuerzo por sacarla adelante (id. folios 36 y siguientes), se ocuparon extensamente en el estudio de la confesión del precitado Salas Vesga y expusieron ante el jurado con meridiana claridad los argumentos que tenían para sostener sus respectivos puntos de vista. Huelga agregar que en las sentencias de primera (folios 40 y siguientes) y de segunda instancia (folios

9 y siguientes, cuaderno número 3), los respectivos juzgadores también recalcaron sobre el particular. Así, pues, lo relacionado con el hecho de que Iglesias estuviera armado de revólver en el momento de ocurrir los hechos y las relacionadas con la legítima defensa de la vida invocadas por Helí Salas, fueron ampliamente debatidas en el curso del proceso. De manera, pues, que, con fundamento en las pruebas traídas dentro de estas diligencias atinentes al recurso de revisión, no puede afirmarse que hayan aparecido hechos nuevos "no conocidos o no debatidos dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surja, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de presentar una acertada síntesis de las declaraciones de Gerardo Salas y de Pascual Parra, aportadas dentro de este diligenciamiento de revisión y cuya esencia ya es conocida, formula, en torno a ellas, la siguiente crítica adversa que esta Sala comparte: "Se observa, en primer término, que las afirmaciones de los testigos coinciden íntegramente entre sí y con respecto a lo expresado en su indagatoria, rendida dentro del proceso, por el condenado Helí Salas.

"Es necesario advertir respecto a ambos deponentes, que no merecen mayor credibilidad, por la circunstancia suficientemente demostrada, de que ambos fueron emplazados dentro del trámite legal por haberse formulado cargos en su contra, toda vez que a Gerardo se le acusó haber disparado y herido al occiso y a Pascual Parra haber acompañado a éstos, encontrándose todos armados, para ejecutar el punible; esta situación de los declarantes, siendo, además, uno de ellos hermano del condenado y el otro acompañante, tiene gran incidencia para efectos de demeritar su testimonio y restar a éste credibilidad.

"Aparte de lo anterior, que implica grave sospecha respecto a estos testigos, no resulta claro porque, si los hechos ocurrieron como lo afirman, no se presentaron ante la justicia, como tampoco lo hizo Helí Salas, para que éste obtuviera la solución favorable a sus intereses y que según ellos correspondería; por el contrario, emplazados tanto para indagatoria, como para el juicio, fueron juzgados en contumacia y solo se presentaron ante las autoridades, definida su situación y obtenida nuevamente la captura de Helí Salas.

"Desde otro punto de vista, dichos testimonios vienen a ratificar en su totalidad el dicho de Helí Salas, cuya versión, después de cuidadoso análisis, fue desestimada por los funcionarios de instancia y el jurado, como quedó dicho, no agregan los declarantes nada diferente y así tales pruebas, deberían ser desechadas, como lo fue la explicación del procesado, por los motivos concretos que se expusieron en el proceso.

"Se advierte que los declarantes referidos, al igual que el condenado, sostiene que ellos se encontraban desarmados; pero otra caso afirman los testigos que los vieron, Carlos Iglesias Quintián (folio 12) y otras pruebas; no explican por qué el occiso no hizo uso de su arma, la cual, según ellos, desenfundó, no obstante estar en acecho para atacar y dar muerte a Helí Salas, según la versión de éste y de los testigos, pues no expresan que se dispararan otros tiros distintos de los procedentes de las armas de este último; no parece creíble que la concubina del occiso, se atreviera después de los hechos a insultar, agraviar o hablar en malos términos a los atacantes, individuos fuertemente armados, encontrándose sola y después de los hechos referidos, que debieron causar impresión en su ánimo; tampoco la versión de uno de los testigos, de que Salas encontró el fusil en el monte, explicación poco verosímil; ni siquiera lo relacionado con buenos antecedentes de Helí Salas, hecho también afirmado por los testigos primeramente mencionados, pues según las constancias procesales, aparte del proceso materia del examen, fue vinculado a otros (folios 150 y 167, cuaderno 1º).

"Como queda dicho, los testimonios de Gerardo Salas y Pascual Parra, aunque constituyen pruebas no conocidas en el proceso, por cuanto dada su contumacia ya comentada no pudieron ser oídos, integran una sola versión con el dicho del procesado, sin variar en punto alguno.

"Por lo mismo, tampoco pueden dar base para deducir, en atención a las mismas declaraciones, las exposiciones de las testigos ya referidas, en lo cual insiste el demandante". (Cuaderno de la Corte, folios 180 y siguientes).

Entonces, de una parte se tiene: que no existen hechos nuevos, que hayan surgido con posterioridad a la condenación que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad y, de otra, si bien se presentaron pruebas nuevas, referentes a hechos ya conocidos, ellas no tienen el poder suficiente para establecer tal inocencia e irresponsabilidad o que lleguen a constituir indicios graves de ello.

En consecuencia, esta causal no puede prosperar.

Causal tercera.

En revisión ésta se presenta "cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o

prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo''.

Si bien es cierto que las declaraciones rendidas dentro de este proceso por Margarita Rueda, concubina del occiso Iglesias y por Mariela Iglesias, hermana menor de éste, genéricamente puede decirse que constituyen pruebas de cargo, como lo manifiesta el señor apoderado del sentenciado, no es de meridiana claridad el que ellas y solo ellas hayan determinado la sentencia condenatoria, menos cuando como premisa de ella ha mediado el veredicto del jurado, el cual se profiere en conciencia, sin que los jueces del tribunal popular tengan que manifestar cuál o cuáles piezas fueron las que lo movieron a proferir ese veredicto. Además, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala y para formarse el jurado un criterio como el que plasmó en los veredictos que profirió dentro de estas diligencias, bien pudo tener en cuenta esas u otra pruebas o esas y otras pruebas que vinieron a hacerle formar el concepto de responsabilidad del procesado Helí Salas Vesga. Valga el caso, por ejemplo, de la propia confesión de éste, la cual fue seria y severamente combatida por el señor Fiscal del Juzgado durante la audiencia pública, diligencia dentro de la cual esgrimió una serie de indicios de gran entidad, tendientes a demostrar o establecer la responsabilidad penal del acusado, en cuanto hace relación a la muerte violenta de Iglesias. Y, es que tanto en el auto de proceder como en la vista pública, se pusieron de presente fuertes críticas a la confesión del sindicado Helí Salas y se destacó, al verificar el estudio de esta pieza, una serie de circunstancias que bien pudieron influir en el jurado para tomar la determinación por la cual se pronunció. Lo anterior pudo haber ocurrido, pues, en atención a esas otras pruebas a las criticadas declaraciones de la Rueda y la Iglesias, sin que, dada la organización del jurado en la legislación patria, pueda determinarse cuál o cuáles fueron las pruebas que, en definitiva, vinieron a hacerle proferir el veredicto condenatorio que se acató en la sentencia.

De otra parte, como lo puntualiza el señor representante del Ministerio Público, ''debe determinarse en qué forma se demuestra por el demandante la falsedad que ha alegado respecto a los testimonios de Margarita Rueda y Mariela Iglesias, con vínculos con el occiso, como lo demuestra el proceso, la primera como su concubina y la segunda como su hermana.

''Respecto a la primera, acompañó el demandante una constancia (folio 2), expedida por el ''Instituto Psiquiátrico San Camilo'', de Bucaramanga, conforme a la cual estuvo hospitalizada en 1955 y el diagnóstico fue ''histeria'' (folio 1); en el término probatorio se complementó esta constancia, con la copia completa de la respectiva historia clínica (folios 128 y 129), en la cual se consignan todos los datos correspondientes a la mencionada Margarita Rueda, durante su hospitalización en 1955, en la cual se consigna el diagnóstico ''histeria'', pero también se anotó que en ''examen psiquiátrico de salida, julio 21 de 1955, muy buen estado general. En la fecha no presenta signos de perturbación mental. Sale por mejoría'' y en julio 21 de 1955 que ''...en la fecha no presenta ningún signo de perturbación mental. Puede salir por mejoría''.

''En cuanto a la menor Mariela Iglesias, se aportaron partidas de bautismo (folios 3 y 4), de ella y del occiso, para demostrar que son hermanos.

''Tales pruebas se presentarían para demeritar el dicho de las dos testigos mencionadas, pero, sin embargo, no logran tal efecto, ni demostrar que éstas hubieran mentido. En cuanto a Margarita Rueda, por cuanto si bien ésta estuvo internada como aparece demostrado, cosa que por otra parte no ha sido objeto de discusión, también la misma prueba acredita que salió por mejoría, es decir, por encontrarse en estado de normalidad, ya que así lo expresa su historia clínica, la cual también anota que se trata de ''paciente bien orientada en el tiempo y el espacio'', sin que, por otra parte, esté establecido cómo influyó tal situación desaparecida, según el documento citado, en su posterior percepción de los hechos y declaración, ni que con posterioridad hubiera sufrido nuevamente de la misma dolencia o hubiere estado recluida, lo cual permite deducir que se encontraba en sus facultades al rendir su testimonio y ver los hechos por ella narrados.

''Atinente a la menor Mariela Iglesias, desde el primer momento de su declaración expresó ser hermana del occiso; así, la prueba vino a establecer, mediante los documentos dichos un parentesco, ya conocido en el proceso y que tuvo oportunidad de conocer tanto el fallador de instancia como los jurados para apreciar el valor de su declaración.

''Por manera que las pruebas indicadas no demuestran en forma alguna que las testigos referidas hubieran dado una versión falsa de los hechos.

''De resto esta falsedad se pretende demostrar mediante la crítica de dichos testimonios, al comparar sus versiones iniciales y posteriores, como también éstas en relación con los testimonios y afirmaciones de los procesados, absueltos en el proceso, Gerardo Salas y Pascual Parra.

"En cuanto al examen de las versiones de los testigos para deducir su falsedad, implica una crítica de los mismos, que debe entenderse cumplida dentro del proceso fenecido con la sentencia, en el cual debe entenderse que se examinaron para asignarles o darles el valor que merecían y consecuentemente, no resulta procedente tratar de acreditar su falsedad a través de esta vía; no se ha presentado una prueba directa para demostrar que los testigos incurrieron en falsedad o mintieran en sus afirmaciones; y en relación a la falta de veracidad de tales declarantes, con base en las afirmaciones de los procesados absueltos, tampoco puede considerarse demostrada, por lo que se dirá al examinar dicha prueba en relación con la segunda causal, ya que se anota que no merecen credibilidad, por las razones que se indicarán posteriormente.

"Por otra parte, analizadas las versiones de las testigos referidas se encuentra que no varían en cuanto a la fundamental de los hechos, esto es, que dispararon sobre el occiso Helí Salas con su fusil y Gerardo Salas, casi simultáneamente, sin que actuara Pascual Parra, no obstante encontrarse presente; que el occiso no estaba armado, el lugar en que ocurrieron los hechos, la apropiación del objeto o arma en su casa; y en cuanto al punto al cual se refiere el demandante, al preguntarse sobre el arma empleada por Gerardo Salas para atacar o herir al occiso, explicó Margarita Rueda que aquél "...traía escopeta y traía revólver, pero el tiro se lo pegó con el revólver..."; así, no obstante esta diferencia en la versión dicha y en algunos puntos accesorios, no bastan para decir que dicha testigo trató de faltar a la verdad o afirmar hechos falsos, como se consideró en el proceso. Referente al robo de determinados objetos, después de los hechos, la testigo da a entender que debió cometerse por las mismas personas, por suponerlo así, si bien no lo presenció, como se desprende de sus expresiones, al decir: "...y por la noche llegaron los mismos hombres, creo que serían porque quién más, y se llevaron...".

"En cuanto a la declaración de Mariela Iglesias, no basta la sola circunstancia de la edad para deducir que no relató los hechos con veracidad, pues lo mismo que la anterior, salvo algunas variaciones y correcciones, sostuvo su dicho en lo fundamental, sin variar en la acusación a Helí y Gerardo Salas, habiéndolo sostenido así en careo con el primero.

"Y la diligencia de inspección ocular, tampoco demostró la falsedad de tales testimonios, pues se comprobó que desde el lugar en que dijeron encontrarse las testigos y en que éstos ocurrieron, existía visibilidad.

"Si bien las anteriores consideraciones sobrarían, toda vez que la falsedad no procede demostrarse, como expresa el señor apoderado, a través de la crítica de la misma prueba ya valorada, conducen con las otras expresadas a concluir que no se comprobó la falsedad de los testimonios referidos, pues no son suficientes para deducirla, las circunstancias personales de las declarantes respecto al occiso; y tampoco conforme a las pruebas consistentes en las declaraciones de los procesados, absueltos, por lo que se expresará a continuación.

"Se estima oportuno citar la siguiente jurisprudencia de esa honorable Corte, en relación con la causal de revisión mencionada, por guardar similitud con el caso examinado:

" 'En relación con las objeciones que en la demanda se formulen al amparo de la causal 3ª de revisión, se observa que, con el fin de demostrar sus afirmaciones sobre la falsedad de las pruebas que sirvieron de fundamento para dictar la sentencia condenatoria de segunda instancia, el actor principalmente dirige su esfuerzo a criticar algunos hechos que fueron producidos dentro del proceso de cuya revisión se trata, intentando de este modo, muy hábilmente, reabrir una controversia sobre el valor probatorio del testimonio del denunciante Miguel Guzmán y con respecto a los indicios de los cuales se dedujo la responsabilidad de Calderón Rodríguez. Con este procedimiento el demandante lo que trata es hacer prevalecer su criterio personal y objetivo sobre la apreciación de estas pruebas, olvidando o aparentando olvidar, que ello es completamente inconducente e ineficaz, tratándose del recurso extraordinario de revisión, el que, como se ha dicho repetidas veces, no es una tercera instancia y tampoco puede confundirse con el recurso extraordinario de casación'.

"Con respecto a esta cuestión, la Sala ha dicho en otra oportunidad, lo siguiente: 'Para ser viable el recurso de revisión, o sea para obtener que la Corte ordene surtir de nuevo un juicio fenecido, no basta suscitar duda, por grave que ella pueda ser, sobre el valor de las pruebas que fueron debatidas en aquel juicio, o sobre posible error de apreciación en que el sentenciador incurriera. El recurso de revisión no tiene por objeto hacer que la Corte estudie de nuevo cada una de las pruebas del juicio que se pretende revisar, ni que haga un nuevo análisis sobre el valor de cada testimonio y sobre los motivos de credibilidad o de sospecha que abonen o desvirtúen la fuerza del testimonio; así como tampoco puede prosperar la revisión por la sola circunstancia de que la Corte halle contradicciones entre unos testigos y otros aun entre dos testimonios de un mismo

declarante. Todo eso debió ser apreciado en el juicio y la mala apreciación hecha allí no la puede subsanar la Corte'.

"La presunción de verdad que ampara la cosa juzgada, que el recurso de revisión trata de desvirtuar no se puede lograr acudiendo al procedimiento de hacer un nuevo análisis o estudio crítico de los hechos o pruebas que forman parte del proceso cuya revisión se busca, sino demostrando con medios distintos y adecuados en el término probatorio del recurso, que realmente se han cumplido los motivos de revisión que se invocan, pues de otro modo se desvirtuaría completamente la naturaleza y el objeto de este recurso extraordinario, convirtiéndolo en una tercera instancia" (sentencia de febrero 12 de 1958, G. J. T. LXXXVII, números 2192-3, página 194). (Sentencia de 13 de febrero de 1964, G. J. T., CVI, número 2271, páginas 297 y 304).

Así, estima este Despacho que no se demostró la falsedad alegada como motivo de revisión, en relación con las dos declaraciones mencionadas, de testigos presenciales de los hechos y una de las cuales admiten el condenado y los procesados absueltos cuyas declaraciones se presentan como pruebas en este recurso, que se encontraba en el lugar de los hechos, si bien niegan la presencia de la otra, la hermana del occiso; por tanto, tales pruebas, conservan su validez, como queda dicho y fueron examinadas en el proceso en relación con el dicho del condenado, quien aceptó haber dado muerte a aquél pero en condiciones de legítima defensa, no reconocida por los jueces de conciencia". (Cuaderno de la Corte, folios 166 y siguientes).

En consecuencia, esta causal tampoco puede prosperar.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema —Sala Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA EL RECURSO DE REVISIÓN interpuesto por medio de apoderado por Helí Salas Vesga, en relación con el proceso adelantado en su contra por el delito de homicidio en Alfonso Iglesias, del cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el proceso al juzgado de origen, dejando en esta corporación copia de la presente providencia. Cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PODER — SUSTITUCION — REQUISITOS

El defensor de oficio no puede sustituir el poder que le ha conferido el Juez.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro (24) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 14.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de reposición interpuesto por el doctor Luis Zafra contra el auto de esta Sala, de 20 de marzo último, "en lo que concierne al rechazo del poder" que le confirió "el señor defensor de oficio del incriminado Jesús María Pedraza Moreno", para que, en su lugar, se le reconozca "como apoderado de éste para sustentar el recurso de casación".

El doctor Zafra, luego de hacer consideraciones sobre las funciones de asistencia y representación que tiene el defensor, en especial el de oficio, y de citar una jurisprudencia de esta corporación de 27 de febrero de 1970, discurre así: "Luego, siguiendo el pensamiento de la Corte, si el defensor de oficio tiene personería suficiente para actuar en casación, *a fortiori* la tiene también para conferir poder a otro abogado que se encargue de sustentar el recurso de casación, en el caso de que aquél no pueda hacerlo por cualquier circunstancia, porque con ese procedimiento está ejerciendo cabalmente la representación del procesado ausente y garantizándole el derecho de defensa. De no ser así, habría un quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución, por inobservancia de las formas propias del juicio.

"Y si todavía quedare alguna duda sobre el alcance y extensión de la facultad representativa de que goza el defensor de oficio al amparo de los artículos 118, 120, 382 y 484 del Código de Procedimiento Penal, esa duda tendría que resolverse en forma benigna para el procesado, a fin de garantizarle plenamente el derecho de defensa en el recurso extraordinario de casación, con base en el dogma universal de la interpretación favorable que lo protege (favorabilia sunt amplianda; odiosa, restringenda), dogma que reconoce expresamente el legislador colombiano en la parte final del artículo 45 de la Ley 153 de 1887".

Se considera.

Ciertamente esta Sala, en providencia de 20 de marzo postrero, expresó que "el otorgamiento de poder que le hace al doctor Luis Zafra el doctor Nicolás Bitar Yidi, envuelve obviamente una sustitución. Pero tal defensor lo es de oficio y, por consiguiente, no tiene facultad para sustituir, pues según las voces del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, 'el apoderado o defensor no podrá sustituir sino con expresa autorización del procesado' ".

Y es cierto también que ella misma, como apunta el recurrente, en sentencia de 27 de febrero de 1970, aseveró: que el defensor de oficio tiene el deber de asistir al procesado "en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y representarlo en todos los demás actos del proceso", todo ello en ejercicio del "derecho de defensa que no es ajeno al recurso extraordinario de casación"; "que obra dentro del proceso y para los efectos propios del mismo, con suficiente personería jurídica, el defensor del procesado que recurre en casación y busca a través de este medio la única vía posible contra la sentencia, pues no obstante la naturaleza especial y extraordinaria del referido recurso la actuación propia de la impugnación forma parte del proceso", y que, "como consecuencia de lo cual, la Sala declara que el defensor de oficio sí tiene personería para sustentar con la respectiva demanda el recurso de casación".

Pero de todo ello no se deduce a fortiori *que el defensor de oficio tenga también personería "pa-*

ra conferir poder a otro abogado que se encargue de sustentar el recurso de casación".

Y es que la ley confiere al juez, y solamente al juez, la facultad de designar defensor de oficio, y aceptar que éste pueda delegar el poder que ope legis *le otorgó el juzgador implicaría la admisión del ejercicio de una atribución que no crea norma legal alguna.*

Si el defensor de oficio pudiese designar un abogado para sustentar el recurso de casación por él interpuesto, ello significaría que un particular tiene la facultad para revocar la decisión del juez y rehuir la misión que se le ha encomendado por ministerio de la ley.

Según el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal, "el cargo de apoderado o defensor, cuando sea designado de oficio por el funcionario de instrucción o por el juez, es de forzosa aceptación. En consecuencia, el nombrado estará obligado a aceptar y desempeñar el cargo, sin que pueda excusarse sino por enfermedad grave o habitual, por grave perjuicio de sus intereses o por ser empleados públicos, o mayores de sesenta años, o menores de veintiuno no habilitados de edad, o por tener a su cargo dos o más defensas de oficio".

Solo en estos casos, taxativamente señalados en la ley, puede el defensor de oficio excusarse de desempeñar el cargo. Y es una manera de excusarse él de desempeñarlo, sin causa legal, el designar a un abogado para que sustente el recurso de casación.

Son suficientes estas razones para que la Corte no reponga la providencia recurrida.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a reponer el auto de veinte de marzo último.

Cópiese y notifíquese.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NORMA MAS BENIGNA AL PROCESADO

Al tenor del artículo 6º de la Ley 157 de 1887 y 7º del Código de Procedimiento Penal, la favorabilidad de la norma más benigna en el tránsito de la legislación, debe solicitarla el procesado a los jueces del conocimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 15 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Décide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Alejandrino Valencia Flórez contra la sentencia de cinco de julio pasado, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, que modificó la de primer grado en el sentido de elevar a ciento cuatro (104) meses la pena de siete (7) años de presidio impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad al acusado, como responsable de los delitos de robo y lesiones personales en perjuicio de Guillermo Mejía Ramírez, Alberto Mejía Cardona y Arturo Gaviria Osorio, respectivamente.

El recurso se admitió por auto de veintinueve de agosto último y dentro del término legal, el doctor Luis Eduardo Rodríguez, con personería legalmente reconocida, presentó la demanda de casación, la cual se declaró formalmente ajustada mediante providencia de veintiocho de noviembre del año próximo pasado.

Hechos y actuación procesal.

El acontecer delictuoso puede sintetizarse así:

El diez y seis de enero de mil novecientos setenta y tres, en las horas del medio día, Guillermo Mejía Ramírez, propietario de una camioneta marca Ford, modelo 1966, color azul claro, de servicio público, placas SM-65-10, afiliada a la empresa "Campeona", fue contratado por un desconocido para transportar veinte (20) bultos de maíz desde la hacienda "Santa Inés" hasta la ciudad de Pereira. Con el fin de prestar el servicio se dirigieron al lugar señalado, en el vehículo, Arturo Gaviria Osorio, conductor y Alberto Mejía, ayudante —yerno e hijo del propietario del automotor, respectivamente— acompañados de la persona que había hecho la contratación.

Llegados a la hacienda donde debían recoger el cargamento, el sujeto que viajaba en el vehículo hizo detener la marcha y le preguntó a otro individuo si ya estaba lista la cantidad de maíz, obteniendo respuesta afirmativa. Inmediatamente Gaviria fue encañonado con un revólver por el desconocido, quien le manifestó que necesitaba la camioneta. Conductor y ayudante se trenzaron en lucha con el individuo que portaba el revólver, pero fueron finalmente vencidos, habiendo recibido Gaviria varias lesiones con arma de fuego y un puntapié que le fracturó la mandíbula. Alberto Mejía fue lesionado, igualmente, con un golpe dado con el revólver. Los asaltantes ordenaron luego a Gaviria y Mejía que siguieran en la camioneta y recorrido aproximadamente un kilómetro, los bajaron del vehículo y los internaron en un rastrojo, donde quedaron bajo vigilancia de uno de los asaltantes, mientras el que había contratado a Gaviria se llevó la camioneta y el otro se apoderó de papeles, dinero y demás pertenencias personales de sus víctimas.

La cuantía del ilícito contra la propiedad fue avaluada en $ 151.700.00.

Inició la investigación el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pereira y la continuó el Segundo de Instrucción Criminal, que decretó la detención preventiva de Alejandrino Valencia Flórez. Agotada la etapa instructiva pasó el proceso al Juzgado Tercero Penal del Circuito, el cual dictó auto de enjuiciamiento contra Valen-

cia Flórez por los delitos de robo y lesiones personales y sobreseyó definitivamente en favor de Edgardo Morales Villada.

Rituada la causa en legal forma concluyó con sentencia de tres de mayo de 1974, condenando a Valencia Flórez a la pena de siete años de presidio. Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Pereira reformó la sentencia y elevó la sanción a ciento cuatro meses de presidio.

La decisión del Tribunal fue recurrida por el procesado en casación y el doctor Luis Eduardo Rodríguez, en representación del impugnante, presentó en oportunidad la demanda respectiva.

La demanda de casación.

Con invocación de las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, se formulan los siguientes cargos contra la sentencia recurrida:

Causal cuarta.

Cargo primero.

Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad.

Se plantea la violación del artículo 26 de la Carta Política por "falta de la plenitud de las formas propias del juicio penal". Se censura el valor legal que el Tribunal de instancia dio a la prueba recogida en el proceso para dictar auto de proceder, el cual no reúne las exigencias del artículo 481 del Código de Procedimiento Penal.

El actor niega toda credibilidad al dicho del denunciante, como también a los demás testimonios rendidos en el proceso y a los indicios que se tuvieron en mientes, para concluir que la prueba testimonial tenida en cuenta para llamar a juicio y para proferir sentencia condenatoria, no ofrece serios motivos de credibilidad y por tanto no se cumplieron las exigencias del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria, habiéndose debido aplicar, en cambio, el principio "in dubio pro reo". Estima violados los artículos 481, 483 y 216 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo.

Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional al no aplicar la ley preexistente que gobierna el juzgamiento de Alejandrino Valencia Flórez, que resultaba la más favorable al procesado.

Argumenta el censor que los hechos imputados ocurrieron en vigencia del Decreto 1988 de 1971 que señaló como pena mínima para el delito de robo, la de cinco años de presidio, y que la sentencia se dictó cuando había dejado de regir tal estatuto, sin que pudiera aplicarse la Ley 21 de 1973, como se hizo, por ser ley posterior a la ejecución de los hechos. En consecuencia, debía tomarse el artículo 404 del Código Penal por "ser norma más favorable a los intereses defensivos del procesado".

Cargo tercero.

El Tribunal Superior de Pereira, al reformar la sentencia de primer grado en el sentido de aumentar la pena principal impuesta al procesado, se llevó de calle el principio de la "reformatio in pejus", pues habiendo apelado de la sentencia únicamente el procesado, la corporación carecía de competencia para elevar la sanción, lo cual engendra la nulidad prevista en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal. Trae en su apoyo apartes de jurisprudencia de la Corte en la casación de Ernesto Salazar Ortiz y César Rivera (10 de septiembre de 1973).

Cargo cuarto.

Como los apoderados designados para la defensa del procesado no ejercieron sus funciones debidamente, por cuanto solamente se limitaron a posesionarse y recibir notificaciones, sin haber presentado alegaciones y, contrariamente, en la audiencia, el defensor reconoció la responsabilidad de Alejandrino Valencia Flórez, esta actitud omisiva genera nulidad supralegal con base en el artículo 26 de la Constitución Política.

Causal primera.

Cargo único.

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

Su demostración se ensaya así:

El Decreto 1988 de 1971 fue aplicado indebidamente en la sentencia por cuanto dejó de regir desde el mes de octubre de 1973, y en estas condiciones la situación jurídica del procesado ha debido regirse por el artículo 404 del Código Penal, norma sustancial más favorable al procesado. Tampoco la Ley 21 de 1973 era llamada a regular el proceso porque no estaba vigente por la época en que ocurrieron los hechos, es decir, no era norma preexistente al acto materia de juzgamiento.

Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal responde así los cargos formulados a la sentencia recurrida:

Primer cargo.

Las argumentaciones de la censura para demostrar el primer cargo, son propias de la causal primera de casación cuando se pretende comprobar que la sentencia del Tribunal quebranta la ley sustancial penal en forma indirecta por haber incurrido el sentenciador en error de derecho al apreciar los elementos de convicción de la responsabilidad penal del procesado.

La censura se redujo a restar valor legal a la prueba testimonial analizada, criticada y evaluada por el Tribunal sin lograr demostrar el presunto error de derecho que pretendió enmarcar la censura dentro de la causal cuarta —nulidades— cuando ha debido hacerlo en la primera. Este yerro del impugnante conduce al rechazo del primer cargo, como lo demanda el Procurador.

Segundo cargo.

La sentencia recurrida fue dictada el 5 de julio de 1974, cuando el artículo 404 del Código Penal estaba modificado por la Ley 21 de 1973, siendo ésta la única norma aplicable al caso controvertido, por lo cual la petición de que debía aplicarse el artículo 404 no debe prosperar, por cuanto se hallaba derogado para la fecha de la sentencia, ya que no hubo solución de continuidad entre la norma extraordinaria (Decreto 1988 de 1971) y la Ley ordinaria (21 de 1973), es decir, que en ningún momento recobró vigencia el artículo 404 del Código Penal.

Tercer cargo.

Para desvirtuar este cargo, el Ministerio Público trae en apoyo jurisprudencia de la Corte (casación de Salomón Mesa y Santiago Muñoz), según la cual la prohibición de la reformatio in pejus para el ad quem tiene plena validez solamente cuando la competencia dimana, por modo exclusivo, del acto voluntario de la apelación del inculpado, y no "en el evento de apelaciones concurrentes de las distintas partes ligadas al proceso, ni cuando se trate de providencias que, por su importancia, están sometidas por la ley a consulta, grado éste de jurisdicción que confiere plenos poderes para revisar la resolución judicial del a quo por todos los aspectos y hacerle las enmiendas que el superior estima conformes con el derecho".

Como en el presente caso se trata de una sentencia de consulta obligatoria, de acuerdo con el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal, no tiene cabida la causal de nulidad invocada.

Segunda causal invocada.

El Ministerio Público se remite a las mismas argumentaciones tenidas en cuenta para pedir el rechazo del cargo segundo alegado dentro de la causal cuarta de casación.

Termina solicitando se deseche la demanda y se ordene la devolución del proceso al Tribunal de origen.

Consideraciones de la Corte.

Cargo primero.

El recurrente plantea la violación de las formas propias del juicio, con fundamento en que el sentenciador no tuvo en cuenta para llamar y proferir la sentencia condenatoria, que los testimonios e indicios que le sirvieron de fundamento, carecían del pleno valor probatorio exigido por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, a guisa de lo cual habría incurrido en violación, igualmente, de los artículos 481, 483 y 216 del mismo Código.

Por este modo olvida el recurrente que el error de hecho cuestionable en casación a favor de la causal cuarta —haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad— debe exhibir los caracteres de ostensible y manifiesto, sin los cuales carece de incidencia sobre la calificación judicial y debe mantenerse. Lo propio ocurre con el error de derecho alegado dentro del ámbito de la causal cuarta como factor imperante en la calificación de los hechos y en las conclusiones de la sentencia. En este caso, debe ser demostrado por el actor, fehacientemente, que con base en una prueba aducida al proceso irregularmente (jurídicamente inexistente), se procedió a la calificación del sumario, o que la calificación fue consecuencia obligada del valor agregado por el sentenciador a una prueba determinada, tasada legalmente, o a la cual aquél disminuyó en sus positivos alcances legales. No es éste el caso traído a la consideración de la Sala y consecuencialmente el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Con invocación del principio de favorabilidad, se pretende alcanzar la nulidad de la sentencia, porque el Tribunal aplicó las normas de la Ley 21 de 1973, no obstante que los hechos juzgados tuvieron ocurrencia en vigencia del Decreto 1988 de 1971, y afirma que habiendo desaparecido el estado de sitio y con él la legislación de emergencia con la totalidad de sus efectos pendientes, debió darse aplicación, en su caso concreto, a las disposiciones más benignas contenidas en el artículo 404 del Código Penal.

En providencia de mayoría expresó la Sala en fecha reciente —recurso de casación interpuesto por Antonio María López Palacio y otros— que la Ley 21 de 1973 prolongó en el tiempo los efectos del Decreto 1988 de 1971, que agravó las penas contempladas para el delito de robo en el artículo 404 del Código Penal, y por unanimidad dijo en la misma providencia que el favor de la norma más benigna, en el tránsito de legislación, debe solicitarlo el procesado directamente a los jueces del conocimiento, al tenor de los artículos 6º de la Ley 157 de 1887 y 7º del Código de Procedimiento Penal.

El cargo no prospera.

Cargo tercero.

Discute el procesado recurrente la competencia del Tribunal sentenciador para modificar con agravio suyo las penas que le impuso el juez del conocimiento.

Aun cuando evidentemente la Corte se había pronunciado en fallos anteriores afirmando la falta de competencia del Tribunal sentenciador para agravar penalmente la situación del procesado en los casos en que fuese él —único apelante siempre y cuando la sentencia recurrida careciera en forma obligada del grado de consulta—, no lo es menos que dicha doctrina debe ser ahora recogida frente a los dictados clarísimos del artículo 3º de la Ley 17 de 2 de abril de 1975, modificatorio del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, que aclara en forma definitiva sus alcances y otorga al juez o Tribunal de la apelación, la plenitud de la competencia para decidir sin limitaciones, sobre la providencia impugnada. El cargo no prospera.

Cargo cuarto.

Se hace consistir la tacha en la violación del artículo 26 de la Carta Política, por cuanto Alejandrino Valencia Flórez careció materialmente de la asistencia de su defensor en el proceso y particularmente en el juicio.

De autos aparece demostrado en forma cierta que el defensor del procesado limitó su actuación a recurrir del auto de proceder —recurso que desistió seguidamente— y a suscribir en el acto de audiencia pública alegato de conclusión que por su contenido inocuo y argumentación al margen de los intereses que le fueron confiados, materializa cabalmente la violación acusada por el actor, que se traduce en su indefensión absoluta en el juicio, ostensible y manifiesta, como prueba de lo cual se transcribe el texto completo de ese alegato:

"Señor Juez Tercero Penal del Circuito. E. S. D. Ref.: Proceso penal por lesiones personales y robo, contra Alejandrino Valencia Flórez.

"Habla Antonio Calderón Giraldo, abogado titulado e inscrito, identificado con T. P. número 3149 de Minjusticia, obrando en cumplimiento del cargo como defensor de oficio del sindicado de la referencia y para que obre dentro de la audiencia señalada para la fecha en pro de mi defendido, me permito presentar el siguiente alegato, lo que haré en la forma siguiente:

"El señor Guillermo Mejía Ramírez se presentó ante el Permanente de Occidente y formuló denuncio penal por los delitos de lesiones personales y robo contra el señor Alejandrino Valencia Flórez, diciendo ser propietario de una camioneta marca Ford, modelo 1966, de placas SM-65-10, afiliada a la flota Campeona, pero que es manejada por el señor Arturo Gaviria y el ayudante Alberto Mejía.

"Dice así mismo que el día en que presentó el denuncio, el señor Gaviria y sus ayudantes fueron contratados por un sujeto cuya filiación dieron la que corresponde al sindicado, para conducir unos bultos de maíz a esta ciudad. Que al pasar por el retén se desviaron de la carretera por orden del sindicado Valencia Flórez y más adelante se encontraron a otro sujeto y Valencia Flórez hizo parar el vehículo para preguntar al individuo si el maíz estaba listo, quien contestó encañonando al conductor con revólver en mano; el ayudante al ver esto se lanzó a la lucha para desarmar al individuo, pero fueron vencidos al verse heridos y golpeados en la cabeza. Después de narrar otros hechos de los cuales hay constancias en el proceso, uno de los ofendidos es el autor, y gracias a él de haberse capturado al sindicado, quien al parecer es ampliamente conocido en la sociedad por su fisonomía.

"Del estudio del proceso se observa, que la situación jurídica para mi defendido está gravemente comprometida debido a las pruebas que tendientes a responsabilizarlo reposan en el mismo proceso.

"La situación para mi defendido se hizo difícil desde el momento que vino a contratar el vehículo, ya que aparece la versión de un amigo de los ofendidos diciendo que ese mismo día, estando en un café de esta ciudad, vio pasar a don Alberto Mejía conduciendo el automotor donde iba el mono 'Alejandrino Valencia' y que pensó entre sí, que para dónde irá don Alberto con el mono Alejandrino.

"Después de visto los hechos anteriores debemos de hacer algunas consideraciones que a la hora de la verdad son favorables para mi repre-

sentado, siempre que se han de tener en cuenta circunstancias de orden psicológicas, económicas, morales y de orden sociológico.

"De los muchos aspectos que presenta la psicología y que debe saber el funcionario de instrucción, el más importante el de la herencia, cuestión que debe averiguar con el fin de evitar una injusticia condenando a un irresponsable, o con el de tratar de aminorar la pena para tales desgraciados, tarados por atavismo. No todos delinquen por delinquir, algunos lo hacen por el influjo de una fuerza superior (atavismo), otros por oficio, otros por no perder la ocasión (criminaloide) y otros por pasión (impetuosos).

"En el proceso no hay constancia de que un médico haya examinado a mi defendido y encontrado anomalía en él, como para calificarlo que es persona apta para delinquir y poder descargar todo el peso de la justicia, o que por el contrario es persona anormal para aplicársele una justicia a su proporción.

"Las investigaciones científicas nos llevan a la convición franca de que los criminales son personas anómalas y que las anomalías no solo son en lo material sino también en lo moral, de ahí la necesidad de que la sociedad busque un medicamento mejor para esta clase de personas y no contentarse de condenarlas en nombre de la República y por autoridad de la ley.

"En las cárceles no hay médicos especializados en la ciencia antropológica, para que vean si los criminales son personas anómalas o no, si son descendientes de alcoholados, epilépticos o atávicos. Todo lo cual con el único fin de no dársele igual castigo al que delinque por delinquir, o influenciados por una fuerza superior.

"Hay otras circunstancias de orden económico y sociológico que tanto agobia a nuestro país, permiten que cada día se acreciente más la delincuencia: un país subdesarrollado, crecimiento de la población con disminución de la producción, y, por lo tanto, con aumento de la mano de obra desocupada, son todas ellas circunstancias graves que permiten cada día el aumento de la delincuencia.

"Al decir su fallo, señor Juez, pido muy respetuosamente, se tenga en cuenta todas las anteriores circunstancias anotadas, a fin de que se humanice la justicia que vais a descargar en pro de mi defendido, favoreciéndolo con la pena mínima y subsidiariamente una condena condicional.

"Del señor Juez, atentamente, *Antonio Calderón Giraldo*, T. P. número 3149. Pereira, abril 5 de 1974".

Como el procesado y su defensor desistieron, en su hora, del recurso de apelación que separadamente interpusieron contra el auto de proceder, resulta sobrado observar que aceptaron sus prescripciones, que, por lo demás, no cuestionan sustancialmente.

No se estudia el cargo único formulado con invocación de la causal primera de casación, por aplicación indebida, en su caso, de las disposiciones de la Ley 21 de 1973 que agravó las penas del robo contempladas en el artículo 404 del Código Penal, por cuanto su argumentación fue rebatida al contestar el cargo segundo de la acusación, formulado al amparo de la causal cuarta.

En vista, con las consideraciones precedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y ordena restituir el procedimiento a partir del auto que ordenó la apertura a pruebas en el juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

1) Ha sido doctrina de la Corte, al analizar el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional, que cuando se alega su violación para hacer emanar de ella la existencia de una nulidad de naturaleza excepcional, es obligación ineludible del censor, especificar de manera precisa y concreta la modalidad del quebranto ubicándolo necesariamente en una de las 4 garantías que consagra la referida norma constitucional, sin que, por lo mismo, sea aceptable hacer el enunciado de la violación para que la Corte, en el fallo, realice la labor de ubicar nítidamente el quebranto de la garantía constitucional que origina la nulidad alegada. 2) La falta de las firmas por parte de algunos de los intervinientes en la audiencia pública, del acta respectiva, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 15 de abril 24 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por los procesados Eduardo Chaverra Sucerquía y Ramiro Gracia Rentería, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha abril 1º de 1974, por la cual se confirmó la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de la misma ciudad que condenó a los recurrentes y a otros sindicados, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado, abuso de confianza y robo, a diversas penas en la forma que se indicará adelante.

Hechos y síntesis del proceso.

Hernán Gómez Gálvez era propietario de una hacienda denominada "Pozo Rubio", ubicada en jurisdicción del Municipio de Puerto Boyacá y dedicada integralmente a la ganadería. El hacendado, pese a que estaba legalmente casado, mantenía relaciones extra-matrimoniales con Fabiola Isaza Arango de Zapata, quien a su vez, se encontraba separada de su legítimo esposo.

En la hacienda "Pozo Rubio", trabajaba como mayordomo Ramiro Gracia Rentería, quien vivía allí con su esposa Cielo Rodríguez, y prestaban sus servicios como trabajadores de la hacienda, bajo las órdenes de Gracia Rentería, José Washington Villa Zapata o José Villa, Nicandro o Adelmo Arenas y el menor y sobrino de Gracia Rentería, Darío Bolívar.

El hacendado Hernán Gómez Gálvez, por asuntos de sus negocios de ganadería, conoció en la ciudad de La Dorada a Luis Eduardo Chaverra Sucerquía, tinterillo de profesión, y con oficina en la misma ciudad. Hernán Gómez necesitó dinero para la atención de sus negocios, y su amigo Chaverra Sucerquía le consiguió varias sumas con el señor Luciano González a quien firmó letras de cambio para respaldar los créditos, en las que, además, figuraba como deudor solidario el mismo Chaverra Sucerquía.

El prestamista Luciano González adelantó ante el Juzgado del Circuito de Dorada proceso ejecutivo contra Hernán Gómez, y dentro de dicho proceso se decretó el embargo y secuestro de los ganados que Gómez tenía en su hacienda "Pozo Rubio", habiendo logrado Chaverra Sucerquía, que fuera designado secuestre por el Juzgado. Esta circunstancia enfrió considerablemente las relaciones de amistad que existían entre Hernán Gómez y Eduardo Chaverra hasta el extremo de que en los Juzgados Penales de Dorada, se tramitaron varios procesos por mutuas inculpaciones que se hicieron, relativas a hurto de ganado y amenazas contra la integridad personal.

El 12 de agosto del año de 1970 Hernán Gómez y su amiga Fabiola, salieron de Bogotá con destino a la hacienda "Pozo Rubio". El día 13 del mismo mes estuvo Hernán Gómez dedicado a hacer el inventario de sus ganados en compañía del doctor Daniel de Brigard, funcionario del Fondo Ganadero de Cundinamarca, con la colaboración de los trabajadores Ramiro Gracia, Darío Bolívar y Nicandro o Adelmo Arenas.

En el auto del Tribunal Superior por medio del cual se confirmó el de llamamiento a juicio dictado por el Juez Superior, se narrarán los hechos subsiguientes, así:

"Ramiro Gracia, el administrador de 'Pozo Rubio', y, además, secuestre provisional de los ganados, y Eduardo Chaverra, secuestre titular de los mismos, trabaron cierta amistad y la ambición por los bienes de don Hernán Gómez, los llevó al abismo del delito cuanto resolvieron contratar a Washington. Qué gran nombre para tan peligroso asesino y a su íntimo amigo Carlos N. para que le dieran muerte a Hernán Gómez y a su amante Fabiola Isaza de Zapata. Así las cosas, se confabuló el atroz crimen y todos los actores que habrían de actuar en el drama criminal, comenzaron a desempeñar sus respectivos papeles a cabalidad; unos como autores materiales, otros como autores intelectuales, cómplices necesarios o instigadores, y otros, por último, como cómplices no necesarios o secundarios".

El mismo día 13 de agosto de 1970 llegaron a la hacienda "Pozo Rubio" Washington Villa Zapata y Carlos N., quienes fueron atendidos por el administrador Gracia Rentería y su mujer Cielo Rodríguez.

Al día siguiente, agosto 14, don Hernán Gómez ordenó al mayordomo que dispusiera de tres cabalgaduras para salir en compañía de su amiga Fabiola y del menor Darío Bolívar, a realizar algunas labores en su hacienda. En desarrollo de ese propósito, se levantó temprano y fue a un caño cercano a la casa a tomar un baño "oportunidad que aprovechó el sicario Washington Villa y su compinche Carlos N., para matarlo de violentísimo peinillazo en la nuca y de distintas puñaladas por el vientre y la caja toracica (sic); Washington se acercó inmediatamente a la casa, y de un certero disparo en una de las sienes, acabó también con la vida de Fabiola, luego de lo cual estos cobardes asesinos arrastraron los cadáveres hasta la quebrada, llevaron después la mula 'muñeca' y arrastrándolos en ese semoviente, los sepultaron a unas tres cuadras aproximadamente de la casa de la hacienda. Allí permanecieron los cadáveres de Hernán y Fabiola, por espacio aproximado de seis meses, cuando fueron desenterrados por Nicandro o Adelmo Arenas y Darío Bolívar, rociados con petróleo e incinerados; después enterraron en el mismo lugar estos sujetos algunos restos que aún quedaban y encima les arrojaron un becerro muerto, con el exclusivo fin de despistar a la justicia, en el caso de que se encontrara la fosa común de los infortunados Hernán y Fabiola. Antes de enterrar los cadáveres, Washington Villa y su compañero Carlos N., les arrebataron sus alhajas, joyas y otras pertenencias" (folios 36 a 39, cuaderno 11).

Correspondió la investigación al Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, y una vez perfeccionada, fue remitida a reparto a los Juzgados Superiores de Tunja, habiéndole correspondido su conocimiento al Cuarto Superior de esa ciudad, luego de la práctica de varias pruebas encaminadas a reforzar las ya existentes contra los implicados, y resueltos varios incidentes y peticiones de los apoderados de los sindicados, el Juzgado Cuarto Superior decretó el cierre de la investigación y calificó el mérito del sumario, mediante auto de proceder de veinticinco de septiembre de 1972 (folios 431-473, cuaderno 2º), por medio del cual llamó a responder en juicio a los procesados, así:

A Eduardo Chaverra Sucerquía, Ramiro Gracia Rentería, José o Washington Villa Zapata, Carlos N., Cielo Rodríguez de Gracia, Ana Dora Rodríguez vda. de González, Nicandro o Adelmo Arenas "como autores materiales del delito de DOBLE HOMICIDIO cometido en las personas de José Hernán Gómez Gálvez y Fabiola Isaza de Zapata...", con las modalidades descritas en los numerales 2º, 3º, 6º y 9º del artículo 363 del Código Penal. Así mismo, se llama a responder en juicio, por el mismo procedimiento a los procesados Eduardo Chaverra Sucerquía y Ramiro Gracia Rentería, por el delito de abuso de confianza, y a José o Washington Villa Zapata y a Carlos N., por el delito de robo. Finalmente, se dispone, en la providencia referida, que la mujer Cielo de Gracia deberá responder por el delito de robo.

El vocatorio a juicio fue recurrido en apelación por los representantes judiciales de los inculpados, y el Tribunal Superior de Tunja lo confirmó, sin modificaciones (folios 33 a 101, cuaderno número 11).

Rituada la causa en debida forma, se celebró la audiencia pública el día 6 de noviembre de 1973 (folios 202 a 345), en la cual se debatieron los veintitrés cuestionarios que en forma individual, y por separado, fueron elaborados por el juez de derecho y sometidos a la consideración de los jueces de hecho.

Obtenidos los veredictos, que fueron condenatorios respecto de los cargos formulados a los acusados recurrentes, el Juez Cuarto Superior de Tunja dictó, con fecha diciembre 7 de 1973 (folios 346 a 417, cuaderno número 11), la correspondiente sentencia, en la que fueron condenados Eduardo Chaverra Sucerquía a la pena de veintitrés años de presidio "como autor responsable de los delitos de homicidio y abuso de confianza" en las personas de Hernán Gómez y Fabiola Isaza de Zapata, y el abuso de confianza en perjuicio de los intereses del occiso; Ramiro Gracia Rentería, a la pena de veintitrés años de presidio, "como autor responsable de los delitos de homicidio y abuso de confianza" también en las personas referidas y en perjuicio de los intereses mencionados; condena también "al implicado José o Washington Villa Zapata a la pena principal de veintitrés años de presidio... como autor responsable de los delitos de homicidio y robo"; condena, igualmente, al "implicado Carlos N.... a la pena principal de veintitrés años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y robo", y, para todos, a las accesorias, así como al pago de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción. En el fallo se adoptaron otras decisiones en relación con la responsabilidad para algunos de los procesados, pero que por no tener incidencia en el presente fallo, no se reseñan.

La sentencia fue recurrida en apelación y el Tribunal Superior de Tunja, por medio de providencia de abril 1º de 1974, la confirmó, sin modificaciones substanciales (folios 26-64, cuaderno 13).

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron los sentenciados Eduardo Chaverra Sucerquía y Ramiro Gracia Rentería el recurso extraordinario de casación, que les fue concedido y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de julio 4 de 1974, y ajustadas las correspondientes demandas el 11 de diciembre del mismo año.

Igualmente, se reconoció personería al apoderado de la parte civil, quien contestó las alegaciones de los demandantes.

Las demandas.

El representante judicial del acusado Eduardo Chaverra Sucerquía, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, invocando, en su orden, las causales 4ª y 1ª establecidas en el artículo 580 del C. de P. P.

Al amparo de la *causal 4ª* el actor formula tres cargos contra el fallo condenatorio, así:

Primer cargo. Dice el recurrente que la sentencia acusada por medio de la cual se condenó a su patrocinado "se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta Fundamental. Pues se incumplió con los requisitos del artículo 533 del C. P. P.".

Discurre largamente el censor sobre la existencia de las dos especies de nulidades, las legales y las constitucionales; examina su contenido y relievancia a través de diferentes jurisprudencias de la Corte. Examina el contenido del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal relativo a la formulación de los cuestionarios que deben someterse a la consideración de los jueces de hecho, y para enfatizar en su importancia y significado dentro del proceso, se vale de varias jurisprudencias de esta Sala.

Al hacer la reseña del contenido del artículo 533 expresa el demandante, que de acuerdo con esa norma, los cuestionarios deben ser sometidos al jurado "al principiar la audiencia", y que cuando esto no se hace, como afirma que no se hizo en el caso *subexamen*, "se estaría violando un principio de defensa, que tiene el enjuiciado, pues, precisamente lo que se va a debatir es el pliego de cargos sintetizados en el cuestionario, y si éste no figura o es reformado posteriormente, o en el intermedio de la audiencia, el debate del juicio, que es en la audiencia pública, quedaría cortapisado para la defensa, por cuanto ésta no podría argumentar concretamente los aspectos fundamentales de los cargos que se le hacen al encausado, debido a que EL CUESTIONARIO es, precisamente, la síntesis de lo que se va a debatir".

Luego de consideraciones de diverso orden, el recurrente sintetiza el cargo así:

"Al probarse plenamente, tal como está probado, que primero los cuestionarios iniciales fueron ectraídos (sic), pues no aparecen en el proceso, pues ni siquiera dejó constancia de ellos. Segundo, al probarse el anterior cuestionario que parece violado el artículo 537 del C. de P. P., artículo también fundamental que incide en la violación del artículo 26 de la Constitución. Tercero. Al probarse que el mismo Juzgado aceptó el cambio de cuestionario, y Cuarto. Que éstos fueron cambiados después de haberse terminado la audiencia en relación a Eduardo Chaverra, con lo anterior se ha violado el artículo 533 que exige perentoriamente que el cuestionario deberá ser sometido al jurado 'al principiar la audiencia pública'. Si se violó el artículo 533 se violó por ende el artículo 26 de la Carta, por cuanto esta norma exige que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes... observando la plenitud de las formas pro-

pias de cada juicio...'. Y es evidente que el artículo 533 es una de las formas esenciales del juicio, por cuanto los cuestionarios tienen que ser debatidos desde el principio de la audiencia, y jamás cuando el defensor no tuvo la oportunidad de refutarlo por cuanto fue cambiado después de la intervención del defensor, con esto el Juzgado ha incurrido en un anulidad (sic) supra legal, que encuadra en la causal cuarta del artículo 580 del C. de P. P. que a su letra dice: 'Que en materia penal el recurso de casación procede...' 4º Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad''.

Segundo cargo. Considera, así mismo, el actor que existe una nulidad de carácter supra legal (violación del artículo 26 de la Constitución), por cuanto en el acta de audiencias públicas faltan las firmas de dos de los defensores y la del representante de la parte civil. Situación ésta que implicaría, igualmente, violación del artículo 515 del C. de P. P.

Tercer cargo. Lo sintetiza en la siguiente forma el recurrente:

''La sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual condenó a Eduardo Chaverra S.... se dictó en un juicio viciado de nulidad *supra legal,* violando el artículo 26 de la Constitución Nacional, debido a que se violó el *principio de las dos instancias y se condenó con base en un llamamiento a juicio ilegal,* por cuanto el honorable Tribunal había decidido que las pruebas que sirvieron de base para la *vocación a juicio,* no tenían mérito ni siquiera para dictar *auto de detención, con esta clase de pruebas se condenó...,* etc.''.

Se extiende el demandante en explicaciones sobre el significado jurídico-probatorio que tiene el auto de proceder, para afirmar la nulidad del mismo, en vista de que fue construido con fundamento en pruebas que el Tribunal consideró que ni siquiera daban base para dictar un auto de detención; que, por lo mismo, si el auto de proceder es nulo, por este motivo, lo es también la sentencia por la necesaria correlación que debe existir entre uno y otra. Considera así mismo, que el Juez al emitir el auto de vocación a juicio obró con ''contumacia'' y ''menospreció los argumentos del Tribunal'', lo cual califica como caso ''insólito''; que conlleva la violación del principio de las dos instancias.

Segunda causal invocada.

El cargo se formula con fundamento en la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y se concreta en que ''la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja... violó indirectamente los artículos 362 y 363 del Código Penal, por cuanto no ha debido aplicarse debido a que no se estructuran con las pruebas recogidas los elementos esenciales del delito de homicidio, ni de asesinato, lo por cuanto (sic) en la sentencia se les dio a las pruebas un valor que no tiene (sic) y en otras se les negó el valor que tiene (sic) y en otras no se tomaron en cuenta a pesar de estar acreditadas''.

Examina, en desarrollo de estos planteamientos, varias de las pruebas, que en sentir del actor, no eran suficientes para dictar la sentencia de condena impugnada. Termina así el recurrente su análisis de los cargos:

Bien comprendo, señores Magistrados, que esta causal no la acepta la Corte Suprema, sin embargo, la pongo en consideración, porque *hay un hecho indiscutible.*

''Si se concluye, que no se puede declarar *contraevidente* por la Corte un fallo injusto, que ha debido declararse, esta circunstancia por lo menos hace pensar, que se necesita un nuevo replanteamiento, para concluir que la honorable Corte *sí puede declararlo,* por cuanto no hay norma que lo prohibe y porque, además, cumple con los requisitos del artículo 569 del C. P. P., que textualmente ordena que habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores, por los delitos que tengan una que sea o exceda de cinco años''.

El apoderado especial del procesado Ramiro Gracia Rentería formula contra el fallo recurrido, las causales de casación previstas en los numerales 4º y 1º del artículo 580 del C. de P. P., y con base en ellos formula varios cargos, así:

Primera causal invocada.

Sostiene el actor que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja debe casarse ''por haber sido dictadas en juicio viciado de nulidad atribuible según el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción imputada a mi mandante Ramiro Gracia como abuso de confianza (causal de casación, establecida en el numeral 4º del artículo 580 del C. P. P.)''.

Fundamenta el cargo el fallo recurrido en el hecho de que su cliente fue llamado a juicio, de

acuerdo con el auto de proceder, por el delito de abuso de confianza "mientras que su respectiva conducta investigada y deducida en aquella providencia, podría acaso tipificar un posible ilícito de estafa, contemplado específicamente en el artículo 209 (sic) del Código Penal".

Luego de examinar algunos apartes de las diversas providencias dictadas en el proceso —el auto enjuiciatorio, la sentencia de primera instancia, la confirmación del de proceder, etc., y de analizar algunos conceptos de los tratadistas y jurisprudencias de la Corte sobre los lineamientos del delito de abuso de confianza, concluye:

"Las circunstancias procesales tenidas en cuenta para llamar a juicio a Gracia Rentería en este aspecto, no coinciden en forma alguna con la apuntada jurisprudencia, ni siquiera con las previsiones de la norma sustantiva penal contenida en el artículo 413 del Código de las Sanciones, porque la apropiación por el depositario que allí entrañan de consuno el anterior artículo 412, y el comentado 413 del C. P., se quedaría al por (sic) así expresarlo, bien atrás, de la *enajenación* que parecen suponer, al menos en el grado de complicidad, o en el de tentativa, los considerandos del auto de proceder, según se ha visto, *enajenación* que se halla *específicamente contemplada en el artículo 409 del Código Penal*... que trata *de la estafa*".

Segundo cargo. Dice el actor, al formular el cargo que "la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso, debe casarse, por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de origen supralegal (violación del artículo 26 de la Constitución Nacional), por haberse vulnerado leyes preexistentes a la plenitud de las formas propias de este juicio, al ser corregidos como ocurrió durante las correspondientes audiencias públicas, los cuestionarios primeramente propuestos al jurado".

El cargo, como se advierte, está fundamentado en los mismos presupuestos del indicado por el apoderado de Eduardo Chaverra, y entonces, su examen se hará conjuntamente.

Segunda causal invocada.

La plantea el demandante en los siguientes términos:

"La sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este negocio, debe casarse, por ser violatoria de la ley substancial, por haberse incurrido en ella en interpretación errónea con error de derecho, de la prueba indiciaria esgrimida contra Ramiro Gracia Rentería para condenarlo (C. P. P., artículo 580)".

Sostiene el recurrente, que la sentencia se funda sobre pruebas meramente indiciarias, ya que la prueba directa recogida en el proceso, no compromete en forma alguna a su patrocinado. Que, así mismo, ninguno de los indicios tomados en cuenta en la sentencia tiene el valor de plena prueba que exige la ley (artículo 215 del C. P. P.), para dictar sentencia de condena, por lo que, afirma el censor, se ha violado flagrantemente el artículo 229 y siguientes del Código de Procedimiento Penal en referencia al valor probatorio de los indicios.

Agrega, que Ramiro Gracia confesó, pero bajo especiales circunstancias del artículo 23 del Código Penal "porque no hay contradicción válida en los autos (sic) a que su conducta obedeció a insuperable coacción ajena, y en tal caso, la ley lo exonera de responsabilidad".

Se refiere, más luego a los "indicios de inocencia" que hace consistir en el comportamiento de su cliente frente a las relaciones patrono-laborales con Hernán Gómez, que seguramente Gracia Rentería quería mantener. Que, de otra parte, no hay constancia sobre antecedentes delictivos de su patrocinado, y que si ocultó el suceso de la muerte de su patrón, lo hizo por defensa de su seguridad personal.

Concluye afirmando que ninguna de las pruebas recogidas en la investigación "configura el *indicio necesario* de que, en relación con los crímenes de homicidio y abuso, nos habla el fallo (C. P. P., artículo 230 y conc.)".

Concepto de la Procuraduría.

El señor Procurador Primero Delegado Penal, luego de un juicioso estudio de los cargos formulados a la demanda, concluye su vista solicitando a la Corte "*desechar* las demandas estudiadas y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen".

Consideraciones de la Corte.

La Sala se ocupará, en primer término, del examen de la demanda presentada por el apoderado del sindicado Eduardo Chaverra Sucerquía, y responde a los cargos formulados contra ella, de la siguiente manera:

Primero. *Ha sido doctrina reiterada de la Corte, expuesta en diferentes fallos al analizar el contenido del artículo 26 de la Carta Fundamental, y tal como lo recuerda el señor Procurador, que cuando se alega su violación para hacer emanar de ella la existencia de una nulidad de naturaleza excepcional, es obligación ineludible del*

censor, especificar de manera precisa y concreta la modalidad del quebranto, ubicándolo necesariamente en una de las cuatro garantías que consagra la referida norma constitucional, sin que, por lo mismo, sea aceptable hacer el enunciado de su violación para que la Corte en el fallo, realice la labor de ubicar nítidamente el quebranto de la garantía constitucional que origina la nulidad alegada.

La Corte, en casación de 27 de febrero de 1970, al hacer el análisis del contenido de la norma constitucional, expuso, que, el artículo 26 de la Carta, consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que constituyen las llamadas garantías procesales, *que, por el hecho de que estén incorporadas en una misma norma, no significa su fusión en un principio único de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada. De suerte que es erróneo plantear en bloque esas garantías y montar sobre la supuesta violación de la integridad de su texto, las violaciones imputadas a los jueces en sus fallos.*

El artículo 26, dice la Corte, determina cuatro garantías cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarreará sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que plantea el artículo 27 así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas de juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomar aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas esas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, "se contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional", sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

Finalmente, expresa la Corte, que cuando se invoque la violación del artículo 26 de la Carta, la demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede ser, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

En el caso que se examina, el recurrente se limita a hacer la afirmación de que el juez de derecho cambió los cuestionarios en el curso de la audiencia, y que con ello violó el artículo 533 del C. P. P., "y por ende el artículo 26 de la Carta", en cuanto én ella se garantiza el juzgamiento con la plena observancia de las normas propias de cada juicio, pero, sin que concrete en forma alguna cuál de las garantías constitucionales se vulneró con la conducta atribuida al juez.

Discutible resulta también la tesis de que se pueda estructurar no ya una nulidad constitucional, pero ni siquiera legal. Evidentemente, fue uno de los apoderados, el mismo que posteriormente planteó la tesis de la nulidad legal ante el juez quien en su intervención en la audiencia pública, denunció la forma irregular como se habían propuesto los cuestionarios a los jueces de hecho. Dijo el señor defensor entonces, y de acuerdo con la transcripción que se hizo de las intervenciones en la audiencia pública, lo siguiente:

"Honorables miembros del jurados (sic) de conciencia, con esto entramos a lo principal, yo encuentro que este cuestionario está mal elaborado porque debe preguntarse por cada delito en forma separada. *Me pregunto qué interés tenía Ramiro Gracia para dar muerte a Fabiola Isaza, pero a ustedes los han colacado entre la espada y la pared, yo casi estoy seguro de que esto va a terminar en ceros, dadas las anomalías que hay en este proceso..., etc." (folio 375, cuaderno 11 original) (resalta la Sala).*

Entonces, es incuestionable que la conducta del juez al modificar los cuestionarios no tuvo finalidad distinta de la de ajustarse a las disposiciones que sobre la materia trae el Código de Procedimiento Penal, y concretamente el artículo 537 que ordena la formulación de los cuestionarios en forma separada, tal y como lo quería el defensor para que se garantizaran los derechos

de su patrocinado, y desde luego, los de los demás sindicados.

Ese, y no otro, es el sentido del expreso reconocimiento que en la sentencia hace el juez al explicar las razones por las cuales hizo la corrección de los cuestionarios que no perseguían sino "dividir para cada procesado los cargos imputables y tal cosa se efectuó solamente para cada procesado en sus series y cuestiones respectivamente" (folio 352, cuaderno número 11). Es incuestionable, así mismo, que con esa corrección, en forma alguna se varió la denominación del delito ni menos se hizo más gravosa la situación de los procesados. En el auto de llamamiento a juicio, se dispuso que tanto Eduardo Chaverra como Ramiro Gracia Rentería, debían responder como autores del doble homicidio, y también como autores del delito de abuso de confianza en perjuicio de los intereses del señor Gómez Gálvez. Y eso, precisamente eso, fue lo que se preguntó a los jurados en forma separada tal y como lo manda el artículo 537 citado.

Por lo tanto, el cargo de nulidad aducido en la demanda no tiene fundamento y será desechado.

Segundo. Respecto al segundo cargo, que como se vio, se hace consistir en la existencia de una nulidad constitucional y legal, que se concreta en la falta de firma por parte de algunos de los intervinientes en la audiencia pública, del acta respectiva, el señor Procurador recuerda una decisión de la Corte en la cual se negó la existencia de la nulidad por vicios de esa naturaleza.

Dijo, la Corte entonces, según lo recuerda el colaborador Fiscal, que si la carencia de la firma del secretario no afecta la validez de una sentencia, que es el acto jurisdiccional por excelencia, ya que en ella se declara el derecho, con mayor razón no puede ser nula por tal irregularidad el acta de una diligencia judicial de menor cuantía. Y si la falta de la firma del secretario no es motivo de nulidad por ser una simple "cuestión de constancia", empleando una expresión de Guasp, resulta claro por lógica rigurosa, que no tiene trascendencia la omisión en un acta de las firmas de otras personas que hayan intervenido en la diligencia (apoderado, defensor, jurado, perito, etc.), pues no hay razón justificativa para estimar dichas firmas como presupuesto o condición de la esencia del documento, y así lo sostuvo esta Sala de la Corte en fallo de 2 de septiembre de 1971 y que aquí se reafirma".

No se ve, pues, cómo la imperfección del acto procesal en que consiste la nulidad, que en el caso de autos se hace descansar en la falta de las firmas de unos apoderados, pueda haber incidido en perjuicio de la defensa, y desde luego, de los intereses de quienes fueron sometidos a proceso. Mucho menos resulta aceptable la tesis de la inexistencia del acto procesal en este caso, del acta de audiencia pública, ya que la inexistencia, desde el punto de vista jurídico y no meramente material, significa la permanente y definitiva invalidez del acto para producir los efectos jurídicos que le son propios. Si, entonces, jurídicamente la inexistencia del acto procesal se contrae a la carencia de aquellos requisitos mínimos indispensables que exige la norma tipificadora para su emisión, no se ve cómo, en el caso que se examina, se puede sostener que el acta de audiencia pública, por no llevar la firma de dos apoderados, no reúne los requisitos del artículo 515 del C. de P. P. que es la norma que la ordena, y que, por lo mismo, no se supo, en forma definitiva, qué fue lo que ocurrió en el curso de la misma.

Pero, además, vale la pena recordar que la ley ha previsto expresamente las causales de inexistencia para ciertos actos jurídico-procesales, y para el caso de las actas, en el artículo 162 del C. P. P. manda que la inexistencia solamente puede provenir de la omisión en la indicación de la fecha y del lugar donde se llevó a cabo la diligencia, así como la designación *de las personas que intervinieron en ella, citación que no es precisamente la que se presenta en el caso de autos.*

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Tercero. El tercer cargo, se hace consistir también en la infracción de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta, por "violación del principio de las dos instancias" al fundamentar la sentencia de condena sobre la consideración de unas pruebas que, el Tribunal, al decidir un recurso de alzada, valoró como no suficientes para sostener el auto de detención.

Al contestar el cargo, el Procurador recoge la opinión de un tratadista de derecho procesal quien luego de explicar el principio de los grados de jurisdicción expresa que "el juez en la apelación puede valorar el material probatorio con distinto criterio que el de primera instancia; puede formular un juicio íntegro sobre el asunto, distinto o acorde total o parcialmente con el que se formó el inferior, y aun sucede que llegue a conclusiones idénticas por motivos diversos, siempre que no se alteren los términos del debate...".

Lo anterior es absolutamente exacto, si se tiene en cuenta, además, que en la etapa del sumario no existe cosa juzgada en sentido material y que por lo mismo, las decisiones que en él se tomen por el juez, son eminentemente transitorias o revocables, y, de otra parte, no vinculan al juez, en el sentido en que lo desea el recurrente, de que tenga que sujetarse a las tomadas por el

ad quem. Si existe discrepancia en cuanto a esas decisiones, la misma ley ofrece la oportunidad de impugnarlas a través de los recursos.

En el caso que es objeto de decisión, el fallador de instancia hizo una valoración de la prueba que lo llevó a la plena convicción de que existía base suficiente para dictar auto de vocación a juicio contra Eduardo Chaverra, y con esa determinación ningún agravio causó que pueda plantearse en términos de violación de las garantías procesales reconocidas por la Constitución. Por tanto, el cargo no prospera.

Cuarto. *Causal primera.* El cuarto cargo lo formula el recurrente al amparo de la causal primera del artículo 580 del C. de P. P. y lo plantea, pese a reconocer que la Corte no la acepta.

Además de los reparos de orden técnico advertidos por el señor Procurador, y relativos a la sustentación del cargo habría que agregar simplemente, que ha sido reiterada y uniforme jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte que en los juicios con intervención del jurado no procede el motivo de casación consistente en la violación indirecta de la ley penal sustantiva, es decir, la que se origina en manifiesto error de hecho o de derecho en la apreciación de determinada o determinadas pruebas, porque, entre otras cosas lo ha afirmado la Sala, el jurado de conciencia, al responder a los cuestionarios que contienen el pliego de cargos, lo hace sobre la base de su íntima convicción, sin estar, por lo mismo, sometidos a la tarifa legal de pruebas, ni al deber de explicar a través de una motivación el contenido de su fallo en conciencia. De consiguiente, resulta arbitrario afirmar que el jurado basó su veredicto en tal o cual prueba, o que no tuvo en cuenta esta o aquella prueba, o que incurrió en error de una u otra naturaleza, al apreciar determinado elemento de convicción.

Finalmente, se recoge la misma opinión expresada por esta Sala, en el sentido de que la injusticia notoria del veredicto no está consagrada como motivo de casación en la ley procesal vigente, por lo que, no puede entenderse que la casación genere una especie de tercera instancia que permita hacer una revisión global del tema de decisión.

Por las anteriores razones, el cargo no prospera.

En cuanto a la demanda presentada por el apoderado especial del sindicado Ramiro Gracia Rentería cuya enunciación se hizo antes, se hacen las siguientes consideraciones:

Primer cargo. Causal cuarta. Como se recordará el cargo se hace residir en la supuesta existencia de una nulidad de naturaleza legal consistente en la errónea calificación del delito atribuido a Gracia Rentería, que lo fue por abuso de confianza agravado (artículo 413 C. P.), cuando ha debido ser por el de estafa.

La discrepancia del censor con el fallo recurrido, carece de fundamento, por las siguientes consideraciones generales:

La definición que hace la ley (artículo 409 del C. P.) de una de las modalidades de la estafa, al decir que incurre en ella la persona que enajena como propia una cosa a sabiendas de que... "está embargada o secuestrada", es disposición que, al contrario de lo que opina el censor, debe tenerse como general, si se la refiere a la especial definida en el artículo 413 del mismo estatuto penal. Y, la especialidad de la segunda norma que se aplicó bien en el caso que se examina, nace de la consideración simple de que el abuso de confianza, a diferencia de la figura descrita en el artículo primeramente citado —como modalidad de la estafa— presupone la tenencia de los bienes de que se dispone ilícitamente, con la condición, además, y esto es lo que le da la especialidad a su agravación, de que en la modalidad del abuso de confianza se presenta un abuso calificado ya que el tenedor de los bienes debe ser un tutor, curador, albacea, mandatario o depositario que es la hipótesis que aquí se contempla.

Entonces, en la modalidad atenuada de la estafa (artículo 409 C. P.) basta con que se oculte la situación de que la cosa que se enajena no es propia, o que está sujeta a un gravamen. En esa conducta se encuentra el artificio factor característico de la estafa. En cambio, en el abuso de confianza agravado, no basta con que se haya ocultado esa situación relativa a la ajenidad de la cosa, sino que es necesario, que la tenencia, que es presupuesto necesario para su estructuración, se tenga a un título específico (como tutor, curador o depositario judicial), que es precisamente la razón de la agravante, porque entonces la intensidad del daño moral y material causado con la infracción es mayor, ya que de una parte se ofende al patrimonio material del verdadero titular del derecho de propiedad, y de otro, se atenta contra la confianza depositada no por el tenedor de la cosa, sino directamente *por la autoridad pública*.

La fundamentación del auto de vocación a juicio, en este aspecto se halla respaldada plenamente en las circunstancias de hecho que originaron el ilícito. El Tribunal recoge en su providencia confirmatoria del auto de proceder

estas consideraciones al expresar que "está plenamente comprobado que Luis Eduardo Chaverra, abusando de sus condiciones de secuestre enajenó... la cantidad de ochenta reses (hembras) que sacó de "Pozo Rubio", embarcó en camiones por él contratados..., etc.".

"El abuso de confianza resulta así agravado —continúa el Tribunal— conforme a los artículos 413 del C. P., porque Chaverra lo cometió abusando de sus funciones de depositario judicial, y conforme al 414 ibídem, ya que es elemental que esas ochenta reses valían más de diez mil pesos ($ 10.000.00)". Y en cuanto a la situación de Gracia Rentería, el Tribunal es muy claro al sostener en la providencia en comento, que en cuanto al mayordomo "resulta, igualmente incurso en este delito de abuso de confianza en las mismas en que incurrió Chaverra, ya que ambos, y al unísono, tres días después de la muerte de Hernán Gómez solicitaron... que el Juzgado... les dieran permiso o licencia "para vender el ganado que aún quedaba en 'Pozo Rubio'. Que, como el Juzgado les negó el permiso, sin embargo movilizaron el ganado con destino a la báscula de El Reposo".

En el mismo texto de la providencia se hace un examen exhaustivo del material probatorio que indica, sin la menor duda, la existencia del hecho ilícito imputado y la responsabilidad de los sindicados.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Este se refiere a la corrección de los cuestionarios que ya fue examinado al considerar la demanda presentada por el apoderado de Luis Eduardo Chaverra.

Tercer cargo. Lo fundamenta con base en la causal primera del artículo 580 del C. de P. P. consistente en que el Tribunal incurrió en errónea interpretación, con error de derecho de la prueba indiciaria.

Al fundamentar el cargo, el censor se limita a hacer la afirmación, sin ninguna demostración, de que la sentencia se dictó sin que se hubiera demostrado la existencia del *indicio necesario* que sería la única prueba valedera para fundamentar la sentencia de condena.

Como se ha dicho, el recurrente apenas si se limita a hacer la enunciación del cargo sin demostrar en forma alguna la evidencia del error en que dice consiste la falla del sentenciador de segunda instancia. Apenas si hace referencia a algunas pruebas cuya crítica a su valor probatorio se queda apenas en la opinión del demandante.

Decisión.

Con fundamento en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Eduardo Chaverra Sucerquía y Ramiro Gracia Rentería contra la sentencia de 1º de abril de 1974 del Tribunal Superior de Tunja, de la cual se ha hecho mención en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Víctor Arenas Sandoval, conjuez; *Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

IRA E INTENSO DOLOR

Circunstancias para que se dé el atenuante previsto en el artículo 28 del Código Penal. — No es la ira ni el intenso dolor lo que aminora el delito, sino la causa de esas perturbaciones psíquicas, que ha de ser una grave e injusta provocación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta (30) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 16.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

En fallo de once (11) de julio del año pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a José Antonio Villarreal Tique a la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio.

La sentencia reformó la que dictó el Juzgado Primero Superior del Distrito con fecha 14 de marzo de 1974, en la cual impuso al procesado treinta y dos meses de presidio, pero confirmó las demás disposiciones, a saber: interdicción de derechos y funciones públicas, pérdida de la patria potestad y publicación especial de la condena, además de la orden de pagar los perjuicios causados.

El procesado interpuso casación contra el fallo de segundo grado, recurso que debe decidirse ahora, agotado como está el procedimiento para ello.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron lugar a este proceso los condensa el Juzgado Primero Superior de Neiva, ciñéndose a la realidad procesal, así (folios 58 y 59 del cuaderno 3º):

"En la vereda de San Antonio, jurisdicción del Municipio de Algeciras, vivía José Antonio Villarreal Tique en unión de su esposa Alicia Díaz y un pequeño hijo, matrimonio que para mediados del año 72 completaba tres años de vida conyugal. A partir de tal época parece que dicha unión sufrió resquebrajamientos imputables, según el encausado, a la conducta de Alicia por la intervención en el hogar de Iván Castro Quiza, ocasionándose en todo caso por este u otro móvil la separación de los cónyuges en el mes de julio, volviendo nuevamente Alicia a vivir en su casa materna. Transcurrieron así los días, hasta que en la fecha inicialmente citada (24 de septiembre de 1972) vio Villarreal Tique a su esposa en unión de otra amiga y Castro Quiza en el poblado de Algeciras en las primeras horas de la mañana, procediendo a increparle la compañía con tal individuo, y encontrándose con el mismo, momentos después en el Hotel Central y luego de un brevísimo intercambio de palabras, el encausado lo atacó con arma corto-punzante, causándole varias heridas que obligaron su traslado a esta ciudad, donde falleció en el hospital 'San Miguel', el día 29 en las horas de la tarde".

El Juzgado Primero Superior de Neiva, en providencia de 12 de abril de 1973, llamó a juicio a Villarreal Tique por homicidio voluntario, enjuiciamiento que fue confirmado por el Tribunal Superior en proveído de 10 de noviembre del mismo año.

En la audiencia pública se propuso a la consideración del jurado de conciencia el cuestionario que obra al folio 57 del tercer cuaderno y el tribunal popular respondió en los siguientes términos: "Sí es responsable, pero obró en estado de ira e intenso dolor".

Entendiendo el juzgador de primera instancia que los jueces de hecho le habían reconocido al encausado la circunstancia atenuante del artículo 28 del Código Penal, lo condenó a treinta y dos meses de presidio.

El juzgador de segundo grado, como ya se dijo, modificó la sentencia condenatoria en el sentido de desconocer la atenuante mencionada y de imponer a Villarreal Tique la pena principal de

ocho años de presidio, en consonancia con las previsiones del artículo 362 del Código Penal.

La demanda de casación.

El apoderado especialmente constituido por el procesado para sustentar el recurso invoca contra el fallo las causales segunda y cuarta de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.

El primer motivo de impugnación, fundado en la causal segunda, lo hace consistir el demandante en el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia. Dice así: "El jurado de conciencia que juzgó en audiencia pública al señor José Antonio Villarreal dio el siguiente veredicto: *'sí es culpable, pero obró en estado de ira e intenso dolor'* (folios 56 y 57, cuaderno 3). Por consiguiente, la sentencia impugnada al condenar a Villarreal a la pena principal de ocho (8) años de presidio no está de acuerdo con el veredicto, ya que el juzgado de conciencia, al adicionar su respuesta afirmativa de responsabilidad con la frase 'pero obró en estado de ira e intenso dolor', no condenó por homicidio simple, como erróneamente se le atribuye en dicha sentencia, sino que lo hizo reconociendo la atenuante del artículo 28 del Código Penal.

"Pues bien:

"Si el jurado al dar su enfática respuesta de que el acusado Villarreal era culpable, 'pero obró en estado de ira e intenso dolor', no podía jurídicamente el honorable Tribunal desconocer la atenuante a que se refiere la mencionada frase, o sea la establecida en el artículo 28 del C. de P. P. (sic) y condenar con base en tal desconocimiento".

Aduce el actor, luego de transcribir jurisprudencia de la Corte, que, de acuerdo con el acta de la audiencia pública, el Agente del Ministerio Público reconoció que el encausado obró por celos que produjeron en él "un estado de ira e intenso dolor". Así mismo alega que el defensor "hizo una relación detallada sobre los hechos relatados por Villarreal en orden a establecer la infidelidad de su esposa, concluyendo que se trataba de circunstancias originadas en hechos que indiscutiblemente revelaban la infidelidad de Alicia con Castro Quiza. Observó que los frecuentes encuentros, las condiciones de los mismos, aunada a la circunstancia de que Alicia ya no atendía a su esposo y hasta se negaba a cumplir con las obligaciones en el hogar y por último abandonar a su propio esposo, era motivo suficiente para presumir fundadamente su infidelidad. Que esta presunción repercutía enormemente en el estado psíquico de Villarreal, habida consideración de su personalidad mirada desde un punto de vista de formación primitiva, en un individuo de sanas costumbres, respetuoso del hogar, etc....".

En conclusión, sustenta el demandante que el tribunal popular, al decir expresamente en el veredicto que Villarreal Tique obró "en estado de ira e intenso dolor", reconoció indudablemente la provocación en favor del acusado. Y agrega: "...no es necesario que la gravedad e injusticia de la provocación la defina el jurado de conciencia, porque ello se desprende fatalmente de la naturaleza de los hechos, cuando éstos intrínsecamente son graves e injustos".

En consecuencia, solicita que se case el fallo condenatorio y se condene a Villarreal Tique, pero reconociendo a su favor la atenuante del artículo 28 del C. P.

Causal cuarta.

El segundo motivo de impugnación lo fundamenta el actor en la causal cuarta, porque la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad supralegal y "ésta consiste en la redacción inconstitucional del cuestionario propuesto al jurado de conciencia, con lo cual se violaron los artículos 533 del C. de P. P. y 26 de la Constitución Nacional".

Expresa el demandante:

"Al jurado de conciencia que juzgó a José Antonio Villarreal se le propuso un cuestionario saturado de tecnicismos científicos y médicos, bajo denominación jurídica. Así, por ejemplo, se lee en él, los términos 'vasos ilíacos', 'paro cardio-respiratorio', 'shock hipovolémico', etc., que debieron desconcertar al jurado y a las partes que intervinieron en la audiencia pública. ¿Qué entiende un jurado de conciencia por 'paro cardio-respiratorio' y 'shock hipovolémico'? No consta en el acta de la audiencia pública que los miembros del jurado fueron suficientemente ilustrados sobre tales términos médicos.

"Como José Antonio Villarreal fue condenado en tales condiciones, con un cuestionario lleno de términos científicos, bajo denominación jurídica sin el lleno de las fórmulas propias del juicio, entonces se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional, encaminado a tutelar las garantías que deben darse al procesado en su juzgamiento.

"Queda demostrada la nulidad en el juicio y por tal razón la sentencia del Tribunal Superior de Neiva debe ser casada, debiendo la honorable Corte indicarlo así al Tribunal mencionado".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del libelo y, después de amplio examen del mismo, concluye que no debe invalidarse el fallo censurado. Adelante se aprovecharán ciertos aportes del Ministerio Público para la decisión sobre el asunto *sub júdice.*

Se considera.

Por razones obvias la Corte estudiará en primer término la impugnación basada en la causal cuarta de casación.

Cargo fundado en la causal cuarta.

"En largo y metódico proceso evolutivo la Corte ha elaborado, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, la doctrina de las nulidades de carácter supralegal, cuya razón teleológica reside en la necesidad de preservar en todo juzgamiento un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad, representada por el Estado, y la persona a quien se juzga, a fin de que, desarrollándose el juicio sobre bases de recíproca lealtad, sin incertidumbres ni sorpresas, toda sentencia tenga como desideratum, al desatar la relación jurídico-procesal, ser la expresión de la verdad, porque en el fondo y en último análisis, no se trata solo de condenar o absolver, sino de acertar.

"Sintetizando la referida elaboración jurisprudencial ha expresado la Corte que el artículo 26 de la Constitución consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan estrechamente unidas para instituir las llamadas garantías procesales, que, complementadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Ha explicado también que el artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, con naturaleza, objeto y consecuencias propias, cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta índole, salvo los casos excepcionales previstos por el artículo 27, a saber:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas de juicio, y

d) Aplicación de la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior al acto imputado. Y ha añadido que con apoyo en todas estas previsiones se ejerce el derecho de defensa, al amparo de la tutela constitucional" (C. S. J., sentencia de 20 de junio de 1972).

Mas la misma Corte ha dicho reiteradas veces que cuando se ejerce el derecho de defensa al amparo de la tutela constitucional, la demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede hacer la Corte, supliendo los vacíos del libelo, es efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo, su aceptación solo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico" (C. S. J., casación de 6 de marzo de 1970).

En el caso *sub júdice,* como observa el Procurador, el actor no insinúa siquiera cuál de las garantías del artículo 26 de la Constitución Nacional se desconoció. No expone, por tanto, el concepto de la violación, ni mucho menos la demuestra.

Por otra parte, como apunta el propio Agente del Ministerio Público, el juez de primera instancia se ocupó con toda propiedad en el auto de proceder "del aspecto material del delito y no en forma breve sino extensa, como puede verificarse a folios 122 a 134 del cuaderno número uno. Los jurados de conciencia tuvieron la oportunidad de enterarse a fondo del aspecto objetivo del homicidio porque se les entregó copia de esa pieza procesal y las partes se ocuparon de este elemento del ilícito en la audiencia pública".

Además, no es cierto, según afirma el demandante, que en el cuestionario se haya hecho la denominación jurídica del delito. Basta leerlo para convencerse de que no se hizo tal denominación.

En conclusión, el cargo no prospera.

Cargo fundado en la causal segunda.

El cargo que se formula en la demanda al amparo de la causal segunda ya indicada, consiste en que el fallo impugnado se profirió en des-

acuerdo con el veredicto del jurado, porque desconoció la atenuante del artículo 28 del C. P., reconocida por éste.

Como anota el Procurador luego de analizar de modo cumplido las distintas piezas que integran el expediente, el tribunal popular que conoció esta causa, tuvo ilustración completa y detallada en relación con las circunstancias de justificación y atenuación de la responsabilidad. *A despecho de este conocimiento, apenas se reconoció en favor del acusado el "...estado de ira e intenso dolor". Y al final del acta de la vista pública se lee lo que sigue: "...seguidamente como no se presentaron objeciones de ninguna índole, se terminó la sesión". Y este documento está suscrito por todas las personas que intervinieron en el acto.*

A la simple adición en el veredicto de que el responsable había obrado "en estado de ira e intenso dolor" le asigna el demandante la categoría atenuante consagrada por el artículo 28 del Código Penal, olvidando que —como lo ha expuesto esta Sala en una de sus doctrinas más reiteradas— no es la ira o el dolor lo que aminora el delito, sino la causa de esas perturbaciones psíquicas, que ha de ser una grave e injusta provocación. Sería dable multiplicar las citas de las numerosas oportunidades en que la Corte ha sustentado, de modo uniforme en cuanto al contenido conceptual, el criterio de que el fenómeno jurídico previsto por el referido artículo 28 del Código Penal se desintegra cuando la veredicción pretermite la gravedad y la injusticia, factores indispensables para que la provocación constituya la circunstancia modificadora de la responsabilidad. Es suficiente recordar los pasos que a continuación se transcriben:

"Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado". (Sentencia, 12 de febrero de 1948, LXIV, *169).*

"Cuando el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor psíquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso". (Sentencia, 10 de marzo de 1947, LXII, *784).*

"El veredicto 'sí es responsable de homicidio, en estado de ira', emitido por el jurado en la presente causa, fue correctamente interpretado por el tribunal ad quem, pues el 'estado de ira' solamente morigera la penalidad establecida para la infracción cuando haya sido 'causado por grave e injusta provocación', a términos del artículo 28 del C. P., y para que el juez pueda reconocer en el fallo ese motivo de atenuación, tratándose de un homicidio, es preciso que el jurado haya expresado en su respuesta al cuestionario el conjunto de elementos contemplados en aquella disposición, con las mismas palabras de la ley o con expresiones semejantes y de idéntico contenido, pues la sentencia tiene que ceñirse al veredicto y el fallador no puede, so pretexto de interpretarlo, modificarlo sustancialmente, que es lo que pretende aquí el demandante". (Sentencia de casación del 30 de agosto de 1973).

En consecuencia, esta causal tampoco prospera y, por consiguiente, debe desecharse el recurso con arreglo al artículo 582 del C. de P. P.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva a que expresamente se alude en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 576 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de abril de mi novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 16 de 30 de abril de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público, mediante sentencia del nueve de noviembre de mil novecientos setenta y tres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil condenó a Pablo Emilio Dueñas Barrera a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como autor responsable de la muerte de Pascual León, fallo contra el cual interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del procesado. Cumplido el trámite de rigor legal, la Corte procede a decidirlo.

Antecedentes.

a) En la mañana del veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y dos, cuando Pascual León se dirigía acompañado de su esposa, Elvira Castro, y de su hija, la menor María del Carmen, por un camino selvático, hacia la población boyacense de Tutasá, fue muerto con arma de fuego (escopeta de perdigón) por Pablo Emilio Dueñas, quien lo asechaba en el sitio denominado "El Helechal", cercano al Corregimiento de Cincelada, Municipio de Coromoro (Santander). Culminaba así una acérrima enemistad entre la víctima y los hermanos Dueñas —Pablo Emilio y Noé Antonio—, odio recíproco subrayado en ocasiones anteriores por episodios de violencia;

b) Promovida la investigación correspondiente, el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de San Gil calificó su mérito llamando a responder en juicio a Pablo Emilio Dueñas Barrera por el delito de homicidio, agravado por la asechanza (artículo 363, ordinal 5º, del C. P.), en la persona de Pascual León, providencia que el Tribunal Superior de la ciudad nombrada confirmó en la suya del 26 de enero de 1973.

c) Con ocasión de la audiencia pública el juez de la causa sometió a la consideración del jurado el cuestionario de rigor, en el cual se sintetiza adecuadamente el pliego de cargos formulado en el auto de proceder, cuestionario respecto del cual recayó un veredicto afirmativo de responsabilidad;

d) Acatando la voluntad del tribunal popular, mediante sentencia del catorce de julio de mil novecientos setenta y tres el Juzgado Segundo Superior de San Gil condenó a Pablo Emilio Dueñas Barrera a la pena principal de quince años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio (asesinato) por el cual se le juzgara, fallo que el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó en el que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Para impugnar el fallo recurrido el apoderado especial de Dueñas Barrera invoca, como causal única, la prevista "en el ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P.", pues considera que aquél "aplicó indebidamente los artículos 362 y 363" de la obra citada, por cuanto no tuvo en cuenta los testimonios de Elvira Castro de León y Daniel Dueñas Castro, ni los careos realizados entre éste y aquéllas declarantes. Planteamiento que reitera así:

"Al no estimar estas pruebas, que sin duda habríanle llevado a declarar la contraevidencia del veredicto, el honorable Tribunal del Distrito Judicial de San Gil incurrió en error esencial de hecho al considerar como reunidos los requisitos necesarios para proferir sentencia condenatoria de que habla el artículo 215 del C. de P. P. y aplicar indebidamente a Pablo Emilio Dueñas Barrera los artículos 362 y 363 del C. P.,

cuando no estaba demostrada su responsabilidad penal''.

De nuevo insiste el actor en que el ''error'' alegado es evidente, manifiesto, ''pues basta con leer las precitadas pruebas para concluir sin esfuerzo que ellas quitan todo motivo de credibilidad al testimonio único de María del Carmen León, prueba con la cual se produjo la sentencia condenatoria''.

El libelo carece de petición final.

La representación del Ministerio Público ha estado a cargo de la Procuraduría Primera. En su alegato de respuesta el colaborador echa de menos la necesaria claridad en la formulación de la demanda, tan encarecida por la Corte en doctrina innumerables veces reiterada. Luego recuerda la impertinencia de alegar errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba cuando se trata de juzgamientos realizados con intervención del jurado. Cita, finalmente, el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, aludiendo a su clara preceptiva, conforme a la cual en los referidos procesos la sentencia debe constituir fiel reflejo del veredicto. Tales premisas fundan la postrera solicitud de que se deseche el recurso y se ordene devolver los autos al Tribunal de origen.

La Corte considera:

1. Ciertamente, como lo recuerda el Procurador, son incontables las oportunidades aprovechadas por la Corte para destacar la importancia de cumplir en la demanda de casación con los requisitos exigidos por el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales se halla, con calidad eminente e insoslayable, el de indicar en forma ''clara y precisa'' *los fundamentos de las causales aducidas, lo cual es apenas lógico, sobre todo si se piensa que no constituyendo el recurso de que se trata una tercera instancia, la función jurisdiccional de la Corte está condicionada a los límites que le señale el actor, sin que le sea dable transponerlos de su propio motivo, so pena de desvirtuar la índole técnica de tan exigente medio impugnativo.*

2. Sin embargo, la razón fundamental para desestimar la acusación propuesta por el demandante es que en el presente caso se está en presencia de un juicio en que intervino el jurado, y sabido es que en éstos, como tantas veces se ha dicho, no es pertinente alegar violación indirecta de la ley sustancial, generada por errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, no solo por la libertad —de que gozan los jueces de conciencia para formar su íntima convicción—, sino también porque la declaración de contraevidencia que provendría de tal examen está reservada por modo exclusivo a las instancias, conforme a los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal.

3. Así las cosas, es preciso aplicar el precepto contenido en el artículo 582 del citado estatuto, desechando el recurso y disponiendo devolver el proceso al despacho de origen.

Decisión.

Fundada en las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD — CONCURSO — ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LAS INFRACCIONES — SUS CONCEPTOS

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, mayo dos de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 16 de abril 30 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Con fecha cinco (5) de agosto del año pasado, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo profirió sentencia por medio de la cual condenó al doctor Alfonso Suárez Pineda por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, cometidos durante el desempeño del cargo de Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, a la pena principal de un (1) año de prisión y a multa por valor de cincuenta pesos ($ 50) moneda corriente, así como a las sanciones accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y suspensión de la patria potestad, si las tuviere e igualmente lo condenó al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Así mismo decidió el Tribunal en la mencionada sentencia suspender la ejecución de la pena por un período de prueba de dos (2) años.

De la citada providencia apelaron el defensor del procesado y el apoderado de la parte civil y como se les concediera el recurso, se enviaron los autos a la Corte en donde se dio a la alzada el trámite de rigor, agotado el cual se procede a decidir.

Es de advertir que del presente proceso ya había conocido esta Sala cuando vino en apelación del auto de 26 de octubre de 1971 por medio del cual el Tribunal mencionado sobreseyó definitivamente en favor del doctor Suárez Pineda por el delito de prevaricato y lo llamó a juicio por el de abuso de autoridad.

La Corte, en providencia de 20 de junio de 1972 confirmó el llamamiento a juicio por el último de los ilícitos mencionados y revocó el sobreseimiento referente al otro delito, abriendo, en su lugar, causa por dicha infracción penal.

En la parte motiva del auto últimamente mencionado la Corte hizo un recuento pormenorizado tanto de los cargos formulados contra el sindicado en la denuncia como de las pruebas practicadas en la investigación.

A dicho resumen se remite en la ocasión presente, en gracia de brevedad con la advertencia de que lo que allí se expresó es uno de los fundamentos de la decisión que haya de tomarse en la presente providencia a la cual ha de considerarse incorporada tal relación de pruebas.

De esos elementos de convicción la Sala sacó las conclusiones que se reproducen a continuación en las cuales se resumieron los hechos que en ese momento se consideraron probados y que sirvieron de base de la vocación a juicio ya referida.

Hechos.

"1. Está perfectamente establecida la calidad de funcionario público, en este caso Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, en el sindicado.

"2. Del estudio detenido que la Corte ha hecho del material probatorio que obra en los autos, algunas de cuyas piezas se han transcrito 'in extenso' para mejor fundamentación del fallo, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

"a) En los sucesorios acumulados de Espíritu Santo Pinzón y Jesús Bernal Estepa, el doctor Jesús Bernal Pinzón tenía o tiene doble carácter de albacea con tenencia de bienes y el de heredero;

"b) El Tribunal de Sogamoso, por auto de 8 de junio de 1962, decretó, a petición de los herederos, la terminación de ese albaceazgo, salvo en cuanto a los bienes contenidos en la partición aprobada, dejando por fuera los que eran objeto de un juicio de liquidación de la sociedad de hecho existente entre Angélica Rosas de Moreno y Jesús Bernal Estepa, o sea los ganados que había en el hato Macollá de Guafa, en jurisdicción del

Municipio de Orocué, sobre los cuales continuó el albaceazgo;

"c) El mismo Tribunal, en providencia de 23 de abril de 1969 declaró que Angélica Rosas de Moreno no era parte en los mencionados sucesorios acumulados ni como heredera ni como acreedora hereditaria;

"d) No obstante lo anterior, el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, doctor Alfonso Suárez Pineda, por auto de 10 de febrero de 1970 aceptó la solicitud que el apoderado de dicha señora le hiciera de llamar al señor Jorge Valderrama, quien aparecía en el mencionado juicio sucesorio como secuestre, a rendir cuentas y como no se presentara dentro del plazo que le señalara, lo destituyó, y nombró en su reemplazo a Luis Emilio Pérez Laverde, basándose, según afirmó, en el artículo 1º del Decreto 2265 de 31 de diciembre de 1969. Esta disposición, empero, solo autoriza para excluir a una persona del cuerpo oficial de auxiliares de la justicia;

"e) A petición del secuestre nombrado por él, el Juez Suárez Pineda señaló fecha para la diligencia de entrega de los semovientes que estaban bajo la administración del doctor Bernal Pinzón, principalmente los que había en el hato mencionado y aun los que transitaban por los caminos y los que ya habían sido vendidos por éste. Hay constancia de que varios de estos últimos fueron decomisados con perjuicio para los respectivos compradores;

"f) Con el pretexto de que los jueces de los municipios donde estaban tales ganados no cumplían comisiones o las cumplían tardíamente, el sindicado Suárez Pineda decidió, por auto de 24 de octubre de 1970, practicar él mismo la entrega de dichos semovientes al nuevo secuestre. Agregó que tal cosa le había sido pedida por los interesados;

"g) Pese a que se interpusieron recursos contra esa providencia haciéndole ver que su cumplimiento acarrearía usurpación de jurisdicción, se negó a revocarla;

"h) Tanto para dictar el auto citado como para negar los recursos se basó el juez acusado, según manifestó, en los artículos 472, 144 y 726 del Código Judicial entonces vigente;

"i) En cumplimiento de la citada providencia, el juez Suárez Pineda se trasladó fuera de su jurisdicción, a los Municipios de Yopal, Aguazul y Orocué donde entregó al secuestre Pérez Laverde los ganados que tenían la marca del hato 'Macolla de Guafa';

"j) La entrega que de ellos hizo en el mencionado hato no fue practicada revisando todos los ganados que allá había sino simplemente diciendo que quedaban a cargo del secuestre todos los que llevaban la susodicha marca;

"k) Los gastos de esta diligencia, que no había sido pedida por los herederos ni por parte legítima, fueron cargados a la sucesión, autorizándose al secuestre para hacerlos del producto de la venta de los ganados a su cargo;

"l) No obstante haber recibido el primero de diciembre de 1970 la comunicación del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso en que se le decía que había sido aceptada la recusación propuesta contra él por el doctor Jesús Bernal Pinzón, siguió el sindicado conociendo del proceso, pese a la expresa prohibición contenida en el artículo 147 del Código Judicial entonces en vigencia que dice que 'la jurisdicción se suspende... por recusación desde que el juez o magistrado recibe el aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación".

"Con posterioridad al 1º de diciembre de 1970 dictó, el 2 de ese mes, dos autos y el 4 del mismo mes inició la diligencia de entrega de semovientes, como él la llama, al nuevo secuestre prolongando hasta el 16, pese a que el 5 de ese mismo mes se había declarado probada la recusación, y notificado la providencia respectiva;

"m) En diversas intervenciones y en su indagatoria se refiere en forma insultante al doctor Jesús Bernal Pinzón, de quien dice, entre otras cosas, que apela 'a los métodos a que recurren quienes no tienen nociones de moral profesional', que ha cometido diversos delitos diferentes al de falsas imputaciones formuladas contra el sindicado, que ha cometido el de estafa al enajenar los ganados de la sucesión, que es uno 'de esos abogados que haciendo de la más noble de las profesiones la convierten en el más vil de todos los oficios, se precipitan por los atajos del agravio, la calumnia, la injuria, creyéndose al socaire de toda responsabilidad penal porque aun consideran que la ley se debe aplicar al humilde, ignorante y paciente ciudadano y no para quienes ostentan una aureola de oropel de falsa sabiduría', le llama 'profesor especialista en derechos violados relativos a la administración', afirma que se debe evitar que el denunciante siga 'delictuosamente aprovechándose de ese ganado a la sombra de un secuestre mampara'; que si fuera nombrado Procurador 'estaría moralmente impedido para ejercitar vindicta directamente' y que le parece vergonzosa 'que la silla que honraran Bartolomé Calvo, el Procurador General de la Nación en los días turbulentos de la Confederación Granadina; Clodomiro Ramírez, en

1910; Alvaro Copete Lizarralde hacia el año 51, y Mario Aramburo recientemente, todos ellos paradigmas de virtudes egregias pueda ser ocupada por quien a lo largo de las exposiciones hechas por mí no solo en esta indagatoria sino en informes rendidos al señor investigador, ostente manchas de las cuales deben estar libres quienes ejercen la delicada función fiscalizadora".

"n) En algunas de sus providencias manifiesta el juez sindicado que el objeto de sus actuaciones es hacer efectivos los derechos sacrificados a formulismos legales y, más concretamente, garantizar a Angélica Rosas sus derechos en la sociedad ganadera tantas veces mencionada a fin de que no se esfumen entre la balumba de secuestres y albaceas".

Pruebas aducidas durante el juicio.

En el plenario de la causa se recibieron aportadas por el apoderado de la parte civil, las siguientes pruebas:

a) Copia del auto de febrero 3 de 1972, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso, por medio del cual declaró la nulidad de lo actuado en los juicios de sucesión acumulados de Espíritu Santo Pinzón de Bernal y Jesús Bernal Estepa, desde el 19 de noviembre de 1969 en adelante, así como también la diligencia de entrega de semovientes al nuevo secuestre, en la parte que se llevó a cabo fuera de la jurisdicción del Juzgado;

b) Copia del auto de 21 de marzo de 1972, que dictara el mismo Juzgado para declarar desiertos los recursos interpuestos contra la providencia que se menciona en el aparte anterior.

A petición del defensor del procesado el Tribunal ordenó que se trajeran en copias, entre otros, los siguientes documentos:

a) Testamento del señor Jesús Bernal Estepa;

b) Auto por el cual se reconoce como albacea testamentario en la sucesión de Jesús Bernal Estepa a su hijo, el doctor Jesús Bernal Pinzón, se ordena posesionarlo y se reconocen, así mismo, como interesados en la sucesión de éste, a Ana Josefa y Alejandrina Bernal Pinzón;

c) Diligencia de posesión del albacea;

d) Auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso fechado a 23 de enero de 1957, por el cual concede una prórroga de cuatro meses en el cargo de albacea premencionado;

e) Partida de nacimiento del doctor Jesús Bernal Pinzón;

f) Partida de defunción del señor Jesús Bernal Estepa;

g) Auto del Juzgado que se viene mencionando, dictado el 24 de octubre de 1955 por el cual se declara abierto el juicio de sucesión de la señora Espíritu Santo Pinzón;

h) Auto por el cual dicho Juzgado ordena el secuestro preventivo de los ganados de la fundación "Macolla de Guafa";

i) Diligencia de secuestro de tales ganados;

j) Auto de 25 de noviembre de 1959, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo declara que "Angela Moreno sí tiene, en el caso presente, derechos confundidos con el patrimonio del señor Bernal que es preciso delimitar previamente... y esos derechos le dan a la Rosas pleno derecho para pedir la suspensión de la partición", en consecuencia, de lo cual dispone que se suspenda parcialmente la partición de los ganados que se mencionan;

k) Auto de 20 de abril de 1967, por el cual el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Sogamoso niega la solicitud de llevar a cabo la partición dentro de las sucesiones acumuladas de Jesús Bernal Estepa y Espíritu Santo Pinzón de Bernal;

l) Auto del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fechado a 16 de julio de 1970, por el cual se confirma el de 9 de abril del mismo año, dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso y en el que se dispone no aceptar la terminación y el levantamiento del secuestro de los bienes sucesorales;

ll) Memorial del abogado Juan Bautista Neira, apoderado de Angélica Rosas de Moreno, por el cual solicita al Juez mencionado en el aparte anterior, que ordene al secuestre Jorge Valderrama rendir cuentas comprobadas de su administración;

m) Auto de 19 de noviembre de 1969 en que el Juzgado ordena al secuestre rendir tales cuentas;

n) Auto del Tribunal precitado, de fecha 28 de marzo de 1972, por medio del cual se reforma el de 12 de mayo de 1971, proferido por el Juzgado en mención y en que se prohibía al secuestre disponer de los ganados puestos bajo su custodia ni sacarlos de la sabana. La providencia del Tribunal aclara dicho auto en el sentido de que el secuestre puede enajenar los frutos de los mismos ganados para atender los gastos necesarios al cuidado de los restantes;

ñ) Demanda de parte civil formulada en el presente proceso por el doctor Jesús Bernal Pinzón, recibida en el Juzgado el 30 de noviembre de 1970;

o) Providencia del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso, por medio de la cual se dispone obedecer y cumplir las del Tribunal, fechadas a 6 y 25 de julio de 1971 y en que, además, se declara impedido el Juez doctor Alfonso Suárez Pineda para seguir conociendo de las sucesiones acumuladas en mención.

Por auto de 29 de marzo del año pasado, el Tribunal dispuso allegar a los autos sendas copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas dentro de las diligencias de carácter disciplinario seguidas contra el doctor Alfonso Suárez Pineda.

Tales copias fueron traídas al expediente y de ellas aparece que por sentencia de 28 de septiembre de 1973 el Tribunal, en Sala Disciplinaria, absolvió al doctor Suárez Pineda de los cargos que le fueron formulados por el Procurador Distrital de Santa Rosa de Viterbo y, al mismo tiempo, lo amonestó para prevenirlo de que una nueva falta le acarrearía sanción.

Esta sentencia fue confirmada, sin modificaciones por la Corte en la suya de 6 de diciembre del año que se acaba de mencionar.

Sentencia del Tribunal.

Luego de concretar los cargos tomando como base la providencia de esta Sala que se mencionó al comienzo de la presente, el Tribunal examina separadamente cada uno de ellos, expresando lo que se sintetiza a continuación:

a) Por lo que hace a la acusación consistente en que el ex Juez Alfonso Suárez Pineda había desconocido al doctor Jesús Bernal Pinzón el carácter de albacea con tenencia de bienes en las sucesiones acumuladas, el a quo expresa que aquél no podía tener tal cargo respecto a la sucesión de su madre, Espíritu Santo Pinzón de Bernal, por cuanto el carácter de albacea se confiere por testamento y dicha señora murió intestada y, además, a la fecha de la muerte de su madre, el doctor Bernal Pinzón era menor de edad y no podía discernírsele el cargo por prohibirlo el artículo 1329 del Código Civil.

Agrega que las providencias por medio de las cuales se suspendió la partición de los bienes del causante en relación a los ganados existentes en la "Macolla de Guafa de manera no muy clara conservan al doctor Bernal Pinzón la calidad de albacea", respecto a tales semovientes, falta de claridad que pudo inducir al procesado a creer que los bienes de la sucesión no tenían administrador responsable, motivo por el cual el Tribunal considera que, al actuar de acuerdo con esa creencia, no cometió delito;

b) En relación al cargo de que pese al hecho de que el mismo Tribunal declaró que Angélica Rosas de Moreno no era parte en los sucesorios acumulados de Jesús Bernal Estepa y Espíritu Santo Pinzón de Bernal el procesado aceptó la solicitud que la primera hiciera, por intermedio de apoderado, de pedir cuentas al secuestre de los bienes relictos, el Tribunal expresa que sobre el derecho para que la señora Rosas de Moreno interviniera en las sucesiones se produjeron providencias contradictorias del ahora extinto Tribunal Superior de Sogamoso (20 de abril de 1969), por una parte, negando dicho derecho y del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo (25 de noviembre de 1959) por la otra, en que se le reconocía la facultad de intervenir, lo cual pudo inducir en error al procesado por lo que el a quo considera que tampoco se puede decir que cometiera delito al proceder como se indicó en el cargo estudiado;

c) Con la advertencia de que de este punto en adelante comienzan los actos ilegales del ex Juez Suárez Pineda, el Tribunal estudia el cargo consistente en haber separado de la administración de los bienes sucesorales al secuestre Jorge Valderrama, invocando normas no pertinentes porque solo autorizaban para sacarlo de la lista oficial de auxiliares de la justicia (artículo 12 del Decreto 2265 de 1969).

"Esta decisión, dice el a quo, fue contraria a la ley, perfectamente conocida, puesto que se citó y por lo mismo (sic), a sabiendas de su contradicción legal";

d) En cuanto al cargo de haber practicado el Juez en lugares en que no tenía jurisdicción la diligencia de entrega de bienes al nuevo secuestre designado por él en reemplazo de Valderrama, decisión que tomó y llevó a cabo pese a que se le pidió reposición de la misma, habiéndose basado tanto para dictar el auto correspondiente como para negarse a revocarlo, en disposiciones que no lo autorizaban para proceder de esa manera, a saber: los artículos 472, 144 y 726 del Código Judicial entonces vigente, el Tribunal lo considera, así mismo, demostrado.

Para fundamentar su criterio transcribe apartes de la providencia de la Corte por medio de la cual se llamó a juicio al procesado, así como también otros documentos y concluye diciendo:

"De lo transcrito se infiere que el señor Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso, fuera de su jurisdición, Aguazul y Orocué, estuvo practicando la diligencia de entrega porque, según su misma expresión, no tenía confianza en la rectitud de los funcionarios de los lugares y que la diligencia no se hizo identificando los se-

movientes uno a uno sino diciendo que se entregaban todos los que tuviesen la marca o hierro del hato de Macolla de Guafa. Esto constituye violación flagrante y a sabiendas de la ley sobre división territorial y a las normas que regulan diligencias como éstas'';

e) La acusación consistente en haber cargado a la sucesión los gastos de una diligencia que no había sido pedida por los herederos también la encuentra probada el Tribunal conclusión a que llega luego de transcribir apartes de un memorial del secuestre designado por el Juzgado en que pide autorización para verificar las expensas en cuestión y del auto por medio del cual se le concedió lo que pedía.

''La decisión anterior, afirma el a quo, viola una norma elemental, vigente para la época, esto es, el artículo 462 del C. J.'', que el Tribunal transcribe y según el cual ''cada parte debe pagar los gastos que se causen en las diligencias que solicite y contribuir a prorrata al pago de los gastos comunes;

f) Del mismo modo estima el Tribunal plenamente establecido el cargo de que el procesado procedió a sabiendas de la ilegalidad de su conducta a proferir providencias y a llevar adelante la diligencia de entrega premencionada no obstante habérsele comunicado la recusación presentada contra él por el doctor Jesús Bernal Pinzón, contraviniendo de este modo, lo preceptuado por el artículo 147 del Código Judicial entonces vigente.

Desecha el Tribunal la posibilidad planteada por la defensa de que el procesado hubiera incurrido en el error de estimar que solo perdía la facultad de conocer cuando fuera declarada la recusación ''porque, dice el a quo, la norma no se presta a interpretaciones distintas a su sentido natural y obvio'';

g) Por lo que hace al delito de abuso de autoridad, por el cual también se abrió juicio contra el procesado, doctor Alfonso Suárez Pineda, el Tribunal encuentra que las expresiones que transcribe en las cuales el procesado se refiere, en diversas oportunidades, al doctor Jesús Bernal Pinzón y que el a quo estima fuera de lugar, ''a más de constituir delito, algunas de ellas verdaderamente irónicas, indican en su autor un temperamento verdaderamente irascible, como lo sostienen los tratadistas de psicología''.

Se refiere a continuación el sentenciador, en primer término al elemento imputabilidad, considerando atribuibles al procesado los hechos que se dejan resumidos y, en segundo lugar a la responsabilidad que también estima probada y sobre la cual expresa:

''Todo está indicando que las anteriores decisiones del señor Juez, resultaron violatorias de la ley y se hicieron con conocimiento de su ilegalidad, esto es, a sabiendas, porque para unas las partes le hicieron saber su ilegalidad para lo cual se opusieron a la práctica de la diligencia e interpusieron recursos y para otras se citaron las normas pero se decidió precisamente lo contrario a lo dispuesto en ellas''.

Y más adelante añade:

''Se puede concluir que el funcionario no obró por error en la interpretación de las normas ni por una falsa comprensión de los hechos sino más bien por un deseo incontenible de imponer su voluntad, carente de razón, con el objetivo de practicar personalmente la diligencia de entrega, y para lograrlo, debió obrar en contra de las normas ya expresadas a sabiendas''.

Por estas razones, concluye que el procesado cometió el delito de prevaricato por violación de la norma contenida en el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, así como también el de abuso de autoridad, contemplado en el artículo 171 del mismo ordenamiento, habiendo obrado, en las circunstancias que menciona el artículo 33 del mismo ordenamiento, es decir, en las de un concurso material de delitos.

Pasa luego a examinar el Tribunal el dictamen que sobre el avalúo de los perjuicios causados por la infracción rindió el perito designado por esta entidad y cuyas conclusiones no acepta por considerarlo basado en fundamentos erróneos ya que no tuvo a la vista, para establecer su valor, las veintiún reses que dijo el nuevo secuestre Pérez Laverde había vendido en Bogotá ni dato exacto sobre los gastos de conducción de dicho ganado hasta esta ciudad, ni tampoco estableció las calidades de una res sacrificada en Macolla de Guafa al hacer entrega del ganado a dicho secuestre al igual que imaginó otros gastos realizados en la misma diligencia, así como tampoco mencionó datos ciertos sobre los perjuicios causados al ofendido al inmovilizar el Juez la conducción de ganados provenientes de dicho hato ni, finalmente, dio razones ciertas para avaluar los honorarios de los abogados que intervinieron por parte de la sucesión, consideraciones que llevan al a quo a hacer una condenación en abstracto al pago de perjuicios.

Alegaciones de las partes.

El defensor del procesado, en extenso memorial, solicita que se revoque la sentencia consultada y apelada para que, en su lugar, se absuelva

a su poderdante. Los argumentos que presenta para desvirtuar los cargos que contra aquél se hicieron en el auto vocatorio a juicio, pueden resumirse en la siguiente forma:

a) Al cargo de que el procesado desconoció al doctor Jesús Bernal Pinzón el carácter de albacea con tenencia de bienes replica la defensa diciendo que esa calidad había desaparecido al extinguirse el año que señala la ley para el albaceazgo cuya duración no fija el testador y los cuatro meses de prórroga concedidos por el Juez;

b) Al de haber dado curso a una solicitud que Angélica Rosas de Moreno hiciera por intermedio de su apoderado responde que a aquélla le habían ya reconocido interés jurídico en la sucesión de Jesús Bernal Estepa, varias decisiones judiciales, entre ellas las proferidas por los doctores Jorge A. Martínez, Juez Segundo Civil del Circuito de Sogamoso; Eduardo Supelano Medina, Magistrado del Tribunal Superior del mismo Distrito y por la Sala Civil del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo; esta última providencia fechada a 16 de julio de 1970;

c) En respuesta a la acusación consistente en haber cursado una circular a las autoridades de seguridad rural para impedir el tránsito de los ganados que llevaran la marca del denunciante contesta que el Juzgado Promiscuso del Circuito de Orocué había practicado, en diciembre de 1960 y cumpliendo un auto del Juzgado Segundo del Circuito de Sogamoso proferido cuarenta y seis meses antes, una diligencia de secuestro de dichos semovientes y que, además, en 1961, el Juez Jorge A. Martínez, titular del despacho mencionado en último término, ordenó al secuestre Jorge Valderrama no vender dichas reses, providencia que fue reformada por el Tribunal de Sogamoso en el sentido de que podía disponer de las crías. Posteriormente el Juzgado ordenó al secuestre rendir cuentas. Fue, dice el defensor, la renuencia a cumplir esta orden lo que obligó al Juez acusado a tomar las medidas en que consiste el cargo, para evitar que la ley y la justicia fueran burladas, porque quien vendió el ganado no fue el secuestre sino el doctor Jesús Bernal Pinzón;

d) Por lo que hace al cargo de haberse trasladado fuera de jurisdicción para hacer la entrega del ganado al nuevo secuestre, asevera el defensor que tal conducta se debió a la interpretación que el procesado diera a los artículos 144, 904 y 905 del Código Judicial entonces vigente, lo cual, no constituye prevaricato;

e) Lo mismo afirma del cargo consistente en haber seguido actuando después de notificársele la recusación propuesta por el doctor Bernal Pinzón, pues si bien, expresa el memorialista, incurrió el doctor Suárez Pineda en un error al considerar que mientras no se le separara del conocimiento debía continuar actuando en los sucesorios, lo cometió de buena fe;

f) Por último, respecto a la acusación de haberse referido en términos desobligantes al doctor Bernal Pinzón, manifiesta la defensa que la crudeza o mordacidad de las expresiones de una persona con referencia a otra no son índices seguros para juzgar sus sentimientos.

Por su parte, el propio procesado presentó un escrito en su defensa muchas de cuyas argumentaciones coinciden con las que se dejan resumidas.

En dicho escrito expresa, en síntesis, lo siguiente:

a) Que el albaceazgo conferido al doctor Bernal Pinzón ya no existía por haber cesado más de doce años atrás y que aceptarlo habría sido incurrir en falsedad documental y prevaricato, ya que el juicio de la señora Espíritu Santo Pinzón de Bernal fue intestado y no cabía tal encargo y en el de Jesús Bernal Estepa ese carácter no lo tuvo el denunciante sino por diez y seis meses. Por ello no podía ser oído en el juicio cuando decía actuar como albacea ni podía invocar, para el levantamiento del secuestro, su calidad de heredero;

b) El interés de Angélica Rosas en las sucesiones acumuladas había sido reconocido por varias sentencias, entre ellas la de la Corte en 1961;

c) La remoción del secuestre se basó:

1. En el derecho de Angélica Rosas.

2. En el hecho de que tal remoción se había decretado dos años atrás.

3. En no tener el secuestre Valderrama, en realidad, la administración de los ganados ya que, según él mismo lo dijo, solo era un secuestre simbólico, porque quien manejaba tales bienes era el doctor Jesús Bernal Pinzón.

4. Haberse negado Valderrama a rendir cuentas, burlando en esta forma a la justicia.

5. A existir petición de parte interesada, a saber, Angélica Rosas de Moreno.

d) Por lo que hace a los gastos de la diligencia de entrega de los semovientes al nuevo secuestre, afirma el procesado, en primer término, que la señora Rosas de Moreno tenía interés económico en el juicio y, en segundo lugar, que el Tribunal había permitido al secuestre hacer los gastos para conservación y seguridad de los ganados y no teniendo Angélica Rosas con qué sufragarlos no se cometió ningún abuso al ordenar

que se sacaran del producto de los mismos ganados;

e) Respecto al hecho de llevar a cabo personalmente dicha diligencia dice que, como Juez del conocimiento, tenía competencia exclusiva en esta clase de juicio sucesorio y que, además, lo dispuso así para evitar que sobre otros jueces se ejercieran influencias por parte del doctor Bernal Pinzón, quien ya había intentado ejercerlas sobre el propio sindicado y sobre el Tribunal;

f) En cuanto a la orden dirigida a las autoridades de policía de retener ganados provenientes de Macolla de Guafa, expresa que lo hizo para evitar un acto ilícito a saber, la disposición de ganados secuestrados ya que al secuestre se le había prohibido enajenar esas reses pero de las cuales dispuso quien se decía albacea testamentario aun cuando no lo era, y

g) Por lo que respecta a la actuación suya después de notificársele la recusación del doctor Bernal Pinzón dice que éste no tenía derecho a recusarlo porque no era albacea.

Termina solicitando que se revoque la sentencia y que, en su lugar, se lo absuelva de todos los cargos.

El apoderado de la parte civil también formula alegato para sustentar la apelación. Dice, en síntesis, que hay en la sentencia un error en cuanto a la graduación de la pena porque el a quo no dio aplicación al artículo 33 del C. P., ya que se limitó a imponer un año de prisión, mínimo señalado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963 para el prevaricato, que es el ilícito más grave lo cual equivale a absolver por el de abuso de autoridad, ya que por éste no impuso pena alguna.

Agrega que tampoco tuvo en cuenta, al fijar la sanción, las demás circunstancias mencionadas por el artículo 37 del C. P., como son las modalidades de la infracción, los móviles de la conducta, el haber perjudicado a más de una persona, la posición distinguida del agente, etc., consideradas por dicha disposición como agravantes de la pena.

Ataca la concesión de la libertad condicional al procesado no solo porque estima que éste es indigno de ese beneficio sino porque no se le fijó término para indemnizar los perjuicios.

A este propósito se pregunta por qué no se condenó en concreto al pago de los daños siendo así, dice, que éstos fueron avaluados en el proceso sin que exista, en su concepto, razón jurídica para que no se hubiera tenido en cuenta ese avalúo.

Concluye solicitando que, con las modificaciones mencionadas confirme la sentencia.

Concepto de la Procuraduría.

Después de transcribir la parte resolutiva del auto de proceder y de sintetizar los puntos principales de la denuncia, el Procurador Primero Delegado Penal, quien lleva la voz del Ministerio Público en la presente instancia, se refiere, por separado, a cada uno de los cargos que se hicieron al procesado en aquella providencia y lo hace en la forma que se resume a continuación:

a) Considera que la acusación por abuso de autoridad se encuentra plenamente probada y para sustentar su afirmación transcribe varios apartes de autos proferidos por el procesado en que alude al doctor Bernal Pinzón;

b) En cuanto al delito de prevaricato, se refiere, en primer término, a la separación del primitivo secuestre Jorge Valderrama que considera un acto indebido por cuanto la disposición legal citada por el Juez acusado para sustentarlo solo permitía que el secuestre fuera excluido de la lista de auxiliares de la justicia, pero no que se le separara del cargo;

c) De igual manera estima ilícita la decisión del Juez de practicar personalmente la entrega de los semovientes al nuevo secuestre, ya que las normas citadas para fundamentarla no lo autorizaban para invadir jurisdicción ajena;

d) Otro tanto asevera de la autorización dada a dicho secuestre de verificar los gastos necesarios para la administración y seguridad del ganado objeto del secuestro y de la de hacer por cuenta de la sucesión los de la entrega ya que, dice, el artículo 562 del Código Judicial anterior ordenaba que cada parte debía pagar los suyos y contribuir a los comunes;

e) Y en relación a las actuaciones del procesado con posterioridad a la recusación dice que aquél, sin tener autoridad, dictó los autos de 2 y 4 de diciembre, inició la entrega del ganado y continuó actuando hasta el 16 de dicho mes a pesar de que desde el 15 se declaró probada tal recusación.

Todos estos actos los estima ejecutados por el procesado a sabiendas de su ilegalidad por lo cual considera demostrado que cometió el delito de prevaricato.

Termina diciendo que las probanzas aportadas durante el plenario de la causa no desvirtúan los cargos deducidos en el auto de proceder y "apenas si podrían ellas controvertir la creencia que se tuvo de que el doctor Bernal Pinzón continuó siendo albacea con posterioridad a la prórroga de cuatro meses que el Juez le concedió para su cometido, pero tal situación en modo alguno le quitó su calidad de heredero y en esa

calidad no hay duda que sufrió perjuicio en sus intereses''.

Con base en esos razonamientos pide que se confirme la providencia apelada.

Consideraciones de la Corte.

1. La calidad de Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso en el procesado, para la época de los hechos, está debidamente establecida.

2. Los hechos en que se basaron los cargos atrás resumidos, no ofrecen duda por cuanto consistieron en actuaciones del Juez acusado que obran en el expediente contentivo de los juicios acumulados de sucesión de Espíritusanto Pinzón de Bernal y Jesús Bernal Estepa. Las providencias en cuestión fueron traídas a los autos así como otras relacionadas con ellas. Además, a dichos juicios se practicó una minuciosa y extensa inspección judicial en que se reseñaron las principales piezas que componen el expediente.

La Sala considera innecesario volver a hacer el recuento de las providencias en que se fundamentó el llamamiento a juicio por cuanto a continuación habrá de referirse a ellas al hacer el examen de las alegaciones presentadas tanto por el propio procesado como por su defensor y por el Ministerio Público en la presente instancia y de las cuales se deja hecho un resumen en la parte pertinente de esta providencia.

Sobre tal examen y comoquiera que, según se advirtió, la mayor parte de los razonamientos del procesado y de la defensa coinciden, se estudiarán conjuntamente tales aspectos.

Así mismo se tomarán en cuenta los argumentos de la Procuraduría en referencia a cada uno de los cargos que se pasa a estudiar en la siguiente forma:

Primer cargo. El desconocimiento por parte del procesado del carácter de albacea que tenía el doctor Jesús Bernal Pinzón.

Se argumenta en favor de aquél que la calidad de albacea la había perdido el doctor Bernal Pinzón por ministerio de la ley al cumplirse el año que ésta fija para su ejercicio cuando no le ha sido señalado término por el testador y los cuatro meses de prórroga que le concedió el Juez al albacea.

Sobre el particular es de advertir, en primer término, que no basta el cumplimiento de los términos para que cese el albaceazgo sino que es necesario se dicte una providencia que así lo disponga.

Esto fue lo que hizo el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso en auto de fecha 8 de junio de 1962 en que se decretó la terminación de las funciones de albacea por parte del doctor Bernal Pinzón ''en cuanto hace relación a los bienes contenidos en la partición aprobada'' (folio 61, cuaderno principal del proceso). O sea que se trataba solo de una terminación parcial del albaceazgo y claramente se estaba dejando al mencionado profesional en ejercicio del cargo de albacea respecto a los bienes no contenidos en dicha partición sin que, con posterioridad a esa providencia se dictara otra en que le relevara totalmente de tal carácter.

Es decir, que sí lo tenía cuando el procesado dictó el auto de 12 de noviembre de 1970 en el cual dijo que el doctor Bernal Pinzón ''fue removido o relevado de sus funciones por decisión judicial de fecha 8 de junio de 1962 por lo cual sería ilógico, contrario a la seriedad que merecen las decisiones judiciales en firme, reconocer una calidad que ya no tiene el mencionado doctor Bernal Pinzón'' (folio 111 del cuaderno principal), afirmaciones que contradicen abiertamente lo dicho en el auto que en ellas se mencionan y en el cual, como acaba de verse, solo en forma parcial se relevó al doctor Bernal Pinzón del carácter de albacea.

En consecuencia, se concluye que el cargo estudiado sigue en pie, esto es que el procesado desconoció al doctor Bernal Pinzón el carácter de albacea que ostentaba y, que lo hizo citando una providencia en que aparece claramente que seguía teniéndolo si bien no sobre todos los bienes que se le habían confiado sino sobre una parte de ellos; los no comprendidos en la partición aprobada.

Segundo cargo. Haber dado curso a las solicitudes presentadas por Angélica Rosas de Moreno, quien no era parte en los juicios acumulados de sucesión.

Sostienen la defensa y el propio procesado que esta señora tenía interés en el juicio y que así había sido reconocido en varias decisiones judiciales.

El Tribunal, por su parte, acepta que hubo providencias contradictorias del Tribunal de Sogamoso, por una parte y del de Santa Rosa de Viterbo, por la otra, sobre el particular; pues mientras aquél le negó (20 de abril de 1969) tal derecho, el segundo se lo había reconocido (25 de noviembre de 1959) lo que pudo inducir en error al procesado.

Sobre el particular es de advertir que en el auto de 19 de noviembre de 1969, que fue el primero en que el procesado se pronunció sobre el derecho de la señora de Moreno y en que decidió, a petición del apoderado de ella, exigir al secuestre Jorge Valderrama rendición de cuentas, no menciona, como fundamento de su decisión, nin-

guna providencia anterior del Juzgado ni de los Tribunales que habían intervenido hasta entonces en el juicio sino que se limitó a decir que la tomaba "obedeciendo elementales principios de derecho que establecen como obligación ineludible para todo el que administra bienes ajenos la de rendir cuentas de su gestión, de acuerdo en preceptos sustantivos del Código Civil..." (folio 105, cuaderno principal.

No es cierto, en consecuencia, como lo afirma el a quo, que el procesado hubiera incurrido en error por causa de las decisiones antagónicas de los Tribunales mencionados.

Lo mismo cabe observar del auto de 12 de noviembre de 1970 ya mencionado en que se insiste sobre la facultad de una persona para solicitar medidas preventivas a quien administre los bienes de una sucesión en la cual tiene derechos y se cita como fundamento de tal afirmación lo dispuesto por el artículo 905 del Código Judicial, entonces vigente que se refiere, en forma exclusiva, a los acreedores hereditarios y testamentarios, calidad que en ningún caso tenía la señora Rosas de Moreno.

De lo anterior aparece que no hubo tal error causado por providencias anteriores sino que el procesado tomó las determinaciones en cuestión con base en su propio criterio y mencionando normas cuyo claro tenor impedía fueran aplicadas al caso.

Tercer cargo. Haber separado, por auto de 17 de febrero de 1970, al secuestre Jorge Valderrama de sus funciones de secuestre para nombrar, en su lugar, a Luis Emilio Pérez Laverde, invocando como fundamento en derecho de esa decisión el Decreto 2265 de 31 de diciembre de 1969 que solo permite excluir a una persona del cuerpo oficial de peritos.

Ni el defensor ni el procesado intentan siquiera una explicación de este hecho. Ambos tratan de justificar la referida conducta aduciendo argumentos que no se relacionan directamente con ella sino que se refieren al derecho que tenía Angélica Rosas de Moreno para pedir el cambio de secuestre, y a la renuencia, según afirman, del anterior a rendir cuentas.

El Juez procesado mencionó, además, como fundamento de su decisión de remover al secuestre que tal era la consecuencia de desobedecer la orden que el Tribunal le había dado de rendir cuentas, lo cual no era cierto, pues éste se había limitado a ordenarle que depositara los saldos, que fue lo que decidió en providencia de 6 de julio de 1971 en que además se refiere a la actuación del Juzgado calificando de irregular la orden del Juez (folio 71, cuaderno parte civil).

Ninguno de los argumentos logran, por lo tanto, desvirtuar el hecho protuberante de que se dictó una resolución ilegal, no solo por haberse basado en una disposición inaplicable al caso sino porque para separar al secuestre no se observó el procedimiento señalado por la ley, esto es, no se tramitó una articulación como lo disponía el artículo 289 del Código Judicial entonces vigente, aplicable por mandato del artículo 903, ibídem, sino que se ordenó de plano, como si lo hubieran pedido todas las partes, lo cual no era verdad.

Cuarto cargo. Haber invadido jurisdicción al practicar la diligencia de entrega de los ganados al nuevo secuestre.

El defensor alega que se obró así por parte del procesado a causa de una errónea interpretación que éste dio a los artículos 144, 904 y 905 del Código Judicial anterior. Aquél, por su parte, insiste en que podía hacer tal cosa porque tenía competencia exclusiva en esta clase de juicios sucesorios para llevar a cabo tal actuación. No intenta, siquiera, explicar su afirmación ni, mucho menos, cita las normas legales en que la fundamenta. Agrega, en cambio, un motivo de mera conveniencia para actuar en la forma dicha, a saber que de no haber procedido así, el doctor Bernal Pinzón hubiera ejercido influencia sobre los jueces comisionados, como ya lo había hecho respecto a otros y aun en relación con el mismo Tribunal.

Como se ve, se trata de algo más que de un simple error de interpretación de normas legales. El texto de éstas es tan claro que resulta inconcebible que un funcionario de tan larga trayectoria como el doctor Suárez Pineda pudiera ignorar su verdadero significado y su adecuada aplicación tratándose de reglas elementales sobre jurisdicción y competencia.

Quinto cargo. Haber ordenado hacer los gastos de la diligencia de entrega de semovientes al nuevo secuestre, tomándolos de bienes de la sucesión siendo así que la diligencia había sido pedida por una de las partes, con lo cual se contravino lo dispuesto por el artículo 452 del Código Judicial entonces vigente en donde dice que la parte que solicita la diligencia debe pagar los gastos de ella.

Esta acusación no ha sido desvirtuada en el plenario ni a ella se refieren los alegatos del procesado y su defensor, lo que quiere decir que sigue en pie con el respaldo probatorio que le da el acta misma de la referida diligencia.

Sexto cargo. Haber seguido actuando en los sucesorios acumulados después de notificársele la recusación propuesta por el doctor Jesús Bernal Pinzón.

El argumento que el procesado expone de que éste no tenía derecho a recusarlo porque no era albacea, resulta inaceptable no solo por cuanto, según se deja visto, sí conservaba ese carácter sino porque, además, siendo parte en el proceso en su calidad de heredero, tenía el derecho de recursar al Juez con base en lo dispuesto por el artículo 440 del Código Judicial anterior.

En cuanto a la explicación que, por su parte, da el defensor en el sentido de que se trató de un error cometido de buena fe tampoco puede acogerse porque el texto de la Ley (artículo 147, numeral 2º C. J.), es suficientemente claro en el sentido de que la jurisdicción se suspende desde que se recibe aviso oficial de haber sido admitida la recusación y el procesado no podía ignorar tal disposición habida cuenta de su experiencia en el ejercicio de la judicatura.

Séptimo cargo. En el auto de proceder, al llamar a juicio también por el delito de abuso de autoridad, se hizo consistir este ilícito en las expresiones dirigidas por el procesado al doctor Bernal Pinzón.

La defensa asevera que la crudeza o mordacidad en la forma como una persona se refiere a otra no es índice seguro para juzgar sus sentimientos.

La Sala estima que sin bases distintas a las que obran en el proceso y que permiten atribuir las expresiones del procesado a un móvil diferente al que ellas, por sí mismas, señalan, no es posible aceptar la explicación del defensor.

Pero aun cuando así fuera, no resulta admisible que un juez se dirija a una de las partes en forma airada o irónica o insultante ya que, al hacerlo así, está abusando de sus funciones.

No es el sentimiento que impulsa el ánimo a expresarse en esa forma lo que cuenta sino el abuso de la función en cuanto se ejercita más allá de sus límites naturales con daño o detrimento de las personas, lo que constituye el delito que se acaba de mencionar.

Las expresiones lesivas de la dignidad de las personas están vedadas a los funcionarios no importa que se exterioricen con fines altruistas o al impulso de un sentimiento de animadversión. En ningún caso puede aquél causar un daño por exceso en el ejercicio de sus funciones.

Elemento objetivo de las conductas juzgadas.

Brevemente se refiere la Sala a la exterioridad de ellas para reafirmar lo que ya tiene dicho de que no hay duda sobre la imputación al procesado de los hechos en que se concretan los cargos arriba examinados, y cuya ejecución ha sido, además, aceptada por él.

Así mismo se puede tener como establecido que tales conductas se hallan relacionadas en la forma que contempla el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que constituyen un concurso material entre el delito de prevaricato y el de abuso de autoridad.

Elemento subjetivo de la acción.

En relación a las conductas que la Sala calificó de prevaricato es del caso reiterar lo que se dijo en el auto de proceder y que no fue desvirtuado durante el juicio, a saber, que el procesado actuó a sabiendas de que estaba procediendo contra la ley al tomar sus determinaciones.

Ya se vio cómo la defensa y el propio procesado se basan, para pedir la revocatoria de la sentencia, por una parte en la pretendida legalidad de los actos y, por la otra, en el error de buena fe.

Sobre lo primero, esto es, sobre la sujeción a la ley de las decisiones tomadas por el procesado ya se dejó expuesto que no es cierto se ciñan a ellas las determinaciones del ex-juez acusado.

Y en cuanto al aspecto de si la ilegalidad de sus actos era conocida por aquél, la Sala, a más de los argumentos expuestos en el auto de proceder y que da por reproducidos en la presente sentencia, considera de primordial importancia destacar el hecho de que no se trata, en el caso de autos, de una sola providencia ilegal sino de nueve, a saber: autos de 19 de noviembre de 1969, 10 y 17 de febrero, 25 de septiembre, 24 de octubre (dos providencias), 12 de noviembre, 2 y 4 de diciembre de 1970.

Todas estas providencias tienen en común el ser contrarias a los intereses del denunciante. Muchas de ellas contienen, además, expresiones lesivas de la dignidad de dicha persona que fue lo que dio base para llamar a juicio al procesado por el delito de abuso de autoridad.

No es, por lo tanto, aventurado concluir que las anima un mismo sentimiento que esta Sala, en el auto de proceder, calificó de antipatía hacia el profesional que se acaba de mencionar, calificativo que tanto el defensor como el propio procesado rechazaron afirmando que este último era incapaz de albergar tal clase de estados afectivos.

El Tribunal, por su parte, tampoco pudo sustraerse a la consideración de que, detrás de las decisiones del Juez acusado, había un móvil personal y es así como, según se lee en los apartes de la sentencia que en su oportunidad se transcribieron, afirma que el procesado tiene un tem-

peramento irascible y que tomó sus decisiones, no obstante saberlas ilegales, "por un deseo incontenible de imponer su voluntad, carente de razón".

La Sala está en un todo de acuerdo con el a quo sobre este particular sin que descarte la presencia de un sentimiento de antipatía hacia el denunciante ya que, lejos de repelerse, la prepotencia y la animadversión hacia la víctima son estados afectivos que se complementan.

Es claro que, como se expuso en el auto de vocación a juicio, no es necesario para que se configuren el dolo del prevaricato comisivo y del abuso de autoridad, tomar en cuenta los móviles que impulsaron al agente.

Basta para que exista el elemento subjetivo de esos delitos, el conocimiento de obrar contra derecho, esto es, la conciencia de que la conducta viola normas del régimen jurídico general no obstante lo cual se quiera obrar y se llevan a cabo los actos o las omisiones tipificadas por la ley como delitos.

En el prevaricato comisivo como también se dijo en la mencionada providencia, el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo se ha enfatizado por nuestro legislador con una exigencia que hace parte del tipo del delito pero que tiene naturaleza puramente psicológica, a saber, el llamado "elemento a sabiendas".

En este factor concurren o se cruzan, para determinados delitos, como el citado, los dos planos, objetivo y subjetivo, del ilícito. Y en cuanto al acto cognoscitivo lleva casi siempre en sí, íntimamente ligado, un elemento afectivo, puede añadirse que; el "a sabiendas" se prueba a menudo por la presencia de sentimientos que han impulsado al agente a obrar contra derecho.

Tal es lo que sucede en el caso de autos en el que la existencia de los móviles, a saber, los sentimientos de antipatía, y animadversión hacia el denunciante y el de prepotencia, entendida como pretensión de hacer valer las propias razones, corrobora la del elemento psíquico contemplado por la ley como componente del tipo del delito de prevaricato tal como lo describe el inciso primero del artículo 2º del Decreto 2525 de 1963.

Otro tanto puede decirse del de abuso de autoridad puesto que en la forma de este ilítico prevista por el artículo 171 del Código Penal que fue la imputada al procesado, el dolo, que es de los llamados genéricos, comprende el conocimiento de la ilicitud de la conducta, esto es, la conciencia de que se está ejecutando un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, conocimiento que implica, desde luego, el de que la actuación u omisión es contraria a la ley.

Ese conocimiento de la ilicitud del comportamiento mana de las consideraciones que se dejan expuestas, o sea que también el elemento subjetivo de este delito aparece plenamente demostrado de autos.

Las sanciones.

El Tribunal le impuso al procesado, como se dijo en su oportunidad, la pena principal de un año de prisión. Además, lo condenó a privación del empleo y a multa de cincuenta pesos.

La parte civil ha objetado la cuantía de la primera de las sanciones mencionadas, esto es, la de prisión, alegando que no se tuvieron en cuenta las circunstancias de mayor peligrosidad consistentes en los motivos innobles o fútiles que dice guiaron al procesado, al haber perjudicado y no por mero accidente, a más de una persona y la posición distinguida que aquél ocupaba en el momento de los hechos, o sea su condición de juez.

Sobre el particular es preciso advertir que por cuanto, según se vio, el móvil fue tomado en cuenta como un elemento propio de la conducta, apreciarlo nuevamente para agravar la pena a título de circunstancia de mayor peligrosidad, sería sancionar dos veces el mismo hecho, violando así el principio "non bis in idem".

Otro tanto puede decirse de la posición destacada del procesado en la sociedad, pues ella fue considerada al sancionársele por delitos que, como se deja expresado, solo pueden cometer los funcionarios públicos y respecto a los cuales el legislador, al conminar la pena, tomó en cuenta ese elemento para tratar a los sujetos activos con mayor rigor, precisamente por el lugar prominente que ocupen en la sociedad.

Finalmente por lo que hace a la pluralidad de perjuicios, la circunstancia decimotercera del artículo 37 del Código Penal solo se presenta cuando el agente del ilícito se propone dañar a varias personas, intencionalidad de la conducta que demuestra su índole peligrosa.

Ese no es el caso de autos ya que la motivación de los actos, según se deja visto, no demuestra que el actor se dirigía a causar un mayor perjuicio.

Se concluye que el Tribunal hizo bien al considerar que no concurrían en el presente caso circunstancias de mayor peligrosidad y que por lo tanto, correspondía imponer el mínimo de la sanción fijada.

Respecto a la otra glosa que hace el apoderado de la parte civil a la sentencia en este aspecto de la cuantía de la pena, a saber, que solo se tuvo

en consideración el delito de prevaricato para sancionarlo, mas no el de abuso de autoridad, puesto que la pena impuesta solo cobija al primero ya que se limitó la sanción corporal al mínimo fijado por el artículo 2º del Decreto 2525 de 1963, a saber, un año de prisión, cuando, en su concepto, debió aumentarse al tenor de lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal, basta considerar que la sanción conminada por el artículo 171 del Código Penal para el abuso de autoridad, no es de carácter corporal sino que consiste en privación del empleo y multa de diez a quinientos pesos.

Mal podía, en consecuencia, el Tribunal aumentar la sanción corporal para aplicarla a un delito que no contempla esa pena. O sea que lo que correspondía hacer fue lo que realizó el a quo, a saber, condenar a prisión y, además, a la pérdida del empleo y a multa con lo cual quedaban satisfechas las prescripciones del citado artículo 33 del Código Penal.

Se concluye, en consecuencia, que las sanciones impuestas por el a quo fueron adecuadamente escogidas en cuanto a su naturaleza y fijadas correctamente por lo que hace a su cantidad.

Condenación al pago de perjuicios.

El Tribunal examinó minuciosamente el dictamen del perito sobre la naturaleza y cuantía de los perjuicios para concluir, como se vio, rechazándolo por carecer de bases atendibles y decidió, en consecuencia, condenar en abstracto al pago de los mismos.

La Sala luego de una detenida lectura del dicho dictamen, considera acertada la decisión del a quo por cuanto, en verdad, no es aceptable que el procesado indemnice por ganados vendidos por el secuestre, que, si bien fue nombrado por aquél, debe responder personalmente por sus actos en la administración de los semovientes puestos bajo su cuidado.

Por lo que hace a los perjuicios causados con la orden de inmovilizar los ganados, no existen en el proceso completos elementos de juicio para establecerlos.

Otro tanto puede decirse de los honorarios de los abogados del denunciante ya que no obran en los actos las correspondientes cuentas de cobro ni otros datos seguros para deducir la cuantía de sus emolumentos.

Conclusión.

De las razones que se dejan expuestas se concluye que es acertada la decisión del Tribunal y que, por lo tanto, debe confirmarse.

Fallo.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada y apelada.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la *Gaceta*.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Lisandro Martínez Zúñiga (Conjuez), *Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como la casación es un raciocinio jurídico.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo siete (7) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 17 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de revisión propuesto contra el juicio seguido contra Luis Francisco Pineda Pineda ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Superior —Sala de Decisión Penal— de la misma ciudad, por concusión.

Al informativo fueron traídas las copias de los fallos de primera y de segunda instancia. Así mismo obra el proceso aludido y el diligenciamiento adelantado para resolver el recurso de casación, igualmente interpuesto por el citado Pineda Pineda, el que fue desechado.

Hechos.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al acoger el resumen que de lo ocurrido hace la Fiscalía del Tribunal, los reseña así:

"De lo actuado se desprende que según auto emanado de la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de esta ciudad, el doctor Luis Abel Paredes Castro, en su carácter de Investigador Tributario III-24, fue comisionado para practicar una visita a la firma 'Segundo Cristancho & Cía., Limitada', sobre los impuestos de ventas y libros de contabilidad. Fue así como el día 18 de julio de 1972, en cumplimiento de la misión que se le había encomendado, el doctor Paredes Castro se trasladó a las dependencias de la mencionada empresa 'en compañía del señor Luis Francisco Pineda, quien —según sus propias palabras— se encontraba en esta ciudad desde mediados del mes citado en asesoramiento de la Sección de Auditoría de esta Administración y supervisión de los investigadores que practican inspecciones de libros en esta ciudad'. Desde el primer día los visitadores, o más exactamente, el Investigador Tributario Paredes Castro y el Supervisor Pineda advirtieron en los libros de la firma visitada dos irregularidades, consistentes, la primera, en que el libro de inventarios no se encontraba al día y, la segunda, en que el balance correspondiente al año de 1970 se había hecho en el libro de 1971. La visita continuó su curso normal, siendo de advertirse que el señor Pineda concurría a ratos al almacén del señor Segundo Cristancho y después de conversar animadamente con la señora de éste, doña Lola de Cristancho, pasaba a donde el investigador a revisar el trabajo que éste estaba realizando. Así se llegó el día 27 de julio, fecha en la cual el señor Luis Francisco Pineda le manifestó al señor Hernando Cristancho Guevara, directivo de la firma ya mencionada, que las irregularidades halladas en los libros de contabilidad podrían acarrearle a la empresa una multa, que podría ascender hasta un millón de pesos, agregándole que si quería cerciorarse sobre tal eventualidad, bien podía consultarlo con cualquier asesor contable. En vista de lo anterior, el señor Hernando Cristancho se puso de inmediato en comunicación telefónica con el doctor Raúl Giorgi Castillo, poniéndole al tanto de la amenaza que acababa de hacerle el señor Pineda Pineda. En nueva charla sostenida la misma tarde del jueves veintisiete entre Chistancho y Pineda, éste le manifestó a aquél que lo de la multa 'podría arreglarse amigablemente' y fue así como esa noche, en virtud de cita previamente concertada, Cristancho recogió en el hotel a Pineda, yendo a parar juntos los dos a la discoteca 'Scorpios'. En este lugar, Pineda le pidió a Cristancho la suma de cincuenta mil pesos, bajo la promesa

de que él arreglaría convenientemente el informe que tendría que pasar a la Administración de Impuestos. Cristancho le contestó, entonces, que nada podía decidir hasta no consultar con su padre. Al día siguiente, por la mañana, Cristancho llamó nuevamente al señor Giorgi Castillo, Administrador de Impuestos Nacionales de esta ciudad, para informarle sobre la propuesta concreta que le había hecho Pineda la noche anterior. Enterado de estas ocurrencias el doctor Jorge Silva Poveda, abogado Inspector de la División de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien se hallaba a la sazón en esta ciudad, en compañía de su colega, doctor Jaime Durán Rojas, precisamente adelantando ciertas investigaciones administrativas necesarias para calificar la conducta de los empleados de la Dirección General de Impuestos Nacionales en el país y teniendo ya fundadas sospechas contra la honestidad de Luis Francisco Pineda en virtud de 'ciertos antecedentes dudosos y no explicados suficientemente', le sugirió entonces al Administrador Giorgi Castillo que tomara medidas preventivas de vigilancia para evitar cualquier sorpresa. Al propio tiempo se le aconsejó a Hernando Cristancho que 'le llevara la cuerda' al presunto concusionario, para tratar de sorprenderlo en situación de flagrancia. El viernes 28 de julio, en las horas de la mañana, Pineda llegó al almacén de Cristancho llevando consigo una hoja 'membreteada de la Administración de Impuestos Nacionales donde explicaba las faltas que antes había mencionado' y fue entonces cuando Hernando Cristancho, siguiendo las instrucciones que se le habían impartido, entró a formalizar el arreglo amigable que le había propuesto Pineda, ofreciéndole inicialmente diez mil pesos, suma ésta que aquél rechazó, diciendo que solamente se transaría por veinte mil pesos. Después de los regateos de rigor, convinieron, al fin, en que Pineda aceptaría la suma de diez y ocho mil pesos, suma ésta que Cristancho se comprometió a entregarle ese mismo día en su casa, a la hora del almuerzo. Pineda salió del almacén, habiendo regresado allí mismo a eso de las once y media de la mañana, para salir luego en el automóvil de Hernando Cristancho hacia la casa de éste, en donde a eso de la una de la tarde, después de tomarse uno o varios tragos, se efectuó la entrega del dinero. A renglón seguido Cristancho y Pineda salieron con destino al restaurante 'La Carrera', en cuya entrada fueron interceptados por dos agentes del F-2, quienes al requisar a Pineda le encontraron en su poder un sobre con membrete del Almacén 'Ford', que contenía la suma de diez y ocho mil pesos, en billetes de quinientos pesos, un revólver, un pasaje de Avianca para viajar de Bucaramanga a Bogotá y algunas otras pertenencias'' (folios 20 a 22 del cuaderno 2º).

Trámite del proceso.

Agotado el trámite de primera instancia, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga encontró responsable a Pineda Pineda de concusión y le impuso la pena principal de un año de prisión, si bien le fue otorgado el beneficio de la condena condicional, por resultar acreedor a este subrogado penal.

Este fallo fue confirmado por la sentencia del Tribunal Superior de aquella misma ciudad, de 8 de noviembre de 1973, en el cual se hace el siguiente examen de los elementos de juicio en que se apoya la decisión condenatoria:

a) Que la actuación puso al ''descubierto la comisión del delito de concusión y la identificación de su autor, que no fue otro que el Auditor Luis Francisco Pineda Pineda, quien en una mezcla de intimidación e inducción hizo a uno de los socios de la firma 'Segundo Cristancho J. y Cía.' la exigencia de dineros a cambio de gestiones suyas encaminadas a liberar a la sociedad de sanciones por irregularidades en los libros de contabilidad, particularmente en el Libro Mayor y Balances, que fue registrado el 21 de enero de 1971, pero incorporó movimiento contable correspondiente al final de 1970, y en la copia de inventarios de 1971 que se efectuó en hojas sueltas sin el previo sello y numeración de la Administración de Impuestos (folio 185)...'';

b) Que la señora Lola Guevara de Cristancho (folio 117) luego de referirse a las informaciones de Pineda Pineda en cuanto a fallas de la contabilidad llevada en la compañía comercial de la que su esposo es socio, asevera que aquél sugirió se le diera una suma de dinero, para evitar la elevada multa que les podrían acarrear dichas fallas contables, propuesta que, dice, fue rechazada.

Y en igual sentido declaran Segundo Cristancho y su hijo Hernando, éste de percepción directa y aquél por haberlo oído de Hernando;

c) Que el citado Hernando Cristancho prueba principal de cargo contra Pineda Pineda, después de aludir al fingido convenio de entregarle a Pineda Pineda la suma de diez y ocho mil pesos por su intervención para evitar las sanciones fiscales que la visita oficial podría ocasionar a la empresa ''Segundo Cristancho y Cía.'', asevera que en efecto le hizo entrega de dicha cantidad, habiendo anotado previamente el numero de serie

de uno de los billetes de quinientos pesos, el 06718940;

d) Que del informe de los detectives que hicieron la captura de Pineda Pineda se desprende que con otros billetes de quinientos pesos, componentes de la cantidad de diez y ocho mil pesos, fue hallado uno con la serie que había anotado el señor Hernando Cristancho, o sea el 06718940;

e) Que da más fuerza de credibilidad a lo informado por Lola de Cristancho y Hernando Cristancho el hecho de que Pineda Pineda había entregado al último de los nombrados un pliego (folio 184), en el cual se mencionan las normas tributarias que fijan las sanciones por deficiencias en los libros de contabilidad.

Y refiriéndose el juzgador *ad quem* a la explicación dada por Pineda Pineda, según la cual la suma de diez y ocho mil pesos le pertenece, por corresponder a sueldos, viáticos y devolución de unos títulos a su favor correspondientes a ejecución que se le adelantó en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, suma que precisamente había dejado a guardar en manos de la señora Lola Guevara de Cristancho, de lo cual ésta le dio un recibo que luego le devolvió al recobrar ese dinero en billetes de quinientos pesos, y que, como retaliación por las fallas contables encontradas en la visita fiscal aludida, se buscó comprometerlo en una trama delictuosa, en la cual contó el que se anotara el número de serie del billete de quinientos pesos mencionado, se acoge la apreciación que de lo dicho por Pineda Pineda hace la Fiscalía del Tribunal Superior de Bucaramanga, a saber:

"La historia del supuesto depósito que dice haber hecho el inculpado en poder de la señora Lola de Cristancho no resiste el más superficial análisis, no obstante haber sido revestida con las más sutiles apariencias de veracidad. En efecto, no resulta lógico, sino perfectamente absurdo, que una persona normal y de una gran inteligencia, como parece serlo el señor Luis Francisco Pineda, se aventurara a viajar a una ciudad para él desconocida, llevando consigo la apreciable cantidad de veinticinco mil pesos en dinero efectivo. Pero, al fin y al cabo, esto podría ocurrir en un momento dado. Lo que sí no puede creerse es que, por razones de seguridad y de prudencia, dicha suma pudiera confiarse a una persona a quien apenas se acababa de conocer. Por lo demás, la señora Lola de Cristancho desmintió categóricamente la realidad del pretendido depósito. Pero es que, aparte de lo anterior, se tiene, además, que en el proceso existen elementos de juicio que llevan al convencimiento de que el señor Luis Francisco Pineda no traía de Bogotá, los diez y ocho mil pesos que le fueron incautados en el momento de su captura, sino que tal dinero lo obtuvo de manos de Hernando Cristancho, mediante el procedimiento de que este último da cuenta en sus diversas exposiciones. Verdad es que Luis Francisco Pineda había recibido del Banco Popular de Bogotá el valor de unos títulos a su favor, por suma cercana a los diez y siete mil pesos, según orden del Juzgado Tercero Civil Municipal de dicha ciudad. Mas, esto ocurrió el día 12 de mayo de 1972, según constancia o certificación visible al folio 128. El sindicado manifiesta al folio 37 v. que 'por un olvido involuntario' y debido a sus ocupaciones no consignó dicha suma en el banco donde tenía su cuenta corriente. Y ya había dicho anteriormente que los veinticinco mil pesos que trajo a Bucaramanga provenían del valor de los referidos títulos y parte de su sueldo y viáticos. Conocida habilidad de Luis Francisco Pineda para responder a los interrogatorios del instructor se comprende perfectamente (sic) que él no podía probar haber retirado ese dinero de su cuenta corriente para traerlo a Bucaramanga, y de ahí el recurso del 'olvido involuntario' de más de dos meses para hacer su apreciable consignación. Ahora bien: En su declaración indagatoria, el sindicado citó, para acreditar la tenencia de veinticinco mil pesos aquí en Bucaramanga, al señor Raúl Tarazona, quien no apareció por parte alguna a rendir su testimonio. Sin embargo, a la hora de nona, y a instancias del señor apoderado, se presentó a declarar el señor Gustavo Moreno Rodríguez, quien situando el hecho a fines del mes de julio, refiere que una noche, hallándose de juerga en el 'Mesón de los Búcaros', llegó allí su viejo amigo y colega Luis Francisco Pineda, quien se hallaba en estado de embriaguez, y que después del saludo de rigor, se separaron momentáneamente, pero que rato después volvieron a encontrarse en el orinal del establecimiento, en donde Pineda le pidió el favor de que le guardara un fajo de billetes, que el testigo calculó en suma aproximada de treinta mil pesos, solicitud que el aludido rechazó de inmediato, por obvias razones de prudencia. El declarante Alberto Pedraza Valdivieso, que acompañaba a Moreno, refiere, igualmente, que no obstante que no conocía sino de referencias al señor Pineda, también fue requerido para que se encargara de guardar el dinero, cosa que él no aceptó. De más estaría decir que los testimonios de Moreno y Pedraza carecen de toda fuerza persuadidora, pues no solo son imprecisos e inseguros, sino que adolecen, además, de la más cruda inverosimilitud. Apenas si podrían servir —volviendo un poco atrás— para resaltar la

mentira de Luis Francisco Pineda, en cuanto sostiene haberle dado en custodia el dinero a la señora Lola de Cristancho, por temor a que pudiera perdérsele. ¿De dónde —se pregunta— este súbito sentimiento de temor en quien desde meses atrás llevaba consigo su dinero, exhibiéndolo, además, en establecimientos públicos, ante amigos y extraños? Y lo mismo, y mucho más, podría decirse con respecto a los testimonios de los 'paracaidistas' Luis Alfonso Díaz y Nelson Gómez Bayona, quienes llegan hasta el extremo de decir que no solamente vieron cuando el señor Pineda le hizo entrega del dinero a una señora en el mostrador del almacén, sino que oyeron, también, cuando un señor que estaba ahí, le dijo a la señora: 'Venga, mamá, para anotar o marcar uno de esos billetes por si acaso este pingo nos viene a joder' ".

Agrega el juzgador *ad quem* que "la señora Lola de Cristancho desmiente al procesado en cuanto a la pretensa entrega de los diez y ocho mil pesos. Por otra parte, es perfectamente inverosímil que el hecho se hubiera cumplido con un extraño el 18 de julio, como lo dice y repite el procesado (folios 37 y 38), es decir, el mismo día en que se inició la visita (folios 44, 50 y 92); esta afirmación resulta discordante con lo depuesto por Gustavo Moreno, quien refiere haber visto el dinero en poder de Pineda a finales del mes de julio. Y no deja de llamar la atención que el acusado solo hubiera recordado a Raúl Tarazona, como testigo de sus haberes en efectivo, pasando por alto el nombre de un ex-compañero de funciones y gran amigo, como lo era Moreno, según se desprende de su declaración, no obstante que a él se lo enseñó y le rogó lo recibiera en custodia. Los testimonios de Gómez y Díaz carecen por entero de valor de convicción. Ya se anotó que el acusado expuso que no se había dado cuenta que alguien presenciara la entrega del dinero en el almacén de la sociedad, y...", por otros aspectos que examina el Tribunal Superior de Bucaramanga, la versión de estos declarantes resulta increíble... "De conformidad con lo expresado...", concluye el juzgador de segunda instancia..."surge la responsabilidad penal de Luis Francisco Pineda como autor del delito de concusión por el cual fue llamado a responder en juicio...".

Demanda de revisión y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el actor la causal quinta de revisión, pues anota que se encuentran pruebas no conocidas al tiempo de los debates.

A esos elementos de juicio se refiere así:

"a) Copia de la liquidación de revisión de los libros de contabilidad de la firma 'Segundo Cristancho & Cía.', con sede en la ciudad de Bucaramanga, verificada por la Administración de Impuestos Nacionales, por medio de la cual se le impuso a la firma en mención una multa de doscientos sesenta y un mil pesos, por irregularidades en los libros de contabilidad. Con esta prueba comprueba mi mandante que la empresa en mención sí había ejecutado hechos dolosos en sus libros de contabilidad y constituía un indicio vehemente de que dicha empresa sí tenía motivos para ejercer represalia en contra del señor Pineda. Este medio de prueba tiene el valor que la ley le asigna a la prueba indiciaria, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 229, 230, 231, 234 y 235 del C. de P. P.

"b) Declaraciones extrajuicio de los señores Raúl Tarazona y Froilán Alvarez, rendidas en forma extrajuicio ante el señor Juez del Distrito Penal Aduanero de la ciudad de Bucaramanga, y de los doctores Marco Hernando Torres Rodríguez y Alfredo Badillo Martínez, rendidas también en forma extrajudicial ante el señor Juez Once Superior de Bogotá. Con este haz testimonial demuestro a la honorable Corte que el señor Luis Francisco Pineda Pineda portaba, por la época de los hechos, una suma de dinero superior a los veinte mil pesos ($ 20.000.00), producto de unos títulos que le habían sido entregados por un Juzgado Civil de Bogotá, por concepto de sueldos y de viáticos y que el señor Pineda tenía esta suma de dinero con el fin de comprar algunos objetos en su proyectado viaje a Venezuela.

"En cuanto a los hechos afirmados por los señores Froilán Alvarez y Raúl Tarazona, tales testigos afirman que por percepción directa les consta que el señor Pineda Pineda, por el mes de julio de 1972, portaba una suma de dinero en billetes de a quinientos pesos, según cálculos de los declarantes, que debería ascender a veintiocho o treinta mil pesos, suma que según manifestaciones de Pineda Pineda pensaba invertir en la compra de algunos objetos en Venezuela.

"Concretamente y en cuanto a hecho nuevo de singular importancia para los fines de la revisión, el declarante Froilán Alvarez afirma que tuvo 'oportunidad de ver un recibo de depósito hecho en una de las facturas de la firma Segundo Cristancho & Cía., Limitada', firmado por la señora Lola Guevara de Cristancho y a favor del señor Luis Francisco Pineda, y que constaba en el recibo que el señor Pineda había depositado la suma de diez y ocho mil pesos.

"En cuanto al declarante Raúl Tarazona, al responder al punto quinto del interrogatorio formulado, afirma que después de reunirnos nuevamente con los señores Pineda y Alvarez, le pregunté a mi amigo Pineda, qué había hecho con el dinero a lo cual me respondió que había entregado parte de él, en depósito, a la señora Lola Guevara de Cristancho y nos enseñó un recibo hecho en una de las facturas de la firma 'Segundo Cristancho y Cía., Limitada'; le había depositado para que le guardara diez y ocho mil pesos.

"El doctor Marco Hernando Torres Rodríguez afirma en su declaración sobre la existencia física del dinero en poder del señor Pineda Pineda, y aporta mediante su testimonio un hecho nuevo, como lo es la afirmación que le hizo el señor Jorge Silva Poveda, quien le había manifestado al declarante que tenía que hacer 'botar' a Pacho Pineda del puesto que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda. El declarante afirma que 'a Pacho Pineda lo tenía en la olla', que él, en compañía de otras personas de Bucaramanga, había logrado lo que se había propuesto y que era muy difícil que Pineda se pudiera defender, pues el trabajito se lo había hecho muy bien, aprovechando un dinero que el señor Pineda había dejado a guardar en una empresa de Bucaramanga".

En respuesta a la demanda de revisión, anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal que "procede la revisión, según la causal invocada, cuando los hechos o pruebas no conocidas demuestren la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o constituyen graves indicios al respecto; es decir, que las pruebas presentadas dentro del recurso deben ser suficientes para tal efecto. En el caso examinado, las pruebas referidas, si bien no obraron o fueron conocidas en el proceso, con lo cual cumplirían este requisito, no son suficientes, en concepto de este Despacho y según lo anotado anteriormente, para demostrar la inocencia del condenado o constituir indicio grave sobre la misma, pues no producen convicción suficiente de que, por parte de los falladores de instancia, se incurriera en grave error judicial".

Considera la Corte.

La Corte está de acuerdo con la conclusión a que llega el Ministerio Público, pues resulta evidente que las pruebas traídas con oportunidad del recurso de revisión de que se ocupa la Sala, si bien alcanzan el requisito de que no fueron conocidas al tiempo de los debates en el proceso seguido contra Luis Francisco Pineda Pineda por concusión, no tienen ese alcance de constituir, siquiera, indicios graves de la inocencia del recurrente y mucho menos la plena prueba de que se ha incurrido, al ser declarado responsable de aquel ilícito punible, en un yerro judicial.

En efecto, del examen de estos nuevos elementos de juicio no se desprende la posibilidad de cambiar la conclusión a que se llegó en las instancias, en cuanto a lo ocurrido y averiguado.

De una parte, la preexistencia de una suma de dinero que pudiera alcanzar a los treinta mil pesos en poder de Pineda Pineda no es indicio suficiente para desvirtuar el hecho, suficientemente comprometedor del recurrente, examinado y tomado en cuenta en las sentencias condenatorias de primero y segundo grado, de haberse encontrado en posesión del condenado un billete de quinientos pesos, cuya serie previamente había anotado el señor Hernando Cristancho, billete que, según este declarante, hizo parte de la suma de diez y ocho mil pesos que asevera entregó al procesado.

Y en cuanto a las declaraciones ahora traídas, según las cuales Froilán Alvarez y Raúl Tarazona vieron un recibo hecho en papel con el membrete de la firma "Segundo Cristancho & Cía., Limitada", expedido por la señora Lola de Cristancho por la cantidad de diez y ocho mil pesos; es dudosa su credibilidad, pues Pineda Pineda, en ningún momento, aseveró haber mostrado tal recibo a estos declarantes, como ahora ellos lo dicen. Antes bien, como se anota en el fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga, el recurrente expresa que no tuvo conocimiento si persona alguna se dio cuenta del depósito de los diez y ocho mil pesos que hizo en el almacén de la empresa "Segundo Cristancho & Cía.".

Por último, como observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, "la resolución por la cual se impuso sanción a la firma dicha, solo demuestra que las irregularidades existían realmente; pero no permite concluir de esta situación, que el procesado no asumiera la actitud indicada, la cual se apoyaría precisamente en tales fallas, las cuales sugirió se comprobaran por otros medios o fueran consultadas con otras personas; además, esta prueba ya obraba en autos y consecuentemente fue examinada (folio 13 cuaderno 2) en la segunda instancia". No es, por tanto, lo anterior un hecho nuevo, ni tiene esa calidad de indicio grave de la inocencia del recurrente.

No sobra observar que la supuesta retaliación que se aduce como explicación de una trama urdida para comprometer falsamente a Pineda Pineda en el delito de concusión por que fue conde-

nado, en la cual debían colaborar los socios de la empresa comercial objeto de la visita fiscal en Bucaramanga, obliga a que los socios Cristancho hubiesen tenido algún motivo de odiosidad contra Pineda Pineda. Y lo único que se anota es el hecho de haber sido sancionados por defectos de la contabilidad de esa empresa, sanción impuesta con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, porque fue juzgado el recurrente.

No resulta probado el motivo de revisión propuesto por el demandante.

Recuérdese que, como ha dicho la Corte, "el recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub júdice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada". (Providencia de 7 de junio de 1955, G. J., tomo LXXX, pág. 524).

Y en el presente asunto, las pruebas nuevas traídas no alcanzan a desquiciar el apoyo demostrativo de la responsabilidad del recurrente, según se desprende del razonado estudio de los elementos de juicio hecho en los fallos de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, NIEGA LA REVISIÓN del proceso de que se ha hecho referencia y DISPONE que se devuelva el expediente al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga y se deje en la Corte copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Federico Estrada Vélez, Jesús Bernal Pinzón, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL POR INFRACCION A LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

Requisitos del auto de proceder, su contenido en la parte resolutiva. En ella no se puede calificar el delito en su especie, sino genéricamente. Por ejemplo: El homicidio es el género y sus especies son asesinato culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal—Bogotá, mayo nueve (9) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 17 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería, de 15 de febrero de 1974, por la cual les fue impuesta a los procesados Carlos Espitia Romero y Francisco Lenis Arroyave la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsables de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso.

En la providencia enjuiciatoria del juzgador de segunda instancia se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Cuentan los autos que en la mañana del 4 de marzo del año de 1970, el señor Mariano Espitia salió de su finca 'El Porvenir', como a eso de las nueve, finca ubicada a la orilla del río Sinú, en la comprensión del Corregimiento de 'El Retiro de los Indios', jurisdicción del Municipio de Cereté. A la salida de la finca lo esperaba el vehículo de su propiedad, un jeep marca Toyota, con placas números C.10-25, manejado por el conductor Adriano Manuel Díaz Hoyos. Cuando se disponía a abordar el vehículo para dirigirse a Cereté se le acercaron dos desconocidos, que habían estado merodeando por ese sitio desde el día anterior y le solicitaron el favor de que les diera un chance en su vehículo hasta dicha ciudad, cosa a la cual accedió don Mariano, por lo cual los dos desconocidos pasaron a embarcarse en la parte trasera del jeep. En estas condiciones, el vehículo salió de la finca y al pasar por la tienda del señor Víctor Gutiérrez Morales, se detuvo un momento, pues don Mariano tenía que recibir allí una suma de dinero de manos de Gutiérrez Morales. Este, en efecto, se acercó al vehículo y al entregarle dicha suma a aquél, vio que aún iban en el jeep los dos desconocidos. Esto sucedió ya a la salida del 'Retiro de los Indios' para tomar la carretera hacia Cereté. El jeep siguió su marcha con rumbo a esta ciudad, pero como a eso de las once o doce del mismo día, los cadáveres de don Mariano Espitia Espitia y su chofer Adriano Díaz Hoyos fueron hallados en la margen derecha de la carretera que conduce al Municipio de San Carlos, en el punto denominado 'Toledo', cadáveres que presentaban ambos heridas de arma de fuego y corto-punzantes. Ese mismo día, poco más o menos como a las diez u once de la mañana, las señoras Esther Villalobos Durango y Elsa del Carmen Pérez Durango, vecinas de San Carlos, vieron llegar hasta la puerta de su casa un jeep Toyota, color gris, en la cual (sic) viajaban dos personas, el chofer y un acompañante, una de las cuales les preguntó cuál era la vía para salir a la carretera de Planeta Rica. Una vez que recibieron las explicaciones del caso, los desconocidos partieron a toda velocidad por la vía que conduce a la región de El Cerrito. La señora Clotilde Arrieta Gómez, quien reside en la finca del doctor Fabio Navárro, vio llegar hasta la casa a dos desconocidos que venían a pie por el camino que va de esa región a San Carlos, los cuales, después de tomar agua y preguntar cuál era la vía para salir a la carretera de Planeta Rica, salieron en carrera por esa vía. Finalmente, descubiertos los

cadáveres de don Mariano Espitia y el de su conductor, se halló más tarde el vehículo de aquél, abandonado, sin gasolina y con algunos desperfectos, en la vía que va de San Carlos a 'El Cerrito' ".

Clausurada la averiguación adelantada en razón de los anteriores hechos, el juzgador de primera instancia profirió auto de proceder contra Carlos Mariano Espitia Romero, Blas Miguel Medrano de la Ossa, Manuel Antonio Madrid Montoya, Francisco Hernando Lenis Arroyave, Manuel Antonio Vergara Pacheco, Pedro Juan Guerrero Pacheco y Félix Humberto Martínez Pérez, "como responsables del delito genérico de homicidio que define y sanciona el Código Penal en su artículo 362, libro segundo, Capítulo Primero, Título Quince, en armonía con el artículo 363 del mismo libro, perpetrado en las personas de Mariano Espitia y Adriano Manuel Díaz Hoyos, el día 4 de marzo de 1970, en el sector de la carretera que del 'Retiro de los Indios' conduce a Cereté-San Carlos, en el punto denominado 'Toledo', como a las diez de la mañana (10 a. m.), poco más o menos...".

Al resolver el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Montería, en cuanto al auto de proceder aludido, dispuso:

"Confírmase el llamamiento a juicio recaído en los procesados Carlos Mariano Espitia Romero, Blas Miguel Medrano de la Ossa y Francisco Hernando Lenis Arroyave, mediante providencia de fecha veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y uno, originaria del Juzgado Tercero Superior y que fue apelada, con la sola modificación de que el procesado Medrano de la Ossa debe responder, no como cómplice necesario, sino como autor intelectual".

En esa misma providencia el juzgador *ad quem* revocó el llamamiento a juicio de las demás personas encausadas por el Juzgado Tercero Superior de Montería.

Observa el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en cuanto al trámite dado al proceso, lo que a continuación se transcribe:

"En concreto, el auto de enjuiciamiento atribuyó a Espitia Romero haber determinado a Blas Miguel Medrano a causar la muerte de Mariano Espitia y a Medrano de la Ossa por determinar también a realizar el mismo hecho delictuoso. Al jurado de conciencia convocado para juzgar esta causa se le propusieron los cuestionarios... 'correspondientes...' a los cuales se contestó de esta manera: En cuanto al homicidio agravado en la persona de Mariano Espitia: 'Sí es responsable, pero sin la intervención de Blas Miguel Medrano' (Carlos Mariano Espitia); 'No es responsable' (Blas Miguel Medrano); 'Sí es responsable' (Francisco Hernando Lenis). En cuanto al homicidio agravado en Adriano Manuel Díaz: 'No es responsable (Carlos Mariano Espitia); 'No es responsable' (Blas Miguel Medrano), y 'Sí es responsable' (Francisco Hernando Lenis)". Las instancias declararon estos veredictos conformes con la realidad procesal, no obstante que el representante del Ministerio Público ante el Tribunal solicitó la contraevidencia".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Varias causales de casación invoca el actor, así:

1ª *Causal cuarta.*

La fundamenta en violación de las garantías que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues entiende el demandante que se infringieron las normas propias del juicio, particularmente en cuanto a la manera como fue propuesto el cargo a los enjuiciados.

2ª *Causal segunda.*

Anota el actor, como primer cargo, discordancia del auto de proceder con la sentencia, pues, según expresa, en esta última se creó "una antinomia jurídica protuberante", habida cuenta de lo señalado en el auto de proceder, en donde se indicó que Espitia fue agente determinador de Medrano, siendo que debía responder como mandatario en el homicidio de Mariano Espitia. Y el Tribunal enmendó el enjuiciamiento e hizo el cargo a Medrano como autor intelectual.

Y como cargo complementario del anterior, anota el demandante desacuerdo del veredicto relacionado con Espitia, con la sentencia, pues estima que los jueces de hecho absuelven al acusado al negar que hubiera determinado a Blas Miguel Medrano a dar muerte a su padre.

Al hacer la reseña de esta tacha, encuentra el Ministerio Público que, según el actor, "la primera parte del veredicto, 'Sí es responsable', es inocua por haberse desvinculado de la segunda parte, en la cual se niega la determinación respecto de Medrano de la Ossa. De otro lado, insiste el demandante, Blas Miguel Medrano fue absuelto por la autoría intelectual que se le imputó en los homicidios de Espitia y Díaz, y, por tanto, en definitiva, a Francisco Hernando Lenis se le declaró autor material de los ilícitos, independiente de cualquiera participación intelectual por parte de Carlos Espitia. Y, por último, observa el actor que se agravan los delitos por concurrir la circunstancia del precio o pro-

mesa remuneratoria, pero, conforme a la respuestas del jure, se ignora quién ofreció la promesa o quién pagó el precio".

3ª *Causal tercera.*

Dice el demandante que el veredicto proferido en relación con el enjuiciado Carlos Espitia, por no permitir una clara interpretación, es anfibológico, pues al negar el jurado la segunda parte de la cuestión propuesta, la primera queda incompleta, sin alcance jurídico alguno, dado que declara la responsabilidad de Espitia Romero, sin poderla referir a nada en concreto.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de la tacha propuesta a través de la causal cuarta de casación, la encuentra demostrada y pide que se invalide la sentencia acusada y se declare la nulidad del proceso a partir del auto calificatorio del mérito del sumario.

A las observaciones del demandante y del Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Se considera.

No solamente porque es el orden señalado por el demandante, sino porque es lo que jurídicamente corresponde, la Corte entra, de inmediato, a ocuparse del cargo que el actor propone a través de la causal cuarta de casación, pues de prosperar ésta, no cabe el estudio de los demás motivos de impugnación propuestos.

Pues bien:

Le asiste razón al demandante y también al Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando estiman que en el juzgamiento del procesado recurrente, Carlos Espitia Romero y de las demás personas llamadas a responder en juicio por los hechos averiguados se incurrió en nulidad constitucional, por infracción a las formas propias del juicio, en forma trascendente para el ejercicio de la defensa que corresponde a los acusados.

En el último inciso del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal se manda que "la parte resolutiva..." del auto de proceder... "contendrá como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual 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".

Y este precepto, traído precisamente para indicar, de manera amplia, el ámbito en que habrá de adelantarse el juzgamiento, lo cual implica que no se haga en la parte resolutiva del auto de proceder la especificación del delito y mucho menos el señalamiento de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad (agravantes o atenuantes), fue desconocido por el juzgador en las instancias, como se comprueba con la transcripción que atrás se hizo de esa parte resolutiva de la providencia enjuiciatoria.

A este respecto, la Corte, en sentencia de 26 de junio de 1944 (G. J., t. LVII, pág. 638), dice: "Cuando el auto de enjuiciamiento anuncia que el homicidio se ejecutó con sevicia, que vale decir con excesiva crueldad, ya queda determinada la infracción que el Código llama asesinato. Esa precisa imputación específica no puede puntualizarse en la parte resolutiva del auto de proceder, pues lo prohibe el inciso último del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal. La calificación genérica del hecho, con las circunstancias que lo especifican, es de rigor hacerla en la parte motiva, según el mismo artículo".

Y en fallo de 25 de agosto de 1947, igualmente expresa esta corporación (G. J., t. LXIII, pág. 424) lo que pasa a transcribirse:

"La prohibición contenida en el inciso 2º del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal no debe entenderse como un capricho del legislador. Obedece a consideraciones muy juiciosas acerca del juzgamiento. Porque si se determina la especie del delito en la parte resolutiva, que es aquella que contiene los lineamientos generales del cargo que la sociedad le hace al sindicado por medio de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, la defensa, que no es una protección graciosa del Estado sino un derecho que la Constitución ampara y quiere que se desarrolle con la plenitud que ella concede, quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito. Refiriéndose al homicidio, por ejemplo, no se podría, en la parte resolutiva del auto de proceder, hablar de asesinato, porque se calificaría de antemano la infracción. El homicidio es el género y sus especies son: asesinato, de propósito, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc. Esto (especies) es lo que la ley no quiere que se determine en la parte resolutiva del auto de proceder y parece que la razón, aunque muy concisa, es la que se acaba de dar".

Cabe observar que la norma infringida, para la época del enjuiciamiento de que se hace refe-

rencia, fue la contenida en el artículo 431 del C. de Procedimiento Penal derogado, pero que el artículo 483 del estatuto vigente reprodujo textualmente.

Y al ocuparse de este cargo, dice el Ministerio Público:

"Las exigencias adjetivas y sustantivas que establece la ley para el auto de proceder no son intrascendentes, como pudiera pensarse. La doctrina y la jurisprudencia colombianas se han ocupado extensamente del tema y, obviamente, han relacionado dichos requisitos con las garantías del juzgamiento consagradas en la Constitución Nacional... Si la acusación se limita con especificación detallada del ilícito, la defensa no tendrá la oportunidad de invocar situaciones pertenecientes al mismo género que reducen la imputación o la hacen desaparecer. Además, como los jurados de la causa conocen el proveído calificatorio del sumario, por entrega que de él se les hace antes de la vista pública, las glosas formuladas cobran mayor gravedad, pues el juez de hecho generalmente ignorante de las cuestiones jurídicas, orienta su respuesta a las especificaciones señaladas en el auto de enjuiciamiento".

Prospera la causal cuarta de casación y corresponde, en consecuencia, invalidar lo actuado en este negocio a partir del auto calificatorio del sumario, inclusive.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Montería, de que se hizo mérito y DECLARA nulo lo actuado en este proceso a partir de la providencia de 25 de mayo de 1971, inclusive, por la cual el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad calificó el mérito de la investigación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal de casación de que se ocupa el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo diez y nueve (19) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 19 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de treinta y uno de mayo de 1974, por la cual se impone al procesado Arsenio López Rubiano la pena principal de diez y seis años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Once Superior de esta misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se refiere a lo ocurrido y al trámite del negocio así:

"En la noche del 31 de julio de 1972, cuando el ciudadano Enrique Ramírez Gaitán salía de su habitación situada en la vereda de 'Barranquillas', jurisdicción municipal de Caparrapí, recibió disparos de arma de fuego, cuyos proyectiles le causaron la muerte en forma inmediata.

'El Juzgado Once Superior de Bogotá, el 5 de marzo de 1973, comprometió en juicio a Arsenio López Rubiano por homicidio agravado en la persona de Enrique Ramírez Gaitán (folios 327 y siguientes), determinación que confirmó el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en su providencia de veintidós de mayo del mismo año (folios 384 y siguientes), en desacuerdo con el concepto del Fiscal... de la corporación.

"Al jurado de conciencia que intervino en esta causa se le propuso el cuestionario que aparece al folio 462, el cual fue contestado afirmativamente, a pesar de las peticiones de absolución formuladas por el representante del Ministerio Público y por el apoderado de Ramírez Gaitán.

"Las instancias aceptaron el veredicto y, como ya se dijo, condenaron a Arsenio López a la pena principal de diez y seis años de presidio como único responsable del delito de homicidio...".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el apoderado de López Rubiano la causal primera de casación, pues entiende que el juzgador *ad quem*, en la sentencia acusada, aplicó indebidamente las normas que reprimen el delito de homicidio, en razón de yerro en la estimación de las pruebas en que se funda la responsabilidad del procesado.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, recordando la reiterada jurisprudencia de la Corte, según la cual el motivo de casación propuesto no procede en los juicios en que interviene jurado, pide que se deseche el recurso.

Considera la Corte:

Ciertamente, como lo observa el Ministerio Público, ha sido constante la doctrina dejada por esta corporación en numerosos fallos de que en los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal de casación de que se ocupa el inciso segundo del ordinal 1º del artículo 580 del C. de Procedimiento Penal y que alude a la violación de la ley sustancial penal por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba".

Y ello, en razón de que en tales juicios los jueces de hecho cuentan con plena libertad en la estimación de las pruebas, subordinada apenas

a su convicción íntima. Y, además, porque de resultar viable ese motivo de impugnación de la sentencia en tales juicios, la declaración de la Corte equivaldría a una declaratoria de contraevidencia del veredicto con los hechos, cuestión ésta que la ley reserva al juzgador en derecho en las instancias.

Debe, por lo dicho, desecharse el recurso de casación interpuesto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO — SU DEFINICION

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintidós (22) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 20 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de diez y ocho de julio último, por la cual impone a Gilberto Gómez Valdés la pena principal de quince años y seis meses de presidio, como responsable de homicidio cometido en su esposa, Fabiola Hincapié Agudelo.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso.

En la sentencia impugnada se hace el siguiente resumen de lo sucedido:

"Por los ritos católicos contrajeron matrimonio, en la Iglesia Parroquial de Palestina, Gilberto Gómez Valdés, para ese entonces de 21 años de edad, y Fabiola Hincapié, de quince años solamente, el primero de enero de 1972.

"Solo dos años, aproximadamente, vivieron en unión conyugal, pero tiempo durante el cual la mujer debió soportar los más injustos tratamientos, golpes, incomprensiones, celos infundados y en fin, todo un drama de temores, angustias y privaciones por el temperamento hosco, altanero y despiadado de su esposo. Influyó en todo esto quizá la juventud de los cónyuges, los celos visionarios de aquél, hasta el punto de que no le permitía visitas en su hogar y menos a sus amistades, llegando a las vías de hecho si por cualquier motivo la veía en la ventana de la casa, pues de inmediato suponía que preparaba entrevistas con rivales supuestos, ya que solo existían en su imaginación.

"Así aconteció el cuatro de octubre de 1974. La víctima, en efecto, y en compañía de un familiar, se dirigió a Misa hacia la Capilla del Colegio. Un poco antes de las siete de la noche salió, y en el camino hacia el hogar, vio a su esposo. Como se había vuelto normal sintió temor por su reacción y apuró el paso. Poco después de llegar se presentó éste en estado de embriaguez. Y como siempre, pensó cosas irreales, pues le preguntó cómo le había dicho que estaba en Misa cuando en la Iglesia tal ceremonia no se había celebrado. No escuchó, ni atendió razones, y bajo los impulsos de la ira la golpeó repetidamente. Ella, con un niño en brazos, salió hacia el patio con el deseo de evitar las vías de hecho a que era sometida, pero esto de poco sirvió, porque Gómez Valdés, luego de asomarse al portón regresó, esgrimió un puñal y le ocasionó mortal herida a la altura del pecho que en contados minutos le produjo la muerte. Inmediatamente emprendió la fuga y nueve años después se logró su captura en la ciudad de Medellín".

Al ser calificado el mérito del sumario se dispuso llamar a juicio a Gómez Valdés "por el delito de homicidio, que define y sanciona el Código Penal en su Libro II, Título XV, Capítulo I. Violó la ley penal cuando le ocasionó a su legítima esposa, señora Fabiola Hincapié de Gómez Valdés, mediante lesión inferida con arma cortopunzante —cuchillo— con intención de hacerlo...".

En firme el auto de proceder, al jurado le fue propuesto el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Gilberto Gómez Valdés, de condiciones civiles y naturales conocidas, es responsable sí o NO, de haber causado la muerte —con intención de hacerlo— mediante lesión inferida con arma corto-punzante (cuchillo), a su legítima esposa, señora Fabiola Hincapié de Gómez Valdés, habiendo obrado en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefección o inferioridad, en hechos ocurridos aproximadamente a las siete de la noche del cuatro de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, en zona

urbana de la ciudad de Palestina, de este Distrito Judicial?''

La respuesta fue: ''Sí, es responsable, pero inducido por celos infundados, nacidos de errada apreciación de la conducta de su cónyuge''.

Acogido el veredicto en las instancias, se impuso al recurrente la pena de que se ha hecho mención.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Propone el demandante la causal tercera de casación, pues estima que la sentencia recurrida fue proferida sobre un veredicto contradictorio, pues el jurado ''afirmó la responsabilidad y reconoció circunstancias forzosamente atendibles...'' en la sentencia, ''para modificar la responsabilidad, bien atenuándola o eximiendo de ella al procesado'', sin que así se hiciera.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal no encuentra comprobado el cargo y recuerda que ''el veredicto contradictorio es aquel compuesto por dos proposiciones que se repelen, gramatical y filosóficamente, es decir, dos proposiciones en que la una afirma y la otra niega'', lo cual no se tiene en la respuesta que el jurado dio en este juicio. Pide, por tanto, que se deseche el recurso de casación.

Considera la Corte.

Es acertada la conclusión a que llega el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues evidentemente el cargo no cuenta con demostración alguna.

Al recurrente se le llamó a juicio por homicidio agravado (artículos 362 y 363-1º y 5º), sin que en las providencias de primera y de segunda instancia que se ocuparon de ello se aluda a ninguna circunstancia de atenuación específica de la responsabilidad, como las de los artículos 28 y 382 del Código Penal, que menciona el demandante.

El cuestionario, en consecuencia, fue correctamente elaborado y de la respuesta del mismo no se desprende el reconocimiento de ninguno de los dos citados motivos de atenuación de la responsabilidad.

La sentencia impugnada, que acoge ese veredicto, ni siquiera está en desacuerdo con la respuesta del jurado (causal segunda de casación) y mucho menos resulta proferida con fundamento en un veredicto contradictorio, como no lo es, por caso, otro en el que se afirme la responsabilidad, pero atenuada porque expresamente anoten los jueces de hecho que el enjuiciado obró en estado de ira o de intenso dolor causados por injusta y grave provocación.

Lo contradictorio, como lo ha expuesto en varias oportunidades la Corte y lo recuerda el Procurador Primero Delegado en lo Penal, es lo que se tiene en dos proposiciones distintas que gramatical y filosóficamente se repelen, porque en una de ellas se afirme lo que en la otra se niegue.

Y en la respuesta que dio el jurado en esta causa no se tiene, como se dejó dicho, un veredicto contradictorio, pues el tribunal popular afirmó la responsabilidad de Gómez Valdés, ''pero inducido por celos infundados, nacidos de errada apreciación de la conducta de su cónyuge'', explicación esa que en nada modifica específicamente la responsabilidad del recurrente y que mucho menos la excluye para que se tenga una respuesta contradictoria.

La tacha presentada a través de la causal tercera de casación no tiene comprobación.

No prospera la causal de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Julio Roncallo Acosta, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL

1) Autor, coautor y partícipe. Autor intelectual, instigador y cómplices. — 2) Autonomía legal del jurado. — La Corte recoge su doctrina sostenida en esta materia y retorna a la vigente hasta antes de 1961.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 20 de 22 de mayo de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por resolución de 26 de septiembre de 1974, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, por medio de la cual condenó a Nohora Díaz v. de Duarte a la pena principal de diez y seis años de presidió y a las accesorias del caso, como responsable del delito de homicidio agravado, cometido en la persona de su esposo Luis Alfredo Duarte Zambrano.

La imputada interpuso el recurso extraordinario de casación y, por medio de apoderado especial, formuló la demanda correspondiente, la que se declaró formalmente ajustada a derecho. Agotados como están los trámites de rigor, procede la Corte a resolver sobre la impugnación.

Los hechos.

Mientras dormía tranquilamente en su casa de habitación, situada en la calle 18 número 30-26 de la ciudad de Bucaramanga, fue brutalmente asesinado, con armas punzante y contundente, Luis Alfredo Duarte Zambrano a eso de las dos de la mañana del 25 de junio de 1972. Cuando la señora Nohora Díaz de Duarte se dio cuenta de que su esposo estaba mortalmente herido, lo sacó de la alcoba matrimonial, pero hubo de dejarlo en el corredor de la casa. Luego, ante sus voces de auxilio, algunas personas se presentaron al lugar y condujeron a Duarte a la Clínica Bucaramanga, pero ya éste había muerto.

Actuación procesal.

Desde el principio de la investigación surgieron graves indicios de responsabilidad contra Nohora Díaz, motivo por el cual, una vez indagatoriada, se dictó contra ella auto de detención preventiva. Al calificar el mérito del sumario, el Juez Tercero Superior de Bucaramanga a quien correspondió el proceso por repartimiento, resolvió "llamar a Nohora Díaz viuda de Duarte a responder en juicio, con intervención de jurado, por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Alfredo Duarte Zambrano el veinticinco de junio retro-próximo, como a las dos horas antes del meridiano, en la residencia situada en la calle 18 Nº 30-26 del plano urbano" y "sobreseer definitivamente a Aura Díaz de Parra y a Milcíades Parra de los cargos que se les hicieron por este delito". Impugnada esta resolución, fue confirmada por el Tribunal Superior mediante providencia de 4 de julio de 1973.

Tramitada la causa, se realizó la audiencia pública, y durante ella el juez sometió al jurado la siguiente,

"*Cuestión única.* ¿La acusada, Nohora Díaz de Duarte, de las anotaciones personales que constan en el proceso, es responsable de haberle ocasionado la muerte a su legítimo cónyuge, Luis Alfredo Duarte Zambrano, mediante las heridas de que habla el médico legista en la correspondiente diligencia de autopsia (folio 70), con la ubicación y consecuencias allí descritas, hecho perpetrado como a las dos de la mañana del veinticinco de junio de mil novecientos setenta y dos, en el sector urbano de Bucaramanga, obrando la acusada en la ejecución de tal hecho con el propósito de matar, con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos y colocando o sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad (alevosía)?".

Los jueces populares, por unanimidad, emitieron el siguiente veredicto:

"Sí, al menos como cómplice necesaria, debido a su cansancio con los malos tratos del occiso para con ella".

Consideró el juez que la veredicción, en cuanto afirmó la responsabilidad de la imputada como "cómplice necesaria" era contraria a la evidencia de los hechos, y así lo declaró el 16 de noviembre de 1973, providencia que al ser revisada por la doble vía de apelación y consulta, fue revocada por el Tribunal Superior.

Finalmente, el Juzgado dictó sentencia el 3 de mayo de 1974, y resolvió:

"1º *Condenar a Nohora Díaz v. de Duarte,* hija de Samuel Díaz y Elena Zapata, nacida en esta ciudad el 16 de marzo de 1942, alfabeta y de profesión hogar, a la pena principal de *diez y seis (16) años de presidio,* que pagará en el establecimiento carcelario que determine el Gobierno Nacional, con deducción del tiempo que lleva en detención preventiva, por el delito de *homicidio* en la persona de su legítimo cónyuge *Luis Alfredo Duarte Zambrano,* hecho cometido en el plano urbano de la ciudad de Bucaramanga en la residencia de la calle 18 número 30-26, como a las dos de la mañana del 25 de junio de 1972, y a las penas accesorias de rigor".

El Tribunal, como ya se vio, confirmó el fallo condenatorio, al revisarlo por vía de consulta.

La demanda.

Después de narrar los hechos y la actuación procesal, el actor formula varios cargos contra la sentencia, así:

Primer cargo. Con base en lo dispuesto por el ordinal 3º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, impugna la sentencia por haberse dictado sobre un veredicto contradictorio.

Transcribe luego, para sustentar la acusación, varias doctrinas de la Corte y apartes de las providencias dictadas por los diversos funcionarios en lo relativo a la interpretación del veredicto, para relievar cómo —en su concepto— todas ellas son diversas y en veces antagónicas. Después de discurrir largamente sobre este particular, el impugnador razona así, sobre lo que parece ser la parte medular de la motivación del cargo:

"a) El veredicto pronunciado por el jurado de conciencia, ha sido objeto de más de una interpretación. La primera, la del a quo, según la cual la respuesta es notoria y claramente contraevidente porque condena a la procesada por una conducta o actividad diferente a la mostrada por el proceso y por la cual se le encartó.

"La segunda, la del colaborador Fiscal del Juzgado: El jurado condenó a Nohora como autora del delito y también como cómplice necesaria.

"La tercera, planteada por el señor Fiscal del Tribunal, según la cual el Tribunal condenó a la viuda de Duarte como simple autora ya que la expresión 'al menos' no tiene la virtualidad de condicionar la responsabilidad de la procesada en su actuación de cómplice necesaria.

"La cuarta, sentada por el Tribunal en el auto de abril 4 de 1974, y recogida por esa misma corporación como fundamento de la sentencia que se impugna, según la cual es posible que en su respuesta el jurado haya admitido la responsabilidad de Nohora como autora 'extremo que no afirmaron ni negaron' pero también la condenaron como cómplice necesaria.

"Se trata, en resumen, de cuatro interpretaciones disímiles o diferentes. Claro es, desde ya lo reconozco, la válida para efectos procesales, es la que le dio el honorable Tribunal".

Como "conclusiones del cargo, formula el actor las siguientes:

"1. Está comprobado, con los razonamientos que anteceden que la sentencia impugnada se edificó sobre un veredicto a todas luces contradictorio ya que el mismo Tribunal reconoce (lo reconoció en el auto de abril 4 de 1974 y lo repitió en la sentencia de segundo grado) que el veredicto debe interpretarse como condenatorio por el aspecto de la autoría.

"Entonces, se tiene que a doña Nohora de Duarte se le condenó en una doble condición: como autora y como cómplice necesaria de un mismo delito. Esto hace aparecer a simple vista contradictorio e inaceptable el veredicto porque es elemental que a una persona no se le puede condenar por dos conductas se diría contrapuestas, imposibles de coexistir tanto en la vida práctica como en el campo puramente jurídico. No se puede ser autor y cómplice necesario a la vez, de un solo delito. He ahí la contradicción.

"La tesis que sostengo se refuerza con un argumento que servirá también para sustentar otro cargo contra la sentencia: es tal la vacilación, la incertidumbre, la inseguridad, con que procedieron los juzgadores de primera y segunda instancia al condenar a la procesada, que si se lee la parte resolutiva del proveído de primer grado confirmado en su totalidad y sin agregados o explicaciones por el Tribunal, se encontrará el lector con que no se dice si a doña Nohora vda. de Duarte se le condena como *autora* o como simple *cómplice necesaria.* Invito a la Sala, muy comedidamente a que examine con toda atención este aspecto que para mí, no es más que la traducción de que en este proceso los funcionarios de derecho no han logrado conocer con exactitud la decisión del jurado, debido esto a la misma contradicción de la respuesta".

Finalmente, el demandante sostiene que la contradicción del veredicto se configura así:

"La tesis del Tribunal es la de que la respuesta puede contener un 'sí es responsable por la autoría', o bien puede contener un 'no es responsable por la autoría'. Como ambas respuestas son valederas para los efectos procesales, porque fueron las que dieron base a la sentencia, acojamos la tesis de que 'el jurado admitió la responsabilidad de Nohora como autora del delito', extremo que al decir del Tribunal el jurado no afirmó ni negó, expresa ni tácitamente. De otro lado el juri admitió la responsabilidad de ella como cómplice necesaria. Entonces, como no se puede ser autor material y simultáneamente cómplice necesario del mismo delito, se deduce que la respuesta del jurado es contradictoria porque peca contra la lógica jurídica y contra las leyes de la posibilidad".

Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia para que se convoque un nuevo jurado.

Segundo cargo. Se invoca aquí el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, en sentir del actor, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Para sustentarlo, transcribe algunos apartes de la sentencia proferida por esta Sala el 1º de abril de 1971, relativos a la importancia que tiene para los efectos del derecho de defensa la clasificación tradicional dentro de la teoría de la coparticipación criminal, en autores, coautores, cómplices primarios, secundarios, etc. Después de comentar brevemente esa doctrina, dice el impugnador:

"La tesis que enseña la indiferencia jurídica para efectos de penalidad, de calificar a una persona como autora o como coautora, que es la que se ha venido pregonando en el caso de autos, tiene, en mi sentir, aplicabilidad según el caso de que se trate, o mejor, según los hechos que se estén juzgando.

"Así, por ejemplo, si en un proceso se llama a juicio a varias personas, a unas como autoras materiales y a otras coautoras o partícipes en la actividad física, resulta indiferente que el jurado condene a todas como autoras o a todas como coautoras, o bien que modifique en la veredicción la situación de alguien procesado como autor y lo ubique como coautor, o a la inversa".

Más adelante agrega:

"Debo anotar el contrasentido creado en el proceso como resultado de un fallo absurdo por lo contradictorio. A la viuda de Duarte se le procesó como autora; se le dijo en el enjuiciatorio: defiéndase porque hemos encontrado que usted es la autora material del delito de homicidio de su esposo; defiéndase porque hay evidencia de que usted fue la que le causó materialmente, mediante golpes con un bate, la muerte a su esposo. Y a la larga un fallo de derecho, resultante de la veredicción, le dice a la misma persona: usted no fue la autora del delito, usted cuando mucho debió auxiliar a alguien; fueron personas extrañas a usted las que causaron la muerte de Luis Alfredo; usted posiblemente cooperó con ese extraño o esos extraños en la ilicitud.

"Me pregunto muy elementalmente: ¿Qué oportunidad se le ha dado a Nohora de desvirtuar la acusación de que ella maquinó la muerte de su esposo; qué oportunidad ha tenido de demostrar que no solo no cooperó con alguien, sino que ni siquiera conoce ni ha conocido en su vida a los verdaderos autores materiales de la muerte del señor Duarte? ¿Resulta justo y equitativo que se le tome de sorpresa y se le condene así porque sí, por una actividad bien diferente a aquella por la cual se le hizo la inicial acusación? ¿No se estará vulnerando su sagrado y constitucional derecho de defensa? Estimo que sí".

Termina el actor la sustentación de este cargo solicitando que se case la sentencia, para que se declare la nulidad y se reponga la actuación procesal desde "la misma convocatoria del jurado de conciencia", por cuanto —sostiene— se violó flagrantemente el derecho consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Tercer cargo. Ataca el demandante la sentencia con base en el ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, porque —afirma— se dictó en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Para fundamentar el cargo reitera el actor las mismas consideraciones que antes había expuesto acerca de la ambivalencia del veredicto emitido por el jurado popular, según se advierte en la sentencia combatida; y sostiene, además, que la señora Díaz viuda de Duarte fue condenada en la sentencia de primera instancia por homicidio, "sin precisar a qué título de participación se le deduce responsabilidad", providencia ésta que el Tribunal "se limitó a confirmar".

Sobre el mismo particular, agrega:

"Para no dilatar este escrito de demanda, solicito, respetuosamente, de la honorable Sala dar lectura a las partes resolutivas que comento, con la seguridad de que no encontrarán en ellas calificada o concretada la conducta o título de participación por la cual se le condena. Esta omisión hace que en el terreno puramente práctico se concluya en que a Nohora Díaz de Duarte, aun después de haberse proferido sentencia de segunda instancia, no se le ha dicho o notificado, en

forma legal, si se le condenó como simple autora, o como cómplice necesaria, o como cómplice no necesaria, o más aún, como parece ser la tesis del honorable Tribunal, como cómplice necesaria con la posibilidad, no descartada por los juzgadores de hecho y de derecho, de ser también autora material del delito".

Termina solicitando que se case la sentencia, para que en consonancia con el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, la Corte dicte "el fallo que ha de reemplazar la sentencia impugnada".

El Ministerio Público.

El Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones del demandante, con base en una serie de argumentos que la Sala encuentra ajustados a derecho, y sobre los cuales volverá al estudiar cada uno de los cargos formulados.

Consideraciones de la Corte.

Segundo cargo. Como es apenas lógico, la Sala estudiará, en primer término, el segundo cargo formulado por el actor contra la sentencia, por cuanto de prosperar, se omitiría el examen de los demás.

El ataque ha sido mal formulado y carece en absoluto de sustentación. En efecto, en parte alguna concreta el actor la garantía conculcada, ni aduce fundamentos razonables que tiendan a demostrar el quebrantamiento, ni tampoco los alcances o proyecciones de la pretendida nulidad. Hasta tal punto es inane y defectuosa la demanda en este cargo, que se limita, al especificar la violación, a afirmar, sin demostración alguna, que se violó "flagrantemente el derecho consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional", sin individualizar cuál de las diversas garantías que consagra esa norma fue lesionada por el sentenciador de segunda instancia. Es claro entonces que la Corte no puede adivinar el pensamiento del demandante, ni suplir los vacíos de la demanda para adentrarse en la búsqueda minuciosa de una nulidad que, además, no aparece ostensible o manifiesta en la actuación procesal.

Con razón el Procurador dice lo siguiente:

"Afirmar simplísticamente que hubo quebranto al artículo 26 del estatuto político sin individualizar o identificar su naturaleza o modalidad, contentándose, tímidamente, con afirmar lesión al derecho de defensa, es dejar huérfano el cargo porque, justamente, las cuatro garantías dichas convergen todas hacia el derecho de defensa. De ahí la incuestionable docencia empleada por la honorable Corte para dilucidar el reiterado planteamiento que se hace de esta clase de nulidad constitucional, manifestada en su doctrina, no recogida, y muy por el contrario, reforzada en distintos pronunciamientos jurisprudenciales, que deberían ser conocidos por quienes acuden ante la honorable Corte para reclamar la invalidación de los fallos recurridos por tal causa".

No prospera, pues, el cargo.

Primer cargo planteado.

I. La coparticipación criminal. *El instituto del concurso de delincuentes cobra inusitada importancia en la vida moderna por el auge de la criminalidad asociada, y ofrece numerosas dificultades en su elaboración doctrinaria. Se basa en el aporte causal de varias personas a la realización del ilícito, prestado culpablemente, pues la sola concurrencia de acciones materiales sin la comunidad de dolo excluye toda posibilidad de complicidad. Dentro del proceso ejecutivo del delito son diversas las formas que puede asumir la actividad de los concurrentes (física o espiritual), y distintos también pueden ser los grados de intervención coadyuvante, de donde surge la necesidad de establecer una nomenclatura sobre el particular.*

Autor *es la persona que con su comportamiento ha concretado la figura descrita específicamente en la norma penal, o sea, quien ha realizado el hecho típico. SPASARI (Profili di Teoria Generale del Reato, Milano, 1956, página 15), afirma que "autor es aquel que autónoma y originariamente realiza, a través de su propia conducta, el modelo descrito por la norma penal;* coautor *es aquel que contribuye a la realización, sustituyendo el comportamiento del correo en uno de sus momentos esenciales típicos;* partícipe, *en fin, es quien obra mediatamente, o sea a través de otros; y para salir de la formulación empírica, quien ejecuta una conducta pero equívoca (o, en todo caso, no típica) con vista a la producción de un determinado evento dañoso o peligroso". El* determinador *es quien crea en otro el propósito de cometer un ilícito, y ha sido impropiamente llamado* autor intelectual. Instigador, *en cambio, es quien reafirma o refuerza el designio criminoso que ya existía en otra persona.* Cómplices *son todas las personas que, aunque contribuyen causal e intelectualmente a la realización del delito, desarrollan una conducta que* per se *no se acomoda a la definición típica, por cuanto su participación se concreta solo en algunos actos del proceso ejecutivo de la infracción. Desde luego, la complicidad admite, por lo menos teóricamente, diversos grados, en la medida en que el apor-*

te causal sea más o menos eficaz para la ejecución del hecho que se ha propuesto el autor.

La estructura de la coparticipación que se ha bosquejado, si bien es útil desde el punto de vista analítico, ofrece en su aplicación práctica dificultades insoslayables, y no es la más adecuada para la represión. Sin que la Sala pretenda tomar posiciones, en esta oportunidad, frente al arduo y discutido problema de la relación causal, podría sostenerse que todos los que han contribuido a la ejecución del delito lo han realizado, y son, por consiguiente, autores o coautores, así sea preciso atemperar el rigor de la pena dentro de los límites que el legislador al tipificar la infracción ha señalado como arbitrio para los jueces. Tal es, de otra parte, el criterio dominante en la doctrina, que tiende a eliminar la antitécnica diferencia entre complicidad primaria o necesaria *y* complicidad secundaria o accesoria, *que fue adoptada por nuestro Código en sus artículos 19 y 20, y que el maestro Carrara (Programa, párrafo 463) repudió en los siguientes términos: "Pero esta distinción, si bien puede tener sentido práctico dentro de los límites del concurso puramente* moral, *no lo tiene ciertamente en el ámbito del concurso de acción, en donde conduce a graves e inevitables confusiones. ¿Cómo definir con un criterio constante el acto de cooperación* material *que era* necesario *al delito? O es siempre tal, o no lo es nunca. Lo es* siempre, *si se procede con un criterio* concreto, *inferido de las circunstancias especiales del hecho. El ladrón que subió por el balcón, o que abrió el joyero con llave falsa, no podía robar* de ese modo *si otro no le proporcionaba la escalera o la llave falsa. Pero no lo es* nunca *si se considera la posibilidad genérica del delito mismo bajo distintas formas. Aunque nadie le hubiera proporcionado la escalera, podía robar derribando la puerta; y aunque no se le hubiere dado el puñal, podía matar con bastón. No hay* jamás *una complicidad necesaria en un acto de participación material, porque el delito tiene cien modos diversos y posibles de ejecución. Si semejante distinción se entiende bajo un mero criterio de probabilidad, debe cancelársela; porque es horriblemente peligrosa en la práctica, en especial si se la entrega al juicio de los jurados. Y también el decidir si deba aceptarse como criterio la especialidad del modo con el cual fue ejecutado el delito, o bien la posibilidad de otro modo de ejecución, o bien un mero cálculo de* probabilidad, *es una cuestión de derecho previa al juicio de hecho. Piénsese en ello y se verá cuánto hay de diáfano en esta distinción cuando se la quiere aplicar al concurso material. Optimamente, como es su costumbre, Pessina, en el espléndido libro Apunti in torno al nuovo schema di Codice Penale (Napoli, 1875, página 21) desaprueba el sistema que regula la imputación del cómplice sobre el criterio elástico e indefinible de la complicidad* necesaria *o* no necesaria, *y propugna el mantenimiento del criterio clásico y positivo del* dare causam crimini. *Este criterio es justísimo en su idea fundamental, y su aplicación práctica no expone a peligrosos equívocos".*

Ciertamente, como ya se dijo, el estatuto penal colombiano adopta el criterio del Código de Zanardelli sobre la materia, y en sus artículos 19 y 20 establece la diferencia entre cómplices necesarios y accesorios. Debe advertirse, sin embargo, que la primera de las normas mencionadas equipara quod poenam *los cómplices primarios a los coautores, y establece una sanción igual para autores, coautores y cómplices necesarios, motivo por el cual todos ellos pueden considerarse como autores del ilícito, en cuanto los cooperadores necesarios, por lo menos para la legislación colombiana, prestan un aporte causal de tal magnitud en la producción del hecho, que su conducta, en conjunción con la del autor, es en la práctica, igualmente realizadora del tipo penal y merecedora de la sanción establecida por la ley para el delito.*

De otra parte, como bien es sabido, en la teoría de la participación los cooperadores prestan una colaboración causal al autor en diverso grado, y realizan, por tanto, una parte del hecho que es naturalmente atípica, *y que solo adquiere relieves penales en virtud de los llamados dispositivos amplificadores del tipo o de la pena. Solo así es posible la sanción penal de comportamientos que no concretan por sí mismos la figura abstracta descrita en la ley. En cuanto cada uno de los participantes aporta una condición o una causa, todos ellos realizan el delito.*

II. Autonomía legal del jurado.

Por mandato del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, en los procesos que se tramitan con intervención de jurado, "la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que aquél diere respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate". Y el veredicto debe verterse sobre el cuestionario (artículo 533) que el juez de derecho somete a la consideración del tribunal popular, el que a su vez, debe ser trasunto fiel de la imputación contenida en el auto de vocación a juicio. De ahí que esta resolución deba redactarse con expresión de la "calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias *que lo especifiquen" en la parte motiva, pero con el cuidado de no especificar en*

la resolutiva el hecho imputado. Así lo ordena el artículo 483: "La parte resolutiva contendrá, como conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva, el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, el cual 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". De otra parte, el artículo 534 prescribe que "la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito, corresponden al juez de derecho", lo que indica claramente que cuando tales circunstancias sean modificadoras, su apreciación y reconocimiento corresponde al jurado, abriéndose así un vasto campo de acción para él.

En la estructuración típica del hecho punible concurre una serie de elementos, cuya ausencia le quita el carácter antijurídico, o hace cambiar el nomen juris *de la infracción. Son éstas las llamadas circunstancias o elementos constitutivos. Al lado de éstos, hay otros cuya presencia o ausencia no afecta en nada la existencia del delito, que constituyen siempre un* plus *del mismo, y cuya misión no es otra que modificar la penalidad para agravarla o atenuarla. Y este fenómeno sucede en cuanto esos elementos, que pueden ser agravantes o atenuantes, reales o personales, objetivos o subjetivos, comunes o especiales, modifican también el quantum de culpabilidad. Así sucede, por ejemplo, con la atenuante de la provocación, que reduce la intensidad del elemento subjetivo, por virtud del estado de emoción violenta que preside el comportamiento del sujeto. O con las agravantes enumeradas en el artículo 363 del Código Penal, que ciertamente no constituyen un tipo específico de delito (el denominado asesinato), sino que son elementos que al concurrir con el hecho previsto en el artículo 362, agravan la penalidad por intensificación de la culpabilidad.*

Son estas las circunstancias modificadoras *a que se refiere el artículo 534 del Código de Procedimiento Penal.*

Dentro del sistema de cuestionario único adoptado por nuestra legislación procesal, los jurados deben contestar el que se somete a su consideración con un sí o un no, "pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas *a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación" (artículo 535). No existe en el Código norma alguna que prohiba al jurado popular expresar en el veredicto circunstancias modificadoras agravantes que no se hayan formulado en el cuestionario, o que no se hayan previsto en el auto de proceder, sin limitación distinta al respecto del género del delito por el cual se haya producido el auto de procesamiento. Tal fue, de otra parte, la doctrina de la Corte durante muchos años, hasta que se adoptó el criterio restrictivo a partir del año de 1961, tesis esta última que se ha mantenido hasta ahora sobre la base de que si el jurado agravara la situación planteada para el imputado en la cuestión respectiva, "rebasaría su función juzgadora".*

Un nuevo examen de la cuestión permite a la Sala retornar a su primitiva doctrina, con base en los argumentos planteados que son expresión de la más pura lógica jurídica, y en imprescriptibles motivos de conveniencia social.

Si se piensa que el jurado no tiene facultad legal para expresar circunstancias agravantes en el veredicto, se subvierte la razón fundamental del juzgamiento, y se le reduce inexplicable y antitécnicamente a la sola función de procurar el beneficio del imputado, con olvido de su verdadera finalidad que no es otra que verificar si concurren o no las circunstancias de hecho y de derecho para declarar la pretensión punitiva del Estado, en el ámbito de las garantías instituidas por la Constitución para que el sindicado pueda ejercer su defensa a plenitud.

En efecto, el proceso penal se divide en dos grandes etapas: el sumario o período instructorio, que es simplemente instrumental, destinado a la recolección de pruebas, caracterizado por el secreto, por la escritura y por la ausencia de controversia, en el sentido técnico-procesal de la expresión. Y la causa, proceso de cognición o plenario, como lo denominan los españoles por oposición al vocablo sumario, que es el momento procesal en que se realiza el debate contradictorio, público y oral. A su vez, la causa se divide en dos vertientes, ambas de singular importancia: el período probatorio, que es aquel en el cual el imputado o su defensor puede pedir la práctica de pruebas específicamente destinadas a derrumbar la concreta imputación formulada en el auto de proceder; y la audiencia pública, que, especialmente en los juicios con intervención de jurado, es el verdadero acto procesal de juzgamiento. De las pruebas aportadas en el período correspondiente de la causa, o de la controversia cumplida en la audiencia, pueden surgir situaciones nuevas no previstas en la resolución enjuiciatoria. Si tales situaciones nuevas son de tal envergadura que modifican el género del delito, habrá de producirse la nulidad de la actuación por

error en la denominación jurídica del hecho. Pero si apenas constituyen circunstancias modificadoras —agravantes o atenuantes— el juez debe proponerlas en el cuestionario si surgieron en el período de pruebas, y de todas maneras el jurado tiene potestad legal para declararlas en el veredicto, si dentro de su convicción íntima, aparecen como probadas en el proceso, así hayan surgido solo en los debates públicos de la audiencia. Si así no fuera, carecería de razón de ser el período probatorio de la causa, y constituiría más bien un trámite inútil y engorroso, y los debates de la vista pública no cumplirían objeto distinto a procurar nuevas posibilidades defensivas al imputado, como si la acción penal no fuera un poder-deber del Estado encaminado a una correcta y eficaz administración de justicia.

De otra parte, es evidente que esta tesis en nada afecta los intereses legítimos del procesado, ya que si es verdad que característica sustancial del principio de inmutabilidad de la imputación que rige nuestro procedimiento es el de que no se pueda cambiar o modificar el thema decidendum, *este requisito se cumple a cabalidad cuando se advierte que por motivo alguno se puede ir en la veredicción más allá de la genérica calificación del hecho debatido. Ciertamente, el auto de proceder es la concreta formulación del cargo que el Estado hace al imputado, y la notificación de que dentro de esa imputación debe girar la actividad defensiva del mismo. Pero resulta imposible separar el hecho de las circunstancias que lo rodean y que normalmente no aparecen* ex novo *en la causa, sino que por lo menos se insinúan en el conjunto de pruebas recogidas en el sumario. Por lo demás, en la audiencia, que debería ser un debate* inter partes, *habrá amplias oportunidades para que la controversia se desarrolle no solo en torno a la existencia del hecho o a la responsabilidad del procesado, sino también a todas las circunstancias y modalidades de la imputación.*

En sentencia de 27 de febrero de 1970, reiterada en numerosas oportunidades, la Corte definió con precisión las garantías que integran el denominado derecho de defensa, y que están amparadas por el artículo 26 de la Constitución. Dijo entonces:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27 así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia plena de las formas del juicio, y

"d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde".

Del estudio de esta doctrina, que interpreta cabalmente el artículo 26 del estatuto político, surge con inequívoca certeza que ningún derecho se quebranta al reconocer la autonomía del jurado popular en los términos enunciados en esta providencia.

Finalmente, debe recordarse que el Código consagraba el sistema de cuestionarios múltiples, dentro del cual era deber del juez interrogar al jurado sobre todos los elementos constitutivos del hecho punible y sobre las circunstancias modificadoras, separadamente, y derecho de las partes el de solicitar la incorporación a los cuestionarios de todas las posibilidades. La derogación de este sistema no se cumplió con miras a recortar facultades al jurado, sino con el objetivo práctico de eliminar las contradicciones y dificultades que se presentaron en los pocos años de su vigencia.

Fluye de lo anterior que, dentro del género del delito, el jurado popular tiene facultades para expresar en el veredicto todas las circunstancias modificadoras que considere demostradas, estén incluidas o no en el cuestionario o aun en el auto de proceder, sin otros límites que la evidencia de los hechos consignados en el proceso. Solo cuando el juez o el Tribunal encuentren que el veredicto es claramente injusto podrán limitar la autonomía del jurado, no porque su criterio se halle en pugna con la veredicción, sino única y exclusivamente porque ella resulte notoriamente absurda en virtud de la clara y ostensible contradicción con las pruebas irrefutables aducidas a los autos.

III. Reiteradamente ha dicho la Corte que veredicto contradictorio es aquel que se concreta en una proposición cuyos términos son antagónicos semántica y gramaticalmente, hasta el punto de que resulta imposible desentrañar racionalmente su contenido, porque sus extremos se destruyen entre sí. No es ésta la situación que se aprecia en el veredicto emitido por el jurado que juzgó a Nohora Díaz v. de Duarte. Con razón afirma el Procurador que "se observa que el veredicto dado por los jueces de conciencia en el caso a estu-

dio, solo hizo un cambio en el grado de participación de la procesada en el homicidio de su esposo, sin que ello implique cambio en la penalidad recibible por su comportamiento en el injusto, oídas las voces del artículo 19 del estatuto punitivo. Cierto es que cuando se le comprometió a comparecer en juicio criminal su conducta fue individualizada como correspondiente a autora única del execrable delito, habiéndola señalado el juri 'al menos como cómplice necesaria'. Mas, este agregado no puede tenerse como negación de la responsabilidad reconocida en el 'sí' con que se inicia el veredicto sino, únicamente, ya se dijo, como cambio en el grado de participación de la procesada en el crimen''.

Sin duda alguna el veredicto cuestionado no es contradictorio, y la interpretación correcta es la que vertió el Tribunal en la sentencia. El jurado afirmó rotundamente la responsabilidad de la imputada, expresó dudas sobre el carácter de autora física del homicidio, pero reafirmó su participación ''al menos como cómplice necesaria'', es decir, que ''por lo menos'' prestó una colaboración sin la cual no habría podido cometerse el hecho punible. Negó, pues, el juri la autoría material, pero afirmó la complicidad necesaria de la procesada en términos tan claros que no dejó campo para la duda o la ambigüedad. Al declarar la responsabilidad de la señora Díaz, el jurado popular procedió, estimulado por la controversia suscitada en la audiencia pública, en la que, como consecuencia de las pruebas aducidas en el sumario, se planteó la posibilidad de que más personas distintas a la condenada, hubieran intervenido en la ejecución delictual. La respuesta, inclusive, es la que expresamente solicitó el apoderado de la parte civil, tal como puede verse en las actas de la audiencia. De otra parte, la circunstancia de que en el proceso no se conozcan eventuales copartícipes, no influye para nada en el juzgamiento de una persona de quien se predica que es cómplice.

Finalmente, conviene advertir que el jurado tiene competencia para modificar, en la medida en que lo estime probado, el grado de participación de uno o varios imputados, como la tiene también, ya se dijo, para decidir sobre las circunstancias modificadoras del delito, dentro del ámbito del género por el cual se haya proferido el auto vocatorio. No prospera, por consiguiente, el cargo.

Tercer cargo. En el análisis anterior se llegó a la conclusión de que el veredicto emitido por el jurado en esta causa no solo no es contradictorio, sino que, además, fue correctamente interpretado por el Tribunal. Por consiguiente, para refutar los argumentos del recurrente, basta con los que la Sala expuso con abundancia en el estudio del cargo primero.

Con razón sostiene el colaborador Fiscal sobre este particular:

''La debilidad de los argumentos con que se ensayó defenderse el cargo único al fallo recurrido, es de por sí suficiente para su rechazo. En efecto: se afirma que el ad quem no especificó el grado de participación de la procesada, pues que únicamente se limitó a 'confirmar' la sentencia de primer grado lo cual no es cierto. El honorable Tribunal en sus consideraciones finales, previas a la resolución de confirmación, expresa: 'De lo expuesto se deduce que obra en autos la plena prueba que requiere la ley procesal para proferir sentencia condenatoria por quebranto del precepto contenido en el artículo 363 del C. P. en relación con lo dispuesto en el artículo 19 del mismo estatuto...' Este planteamiento final es la síntesis de la exposición conceptual vaciada en pasajes anteriores del fallo recurrido, lo que arroja unidad de idea en las consideraciones precedentes a la resolución de la sentencia, guardándose armonía en el criterio gobernante del fallo. La demanda da a entender que el actor solo tuvo en cuenta la parte resolutiva del fallo, sin que le merecieran valor alguno las consideraciones generales del mismo, pues da a entender no haberlas estudiado, pecándose gravemente con tal proceder, por cuanto las providencias o pronunciamientos de los juzgadores han de tenerse como una unidad para su interpretación, distorsionándose o desdibujándose su contenido al tenerse solo en cuenta acápites suyos, toda vez que la idea central, que a manera de columna vertebral sustenta el fallo, se expande en todo su cuerpo''.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de origen y fecha conocidos en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS

No es aplicable en los procesos que tienen el grado de consulta y hoy por mandato de la Ley 17 de 1975, en su artículo 3º, tampoco tiene operancia en ninguna clase de sentencias.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, mayo veintidós (22) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 22 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de veintidós de junio último, por la cual impone al recurrente Rafael Ignacio Alzate Correa la pena principal de quince años y tres meses de presidio, como responsable de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Décimo Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso.

En la sentencia recurrida se hace la siguiente síntesis de los hechos:

"Entre Alzate Correa y Eliseo Espinosa Aguirre, por causas no establecidas en los autos, había grave enemistad y constantes divergencias, al extremo que el acusado, individuo que goza de bien merecida fama de belicoso o camorrista, prometió que eliminaría a su adversario. Bajo ese clima de tirantez, el primero de octubre de 1971, al comienzo de la noche, Espinosa Aguirre vio accidentalmente a Alzate Correa en el centro de la ciudad, para esquivarlo fue a otro sitio en busca del vehículo que lo condujera, en asocio de su amiga Graciela Zapata García, a 'Manrique Oriental', barrio de su residencia, y cuando descendían del automotor, en la esquina de la carrera 30 con la calle 70, el acusado, que de seguro llegó adelante para dedicarse a esperar a Espinosa Aguirre, lo abordó de manera súbita y ubicándose a sus espaldas le clavó un cuchillo, a la altura del sexto espacio intercostal izquierdo con la línea escapular media, dejando allí en brote de insensibilidad enterrada el arma hasta el mango o empuñadura. El interfecto murió en contados minutos, por anemia aguda a causa de los funestísimos destrozos orgánicos causados por el arma, en tanto que el victimario huía a refugiarse en su casa de habitación, ubicada a corta distancia del escenario de los hechos, sitio en donde la policía fue a capturarlo inmediatamente después del suceso, por el señalamiento que hizo Graciela Zapata García de él, como autor del homicidio, y a tiempo que aún llevaba puesta la ruana con que le vio la testigo y bajo la cual quizá ocultaba el arma".

Calificado el sumario con llamamiento a juicio de Alzate Correa por homicidio calificado (artículos 362 y 363-5º) y cumplida la audiencia pública de juzgamiento, el jurado, por mayoría de votos, dio respuesta afirmativa ("sí es responsable") al cuestionario que le fue propuesto.

Acogido el veredicto en las instancias, el juzgador *ad quem* elevó en tres meses la pena de quince años de presidio impuesta por el Juzgado Décimo Superior de Medellín.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el demandante la causal primera de casación, pues estima que la sentencia acusada es "violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea" y sustenta, así, el cargo único que aduce:

"1º Comienzo por recordar que en el Código Penal Colombiano, como quedó consignado en la exposición de motivos de la Ley que lo integró (95 de 1936), quedó muy en claro, como criterio de la comisión a la que se encomendó su elaboración del proyecto, que, por su orientación estimada positivista, el problema de la dosimetría

penal o la fijación de la penalidad era una atribución, si no absoluta, al menos discrecional del juez de la causa o juez de primera instancia, quien, dentro de la técnica del proceso, estaba en condiciones directas de apreciar la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente.

"2º Esto podrá tener, dentro de la realidad del proceso criminal, un sentido relativo, pero mantiene su vigencia, así la jurisprudencia, por mucho tiempo, no la haya sostenido amparándose en los objetivos de la doble instancia y en el principio de la plena jurisdicción del *ad quem*, principalmente cuando las sentencias están sometidas a consulta, por ministerio de la ley.

"3º Precisamente por este grado de jurisdicción, se mantuvo y sostuvo la doctrina de no plantearse en el proceso penal el problema relativo a la restricción de la *reformatio in pejus*, quebrantándose con la tesis de privar un interés público y no un interés particular, una norma de defensa y desfigurándose hasta el extremo la naturaleza y el fin del recurso ordinario de apelación.

"4º Esa larga tradición jurisprudencial, que yo mismo acepté por mucho tiempo, ha sido revisada, no caprichosamente, sino atendiendo a las mismas disposiciones que rigen el aludido recurso y las que gobiernan la consulta.

"5º El artículo 198 del C. de P. P. establece la consulta para algunas providencias y el artículo 199 indica cuáles están sometidas a ese grado de jurisdicción, pero solo para el caso de que 'contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación', lo que quiere significar, inequívocamente, que si una providencia que es consultable, la apela alguna de las personas que intervienen en el proceso penal, la jurisdicción la adquiere el superior exclusivamente, a virtud del recurso, no del grado de jurisdicción antes indicado.

"6º Al proceso penal, a falta de disposición expresa sobre cualquier asunto procedimental, le son aplicables los preceptos del Código de Procedimiento Civil. Si a este Código hay que acudir, es lógico que en materia de apelación se tienen en cuenta los artículos 350 a 357 de dicha obra, que armonizan con las disposiciones que sobre consulta cito en el aparte 5º del Código de Procedimiento Penal.

"7º Ahora bien: Si en la parte final de la sentencia de primer grado debió decirse: 'Notifíquese, y si no fuere apelada, consúltese', lo cierto es que la sentencia del *ad quem* en su párrafo inicial (folios 382 y siguientes) advierte que procede 'a desatar el recurso de apelación interpuesto por el acusado...', sin que para nada tuviera que asentar su jurisdicción en la 'consulta'. Y si la apelación la había interpuesto precisamente el afectado con el fallo condenatorio, se entendía, procesalmente, que acudía a ese recurso en procura de obtener una sentencia favorable o menos gravosa. Porque para eso está instituido el recurso de apelación: para que se revoque o se reforme en lo desfavorable una providencia.

"8º Así expuesto el asunto en este debate y teniendo en cuenta que el Ministerio Público no apeló, el honorable Tribunal, estaba en capacidad, exclusivamente, de confirmar el fallo del juzgado y, si era del caso, revocarlo por un vicio de procedimiento o por estimar contraevidente el veredicto del jurado, pero en modo alguno la apelación interpuesta por mi representado permitía al Tribunal confirmar la sentencia y reformarla para el efecto de elevar en tres meses de presidio la pena impuesta por el fallador de primera instancia.

"9º Hubo, en consecuencia, una violación de la ley sustancial, concretamente del artículo 363 del Código Penal, lo mismo que de los artículos 36 y siguientes del mismo estatuto, tanto por aplicación indebida como por interpretación errónea".

Y pide el actor, en consecuencia, que se case el fallo impugnado para que la Corte profiera el que deba reemplazarlo, dejando sin efecto "la reforma introducida por el Tribunal a la sentencia de primer grado".

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se deseche el recurso, por cuanto el cargo carece de comprobación. Dice, en efecto, que reitera su concepto, recogido en la sentencia de 21 de agosto de 1973 por la Corte y que, además, "no comparte el planteamiento del actor, en el sentido de que cuando una de las providencias que deben ser consultadas (artículo 199 del C. de P. P.), es apelada, el superior solo adquiere la competencia para conocer de ella en razón de tal recurso, no surtiéndose el grado jurisdiccional de consulta. Este, por emanar directa y expresamente de la ley, por ministerio suyo, no puede desaparecer por la mera circunstancia de ser concurrente con la apelación que de la misma providencia se haga, pues su filosofía, tal lo ha apuntado la honorable Corte, es la de que tales providencias estén sometidas obligatoriamente al principio de las dos instancias, sin limitación alguna a la potestad decisoria de los sentenciadores".

Agrega que "el núcleo racional de la censura, aunque expresamente no se haya dicho en el

libelo de acusación, es la falta de competencia del *ad quem* para agravar la pena impuesta al recurrente, por el sentenciador de primer grado. De ser ello cierto, se estaría en frente a la causal primera de nulidad en los procesos penales, taxativamente indicado en el artículo 210 del C. de P. Penal, caso éste, para el cual, el reclamo en casación solo puede hacerse en el marco de la causal 4ª del artículo 580 ibídem o siguiendo la novísima jurisprudencia de la honorable Sala de Casación Penal, estudiarse la censura planteada a la luz de tal motivo casacional".

Considera la Corte.

Según la doctrina elaborada por la Corte en los últimos años sobre la no reformatio in pejus *en materia penal y de acuerdo con su paulatina decantación, esa restricción de la facultad jurisdiccional del juzgador* ad quem *solo se presenta con las siguientes condiciones:*

1ª Que se trate de providencias para las cuales la ley no haya señalado el grado de jurisdicción de la consulta, y

2ª Que la alzada se deba al recurso de apelación de alguna de las partes solamente (la parte civil o la parte procesada) y que tampoco el Ministerio Público haya propuesto ese recurso.

En cuanto a la primera, ha dicho la Corte en fallo que recuerda el Procurador Primero Delegado en lo Penal que "no puede olvidarse que lo que la ley quiere, al establecer la consulta para determinadas resoluciones judiciales, es que los asuntos comprendidos en ellas tengan necesariamente dos instancias, sin límites en cuanto al poder decisorio de los jueces".

Y respecto de lo segundo, atendido que si el procesado y la parte civil impugnan, mediante el recurso de apelación un proveído, es obvio que lo favorable para aquél resulta lo desfavorable para ésta y también al contrario, lo cual lleva a que el juzgador de segunda instancia pueda revisar, sin límite de competencia alguna, la decisión de primer grado. Es obvio que si el Ministerio Público, con otra de las personas que intervienen en el proceso penal, propone el recurso, atendida la amplitud de su intervención en el negocio penal, en el que, estrictamente, no tiene la calidad de contraparte, pues bien puede, según lo entienda en el cumplimiento de su misión, coadyuvar a la defensa o buscar la aplicación de las sanciones al responsable, así mismo la jurisdicción del juzgador ad quem *resulta plena, sin limitación por el principio de la "*no reformatio in pejus".

Ahora bien:

*Muy transitoria fue la acogida de esta doctrina, en forma que la reciente reforma al Código de Procedimiento Penal llevada a cabo mediante la Ley 17 de 2 de abril de 1975, vigente desde el día nueve de este mes ("Diario Oficial" número 34292) expresamente dispone que no tenga aplicación alguna en materia penal. El artículo 3º de esa ley introduce el artículo 197-bis al Código de Procedimiento Penal, con los siguientes términos: "*Reformatio in pejus. *El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".*

Claro que este precepto, para la fecha de la sentencia recurrida, ni siquiera había sido proferido. Solamente se trae a colación para poner de manifiesto que el interés público de la defensa social, que informa el artículo transcrito, priva sobre algunas garantías procesales más del resorte del conflicto de intereses privados, como ese de la no reformatio in pejus.

Pues bien:

Como observa el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el planteamiento de la demanda conduce a negar la competencia del Tribunal Superior de Medellín para modificar, agravando, la situación del procesado Rafael Ignacio Alzate Correa, con oportunidad de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado Décimo Superior de la misma ciudad que lo halló responsable de homicidio agravado y le impone la pena de que se ha hecho referencia.

Y ese planteamiento lleva a que se piense en una posible nulidad del proceso, a partir de la sentencia de segunda instancia, inclusive.

Pero el actor no propuso la causal cuarta de casación, vía expresa para que se casen las sentencias de los Tribunales Superiores por estar proferidas en juicios viciados de nulidad.

No obstante, según reciente doctrina mayoritaria de la Sala Penal, también recordada por el Ministerio Público en la respuesta que da a la demanda de casación, en materia penal la Corte debe ocuparse de los vicios procesales manifiestos, anotados por el actor en su libelo y aun cuando éste nada diga en cuanto a la invocación del motivo cuarto de casación, pues siendo manifiesto el motivo de nulidad y encontrándose que el proceso, por tal motivo, es inválido, mal podría la Corte, en el supuesto de que prosperara otra causal (la primera o la segunda, por caso), proferir sentencia en un proceso nulo.

Pero no es esa la situación que ofrece este caso, pues la supuesta nulidad por incompetencia del

juez (del juzgador ad quem) *no sólo no resulta manifiesta, sino que no existe, por las siguientes consideraciones:*

1. El grado de jurisdicción que se desprende de la obligatoriedad de la consulta de los proveídos judiciales en materia penal no está condicionado, en su amplitud, a la simple circunstancia de que solamente una de las partes interponga o no el recurso de apelación, o lo haga o no el Ministerio Público. Cuando el artículo 199 del C. de Procedimiento Penal se ocupa de señalar cuáles proveídos son consultables y manda que se consulten si "contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación dentro del término legal", no se está haciendo el distingo que anota el demandante, sino precisamente insistiendo en que, aun cuando esos proveídos no sean apelados, debe el superior revisarlos.

2. De conformidad con la propia doctrina de la Corte sobre la "no reformatio in pejus", dado que en el número 1º del citado artículo 199 del C. de Procedimiento Penal se manda que "la sentencia y el sobreseimiento definitivo..." sean consultados... "cuando la infracción por que se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año", el fallo recurrido en casación forzosamente debía ser revisado por el superior en razón de ese grado de consulta, y en ese supuesto, la competencia para resolver la adquirió el juzgador ad quem *de manera plena, sin restricción alguna.*

La apelación de la sentencia interpuesta por la parte procesada solamente, no puede tener ese alcance que le señala el demandante, de restringir la jurisdicción del juzgador de segundo grado que en forma plena le otorga la obligación de revisar la del inferior por razón de la consulta.

Lo que ocurre es que el legislador, cuando se ocupó de la redacción del artículo 199 del C. de Procedimiento Penal, no podía tener in mente *sino que, de todos modos, apeladas o no apeladas esas providencias allí aludidas, el superior debía revisarlas.*

3. No puede decirse, entonces, que el Tribunal Superior de Medellín, al revisar la sentencia de primera instancia, no podía agravar la pena privativa de la libertad impuesta al recurrente Alzate Correa, pues aun tomando en cuenta la doctrina de la "no reformatio in pejus" elaborada por la Corte, la plena jurisdicción para examinar ese fallo se la otorgaba.

El cargo, pues, no aparece comprobado y no resulta, en consecuencia, que el juzgador de segunda instancia, al incrementar en tres meses de presidio la pena privativa de la libertad que el Juzgado Décimo Superior de Medellín impuso al recurrente, haya aplicado indebidamente la ley sustantiva penal.

Cabe desechar el recurso de casación, como lo pide el Procurador Delegado, pues no prospera la causal invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

PECULADO

Interés o bien jurídico tutelado. Es un delito contra la Administración Pública.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 20 de 22 de mayo de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por auto de febrero 25 de 1974 esta Sala llamó a "responder en juicio criminal a Guillermo Cabrera Zambrano, de las condiciones civiles anotadas en la parte motiva, por el delito de peculado que define y sanciona el Título III, Libro II del Código Penal", y ordenó la detención provisional del mismo, sin que hasta la fecha se haya podido hacer efectiva.

Tramitada la causa y celebrada la audiencia pública, procede ahora la Corte a dictar sentencia.

Los hechos.

Se inició la investigación en virtud de oficio número 1802 de septiembre de 1972, dirigido por el Jefe de la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores al Procurador General de la Nación, en el cual denunciaba hechos aparentemente delictuosos realizados por Cabrera Zambrano en su carácter de Cónsul de Colombia en Tulcán, República del Ecuador. La Procuraduría envió la actuación a la Corte, y ésta abrió investigación el 16 de octubre del año mencionado.

La imputación fue concretada así en la resolución de llamamiento a juicio:

"Se atribuye a Guillermo Cabrera Zambrano, cuya calidad de Cónsul de Colombia en Tulcán se encuentra debidamente establecida con las copias del decreto de nombramiento, del acta de posesión y con la certificación sobre el ejercicio del cargo hasta el 7 de noviembre de 1972 (folios 47, 48 y 49), el hecho de apropiarse en su beneficio la suma de US$ 833.53, que le fue enviada por el Consulado de Colombia en Nueva York, en cheque número 194 del Bank of New York, suma destinada a la compra de muebles para la oficina, suministrados por la firma 'Foresta', según cotizaciones que esta casa comercial había remitido con anterioridad.

"El cheque fue cobrado por el Cónsul Cabrera Zambrano en el mes de mayo de 1972 y, hasta el 19 de septiembre del mismo año, no había cancelado el valor de los muebles a la firma vendedora.

"Posteriormente, y debido a la retención de los sueldos que Cabrera Zambrano devengaba como Cónsul, el Ministerio de Relaciones Exteriores obtuvo que el sindicado autorizara la cancelación de los ochocientos treinta y tres dólares con cincuenta y tres, tomando esta suma de la de US$ 1.204.50 correspondiente al cheque Nº 30707, girado por el Ministerio al sindicado por concepto del último sueldo que debía pagársele".

Las pruebas.

Aunque en la etapa probatoria de la causa se practicaron varias diligencias, la situación de Cabrera Zambrano no varió, motivo por el cual resulta pertinente transcribir el análisis vertido por la Sala en el auto calificador:

"Sobre la imputación expresada en la forma que antecede, existen en el expediente las siguientes pruebas:

"1. Con oficio número 553-133 del 29 de diciembre de 1971, cuya copia figura en el folio 3, Guillermo Cabrera Zambrano, Cónsul de Colombia en Tulcán, envió al Ministerio de Relaciones Exteriores tres cotizaciones, en sucres, para compra de muebles destinados a la oficina del consulado.

"2. El Subsecretario de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, con

oficio número 249-22 del 7 de febrero de 1972 (folio 4), hizo llegar al Cónsul en Tulcán la Resolución número 144, por medio de la cual el Fondo Rotatorio de la Cancillería autorizó el giro de ochocientos treinta y tres dólares con cincuenta y tres centavos de dólar (US$ 833.53), suma que debía ser pagada a la firma "Foresta, S. A.". Efectivamente al folio 5 figura la copia de dicha Resolución, distinguida con el número 144.

"3. El Gerente Comercial de la referida casa vendedora cobró varias veces la suma que se le adeudaba, pues ya había entregado los muebles, sin que se le cancelara el valor de la factura que era de veintiún mil novecientos diez y seis con ochenta y cinco sucres, equivalentes a ochocientos treinta y tres con cincuenta y tres dólares. Ante la negativa del Cónsul Cabrera Zambrano, se dirigió a la Embajada de Colombia en el Ecuador, oficina que, a su turno, envió el informe correspondiente al Ministerio de Relaciones Exteriores, y el Ministerio, en oficio número 1202 del 12 de julio de 1972 (folio 7), hubo de reclamar al Cónsul por la irregularidad diciéndole que ésta era 'inaceptable'.

"4. El Subsecretario de Asuntos Administrativos del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 10 de agosto de 1972 (folio 9), volvió a reclamarle al Cónsul Cabrera Zambrano 'por el incumplimiento de su parte para cancelar a la firma 'Foresta S. A.', la referida suma, en dólares'. En esta comunicación advierte que 'el Ministerio se ve obligado a adelantar las acciones legales correspondientes para solucionar este enojoso asunto'.

"5. El Embajador de Colombia en el Ecuador, en nota del 28 de junio de 1972 (folio 12), volvió a enviar al Ministerio el reclamo de la casa vendedora porque el Cónsul Cabrera Zambrano 'nos engañó comunicándonos la llegada de un giro inexistente'. En esta comunicación agregó el Gerente Comercial de 'Foresta, S. A.', Guillermo Ibieta C., que 'toda comunicación telefónica con el señor Cabrera ha sido inútil'.

"6. El 21 de agosto de 1972, el Jefe de la División de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores hizo llegar al Secretario General de la Cancillería el memorando número 799 (folio 21), sobre el mismo hecho.

"7. Finalmente, el Jefe de la Sección de Personal de la Cancillería ordenó la retención de las sumas devengadas por Cabrera Zambrano para poder cancelar los muebles adquiridos por éste, hecho que se produjo como queda puntualizado.

"Las pruebas de la imputación, según la relación anterior, están constituidas por documentos públicos, es decir, por constancias escritas expedidas por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones, de manera que, de acuerdo con el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, constituyen plena prueba de que efectivamente Cabrera Zambrano recibió el giro en dólares en el mes de mayo de 1972 y de que, efectivamente, solo reintegró el valor correspondiente en noviembre del mismo año. De manera que surge de ellos que el Cónsul colombiano retuvo indebidamente esa suma durante más de cinco meses sin que milite explicación alguna sobre el porqué de tal operación.

"Los antecedentes indican que el funcionario sindicado se apropió de los fondos en su provecho y que solamente debido a la compulsión ejercida por el Jefe de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, autorizó que con uno de sus sueldos se pagara el valor de los muebles adquiridos para el Consulado".

Alegaciones de las partes.

En el acto de audiencia pública, tanto el Procurador Primero Delegado en lo Penal, como el defensor del acusado, expusieron ampliamente sus puntos de vista, y por escrito presentaron la síntesis de sus intervenciones orales.

El Procurador solicitó que se dictara sentencia condenatoria contra Cabrera Zambrano, y para fundamentar su petición hizo un minucioso examen de la prueba de incriminación, la que, en su sentir, demuestra a plenitud que el ex-Cónsul imputado se apropió de la suma de US$ 833.53 que le fueron girados para pagar los muebles comprados a la Casa Foresta con destino al Consulado de Tulcán. Estudia, igualmente, los aspectos jurídicos del proceso y concluye así:

"Para reforzar o complementar la comprobación que hacen los elementos probatorios que se han terminado de convocar, en la identificación de la específica conducta delictual del procesado, es conveniente hacer referencia a las copias de notas remitidas por el Embajador colombiano en Quito y a las cartas o peticiones del Gerente de la firma 'Foresta, S. A.', para obtener el pago de los muebles vendidos al ex-Cónsul procesado para el despacho a su cargo, obrantes a los folios 11, 12 y 13 a 21, como también las copias de la nota de once de septiembre de 1972 del Jefe de Personal al Jefe de Presupuesto del Ministerio de Relaciones Exteriores para ordenar retener sumas que se deban al acusado Cabrera (folio 23), con lo cual se logró recuperar los dineros de que se apropió indebidamente aquél, lo que permitió resarcir los perjuicios económicos que el Estado colombiano sufrió con la delictuosa

conducta del procesado, no así los perjuicios morales que éste le causó a la Nación con el protervo comportamiento oficial...

"Si el procesado autorizó, tal como lo informa el Jefe de la Sección de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores, que se pagara con lo a él debido por sueldo devengado en el último mes como Cónsul colombiano, el valor de los tantas veces referidos muebles, después de haber transcurrido más de cinco meses de la fecha en que recibió los dineros para tal fin, es porque, lisa y llanamente, acepta haberse apropiado indebidamente en provecho suyo el valor de tales muebles, valor del cual, también ya se dijo, acusó recibo, realidades procesales éstas indesvirtuables a todas luces. Con esta autorización del procesado Cabrera se demuestra que su comportamiento arbitrario frente a los dineros oficiales recibidos para la cancelación de la obligación comercial, se identifica con el que es propio para actuar como señor y dueño, conducta que es núcleo racional del injusto, en cuyo marco encaja, a perfección, la imputación por la que se le comprometió a comparecer en juicio criminal".

Por su parte, el defensor solicita que se absuelva al imputado, y tras analizar extensamente tanto la prueba como el aspecto jurídico, sostiene que Cabrera Zambrano se vio imposibilitado para cumplir oportunamente con la obligación de pagar a la casa 'Foresta, S. A.', el valor de los muebles, debido a las circunstancias de que de la época en que se llevó a cabo la cotización a la en que se concretó el negocio, el valor del peso colombiano en relación con el sucre había descendido notoriamente y, porque, además, Cabrera Zambrano debió pagar de su propio peculio el valor del transporte de los muebles desde la ciudad de Quito a Tulcán. Afirma también que la deuda con 'Foresta, S. A.', no comprometía al Estado colombiano, sino que se trataba de un crédito personal a cargo del ex-Cónsul, motivo por el cual mal puede hablarse de un delito contra la Administración Pública, y menos aún de peculado. Finalmente, arguye que no hay en el proceso ningún elemento probatorio que permita sostener que su defendido se apropió de dineros del Estado, pues que se trata simplemente de una mora en el pago ocasionado por las circunstancias ya anotadas, ajenas en todo caso a la voluntad de Cabrera Zambrano.

Consideraciones de la Corte.

I. Como se dijo anteriormente, la sólida prueba de incriminación que se tuvo en cuenta para dictar auto de vocación a juicio, no sufrió desmedro alguno con las que se practicaron en el respectivo término de la causa, y, antes bien, podría sostenerse que se robusteció aún más con las declaraciones de Carlos Aníbal Herrera Delgado (folio 195 vuelto) y Guillermo Luis Ibieta (folio 197), que narran minuciosamente todo el proceso de la negociación del ex-Cónsul con la empresa "Foresta, S. A.", las gestiones de cobro del valor de los muebles, y la culminación con el pago de la suma de US$ 833.53 por parte de la Embajada Colombiana en Quito el 13 de diciembre de 1972; y de Carlos Borda Mendoza (folio 928) y Antonio Gaitán Martínez (folio 233), funcionarios de la Cancillería Colombiana, que aportan datos importantes para evaluar la conducta del ex-funcionario acusado. Igualmente, se aportaron fotocopias de otros documentos, que demuestran inequívocamente la renuencia de Cabrera Zambrano para entregar un dinero que había recibido con la específica destinación de pagar el valor de los muebles comprados para el Consulado Colombiano en Tulcán.

Con fecha abril 24 de 1972, Cabrera Zambrano se dirige a la casa "Foresta S. A.", para comunicarle que "el suscrito Cónsul General de Colombia recibió en perfectas condiciones el mobiliario despachado por ustedes vía Bolivariana. Además, me permito comunicarles que hasta la presente no he recibido el cheque del Consulado General de Colombia en Nueva York. Estoy insistiendo y tan pronto como llegue será grato cancelarles".

Por su parte el Cónsul General de Colombia en Nueva York, con fecha 29 de marzo de 1972, anuncia a Cabrera Zambrano la remisión del cheque número 194 del Bank of New York, "girado a su favor por la suma de US$ 833.53 contra la cuenta Ministerio de Relaciones Exteriores. Fondo Rotatorio, con destino a la adquisición de muebles y equipo para la oficina a su digno cargo, según Resolución número 144 de febrero 4 de 1972" (folio 45). Y Cabrera Zambrano, por oficio de mayo 5 de 1972 acusa recibo del mencionado cheque, que luego fue cobrado en el mismo mes de mayo. De esa fecha en adelante aparece una serie de comunicaciones de los gestores de "Foresta, S. A.", que buscan la obtención del pago, y otras del ex-Cónsul, elusivas y dilatorias. Finalmente, a folio 207 se observa fotocopia del recibo de pago por US$ 833.53, expedido por "Foresta, S. A.", a la Embajada colombiana en Quito, el 13 de diciembre de 1972.

No hay en el expediente constancia alguna que permita deducir que Cabrera Zambrano pagó de su peculio suma alguna por concepto de transporte de los muebles desde Quito hasta Tulcán, y aunque es evidente que en la factura respectiva se dice que el traslado de esos elementos corre por cuenta del comprador, se ignora si su

importe fue pagado por el Ministerio, o por la Embajada, o si, finalmente, no se solucionó. Pero de todas maneras, en la hipótesis más benigna, es decir, admitiendo que el acusado sí pagó alguna suma por el transporte, tal circunstancia en nada influye en el proceso, por cuanto solo significaría que la cuantía del ilícito sería ligeramente menor a la que se ha dado como establecida.

De otra parte, el argumento de que la cotización del peso colombiano en relación con el sucre se había envilecido durante el lapso comprendido entre las diligencias iniciales de la contratación y la fecha de entrega de la mercancía y la de recepción del cheque proveniente de Nueva York, carece en absoluto de importancia. Si el imputado hubiera procedido de buena fe, y si realmente tal fenómeno de cambio internacional lo hubiera colocado ante la imposibilidad de cancelar el total de la factura, ha debido abonar parte del mismo o consignar regularmente el dinero en las cuentas del Consulado, o devolverlo al girador, eventos éstos que no cumplió. Finalmente, aunque la licitación se hizo constar en sucres, precisamente para evitar las variaciones cambiarias, se convino en un precio de US$ 833.53, que fue el que pagó la Embajada de Colombia en Quito, el 13 de diciembre de 1972, con lo cual se canceló definitivamente el incidente. Y según certificación del Banco de la República, visible al folio 193, el sucre en relación con el dólar americano no sufrió variación alguna en su cotización desde el mes de diciembre de 1971 hasta octubre de 1972, pues siempre estuvo a 25.25 sucres por dólar.

Cabrera Zambrano tenía la obligación legal de pagar la suma de dólares recibida del Consulado General en Nueva York en el momento mismo de tenerla a su disposición, o sea, en los primeros días del mes de mayo de 1972. No lo hizo nunca hasta su destitución en el mes de noviembre del mismo año, y por consiguiente, no se trata simplemente de un retardo inculpable, según se ha visto, sino de una verdadera apropiación, de un manejo *uti dominus* de tales caudales. Porque resulta apenas natural y obvio que si una persona ha recibido dinero, si tiene obligación de entregarlo a otra y no la cumple, ni aparece por parte alguna, es porque se adueñó del mismo.

Aunque la Embajada de Colombia pagó el crédito a favor de "Foresta, S. A.", con dineros retenidos a Cabrera Zambrano mediante su autorización y provenientes de sus últimos sueldos, tal autorización no fue espontánea, sino que se produjo en virtud de la presión ejercida por las autoridades de la Cancillería sobre el funcionario infiel.

Resulta de lo anterior que está plenamente probado en el proceso que Cabrera Zambrano, en su carácter de Cónsul de Colombia en la ciudad de Tulcán (Ecuador), recibió la suma de US$ 833.53 del Consulado General de Colombia en Nueva York, con la específica destinación de pagarlos a la firma "Foresta, S. A.", de Quito, por concepto del suministro de muebles para la mencionada oficina, y en vez de cumplir con su deber legal, se apropió de ese dinero.

II. Dispone el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951:

"Artículo 3º El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

"Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el empleado o funcionario responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, pero si tal no hiciere sino después de iniciada la investigación, la pena solo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

El peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, que exige para su estructuración típica que el sujeto activo sea funcionario o empleado público, o empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. Y resulta evidente, tal como se desprende de las pruebas aducidas al proceso, que Cabrera Zambrano, en su carácter de Cónsul General de Colombia en Tulcán, era empleado público. Tal calidad o cualificación se halla plenamente demostrada en el proceso.

Cabrera Zambrano tenía la disponibilidad física y jurídica de ciertos bienes, pues como Cónsul tenía la función de recaudar, guardar, pagar y administrar bienes del Estado. Además, por Resolución número 144 de 4 de febrero de 1972, emanada del Ministerio de Relaciones Exteriores, se otorgaron facultades para comprar a la firma "Foresta, S. A.", los muebles con destino al Consulado, y se ordenó en el mismo acto administrativo entregar a Cabrera Zambrano la suma de US$ 833.53, con la específica destinación de *pagar* el importe de los objetos comprados. El dinero girado por el Consulado General de Colom-

bia en Nueva York al imputado no se envió, como pretende insinuarse, para cancelarle una deuda personal, sino que se remitió al *Cónsul de Colombia en Tulcán*, y en ningún caso al ciudadano particular que ejercía tales funciones. Es decir, que entre la misión de *guardar y pagar* los US$ 833.53 y el ejercicio del Consulado en Tulcán existía una evidente relación funcional objetiva que no podría desconocerse. Esa relación funcional, clara y ostensible, surgió de un acto jurídico, como es la resolución mencionada atrás, es decir, que el imputado recibió la autorización para adquirir los muebles, los dólares para pagarlos, o sea la tenencia sobre los mismos, por razón de su oficio o de sus funciones y para cumplir las mismas, y en ningún caso en su carácter de ciudadano particular.

Ya se vio cómo Cabrera Zambrano se apropió en provecho suyo de los US$ 833.53, sin que hasta el momento aparezca en el proceso explicación alguna que tienda razonablemente a desvirtuar el manejo *uti dominus* de ese dinero por el acusado.

Resulta, igualmente, incontrovertible que el imputado tenía en su poder, por razón de sus funciones, el dinero de que se viene hablando con el fin de pagar bienes adquiridos para el Consulado.

Ofendida es la Administración Pública, y no simplemente un interés fiscal del Estado. Precisamente el peculado está definido en el Capítulo I del Título III del Libro II del Código Penal, bajo el epígrafe "Delitos contra la Administración Pública". Y por Administración Pública, para los efectos penales, debe entenderse toda actividad del Estado, de cualquier carácter que sea, es decir, administrativa, jurisdiccional o legislativa. El bien jurídico protegido por la norma es, como enseña Antolisei "el interés estatal a la probidad, a la reserva, a la imparcialidad, a la fidelidad, a la disciplina, etc., de las personas que ejercen funciones de interés público", en cuanto con su conducta infiel los funcionarios o empleados públicos ocasionan grave daño a la administración en su prestigio, en su funcionamiento, en su capacidad de acción, en su eficacia, etc.

La apropiación del dinero se cumplió por Cabrera Zambrano con conciencia de que eran caudales pertenecientes al Estado y de que se le habían girado para pagar a la casa "Foresta, S. A.", y el peculado en la modalidad a que se refiere la norma tantas veces citada, no requiere para su perfeccionamiento la presencia del dolo específico, pues se consuma cualquiera que sea el fin particular que persiga el agente con su conducta ilícita.

Significa todo lo anterior que en los autos se ha tipificado cabalmente el delito de peculado propio, en su forma de apropiación, según los términos descritos por el ya mencionado artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, y que los requisitos exigidos por el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria se han reunido a cabalidad.

III. No se observan en el sindicado circunstancias de mayor peligrosidad y, en cambio, hay que abonarle la buena conducta anterior a la infracción, motivo por el cual la pena base imponible será la de cuatro años de presidio, por cuanto lo apropiado excede de tres mil pesos.

Mas como Cabrera Zambrano autorizó para que con los sueldos que se le debían se cancelara el dinero que se había apropiado, y tal autorización solo se produjo en el mes de noviembre de 1972 (folio 53), es decir, con posterioridad al 16 de octubre del mismo año, fecha en la cual se inició la investigación criminal, por cuanto esa circunstancia constituye una restitución, habrá de aplicársele una pena efectiva de dos años y ocho meses de presidio, más las accesorias del caso.

Guillermo Cabrera Zambrano, es mayor de edad, se le otorgó el pasaporte diplomático número D-11149 el 31 de marzo de 1971 y posee cédula de ciudadanía número 1799600 expedida en la ciudad de Pasto. Se desconocen sus condiciones personales.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Condénase a Guillermo Cabrera Zambrano, de condiciones civiles desconocidas, a pagar en la penitenciaría que determine el Gobierno Nacional, la pena de dos años y ocho meses de presidio, como autor del delito de peculado, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta esta providencia.

2º Condénase al mismo Cabrera Zambrano a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, a la publicación especial de la sentencia, y a pagar los perjuicios ocasionados con la infracción.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

EMBRIAGUEZ AGUDA E INTOXICACION CRONICA PRODUCIDA POR EL ALCOHOL

El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria, ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del Código Penal, ni queda eximido de responsabilidad, porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos, sólo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 38.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio dos (2) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 21 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplido el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de junio diez y ocho último, por la cual se impone al procesado Emigdio García Díaz la pena principal de nueve años de presidio, como responsable de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

Hechos y trámite del proceso.

En el fallo impugnado se anota en cuanto a lo sucedido:

"El día lunes, tres de enero de mil novecientos setenta y dos, la señora Elvira Silvia Goyeneche y sus hijos, para corresponder a una atención anterior, invitó a su casa de habitación situada en 'La Loma de San Isidro' o 'Loma de Correas', en la vereda de 'Tapias', jurisdicción de Chiscas, a Pedro Emilio García Pedraza, Arcelia Pineda de García y a los hijos de éstos, Jorge Eliécer, Raúl, Jairo, Guillermo García Pineda y, además, concurrieron Emigdio García Díaz y un sobrino de éste de nombre Miguel García. Antes del almuerzo se tomaron algunos tragos y un poco de guarapo, y alrededor de tres o cuatro de la tarde comenzaron a servir el almuerzo, principiando por Emigdio García Díaz y su sobrino Miguel García. Y estando principiando a comer Emigdio García Díaz dice que escuchó un 'madrazo' contra él y una amenaza, que inmediatamente sintió un corrientazo en el corazón y obnubilado salió hacia donde había sentido la amenaza y sin saber a quién le tiró una cuchillada, y luego emprendió la huida hacia el pueblo Las Mercedes, Inspección de Chiscas, en compañía de su sobrino Miguel García y allí se entregó al Inspector. De la cuchillada resultó muerto Jorge Eliécer García Pineda, quien en ese momento se encontraba de brazo con su hermano Jairo Alberto García Pineda".

En cuanto al desarrollo del proceso, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal hace la siguiente reseña:

"Practicó las primeras diligencias y abrió la investigación el Juez Promiscuo Municipal de Chiscas, quien, oído en indagatoria el acusado y recibidas varias declaraciones, dispuso su detención preventiva. Enviado el proceso al juez del conocimiento, dispuso éste varias pruebas, entre otras examen médico para determinar si el procesado estaba afectado de anormalidad síquica o lo estuvo en el momento de los hechos. Respecto a lo cual, el defensor solicitó también se practicaran las pruebas que señaló, relacionadas con copia de la historia clínica de aquél y declaración de un médico que lo trató. Cumplidas dichas pruebas y recibido el dictamen médico, conforme al cual en el momento de los hechos el procesado se encontraba en período de embriaguez aguda, pero se trata de persona normal, se cerró la investigación y se calificó de acuerdo con el concepto del Fiscal, con llamamiento a juicio por homicidio simplemente voluntario, habiendo solicitado su apoderado se le sobreseyera definitivamente, por haber actuado en legítima defensa subjetiva, dados antecedentes de enemistad con

la víctima, y en subsidio, se le reconociera la atenuante prevista en el artículo 28 del Código Penal. Ejecutoriada dicha providencia y cumplido el trámite legal, se cumplió la audiencia y en la misma los jurados, por mayoría, dieron respuesta afirmativa, habiendo alegado el defensor en favor del procesado las razones ya expuestas.

"Solicitó el defensor, en tal estado del trámite, se declarara la nulidad de la actuación por haberse incurrido en nulidad constitucional por desconocimiento de las formas propias del juicio, por considerar insuficiente el dictamen médico y para determinar debidamente si al momento de cometer el hecho el procesado se encontraba en cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal. La nulidad se negó por el Juzgado, de conformidad con el dictamen referido, en decisión confirmada por el Tribunal. Seguidamente se dictó la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, con la reforma indicada...", de disminuir la pena privativa de la libertad a nueve años de presidio.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

El actor invoca la causal cuarta de casación, pues estima que la sentencia recurrida fue dictada en un juicio viciado de nulidad, la que hace consistir en que se infringieron las formas propias del juicio.

Estima el demandante que no se tuvieron en cuenta en el juzgamiento de García Díaz los artículos 12, 29 y 61 del Código de Procedimiento Penal, ni el 34 y el 216 del Código de Procedimiento Penal, lo cual determinó que se adelantara la audiencia de juzgamiento con intervención del jurado y se aplicaran las sanciones (penas) que no eran pertinentes, pues han debido indicarse medidas de seguridad.

Ensaya luego el actor un rechazo de la pericia del médico legista, cuyo concepto considera insuficiente, si se atiende a los antecedentes del acusado, quien había sufrido años atrás un paludismo agudo y a la manera como ocurrieron los hechos.

Agrega el apoderado del recurrente que "si el procesado se encontraba en estado de embriaguez agudo, considero que ese mismo estado no le permitía trasladarse al pueblo de La Merced desde el sitio donde ocurrieron los hechos, y mucho menos con la rapidez con que lo hizo, porque precisamente ese estado de embriaguez agudo le impedía esa rápida locomoción, y más aún, en un terreno quebrado como el que tuvo que recorrer el procesado".

Observa, en su concepto, que "el mismo dictamen es confuso en su apreciación, pues mientras en una de las partes dice que en el momento de cometer los actos se encontraba..." García Díaz...."en un estado de embriaguez aguda transitorio y que la perturbación del imputado dependía del estado de embriaguez, se ha debido aclarar en qué consistía esa perturbación, y cuál era el grado de la misma y qué efectos producía sobre la conciencia del imputado".

Por último, recuerda la sentencia de la Corte, de 9 de octubre de 1970 (casación de José Vicente Marulanda Ruiz), en la cual, según transcripción que hace el demandante, se anota: "Y tanto más se hacían pertinentes las medidas aconsejadas por los médicos nombrados, cuanto que era indispensable aclarar la ambigua conclusión de la Oficina de Medicina Legal de Cali, en cuanto a la perturbación cerebral grave que atribuye al sindicado". Y menciona, en seguida, el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, el que afirma no fue tomado en cuenta.

En su respuesta, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de transcribir el informe del médico legista que examinó al recurrente, del cual entiende que no "puede deducirse que..." García Díaz... "se hallaba en alguna de las situaciones previstas en el artículo 29 del Código Penal", anota lo que pasa a transcribirse:

"En cuanto a las citas que hace el recurrente en relación con los testigos y manifestaciones del indagado y procesado, precisamente dieron lugar a que el juez dispusiera el examen médico con los resultados dichos y sin que por tanto quedase quebrantamiento alguno de las normas legales indicadas, pues se ordenó el examen, sin que con el dictamen dado hubiera lugar al juzgamiento sin intervención del jurado y a la aplicación de medidas de seguridad y no de penas ordinarias. Con relación al argumento de que la duda debía resolverse en favor del procesado, estima este Despacho que... ésta, como se dijo, no existió, pues los términos del dictamen fueron suficientemente definidos y así lo entendieron los funcionarios falladores".

Y refiriéndose el Ministerio Público a la sentencia que cita el actor, observa que ese fallo, publicado en la *Gaceta Judicial, t.* CXXXVI números 2334-6, páginas 208 y siguientes, "no guarda exacta similitud con el examinado, pues en aquél se omitieron exámenes recomendados por los médicos legistas como necesarios para determinar la conclusión relacionada con la salud síquica del procesado...".

En consecuencia, pide el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que se deseche el recurso de casación, por no estar probado el cargo.

Considera la Corte.

Como lo estima el Ministerio Público, la Corte encuentra que ciertamente el cargo propuesto por el demandante a través de la causal cuarta de casación carece de demostración.

En efecto:

1. Sabido es que, de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal, "cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II, del Título II del..." Código Penal (libro primero), esto es, las medidas de seguridad, entre las cuales se tienen el manicomio criminal y la colonia agrícola especial, en donde habrán de ser recluidos por un lapso no menor de dos años y de un año, respectivamente, y hasta cuando desaparezca el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño, los alienados o intoxicados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos.

También se sabe que estos anormales, por los delitos de que conocen los jueces superiores con intervención del jurado, son juzgados sin que éste tome parte (artículo 34, C. de P. P.).

2. Supone el demandante que García Díaz incurrió en el delito porque fue juzgado en situación de grave anomalía síquica, de acuerdo con sus antecedentes personales, a la versión que el recurrente da en la indagatoria y al hecho de haber podido emprender la fuga, hecho éste que considera el actor imposible si su mandante se hallaba, apenas, en estado de embriaguez aguda, circunstancias éstas que le llevan a anotar que ha debido insistirse en nuevos exámenes siquiátricos del procesado, al menos para despejar la duda creada al respecto.

No obstante, la conclusión a que llegó el médico legista que tuvo a su cuidado el examen de García Díaz, resulta enfático en cuanto rechaza el presupuesto que aduce el demandante.

El informe, en cuestión, dice:

"a) Emigdio García Díaz no ha sido un beodo consuetudinario, un débil mental, un degenerado por alcoholismo crónico, ni padece anomalía síquica;

"b) En el momento de cometer los actos por los cuales se le detuvo, éste se encontraba en un período de embriaguez aguda transtorio;

"c) La perturbación en que se hallaba la personalidad del imputado dependía del estado de embriaguez;

"d) Emigdio García Díaz es un hombre normal y apto para cualquier trabajo material".

Ninguna duda ofrece la pericia sobre la absoluta exclusión de cualesquiera de las circunstancias de que trata el artículo 29 del Código Penal, pues no halló el médico legista que el recurrente, al tiempo de cometer el hecho, se encontrara en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier sustancia, o padeciere de grave anomalía síquica. Apenas informa el experto de que el reconocido "se encontraba en un período de embriaguez aguda transitorio" y que de esa embriaguez dependió la perturbación en que García Díaz se hallaba.

Y la embriaguez aguda es cuestión distinta a la intoxicación crónica producida por el alcohol, y no toda perturbación de la personalidad, así se deba al estado de embriaguez aguda, constituye esa grave anomalía síquica de que trata el artículo 29 del Código Penal.

En sentencia de 15 de noviembre de 1956 (G. J., t. LXXXIII, *página 982), dice la Corte:*

"El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del C. P., ni queda eximido de responsabilidad, porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos; solo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 38. El estado de embriaguez influye en cuanto a la imposición de la pena en dos formas: como circunstancia de menor peligrosidad cuando es incidental y voluntaria y el agente no ha podido prever las consecuencias delictuosas, y como factor que modifica la sanción cuando determina en el agresor alguna de las condiciones que señala el artículo 29 del Código Penal. En este último caso se le tiene al delincuente como anormal y se le aplican medidas de seguridad, no penas".

Así, pues, habiéndose referido el perito médico a un estado de embriaguez agudo y no a una situación de intoxicación crónica producida por el alcohol, ninguna razón se tenía para persistir, con nuevos exámenes siquiátricos, en la averiguación de que trata el demandante, pues la pericia antes transcrita, como se dijo, es exhaustiva y concluyente al respecto.

Y abundando en la manera como este tema ha sido examinado por la Corte, no sobra recordar que en fallo de 22 de febrero de 1965 anota que "no es lo mismo la embriaguez aguda accidental o involuntaria que la intoxicación crónica producida por el alcohol. La primera es una perturbación intelectual transitoria. La segunda, en cambio, es un estado patológico crónico, producido en quien ha adquirido el hábito de ingerir bebidas embriagantes".

3. Como observa el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la sentencia de la Corte que cita el demandante corresponde a situación bien diferente de la que se tiene en este proceso, pues en aquella oportunidad los mismos médicos legistas aconsejaron exámenes siquiátricos que el funcionario de instrucción pasó por alto.

No se incurrió en infracción de las formas propias del juicio y, por consiguiente, la tacha que presenta el demandante, como se indicó atrás, no resulta comprobada.

No prospera, por tanto, la causal cuarta de casación aducida.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

REVISION

La inviolabilidad de la cosa juzgada en materia penal únicamente ofrece la excepción de que se tenga de presente la injusticia emanada de un yerro judicial, que haya desconocido la inocencia o la falta de responsabilidad de quien fue condenado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, junio dos (2) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 21 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplida la tramitación correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de revisión interpuesto por Ignacio Avila Rodríguez en relación con el juicio que le fue seguido ante el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio y el Tribunal Superior de la misma ciudad, por homicidio, robo e incendio, en el cual se le impuso la pena principal de veinticuatro años de presidio.

Hechos.

En las instancias se hace el siguiente resumen de lo sucedido:

"El Sargento Mayor del Ejército Agustín López Neira contrató, por medio de su administrador Manuel Ruiz Liévano, el primero de agosto de 1967, los servicios de los sindicados Ignacio Avila Rodríguez y su concubina María Nelly Hernández de Ortiz para que cuidaran y trabajaran en la finca de su propiedad, denominada 'El Capricho', localizada en la región de 'Nuevas Fundaciones', comprensión municipal de San Pedro de Arimena. Estos trabajaron normalmente hasta el día veintiséis de agosto cuando el hoy occiso Agustín López Neira, en compañía del extinto Manuel Ruiz Liévano se encontraban en la casa de la finca, dedicados a la instalación de un equipo de radio y fueron muertos violentamente por el trabajador Ignacio Avila, quien después se apropió de algunas armas de fuego, enseres y prendas de sus víctimas y emprendió la huida en compañía de su amante María Nelly Hernández, para luego ser capturados y puestos a órdenes de las autoridades de Puerto Gaitán, donde permanecieron detenidos hasta que fueron enviados a órdenes del señor Juez Promiscuo Municipal de Villavicencio, radicado en San Pedro de Arimena".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Luego de anotar el demandante que para la fecha de los hechos, agosto de 1967, el recurrente, Ignacio Avila Rodríguez, no contaba con diez y ocho años de edad, expresa que propone la causal quinta de revisión, pues con la prueba documental y testimonial que acompaña al libelo, no tomada en cuenta al tiempo de los debates, acredita que se incurrió en nulidad en el juzgamiento a que alude, por falta de competencia del juez, lo cual debe ser declarado por la Corte al ordenar la revisión del juicio.

Y en su respuesta, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal observa que el planteamiento que hace el actor bien habría podido ser válido dentro del recurso de casación, pero no dentro de éste de revisión, habida cuenta de la finalidad señalada en la ley para este último.

Considera la Corte.

La inviolabilidad de la cosa juzgada en materia penal únicamente ofrece la excepción de que se tenga de presente la injusticia emanada de un yerro judicial, que haya desconocido la inocencia o la falta de responsabilidad de quien fue condenado.

El ámbito de este recurso no lo constituye, pues, la defensa de la ley, pues su tutela es del resorte del recurso de casación.

De ahí que la Corte, en sentencia de 15 de marzo de 1964 (G. J., t. XVII, *página 509), anote que si se "ordenara la revisión de un proceso, definitivamente concluido, fundada en que se incurrió en nulidad por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde, exclusivamente, al legislador".*

Y tanto más, cuanto que la ley misma ha señalado el camino para corregir los yerros que en las instancias se cometan y que determinen la anulación de la totalidad o parte del proceso, al instituir el motivo cuarto de casación de que se ocupa el artículo 580 del C. de Procedimiento Penal, en el que se indica que procede la invalidación de la sentencia cuando se ha proferido en un juicio viciado de nulidad.

De otra parte, la circunstancia de que el recurrente Avila Rodríguez, como puede aceptarse de las pruebas traídas dentro de este recurso, por ser menor de diez y ocho años para la época de los hechos porque fue condenado y que bien podía hacerlo acreedor a medidas de seguridad y no a las penas ordinarias y a que hubiera sido juzgado por los jueces de menores, no implica su irresponsabilidad penal y mucho menos comporta su inocencia.

Por consiguiente, como se dejó dicho, el planteamiento que hace el demandante resulta extraño al recurso de revisión.

Le asiste, por tanto, razón al Ministerio Público cuando observa que "de las alegaciones presentadas por el demandante, se desprende que la situación a la cual se refiere conduce a la nulidad, cuya declaración solicita, petición ésta que demuestra la inadmisibilidad de su razonamiento, pues por esta vía se llegaría a decretar la revisión por causal no contemplada por la ley, con desconocimiento de las normas legales pertinentes y del carácter del recurso ya mencionado".

No prospera, pues, la causal alegada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, NIEGA la revisión del proceso de que se ha hecho referencia y DISPONE que se devuelva el expediente al Juzgado Segundo Superior de Villavicencio y se deje en la Corte copia de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

SUMARIO

La falta de abogado en el sumario, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 22 de 5 de junio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Eloísa Torres Calderón de Cruz interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo del tres de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la condenó a la pena principal de diez y seis (16) años de presidio, y a las accesorias correspondientes, como responsable de homicidio agravado en la persona de su cónyuge, Roberto Cruz.

Cumplido en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) En torno a las siete de la noche del día primero de enero de mil novecientos setenta y tres, Educardo Ibarra Tello llegó a la casa distinguida con el número 3-02, calle 10, de la población de Pitalito, en donde dormía profundamente, a causa de haber bebido licor en abundancia, Roberto Cruz, y penetrando en la alcoba de éste por una ventana que le abriera Eloísa Torres Calderón de Cruz, esposa de Roberto, con quien sostenía relaciones sexuales, lo atacó con el cuchillo que portaba, ocasionándole graves heridas que le produjeron la muerte;

b) Promovida la investigación correspondiente, el Juez Promiscuo Municipal de Pitalito dictó auto de detención preventiva contra Ibarra Tello y Eloísa Torres de Cruz, a quienes se había oído en indagatoria;

c) El asunto pasó posteriormente al Juzgado Primero Superior de Garzón, funcionario que, tras completar los vacíos probatorios, calificó el mérito de la investigación mediante providencia del 6 de junio de 1973, en la cual llamó a responder en juicio con intervención del jurado a Educardo Ibarra Tello y a Eloísa Torres Calderón, por el delito de homicidio, agravado por las circunstancias previstas en el artículo 363-5 del Código Penal, el primero como autor principal y la segunda como cómplice necesaria, concurriendo, además, en ésta una de las hipótesis contempladas en el numeral 1º de la citada norma, dada su condición de cónyuge respecto del occiso. Apelado el auto de proceder por los defensores de ambos procesados, obtuvo la confirmación del superior en providencia cuyos fundamentos esenciales compartió el respectivo representante del Ministerio Público;

d) Rituada la causa, con oportunidad de la audiencia pública el juez del conocimiento sometió a la consideración del tribunal popular los correspondientes cuestionarios, acordes con los cargos formulados en el vocatorio. Respecto de Ibarra Tello los jueces de conciencia profirieron un veredicto afirmativo de la responsabilidad, por homicidio simplemente voluntario, y en relación con Eloísa Torres Calderón la decisión fue, igualmente afirmativa, pero en "...complicidad no necesaria sino accesoria y en riña suscitada de modo imprevisto". Veredictos que el juez del proceso declaró contraevidentes. Consultada con el superior tal decisión, el Tribunal hubo de confirmarla en cuanto se refiere a la procesada Torres Calderón, pero la revocó en lo que atañe a Ibarra Tello, para reconocer validez al veredicto respectivo;

e) Celebrada nueva audiencia para el juzgamiento de la acusada, afirmó el jurado su responsabilidad, sin modificación alguna, y acatando tales veredictos, el juez de primera instancia condenó a Educardo Ibarra Tello y a Eloísa Torres Calderón de Cruz a las sanciones principales

de diez (10) y diez y seis (16) años de presidio, en su orden, como responsables de la muerte de Roberto Cruz, todo dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar expresamente consignadas en la respectiva sentencia, que el Tribunal confirmó en la que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda.

La acusación, formulada por el apoderado especial de la recurrente, contiene en primer término una versión de los hechos en la cual se refleja el criterio personal del actor sobre los mismos, seguida de extensa reseña en que, bajo el rubro de "sumario y juicio", se alude al decurso de esas dos etapas del proceso, con interpolaciones críticas de orden procedimental y probatorio.

Luego se invocan y plantean contra la sentencia recurrida las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en sus numerales 1 y 4. La Sala, por razones de orden lógico, se referirá primero a la última.

Causal cuarta. Esencialmente sostiene el censor que los procesados no tuvieron en la etapa sumarial la asistencia de abogado titulado, recortándose así sus posibilidades de defensa, lo cual estructura una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Carta.

Recuerda el demandante que ya ante el Tribunal había expuesto la tesis de que el presente proceso, por la razón anotada, estaba viciado de nulidad. Observa en seguida que, en su sentir, el sumario es uno de los "estudios procesales más importantes y decisivos", pues marcará los rumbos del juicio en cuanto atañe a la defensa del incriminado. Expresa que la práctica demuestra "...que excepcionalmente en la etapa del juicio se verifican pruebas, menos cuando son gentes paupérrimas con defensores de oficio...", motivo por el cual raras veces se modifica en la causa el contenido de las probanzas incorporadas al informativo durante el sumario. Afirma que los procesados no contaron con la asistencia de abogado en las diligencias realizadas en esa primera fase del proceso, aunque en la población donde los hechos ocurrieron ejercen varios profesionales del derecho. Así, la intervención de algunos de éstos solo se produjo a partir del auto de proceder. Agrega, finalmente, otras consideraciones de carácter colateral, enderezadas a reforzar el planteamiento básico de que a los procesados no se les garantizó a plenitud el derecho de defensa.

Causal primera. Se afirma, en suma, para sustentarla, que la sentencia acusada infringió los artículos 363 y 19 del Código Penal, además de las normas contenidas en los artículos 215, 217 y 236 del C. de P. P., quebranto proveniente de error en la apreciación de las pruebas referentes a la responsabilidad de la procesada.

A continuación emprende el actor un circunstanciado examen de las declaraciones del menor Guillermo Cruz, hijo del occiso, a las cuales asignaron los juzgadores de instancia valor relevante en el proceso, análisis encaminado a demostrar las contradicciones en que a su juicio incurre el deponente y que permiten descalificar su credibilidad; critica lo anotado en la inspección judicial respecto de las manchas de sangre, para concluir que Educardo Ibarra fue veraz al afirmar que entró por la puerta; alude a la autopsia para decir que su resultado corrobora la versión de aquél, en el sentido de que las heridas se produjeron en lucha y, reitera, en síntesis, que se apreció erradamente la prueba, especialmente la de índole testimonial.

Concluye el impugnante con la solicitud de que se case la sentencia recurrida y se absuelva a la procesada Eloísa Torres Calderón de Cruz (artículo 583-1 del C. de P. P.). Subsidiariamente pide a la Corte que decrete la nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso, conforme al numeral 3º de la norma citada.

El Ministerio Público.

Minuciosamente sigue el Ministerio Público, representado aquí por el Procurador Tercero, los pasos de la demanda, que sintetiza siguiendo en sus líneas esenciales el pensamiento del actor. Hecho lo anterior, refuta los cargos con adecuada amplitud. En su concepto, ninguna de las dos causales aducidas está llamada a prosperar. La cuarta, porque las irregularidades o anomalías procedimentales anotadas por el actor no alcanzan a lesionar el derecho de defensa de la procesada recurrente. Tampoco la primera, en la modalidad invocada, por su notoria impertinencia en juicios con intervención del jurado.

La Corte considera.

1. Es incuestionable, y así lo ha reconocido siempre esta Sala, que la etapa sumarial del proceso reviste acusada importancia, por estar especialmente dirigida al descubrimiento de los hechos, de sus autores o partícipes, de la personalidad de los mismos, de los motivos determinantes y de la naturaleza y cuantía de los perjuicios, como lo expresa con toda propiedad el artículo 319 del C. de P. P. Y es, igualmente

cierto; como lo recuerda el Procurador en su respuesta a la demanda, que si bien sería conveniente que desde el primer momento los procesados contaran con la asistencia o intervención de abogado en todas las diligencias del proceso, la ley no ha establecido tal exigencia ante la grave dificultad que representaría para el desarrollo de las investigaciones, con manifiesto perjuicio para los intereses de la sociedad y de las partes.

2. Inspirado, sin duda, en el criterio que acaba de expresarse, afirma el juzgador de segundo grado en la sentencia acusada, después de reproducir algunos conceptos del respectivo Fiscal sobre el particular:

"El Tribunal encuentra que tiene toda la razón el Ministerio Público en los acápites transcritos, e incluso observa que tanto en las indagatorias rendidas por Educardo Ibarra (folios 13 y siguientes), como por Eloísa Torres Calderón de Cruz (folios 66 vuelto y siguientes), el señor juez *informó y exhortó* a cada uno de los implicados, para que nombraran *un apoderado* que los asistiera, y precisamente *así lo hicieron,* aunque no nombraron abogados titulados sino ciudadanos de su confianza, cuestión que está facultada por el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal, según el cual no es estrictamente necesario que sea un profesional en el derecho quien pueda servir como apoderado".

3. Por lo demás, es preciso reconocer que durante el juicio, que es la etapa procesal organizada por la ley para que el acusado se defienda de los cargos que le formula el Estado en el auto de proceder, los procesados "fueron amplia y suficientemente atendidos por profesionales competentes", como lo observa el Procurador, fundado en datos fehacientes del proceso. No puede sostenerse entonces con exactitud que los incriminados estuvieron destituidos de defensa, pero ni siquiera que se les hubiesen cercenado en materia relevante las garantías institucionales que la Carta consagra en su artículo 26.

No se justifica, por lo expuesto, la causal 4ª.

4. También habrá que desestimar la acusación propuesta dentro del marco de la causal primera, porque se trata aquí de un juicio definido con intervención del jurado, y en éstos, como lo ha recordado la Corte de manera infatigable, no es pertinente alegar violación indirecta de la ley sustancial, generada por errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, no solo por la libertad que la ley reconoce a los jueces de conciencia para formar su íntima convicción respecto de los extremos que les competen, sino también porque la declaración de contraevidencia de los hechos con el veredicto, originada en tal examen, está reservada por modo exclusivo a las instancias, conforme a los preceptos contenidos en los artículos 565 y 567 del Código de Procedimiento Penal. Tal doctrina, sostenida con inalterable firmeza por la Sala a través de muchos años, descansa en la interpretación coherente y sistemática de las normas legales que regulan el juzgamiento con intervención del jurado. Por tanto, mientras no se aduzcan mejores razones jurídicas para desvirtuárla, debe ratificarse cada vez que sea necesario.

5. De todo lo anterior se desprende que resulta pertinente aplicar en el presente caso la norma contenida en el artículo 582 del C. de P. P.

Decisión.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Tercera y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAREO

El careo no es un medio probatorio, sino una confrontación entre testigos o entre éstos e imputado, que es útil como elemento para evaluar la prueba testifical y hace parte, por consiguiente, del vasto complejo de factores que sirven para desarrollar la crítica del testimonio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio cinco de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 22 de 5 de junio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por sentencia de 8 de julio de 1974 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la que dictó el Juzgado Sexto Superior del mismo Distrito Judicial el 29 de abril del pasado año, por medio de la cual condenó a José Domingo Castañeda Hernández a la pena principal de diez y nueve años de presidio y a las accesorias del caso, como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo. El condenado interpuso el recurso extraordinario de casación, el que, sustentado por abogado inscrito, fue declarado formalmente ajustado a derecho. Surtidos los trámites procesales de rigor, procede la Corte a resolver sobre el particular.

Hechos y actuación procesal.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal resume los hechos así:

"El día siete (7) de mayo de mil novecientos setenta y dos (1972), alrededor de las cinco y media de la tarde, cuando Eurípides Ramos Quintero y su concubina Eumelia Hernández Garzón se encontraban en su casa de habitación, ubicada en la vereda 'El Paraíso', jurisdicción de la Inspección de San Javier, Municipio de La Mesa (Cundinamarca), se presentaron dos hombres, uno de éstos golpeó a aquél; al oír ruido acudió Eumelia quien con un palo trató de rechazar al agresor, el cual la atacó y la tomó por el cuello, mientras su compañero disparó su arma contra Eurípides Ramos y le dio muerte, sin que dicha arma diera fuego al pretender disparar contra Eumelia; seguidamente penetraron a la casa y se apoderaron de una escopeta y algún dinero y huyeron al acercarse algunas personas, atraídas por el ruido y los disparos".

El Juez Penal Municipal de La Mesa inició la instrucción y practicadas numerosas diligencias, la envió a los Jueces Superiores de Bogotá, habiéndole correspondido por sorteo al Sexto Superior, quien decretó una ampliación que no se pudo cumplir en su totalidad. Posteriormente, cerrada la investigación el Juzgado llamó a juicio a Castañeda Hernández por los delitos de homicidio agravado y robo, y sobreseyó temporalmente a favor de otros indagatoriados. Abierto el juicio a pruebas, ninguna de las partes las solicitó, y posteriormente, como culminación del acto de audiencia pública, el jurado popular emitió veredicto afirmativo para las dos cuestiones que le fueron sometidas a su consideración. Sobre esos veredictos el Juzgado dictó la sentencia respectiva, la que fue confirmada por el Tribunal.

Demanda de casación.

Después de un relato de los hechos y de la actuación procesal, el demandante ataca la sentencia con invocación de las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. En el ámbito de cada una de ellas formula dos cargos, en la siguiente forma:

Causal cuarta.

Primer cargo. Sostiene el demandante que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad y aduce quebrantamiento del derecho de defensa

que consagra el artículo 26 de la Constitución, por inobservancia de las formas propias del juicio.

Fundamenta el cargo en dos puntos: a) En la falta de defensa efectiva, porque "quienes me antecedieron en la representación como apoderados del señor Castañeda no realizaron diligencia alguna encaminada a mejorar la situación jurídica de mi mandante. Mi actividad desafortunadamente se desarrolló ante hechos cumplidos y cuando la investigación por razón procesal llegaba ya a su término, basta afirmar que tomé posesión del cargo cuando el negocio se encontraba en comisión en el Municipio de La Mesa y mi imposibilidad de actuación directa en esta etapa se vio reducida por el no traslado del sindicado al lugar donde se encontraba el negocio". En apoyo de este cargo transcribe numerosas sentencias de la Corte sobre la trascendencia de la defensa; b) Afirma el impugnante que la prueba más importante decretada en la ampliación por el Juez Superior era el careo entre el imputado y Eumelia Hernández Garzón, porque a través de ella "se podría destruir la acusación que se formuló a última hora por la denunciante", y no se pudo practicar por cuanto fue imposible que remitieran el sindicado al Juzgado de La Mesa.

Sostiene que "la fórmula precisa para aclarar circunstancias de tiempo, modo y lugar y para determinar la responsabilidad o no del sindicado era la diligencia del careo. No fue culpa de mi mandante el que esta diligencia no se verificara, ni tampoco podemos advertir responsabilidad de nuestra parte porque fueron las autoridades carcelarias quienes por negligencia o por causas que no es el caso discutir, no dispusieron la (sic) conveniente para el traslado del señor Castañeda a la población de La Mesa".

Segundo cargo. Lo enuncia así el actor:

"El señor Juez Sexto Superior al calificar el mérito del sumario violentó lo dispuesto por el artículo 483 del C. de P. Penal, cuando formuló al acusado la imputación por el delito de robo, el cual carece de demostración en el informativo y concretamente lo relacionado con la cuantía del ilícito".

Discurre extensamente tratando de demostrar que no había prueba alguna del delito de robo, máxime cuando, en su sentir, al no haberse practicado avalúo alguno de los bienes sustraídos por el imputado "el funcionario se hallaba impedido para llamar a juicio por el delito de robo, pues faltaba o faltó uno de los presupuestos imprescindibles que permiten determinar la cuantía de los bienes sustraídos".

Sostiene luego que "elevado el homicidio a asesinato, como ocurrió en el caso tratado, por haber imputado al procesado el robo como delito fin, se operó el fenómeno jurídico de la absorción, pues al involucrar el robo en el auto de calificación, desaparece el delito de robo, como figura autónoma e independiente, para quedar encajado con todas y cada una de sus consecuencias jurídicas dentro del ordinal 3º del artículo 363 del C. Penal, pues es allí donde encaja, por tratarse ahí este fenómeno", por lo que al proceder en esta forma se violó el principio "non bis in idem".

Finalmente, en el "Resumen" del cargo, sostiene el demandante que "por 'anfibológica definición del delito imputado' en contra del procesado consistente en atribuirle responsabilidad por el robo como hecho independiente y autónomo dejando de lado que esta actividad se agregaba al delito de homicidio, para que el mismo adquiriera mayor gravedad. Al no tener en cuenta esta situación, se rompió el principio non bis in idem al tomar el delito como tal y como agravación, es decir, dos veces entrabando el ejercicio libre de la defensa. La calificación errónea efectuada en esta forma llevó al funcionario sentenciador a dar aplicación incorrecta al artículo 215 del C. de P. Penal. Esta disposición es muy clara y precisa, solamente se puede dictar sentencia condenatoria en materia penal cuando al proceso se hayan allegado las pruebas legalmente producidas, cuestión que no sucedió en este negocio. Ello es tan cierto que el mismo Juez de Derecho lo expresa en su auto de proceder: 'La preexistencia y consiguiente falta de dinero no está suficientemente demostrada' ".

Primera causal.

Invoca el actor la primera causal contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, sin distinguir si se trata del primero o del segundo cuerpo de la misma, y bajo su amparo formula dos cargos.

Primero. Afirma que la sentencia del Tribunal de Bogotá "se considera violatoria de la ley sustancial por evidente error de derecho como se puede apreciar manifiesta y notoriamente en los autos. Violación que se efectuó en forma directa".

Para sustentarlo, transcribe apartes de las sentencias de primera y segunda instancia, y sostiene que se violó el principio non bis in idem, por cuanto el Tribunal "se excedió en la misión falladora al tomar aparte la misma circunstancia de agravación, para imponer año y medio de presidio al sentenciado Castañeda, sin tener en cuen-

ta que con la calificación del homicidio con sujeción al mencionado ordinal 3º del artículo 363 del C. P. quedaba sumida la agravación mencionada...". Concluye afirmando que se dio, por este aspecto, "indebida aplicación al artículo 404 del C. Penal o lo que es lo mismo, a la Ley 4ª de 1943, numeral 2º".

También, en su sentir, se "dio indebida aplicación, o usó mal la norma, al artículo 33 del C. Penal, al imponer la pena de un año más de presidio al señor Castañeda, en consideración a que existía un concurso de delitos, o sea el de homicidio y robo".

En el "Resumen" de este cargo dice el demandante:

"...el honorable Tribunal Superior de Bogotá dio indebida aplicación en la sentencia materia del recurso de casación al artículo 404 del C. P., al aumentar año y medio de presidio, en razón a que omitió tener en cuenta que al aplicar el ordinal 3º del artículo 363 de la misma obra, quedaba el delito de robo reprimido. Al dar curso o aplicación a la norma del artículo 404 del C. Penal, el fallador incurrió en violación directa de la ley.

"Igualmente en forma indebida el fallador aplicó el artículo 33 del C. Penal, al considerar que en el proceso se daba un concurso de delitos, dejando a un lado que al sancionar de acuerdo con el artículo 363 del C. Penal, con la respectiva agravamente del ordinal 3º, quedaba involucrado o subsumido de robo, dando como consecuencia la aplicación improcedente del artículo 33 del C. Penal. Por ello, el honorable Tribunal Superior de Bogotá aplicó indebidamente la ley sustancial y dio lugar a la violación de las normas contenidas en los artículos 404 y 33 del C. Penal en forma directa".

Segundo. Lo enuncia el actor así:

"Consideramos que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su fallo recurrido, incurrió en evidente ERROR DE HECHO el cual aparece de manera manifiesta en los respectivos autos, al haber apreciado de manera ERRÓNEA una prueba inexistente en el proceso".

Aduce que "una de las condiciones para establecer el delito de robo, o no digamos condiciones sino elementos, es precisamente el establecimiento de la cuantía, o valor de aquello que constituye el elemento material del reato" y tal cuantía no se demostró en forma alguna, pues ni siquiera existe dictamen pericial sobre el particular.

Y en la "Conclusión", finalmente afirma:

"Podemos concluir, que existe evidente error de hecho, lo cual se halla notoriamente configurado en el informativo, concretamente en el contenido de sus autos. En esta forma, el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en su calidad de juez sentenciador, incurrió en violación INDIRECTA de los artículos 9º del Decreto 1988 de 1971 y 404 del C. Penal.

"En virtud de las anteriores consideraciones y razonamiento (sic), he dado cumplimiento al segundo aparte del numeral 1º del artículo 580 del C. de P. Penal, al formular el cargo de violación indirecta de la ley sustancia (sic) en virtud de la errónea apreciación de la prueba de delito de robo".

El Ministerio Público.

El Procurador se opone a las pretensiones planteadas en la demanda en la forma y términos que se indicarán en su oportunidad.

Consideraciones de la Corte.

Causal cuarta.

Primer cargo. Dos son las objeciones que se formulan a la sentencia a través de la causal cuarta de casación en el primer cargo, así: a) El imputado Castañeda Hernández "careció de la defensa indispensable", y b) No se practicó careo entre el condenado y la denunciante Eumelia Hernández Garzón.

a) Ciertamente, como lo ha dicho la Corte, sería deseable que en todos y cada uno de los actos procesales pudiera existir una defensa técnica activa y eficaz. Pero desafortunadamente esa aspiración resulta incolmable por el momento, debido a factores complejos tan notorios que su enunciación resulta inútil.

Además, como bien sabido es, el proceso penal se divide en dos grandes etapas: sumario y juicio o causa. En el primero no existe una verdadera controversia, un debate entre partes, por cuanto la acción penal se desenvuelve como un proceso averiguatorio que tiende a la búsqueda de la verdad histórica. De ahí que el juez instructor tenga el deber legal de practicar las pruebas a que se refiere el artículo 334 del Código de Procedimiento Penal, que constituyen la meta final de la actividad investigadora, y tenga, además, la obligación de "investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o atenúen" (artículo 335 C. de P. Penal). Tal debe ser su comportamiento aunque ninguna persona solicite la práctica de pruebas o intervenga en su aducción, motivo por el cual

la presencia activa de la defensa no es legalmente indispensable, con las excepciones consagradas en el estatuto procesal, tales como la indagatoria, el careo, el reconocimiento en fila de personas, etcétera.

En la causa, en cambio, la intervención dinámica de la defensa es absolutamente indispensable bajo la conminación de nulidad, por cuanto hay ya no una actividad averiguatoria, sino un proceso de cognición caracterizado por una imputación formal, concreta y específica de un hecho delictuoso, una controversia sobre la misma, que puede requerir debate probatorio, un juicio, en fin, público, oral y contradictorio. Fácil es entender, entonces, que en esta etapa del proceso la intervención de la defensa es requisito fundamental para el juzgamiento.

En el caso sub júdice el condenado estuvo regularmente asistido por un apoderado en su indagatoria, y en el período de la causa gozó de una defensa técnica que intervino activamente en la audiencia pública, por lo que no se advierte motivo alguno de nulidad.

b) El careo no es un medio probatorio, sino una confrontación entre testigos o entre éstos e imputado, que es útil como elemento para evaluar la prueba testifical, y hace parte, por consiguiente, del vasto complejo de factores que sirven para desarrollar la crítica del testimonio. Su reglamentación legal no está incluida en el Título V *del Libro 1º del Código de Procedimiento Penal, que contiene la regulación normativa de todos los elementos de convicción admitidos en el Proceso Colombiano, sino en los artículos 413 y siguientes del Código Ritual, dentro del Capítulo* III *del Título 3º, Libro 2º, que se refiere a la "investigación de los autores y partícipes". Además, el decreto de careos es facultativo del juez o funcionario instructor, quien debe ser cauto al ordenarlos, según las peculiares características del proceso (artículo 413). Por consiguiente, si no es un poder-deber del juez, sino una facultad de discrecional ejercicio, no habría irregularidad alguna ni siquiera en los casos en que frente a una evidente posición antagónica entre dos testigos sobre puntos trascendentales de la imputación, fuera solicitado por alguna de las partes y el juez negara su práctica. Menos aún cuando la confrontación ha sido oficiosamente decretada, en procura de mayores elementos de crítica para evaluar el testimonio, y por cualquier circunstancia no es posible su realización.*

De otra parte, ha de decirse que fue el mismo profesional que ha sustentado el recurso de casación quien asistió como defensor al imputado en toda la causa y aún antes. Y en el período probatorio de la misma no insistió en la práctica del careo, a pesar de que tenía derecho para solicitar el traslado de la testigo que debía ser careada, al lugar sede del Juzgado del conocimiento (artículo 260), mediante el desembolso de una suma de dinero suficiente para indemnizarla por el tiempo que durara la diligencia. Tampoco pidió el juez que ese careo se practicara en la audiencia pública (artículos 502 y 513 del C. de P. P.), de donde puede colegirse que prescindió de esa diligencia en virtud del plan de acción procesal que se había formado, calculando, seguramente, que era esa la mejor forma de tutelar los derechos que se le habían confiado.

Segundo cargo.

La Sala no estudiará el segundo cargo que bajo el amparo de la causal cuarta de casación se hace a la sentencia impugnada, por cuanto no es éste el ámbito jurídico para su formulación. Aparece claro, en efecto, que si se acusa la sentencia por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, consistente en que se condenó al imputado por un delito para cuya plena demostración no existían pruebas en el proceso, el motivo de casación resulta completamente extraño a la causal invocada, pues la que contiene el ordinal 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se refiere clara y específicamente a las nulidades legales o procesales (artículos 210 y 211 del C. de P. P.), o a quebrantamientos constitucionales (artículo 26, C. N.); mientras la censura se hace consistir en que el fallador dictó sentencia condenatoria a pesar de que careció de una prueba específicamente requerida por la ley para hacerlo.

No prospera la primera causal invocada por el demandante.

Segunda causal invocada.

Primero y segundo cargos. Como se recordará, bajo el amparo de la causal primera de casación propuesta genéricamente, el actor formula dos reparos contra la sentencia impugnada, cada uno de los cuales, dadas las fallas técnicas de la demanda y su intrincada redacción, resulta de difícil interpretación, en forma tal que la Corte no podrá considerar de fondo los cargos planteados. En efecto, por el primero —dice— la sentencia "se considera violatoria de la ley sustancial por evidente error de derecho... Violación que se efectuó en forma directa". Y al proponer el segundo se afirma que el fallo "incurrió en evi-

dente error de hecho... al apreciar en forma errónea una prueba inexistente en el proceso".

Dispone el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal que la demanda de casación debe "expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Ninguno de los anteriores requisitos se observó en el planteamiento de la primera causal de casación. No se indicó en forma clara y precisa la causal aducida, sino, por el contrario, todo el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal en su genérica complejidad; desde la misma enunciación se habla en forma tan vaga e inaprehensible, que se sostiene la violación directa de la ley sustancial por "evidente error de derecho".

No se dice allí cuáles preceptos legales se consideran violados, pero más adelante en el conato de demostración del cargo, se afirma que el Tribunal "dio indebida aplicación" al artículo 404 del Código Penal, lo que lo hizo incurrir en "violación directa de la ley", sin especificar la norma así afectada. Igualmente, se aduce que se aplicó indebidamente el artículo 33 del estatuto penal, "lo que dio lugar a la violación de las normas contenidas en los artículos 404 y 33 del Código Penal en forma directa".

Así, se advierte que la formulación del ataque es contradictoria, y que sus propios términos confusos y antagónicos, no permiten a la Corte dilucidar su contenido.

Pero como, si lo anterior fuera poco, mientras se invoca la violación directa de la ley, que supone la aceptación de los fundamentos fácticos del fallo acusado, bajo el amparo de la misma causal se expone el segundo cargo consistente en "error de derecho" en la apreciación de la prueba, lo que lleva al planteamiento de una antinomia insoslayable, y a la pretermisión de las más elementales normas lógicas y técnicas que rigen el recurso de casación. Tampoco en este punto el actor explica con claridad si la violación de la ley proviene de errónea apreciación de una prueba o falta de apreciación de la misma, si se trata de error de hecho o de derecho, etc. Todo lo anterior impide que la corporación pueda penetrar en el análisis del cargo formulado.

Esta ha sido la doctrina de la Sala. En sentencia de abril 8 de 1970, expresó:

"En conjunto, tanto la infracción directa como la indirecta se comprenden en la misma primera causal de casación, ya que se resuelven siempre en el quebranto de la norma. Pero no por ello pueden plantearse en conjunto, sino discriminadamente, con el análisis jurídico que demuestre su viabilidad, a fin de que la Corte tenga puntos concretos de apoyo para su estudio.

"Siendo el recurso de casación un reclamo contra el fallo en defensa del orden legal y una búsqueda del fondo doctrinario de los casos, tratando de unificar la jurisprudencia, es deber inexcusable del actor precisar el precepto violado y el título de la violación; si por falta de observancia de la norma, o por aplicación improcedente de la misma; si por error de interpretación o error de hecho o de derecho manifiestos en la valoración del acervo probatorio que haya llevado al juzgador a aplicar indebidamente la ley sustancial. La falta de delimitación y de las exposiciones sustentadoras de la ilegalidad no se suple con sondeos ideales sobre lo que se propuso el recurrente".

Finalmente, tal como lo anota el Procurador, "no procede la invocación de la causal primera por violación indirecta de la ley, en los casos juzgados con intervención del jurado, pues no puede desconocerse la autonomía de éste, ni la contraevidencia del veredicto está consagrada como causal de casación; por otra parte, si se admitiera, debería dictarse el fallo correspondiente y esto no podría hacerse sino con desconocimiento del veredicto, del cual no puede apartarse el fallador".

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de origen y fecha mencionados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

Es posible calificar de contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción, vale decir, cuando sus términos implican afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto. — Incongruencia entre el fallo y los cargos formulados en el auto de proceder.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 21 de 28 de mayo de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Está acusada en casación la sentencia del once de enero de mil novecientos setenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, modificando la de primer grado, condenó a Efrén Vega Sánchez a la pena principal de once (11) años de presidio, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José del Carmen Ladino Castiblanco. Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) En las horas de la tarde del domingo ocho de octubre de mil novecientos setenta y dos, Efrén Vega Sánchez y José del Carmen Ladino estuvieron tomando cerveza en la cantina de Pedro Rodríguez, situada en las afueras de la población de Acacías, sobre la carretera que conduce a la vereda de La Palma. Entretanto, discutían ásperamente, hasta el punto de salir ambos a la vía para batirse a cuchillo. Sin embargo, fueron separados y desarmados por algunos de sus acompañantes, quienes lograron que entraran de nuevo a la cantina. Un poco más tarde José del Carmen salió de aquel sitio rumbo a su casa, pero fue seguido por Vega Sánchez, quien dándole alcance lo lanzó sobre la cuneta del camino, para propinarle en seguida varias cuchilladas mortales, pues una de éstas le seccionó la vena yugular y la aorta ascendente;

b) La formación inicial del sumario estuvo a cargo del Juez Promiscuo Municipal de Acacías. Pasó luego el asunto al Juzgado Tercero de Instrucción Criminal, el que a su turno y después de incorporar al informativo numerosos elementos de juicio, envió el proceso al reparto de los Jueces Superiores de Villavicencio, habiéndole correspondido al Segundo de tal categoría, funcionario que en providencia del cinco de febrero de mil novecientos setenta y tres resolvió abrir causa criminal, por los trámites en que interviene el jurado, contra Efrén Vega Sánchez, pieza en la cual se le formula a éste el cargo de homicidio simplemente voluntario, punto que marca una discrepancia con el respectivo Agente del Ministerio Público, quien en la vista correspondiente había solicitado un llamamiento a juicio por homicidio, pero calificado por una de las agravantes previstas en el artículo 363-5 del Código Penal;

c) El acervo probatorio no sufrió modificaciones durante el plenario. Con oportunidad de la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado las siguientes cuestiones:

"¿El procesado, Efrén Vega Sánchez..., ES RESPONSABLE, sí o NO, de haber ocasionado la muerte, con el propósito de matar, a José del Carmen Ladino Castiblanco, quien falleció como consecuencia de heridas varias inferidas con arma corto-punzante (cuchillo), en hechos que tuvieron ocurrencia el día ocho de octubre de mil novecientos setenta y dos, a eso de las cuatro y media a cinco y media de la tarde, en la zona suburbana del Municipio de Acacías, comprensión de este Distrito Judicial?"

d) "Culpable", fue la textual respuesta mayoritaria del tribunal popular. El otro miembro

del jurado respondió: "No es culpable por haber obrado en legítima defensa subjetiva". Acatando el veredicto, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Villavicencio condenó a Efrén Vega Sánchez a la pena principal de ocho (8) años de presidio, como responsable del delito de homicidio materia del proceso, sanción que el ad quem elevó a once (11) años, con fundamento en el artículo 6º del Decreto número 1988 de 1971 y en las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por el artículo 37 del Código Penal en sus numerales 3º y 7º, que estimó demostradas a plenitud en el informativo.

La demanda.

Formulada por el apoderado especial del procesado, en ella se impugna la sentencia recurrida invocando las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra, respectivamente, en sus numerales 4, 3 y 2, no sin antes referirse a los hechos y a la actuación procesal, referencia que incluye citas de algunos aspectos probatorios y de determinadas piezas del proceso, tales como el auto de proceder y la sentencia de segundo grado.

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Dentro de la esfera de la presente causal formula el actor los siguientes argumentos, enderezados en definitiva y en esencia a estructurar un cargo de nulidad supralegal:

a) El acta que recoge las circunstancias referentes al levantamiento del cadáver pretermitió los requisitos formales establecidos por los artículos 155 y 159 del Código de Procedimiento Penal, porque no expresa el nombre de la "entidad que la practica", ni da cuenta de que se hubiese designado secretario para tal diligencia, y entre los firmantes solo aparece suscribiéndola uno de los peritos intervinientes;

b) "La autopsia del cadáver mencionado presuponía necesariamente el que, de conformidad con la norma contenida en el artículo 155 del C. de P. P., el Juzgado Promiscuo Municipal de Acacías hubiera decretado la práctica de la exhumación del cadáver, ya que ese Juzgado asumió la investigación el día 9 de octubre de 1972 en que dictó auto cabeza de proceso (folio 6), y que esa exhumación se hubiera practicado con el lleno de las formalidades propias de esta diligencia, delineadas por el inciso segundo del artículo 342 del C. de P. P. y en el expediente no existe ni el auto que decretó la exhumación ni la práctica de ésta, ni información de que dentro de la exhumación en el cementerio de Acacías, se hubiera practicado autopsia";

c) El occiso —según el actor— no fue legalmente identificado, pues siendo inexistente el acta de levantamiento del cadáver, no solo por la inobservancia de las formalidades ya citadas, sino también por carecer de competencia para realizar tal diligencia el Inspector de Transportes y Tránsito de Acacías, la cédula de ciudadanía encontrada en las ropas del cadáver, según consta en aquélla, no tiene la idoneidad probatoria que se le ha dado.

Y fundado en tales planteamientos el impugnante afirma, en suma, que se ha infringido el artículo 26 de la Constitución Nacional, "por haberse observado en la práctica de las diligencias de levantamiento del cadáver, de su identificación y de su necropcia, las normas de procedimiento contenidas en los artículos 48, 287, 288, 155, 159, 162, 340, 341 y 342 del C. de P. P.". Se quebrantó, así mismo, en su sentir, el artículo 210 ibídem, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al nombre y apellido del occiso.

Causal tercera. Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio.

Después de reproducir el texto del cuestionario sometido a la consideración del jurado, arguye el actor:

"El cuestionario transcrito lleva implícito y explícito el error judicial inherente a la denominación del nombre y de los apellidos de José del Carmen Ladino Castiblanco, capaz de inducir a error consecuencial a los jurados, fue respondido en forma distinta a la que exige el artículo 535 del C. de P. P., pues eludieron la respuesta primaria, guardaron silencio absoluto sobre la responsabilidad, respondiendo de modo que no es posible tener certidumbre sobre si, saltando por encima de la respuesta básica obligatoria sobre responsabilidad, quisieron expresar que *Efrén Vega Sánchez no era culpable o que sí era culpable,* ya que mayoritariamente contestó el jurado, secamente: *'Culpable'*. Pero ni aun asimilando el término o palabra 'culpable' como equivalente de responsable, no ofrece firmeza de convicción sobre el verdadero pensamiento de los jurados, ya que, a este término, mentalmente, lo mismo puede anteponéresele la palabra 'NO', y se tiene un veredicto absolutorio, o la palabra 'sí', y se tiene un veredicto condenatorio".

En párrafos subsiguientes el censor insiste en el anterior planteamiento, sin modificar su esencia.

Causal segunda. No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Sostiene el demandante, en suma, para sustentar la tacha propuesta al amparo de la causal

segunda (primera hipótesis) que tal disonancia estriba en que la sentencia acusada tuvo en cuenta, para individualizar la sanción, circunstancias de mayor peligrosidad que no fueron señaladas en el auto de proceder. Por tal razón se infringieron, a su juicio, los artículos 215 y 483-3 del C. de P. P.

Concepto del Procurador.

En su respuesta a la acusación formulada, el Procurador se refiere, en primer término, a los hechos debatidos en el juicio, tal como fueron resumidos en las instancias. Sintetiza luego, tratando de trasladar con la mayor fidelidad posible el pensamiento del actor, el contenido esencial de los cargos propuestos dentro del marco de las causales aducidas, tachas a las cuales opone de inmediato las razones que estima pertinentes para desvirtuarlas. En su opinión, la nulidad constitucional aducida no fue en manera alguna demostrada, pues el actor no precisa cuál de las cuatro garantías que integran el complejo institucional del artículo 26 de la Carta fue vulnerada por el sentenciador de segundo grado. También rechaza el representante del Ministerio Público la presunta nulidad fundada en el artículo 210-5 del C. de P. P., pues considera que tal aspecto quedó plenamente despejado en las instancias.

En cuanto al cargo formulado dentro del marco de la causal tercera, estima que la respuesta del jurado no conlleva antinomia alguna, por cuanto solo hay en ella una proposición afirmativa, clara y precisa, "de donde se colige que la contradicción apuntada en la demanda, solo existe en la mente del señor demandante, pues es él quien indica que mentalmente se puede interpretar en forma distinta a la hecha por los sentenciadores de instancia, olvidando el actor que la interpretación del veredicto, en la forma burda como él lo plantea, no es de recibo, ni de procedencia legales".

Finalmente, la Procuraduría considera injustificada la censura propuesta con apoyo en la causal segunda, pues las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad constituyen o deben constituir materia del fallo, conforme a las reglas establecidas en el artículo 171 del C. de P. P. y concluye solicitando a la Sala que deseche el recurso y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

La Corte considera:

Causal cuarta.

1. Si se observa atentamente el contenido de la censura propuesta al amparo de la causal cuarta contra la sentencia acusada, lo que allí hay en el fondo es una crítica a determinados aspectos probatorios del proceso, relacionada concretamente con algunos de los elementos de juicio a los cuales el sentenciador de segundo grado les concedió eficacia suficiente para demostrar a plenitud el cuerpo del delito, y que, en sentir del actor, debió reputar inexistentes. En otros términos: se pretende controvertir las siguientes apreciaciones probatorias, expuestas en el fallo recurrido: "La materialidad del delito se comprobó plenamente con el acta de levantamiento del cadáver, en cuya diligencia se identificó al occiso con la cédula de ciudadanía que portaba y se comprobó que no portaba ninguna clase de arma; con el acta de necropcia, que obra al folio 53, en la cual se estableció que la muerte de José del Carmen Ladino tuvo por causa anemia aguda, a consecuencia de las lesiones descritas en ella; y la presanidad de la víctima se demostró con testimonios de quienes estuvieron con la víctima momentos antes de ser herida". Sin embargo, un replanteamiento valorativo de los elementos de juicio solo sería posible dentro del marco de la causal primera de casación, no aducible en procesos donde ha intervenido el jurado, como lo ha sostenido la Corte en su doctrina más reiterada, salvo cuando aquélla se propone para argüir violación indirecta de la ley sustancial, proveniente de errores fácticos o de derecho respecto de pruebas relativas a hechos que escapan al resorte de los jueces de conciencia para caer en la esfera apreciativa del juzgador jurídico, como ocurre, verbi gratia, con las referentes a las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad. Y se recuerda que no sería aducible en juicios con intervención del jurado, porque en éstos, como tantas veces se ha dicho, la decisión sobre los elementos que integran el delito en su doble aspecto compete por modo exclusivo al tribunal popular.

En consecuencia, no se justifica la censura estudiada.

2. El fundamento jurídico de la nulidad generada por equivocación relativa al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido radica en la necesidad de evitar los errores judiciales de condenar a un inocente, en el primer caso, o considerar muerto a quien se halla vivo, en la segunda hipótesis. Pero la ley no ha instituido pruebas específicas para establecer o acreditar la identidad de tales personas, siendo conducentes todos los medios de convicción idóneos para producir certeza sobre el particular. En el presente caso quedó plenamente establecido que la persona a quien Efrén Vega Sánchez

dio muerte en las circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditadas en el informativo, respondía al nombre de José del Carmen Ladino Castiblanco. Así lo demuestra de manera irrefragable no solo la cédula de ciudadanía hallada en las ropas de la víctima, sino la múltiple prueba testimonial citada en la sentencia recurrida, de la cual forma parte, inclusive, la declaración de Angel Vega Sánchez, hermano del acusado, quien presenció los hechos determinantes del proceso (folio 65, cuaderno 1º).

Por lo visto, tampoco se está aquí en presencia de la nulidad legal aducida por el actor (artículo 210-5 del C. de P. P.).

Causal tercera.

3. Con manifiesta insistencia ha afirmado la Corte que solo es posible calificar de contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción, vale decir, cuando sus términos impliquen afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto. El veredicto emitido por la mayoría de los miembros del jurado en este proceso, es, a la luz de la razón, afirmativo de la responsabilidad, aunque expresado con otro término: "Culpablé". Y es apenas intuitivo que los jueces de conciencia que afirmaron la culpabilidad del acusado respecto del delito por él cual fue llamado a responder en juicio, no estaban obligados a anteponer a su respuesta el adverbio afirmativo "Sí". Por contraste la afirmación mayoritaria resulta más enérgica frente a la frase negativa del miembro disidente: "No es culpable por haber obrado en legítima defensa subjetiva". Respuesta que traduce precisamente la tesis antagónica, sustentada por el defensor. Por lo demás, tal interpretación quedó plasmada al final del acta que recoge todo lo actuado en la audiencia pública, extremo sobre el cual nadie formuló observación alguna: "A la 1 y 10 de la tarde, el jurado pronunció o emitió el siguiente veredicto: "Culpable" *para dos jurados y* "no es culpable por haber obrado en legítima defensa subjetiva" *para uno. Puesto en conocimiento del público el veredicto, el señor juez declaró clausurado el debate".*

No prospera, por lo expuesto, la causal tercera.

Causal segunda.

4. Entre los factores que deben consignarse en las sentencias, conforme al artículo 171-C del Código de Procedimiento Penal, están "Los fundamentos jurídicos en que se apoye el fallo para calificar, respecto de cada procesado, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, las que lo eximen de responsabilidad, y las que agraven o atenúen la sanción". En cambio, el artículo 483 del mismo estatuto no preceptúa, al señalar los requisitos formales del auto de proceder, que en su parte motiva se expresen tales circunstancias, sino las que especifiquen *el hecho criminoso que se imputa al procesado. En presencia de la imputación genérica del homicidio, por ejemplo, formulada en la parte resolutiva del pliego de cargos, habrá lugar a precisar en la parte motiva, según el caso, las hipótesis de asesinato, homicidio de propósito, culposo, preterintencional, concausal, etc. O si el hecho se cometió en alguna de las situaciones previstas en los artículos 28, 382, 384 o 385 del Código Penal.*

De lo anterior se desprende que es en la sentencia donde el juzgador, al individualizar la sanción, habrá de apreciar los diferentes factores indicados por el artículo 36 ibídem, entre los cuales se encuentran las circunstancias de mayor o menor peligrosidad —en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito, o contemplado de otra manera—, en su orden.

Es evidente, entonces, que la pretendida incongruencia entre el fallo recurrido y los cargos formulados en el auto de proceder, carece de todo fundamento. Se impone, por tanto, dar aplicación al artículo 582 del C. de P. Penal, desestimando el recurso y disponiendo devolver el proceso al despacho de origen.

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

Los jurados se sortean para cada asunto y en un mismo proceso. — La notificación personal de la fecha y la hora en que deba realizarse la audiencia, es solamente obligatoria cuando el acusado se encuentra detenido, pero no cuando está gozando de libertad provisional o es declarado reo ausente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, D. E., cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 21 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Germán y Helí Salazar Alvarez, contra la sentencia de 30 de mayo del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual confirmó la de primer grado proferida por el Juzgado Tercero Superior de Tuluá, que condenó al primero de los citados a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio, por doble homicidio consumado en las personas del agente de la Policía Nacional Néstor González y de Dagoberto Pérez Ruiz, y por fuga de presos, y el segundo a la pena de veinte (20) años de presidio como autor de homicidio agravado en Néstor González. Fueron condenados a las demás penas accesorias de ley.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso recurso extraordinario de casación, declarado admisible por auto de primero de agosto último. Mediante providencia de cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, se declaró que las demandas presentadas por el abogado Rafael David Aponte García, con personería debidamente otorgada por los recurrentes, se ajustaba a los requisitos de forma.

Hechos y actuación procesal.

El homicidio en el agente de la Policía Nacional Néstor González tuvo ocurrencia aproximadamente a las diez y media de la noche del veintiocho de febrero de mil novecientos setenta, cuando éste hacía el recorrido de vigilancia por la zona de tolerancia del Corregimiento de Quebradanueva, caserío situado en los límites de las jurisdicciones municipales de Sevilla y Zarzal, del Distrito Judicial de Tuluá. Desde un solar le hicieron dos disparos, uno, al parecer, con escopeta calibre 20 y otro con revólver. Su muerte se produjo en forma instantánea. El cadáver presentaba en la espalda ocho impactos cuando se practicó la diligencia de levantamiento.

En principio la investigación se adelantó con base en sospechas y conjeturas, tales como el señalamiento de los hermanos Rigoberto y José Eliécer Pérez Montoya, a quienes el occiso había conducido un mes antes a la cárcel local, por irrespetos contra la Policía. También se sospechó de Norvey Gallego Zapata, cuya mujer —según versiones— era pretendida secretamente por el occiso. Pero estas pistas no arrojaron resultados positivos.

Solo cuatro meses después un informe policivo encaminó la investigación con paso firme.

El Juez Segundo Penal Municipal de Sevilla inició el proceso, con base en diligencias previas practicadas por el Inspector Departamental de Policía de Quebradanueva. Agotada la etapa instructiva remitió el proceso a los Jueces Superiores de Tuluá. El conocimiento correspondió al Tercero, el cual ordenó la ampliación del sumario.

El Juzgado Tercero Superior, al calificar el mérito del sumario sobreseyó definitivamente en favor de Arturo de Jesús Pérez Carvajal, Ever Rada Aranda y Germán Salazar Alvarez, y temporalmente en favor de Helí Salazar Alvarez, por los cargos a ellos atribuidos en razón del homicidio. Se ordenó la libertad provisional de los hermanos Salazar Alvarez y la reapertura de la

investigación, como consecuencia del sobreseimiento temporal.

Cumplida esta nueva etapa, el Juzgado del conocimiento, encontró mérito para llamar a juicio por los trámites en que interviene el jurado de conciencia a Helí Salazar Alvarez, por el homicidio en Néstor González, y sobreseyó temporalmente por segunda vez en favor de Germán Salazar Alvarez, por los mismos hechos. Este segundo sobreseimiento temporal se consultó con el Tribunal Superior de Tuluá, que lo revocó y en su lugar abrió causa criminal contra Germán Salazar Alvarez. La consulta anterior se surtió sobre las copias del proceso.

Cuando el cuaderno de copias, con el vocatorio a juicio a Germán Salazar Alvarez regresó al Juzgado, este Despacho había llevado a cabo el sorteo de jurados en la causa contra Helí Salazar Alvarez (cuaderno original). El sorteo se verificó con el lleno de los requisitos legales.

Como en el Juzgado Segundo Superior de Cartago (V.), se adelantaban dos causas contra Germán Salazar Alvarez, una de ellas por homicidio en Dagoberto Pérez Ruiz y la otra por fuga de presos, se decretó la acumulación a la que por el delito de homicidio en el agente de Policía Néstor González, según el Juzgado Tercero Superior de Tuluá, donde, igualmente, había sido llamado a juicio junto con su hermano Helí Salazar Alvarez y se efectuó la audiencia pública con la actuación del jurado de conciencia sorteado cuando el Tribunal Superior de Buga conocía de la consulta del segundo sobreseimiento temporal, a que se hizo mención.

El jure contestó así los cuestionarios sometidos a su consideración y que se transcriben:

"Cuestionario número 1.

"¿El enjuiciado Helí Salazar Alvarez, de condiciones civiles y personales conocidas en el expediente, es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte, con el propósito de matar, al agente Néstor González, aprovechando las circunstancias de indefensión o inferioridad en que se encontraba la víctima, causándole a éste las heridas descritas por los señores médicos legistas a folio 34, como hechas con arma de fuego (escopeta), sucesos acaecidos a eso de las diez de la noche del 28 de febrero de 1970, en la zona urbana del Corregimiento de Quebradanueva, sector del Municipio de Sevilla (V), comprensión de este Circuito Judicial?

"El jurado contestó:

"Sí es responsable del delito de asesinato" (folio 382).

"Cuestionario número 2.

"¿El encausado Germán Salazar Alvarez, de condiciones civiles y personales conocidas a través del expediente, es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haber prestado al autor o autores de la muerte del Policía Néstor González un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse la muerte de éste, hechos sucedidos en las circunstancias descritas en el cuestionario número 1 y ocurridos a eso de las diez de la noche del 28 de febrero de 1970, en la zona de la parte urbana del Corregimiento de 'Quebradanueva', sector del Municipio de Sevilla (V.)?

"El jurado contestó:

"Sí es responsable de complicidad".

"Cuestionario número 3.

"¿El acusado Germán Salazar Alvarez, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es penalmente responsable, conforme al proveído de vocación a juicio, de haber dado muerte, con el propósito de matar, al señor Dagoberto Pérez Ruiz, aprovechando las circunstancias de indefensión e inferioridad en que se encontraba su víctima al causarle a ésta las heridas descritas por los señores médicos legistas a folio 36, como hechas con arma cortante, hechos sucedidos en el Corregimiento de Quebradanueva, jurisdicción del Municipio de Zarzal, a eso de las siete y cuarto de la noche del 17 de mayo de 1971, más concretamente en el establecimiento de propiedad de Ana Celis Grisales?

"El jurado contestó:

"Sí es responsable del delito de asesinato" (folio 383).

"Cuestionario número 4.

"¿El acusado Germán Salazar Alvarez, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es penalmente responsable, conforme al auto de proceder, de haberse fugado estando legalmente detenido, de la cárcel de Zarzal, el 6 de julio de 1971?

"El jurado contestó:

"Sí es responsable del delito de fuga sin agravantes" (folio 384).

En la misma forma contestó el cuestionario número 5, relacionado con la responsabilidad de Luis Alberto Gallego Monsalve, por el delito de fuga de presos.

Con base en los precedentes veredictos se dictó la sentencia condenatoria, confirmada por el Tribunal Superior de Tuluá y que es materia del presente recurso extraordinario.

Las demandas de casación.

Demanda a nombre de Germán Salazar Alvarez: Al amparo de las causales 4ª y 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal se formulan tres cargos contra la sentencia del Tribunal Superior de Tuluá, a saber:

Causal cuarta.

Cargo primero. Afirma el denunciante que la designación de los jurados de conciencia para el encausado Germán Salazar Alvarez constituye un acto arbitrario y nulo y viola el artículo 26 de la Constitución Nacional. Argumenta que cuando fue calificado por segunda vez el mérito del sumario, se formuló pliego de cargos contra Helí Salazar Alvarez, por el homicidio en Néstor González, y se sobreseyó temporalmente en favor de su compañero de sindicación Germán Salazar Alvarez. Por tratarse del segundo sobreseimiento temporal, hubo de consultarse la providencia con el Tribunal Superior, y mientras se surtía la consulta, la causa continuó rituándose para Helí Salazar, habiéndose sorteado el jurado de conciencia que habría de intervenir en la audiencia pública.

Verificado el sorteo de jurados, el Tribunal de Buga notificó al Juzgado Superior que había revocado el sobreseimiento temporal, y llamado a responder en juicio criminal a Germán Salazar Alvarez.

En consecuencia, el Juzgado del conocimiento dispuso que el jurado de conciencia elegido para juzgar a Helí Salazar, cumpliera idéntica función frente a Germán Salazar.

Dice el impugnante que "había necesidad para don Germán Salazar Alvarez, de dar aplicación al artículo 540 del Código de Procedimiento Penal, según el cual llegados el día y la hora del sorteo, se procederá de la siguiente manera para cada asunto. El Juez pondrá de presente a las personas que hayan concurrido, la lista de los jurados y las fichas correspondientes a partir de la unidad... (continúa transcribiendo el artículo). Agrega el actor que era necesario haber sorteado un solo jurado para ambos procesos, pero como no se realizó así, se violó el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal.

Cargo segundo. Se plantea mala elaboración del cuestionario sometido al jure para Germán Salazar Alvarez, no haberse interrogado sobre el aprovechamiento de las circunstancias de indefensión o inferioridad de la víctima, pues a ciencia cierta no se supo por qué delito se preguntaba y en qué calidad se ubicaba la responsabilidad de Germán Salazar, ya que en el cuestionario número dos se hizo remisión al cuestionario número 1, cuando dichos cuestionarios deben formularse separadamente para cada delito.

Causal segunda.

Cargo único: En el cuestionario número 2, sometido a la consideración del jurado, se interrogó a éste si Germán Salazar Alvarez era penalmente responsable de haber prestado al autor o autores de la muerte de Néstor González, un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el delito, y el jurado contestó: "Sí es responsable de complicidad", sin especificar si se refería a la necesaria o a la no necesaria, puesto que en el acto de audiencia, ninguno de los intervinientes se refirió a la complicidad con excepción del Ministerio Público, que hizo referencia a ella, pero sin especificarla.

Deduce la censura que, en estas circunstancias, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues en el fallo se le dedujo complicidad necesaria.

Demanda de Helí Salazar Alvarez.

Con fundamento en la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, formula la censura tres cargos contra la sentencia impugnada:

Primero. Fue ilegal la intervención del jurado de conciencia que habiendo sido sorteado para "actuar en la causa contra Helí Salazar Alvarez, arbitrariamente y sin decisión judicial se le obligó a intervenir en la causa contra Germán Salazar Alvarez", lo cual entraña nulidad supralegal por violación de las formas propias del juicio.

Segundo. No se respetó la decisión judicial sobre defensores, pues fueron sustituidos los que inicialmente se habían designado para los acusados Fausto Luis Mosquera y Luis Alberto Gallego, en el proceso que por "fuga de presos" se seguía a ellos juntamente con Germán Salazar en el Juzgado de Roldanillo, causa que fue acumulada a la de homicidio agravado en el cual también estaba involucrado Germán Salazar. Dice el actor que este cambio de defensores no lo podía hacer el nuevo juez que conocía de los nego-

cios acumulados, sino el que en principio había hecho la designación de oficio.

Tercero. Se vulneró el principio de defensa de los procesados, puesto que no se recibió el testimonio de Carmen Delia Vivas viuda de González, quien había sido citada para declarar en la audiencia pública. Asistió a la primera sesión, pero como el acto hubo de aplazarse, la testigo no concurrió posteriormente a rendir declaración, a pesar de haber sido notificada personalmente.

Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita se desechen las demandas de casación, y al efecto contesta los cargos hechos a la sentencia, en el mismo orden en que son planteados, en la siguiente forma:

Primero. El propio demandante aporta un razonamiento lógico y legal para que se rechace este cargo, puesto que acepta que no era necesario que efectuaran dos actos de sorteo de jurado, sino uno solo para los dos procesos que habían sido acumulados. En efecto. La situación de haberse llamado a juicio a uno de los acusados y sobreseído temporalmente en favor del otro, no rompía por modo alguno la continencia de la causa, porque ella es unidad que debe haber en todo juicio. El haber realizado dos actos de sorteo de jurados hubiera sido contra las más elementales normas de procedimiento, máxime cuando no se impugna el acto en sí, sino el reconocimiento que del jurado elegido para juzgar a Helí Salazar Alvarez, hizo el Juez de conocimiento para que cumpliera idéntica función frente a Germán Salazar Alvarez. Por consiguiente, como no era del caso reemplazar a los jurados, por ausencia de los eventos contemplados en los artículos 543, 544, 545 y 550 del Código de Procedimiento Penal, el cargo carece de fundamento, puesto que tampoco existió violación de las formas propias del juicio.

Segundo. No existe discordancia entre el auto de enjuiciamiento y el cuestionario presentado al jurado de conciencia para indagar sobre la responsabilidad de Germán Salazar, puesto que en el pliego de cargos se dijo claramente que Germán Salazar Alvarez actuó en calidad de cómplice necesario y en el cuestionario sometido al jure se preguntó concretamente sobre esta circunstancia. Tampoco hay antinomia entre el veredicto y la sentencia. Así se desprende de las transcripciones anteriormente consignadas en esta providencia.

En esta forma queda, igualmente, contestado el cargo tercero en la demanda de Germán Salazar Alvarez.

Cuarto. Repite el Ministerio Público los argumentos esbozados para rebatir el primer cargo hecho en la demanda de Helí Salazar Alvarez, e insiste en que la censura no ha traído razonamiento alguno para señalar la ilegalidad o arbitrariedad en el sorteo de jurados, ni la actuación de ellos en frente del procesado Helí Salazar. El cargo no ha sido demostrado y carece de fundamento.

Quinto. No es atendible el planteamiento acusatorio sobre carencia de facultad del juez que conoció los negocios acumulados para designar defensores a los procesados Mosquera y Gallego, y de todas maneras, esta circunstancia en nada incidió sobre los derechos y garantías de que era titular Germán Salazar Alvarez para gozar del debido proceso. Así las cosas, no es posible que el demandante cargue en favor de un recurrente, motivos de casación, operantes en favor de quien no lo fue, máxime cuando no existe relación de causa a efecto entre ellos.

Sexto. Carece de trascendencia el hecho de que Carmen Delia viuda de González no hubiera comparecido a la audiencia a rendir su testimonio, puesto que la prueba de cargo indicadora de la responsabilidad de Germán y Helí Salazar Alvarez fue suficiente para el pronunciamiento del jurado. Además de aceptarse el cargo, se causaría, entonces sí, grave perjuicio a los procesados, pues ello equivaldría a someter la celebración de la audiencia al capricho personal de cualquier testigo que se pidiera y se ordenara comparecer a la audiencia, aplazándose ésta indefinidamente hasta que el testigo pudiera o quisiera comparecer.

Consideraciones de la Corte.

Demanda de Germán Salazar.

Primera causal invocada. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad. Infracción del artículo 26 de la Constitución Política. *Cuando el Tribunal Superior de Buga absolvía la obligada consulta del segundo sobreseimiento temporal dictado en favor del procesado Germán Salazar, el Juzgado Tercero Superior de Tuluá continuaba la tramitación del juicio y realizaba sorteo de jueces de conciencia para decidir la responsabilidad que pudiera caber a Helí Salazar, hermano del primero, por el delito de homicidio en la persona del agente de la Policía Nacional Néstor González, momento en el cual conoció la decisión del Tribunal que revocando la suya llamaba a responder en juicio, por la vía del jurado a Germán Salazar, como cómplice necesario de su hermano Helí. Pretende el actor la nulidad de*

la sentencia recurrida en casación, con el argumento de que el sorteo de jurados, válidamente producido para juzgar a uno de los copartícipes, o sea Helí Salazar Alvarez, no lo es para el juzgamiento de su hermano Germán.

La Sala observa que el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Buga contra Germán Salazar Alvarez, previa revocatoria del segundo sobreseimiento temporal dictado en su favor por el Juzgado Tercero Superior de Tuluá lo fue en un mismo negocio. Dicho auto se notificó personalmente al procesado y a su defensor y, una vez ejecutoriado, el juicio se abrió a pruebas por el término legal. La secretaría notificó a estas mismas personas del acto de sorteo de jurados y les hizo conocer los nombres de quienes habían sido seleccionados como jueces principales y suplentes, y no recusaron a ninguno de ellos. Los jurados se sortean para cada asunto y en un mismo proceso lo fueron los jueces de conciencia que emitieron veredicto afirmatorio de la responsabilidad de los hermanos Germán y Helí Salazar Alvarez. Sino que el procesado recurrente ni su defensor fueron notificados personalmente del auto por medio del cual el Juzgado señaló fecha y día para el sorteo de jurados, justamente porque en su favor había sido prescrito un segundo sobreseimiento temporal. Pero el caso no está erigido en nulidad, y menos pudiera pretenderse su declaratoria como nulidad de carácter constitucional, puesto que en su caso fueron observadas estrictamente las garantías fundamentales del derecho de defensa y los jueces del pueblo que decidieron sobre su responsabilidad, lo hicieron con plena competencia y lo condenaron como cómplice necesario de su hermano Helí.

El recurrente no cuestiona que se le hubiesen cercenado sus garantías fundamentales en el proceso, pero arguye que se violaron las formas propias del juicio, solo porque no le fue notificado el auto que señaló fecha y día para el sorteo de jurados, que se llevó a efecto en las circunstancias ya anotadas suficientemente, es decir, cuando se había dictado en su favor un segundo sobreseimiento temporal. Celebrado el sorteo era lógico que lo único que debía notificarse al procesado era el nombre de los jurados, y, por sustracción de materia, resultaba absolutamente inoficioso citar día y hora para llevar a cabo un nuevo sorteo, si dicho acto fue cumplido legalmente y en su oportunidad en el mismo asunto.

Cargo segundo.

Falta de consonancia entre la sentencia y el veredicto.

Se alega que al jurado se le preguntó concretamente si a Germán Salazar Alvarez cabía responsabilidad por haber prestado al autor o autores del homicidio en la persona del agente de Policía Néstor González, auxilio y cooperación sin los cuales el delito no podía cometerse, y que su respuesta fue del siguiente tenor: Sí es responsable de complicidad, o sea que el jurado no especificó la complicidad.

Piensa el recurrente que una respuesta así deja sin definir la exacta participación en el delito de homicidio agravado por el cual se le condenó, y arguye que si el jurado no calificó su complicidad como necesaria, el sentenciador no podía admitirla en ese grado.

La Sala observa que si el jurado hubiese contestado con un simple sí, o con un sí es responsable, su veredicto sería tan enfático como cuando dice sí es responsable de complicidad. Justamente porque el jurado no califica la complicidad para degradarla, ni deja constancia alguna que la participación atribuida al procesado en el delito por el que fue hallado culpable lo hubiera sido en modalidad distinta de la señalada en el auto de proceder, fielmente traducida al cuestionario. El cargo no prospera.

Demanda de Helí Salazar Alvarez.

Primera causal invocada. La cuarta. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad con infracción del artículo 26 de la Constitución Política, porque los jurados sorteados para juzgarla, fueron obligados a juzgar igualmente por el mismo delito, a su hermano Germán, llamado a responder en juicio como cómplice necesario.

En sus planteamientos el impugnador anticipa la respuesta. Se trata, como se ve, de la misma acción criminosa, del mismo proceso y de unos mismos jueces. Es decir, que fue juzgado por el procedimiento debido. Pero es que, además, esta es la demanda de Helí Salazar y en ella, por razones obvias no puede reclamar su hermano Germán, quien ya lo hizo separadamente con los resultados conocidos. Y así el cargo no viene llamado a prosperar.

Segundo cargo. Infracción constitucional por violación de las formas propias del juicio. Se dice que en este proceso hubo acumulación de juicios y el recurrente reclama la falta de facultades del juez de la causa para designar defensores de oficio a los procesados Mosquera y Gallego. No discute el actor que él personalmente nombró a su defensor, o que este derecho le hubiese sido burlado. Y acude en auxilio de una situación completamente ajena a la suya y busca derivar de allí derechos que sus titulares no están cuestionando, pues Mosquera y Gallego no son partes en este recurso, y de haberlo sido no reclamarían el cambio de sus defensores de oficio por el juez

que conoció de los juicios acumulados, y no por el que hizo la designación primera, pues la facultad de nombrarlos o de sustituirlos corresponde a los jueces de la causa sin consultar otros intereses que los de la justicia, que son, igualmente, los del procesado y su defensa, no desconocidos en este negocio, hecho no discutido ciertamente por el actor.

Cargo tercero.

Con base en la misma causal se argumenta, por último, que la defensa recibió menoscabo puesto que la testigo Carmen Delia viuda de González, que debía declarar dentro del acto de audiencia pública, no lo hizo. Pero el recurrente no ha demostrado que el resto de la prueba de cargo fuera inane ni por qué modo la declaración que hecha de menos hubiera preponderado en la sentencia por modo exculpativo de su responsabilidad. El cargo no prospera.

Sin otras consideraciones, la Corte —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERRADA CALIFICACION JURIDICA DE LA INFRACCION.—ASESINATO Y ROBO—CONCURSO MATERIAL DE DELITOS

El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les ha dado una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausan por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco (5) de junio de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 21.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los procesados Antonio María Morantes García, José Gabino Romero Laguado y Manuel Becerra Quintero contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta proferida el 16 de agosto de 1974, mediante la cual se condenó a dichos encausados a la pena principal de diez y ocho años y seis meses de presidio y a las accesorias de rigor, por los delitos de homicidio y robo cometidos en la persona y contra el patrimonio de Gabriel Boada Suárez.

La impugnación extraordinaria fue admitida por esta Sala en auto de siete de febrero del año en curso, y se sometió al trámite legal previo a la resolución que ahora corresponde dictar.

Antecedentes.

En el auto de proceder, ciñéndose a la realidad procesal, se narran los hechos que dieron lugar al presente proceso, así:

"A primera hora de la madrugada del día viernes ocho de diciembre del año de mil novecientos setenta y dos salió del Puesto de Policía del Corregimiento de Puerto Santander, con el fin de hacer un recorrido de vigilancia en dicho poblado el Cabo de la Policía Nacional, Carlos Antonio Cáceres Carvajal, y al transitar por una calle con dirección al sitio denominado 'Hoyo Caliente', encontró, frente al bar 'La Esperanza' a un sujeto que había sido mortalmente herido y en trance de muerte, sujeto que en el proceso se ha identificado con el nombre de Gabriel Boada Suárez, hallando, además, a poca distancia de éste, moribundo, una pantufla o chancleta de caucho y una cuchilla ensangrentada. Pocos momentos después llegaron al sitio en donde se encontraba el herido el celador Pedro José Monsalve, el agente de la Policía Nacional Marco Antonio Higuera y el Secretario del Corregidor de nombre Rómulo A. Cárdenas, dirigiéndose el Cabo de la Policía, el agente Higuera y el Secretario Cárdenas hacia el matadero público del lugar con el fin de realizar algunas pesquisas sobre el posible o posibles autores de la muerte de Gabriel Boada Suárez y al llegar a dicho matadero indagaron sobre qué persona o personas habían llegado allí últimamente, señalando algunos de los presentes a Antonio María Morantes García, quien se había hecho presente allí pocos momentos antes en estado de embriaguez, sin pantuflas, descalzo, con una olla, y al llegar al matadero se quitó la camisa poniéndola sobre una pared de ladrillo, procediendo a recoger sangre de una res que estaba sacrificando Ernesto N., matarife de Manuel Aguilar, para llevársela a José Aguilar o Pastor Laguado Sarmiento, capturándole entonces los agentes de la Policía y conduciéndole al puesto de Policía como presunto responsable del homicidio investigado, mientras que los agentes Gustavo Martínez Pérez, La-

dislao Ramírez Barajas y José Antonio Rincón Quiñones, ya habían capturado y retenido en el Puesto de Policía a José Gabino Romero Laguado y Manuel Becerra Quintero, también como presuntos responsables del homicidio cometido. Una vez retenidos en el Puesto de Policía los tres capturados, fueron sometidos a un interrogatorio por parte de los funcionarios de Policía, confesando José Gabino Romero Laguado que él había agarrado reduciéndole físicamente a la impotencia o le había puesto una 'llave' al occiso Gabriel Boada Suárez para que su compañero Manuel Becerra Quintero le pudiera requisar o esculcar los bolsillos, confesando a la vez Becerra Quintero que él había requisado o esculcado al occiso Boada Suárez y que, igualmente, Antonio María Morantes García manifestó que Romero Laguado había sido quien había sujetado por la fuerza al occiso Boada Suárez para permitir o facilitar que Becerra Quintero lo esculcara, manifestando, además, Romero Laguado y Becerra Quintero, que quien había lesionado de muerte a Gabriel Boada Suárez había sido Antonio María Morantes García al amenazarlos el occiso con que los iba a denunciar en la Policía, aceptando el cargo que le hacían sus dos compañeros Morantes García y manifestando a la vez: 'Yo confieso mis pecados, pero lo hice azuzado por estos dos vagos que pagan porque los tengan en la cárcel'. La víctima, Gabriel Boada Suárez fue sujeto pasivo de dos heridas causadas con arma corto-punzante (cuchillo), habiéndole ocasionado la muerte la herida que recibió a nivel del octavo espacio intercostal izquierdo entre la línea axilar media y el reborde costal, habiéndose llevado a cabo el levantamiento del cadáver en la misma madrugada del día ocho de diciembre de mil novecientos setenta y dos, a las dos y cuarenta y cinco minutos, constatándose que los dos bolsillos delanteros del pantalón del occiso estaban volteados hacia afuera".

En razón de los hechos que se dejan resumidos el Juzgado Primero Superior de Cúcuta, por auto de 7 de abril de 1973, una vez cerrada la investigación, llamó a responder en juicio a los procesados Morantes García, Romero Laguado y Becerra Quintero por los delitos de homicidio y robo, especificado el primero en la parte motiva como asesinato por la concurrencia de la causal 4ª del artículo 363 del C. P. Al acusado Morantes García se le tuvo en dicho proveído como autor material y principal del homicidio y coautor del robo, y a los otros dos imputados como cómplices necesarios del primer delito y coautores del segundo.

Impulsado el juicio se celebró la audiencia pública el día 24 de abril de 1974, en la cual se sometieron a la consideración del jurado los cuestionarios que obran a los folios 231 a 236.

Todos los cuestionarios fueron contestados afirmativamente por los jueces de conciencia con esta respuesta: "Sí es responsable".

Con fundamento en el veredicto, el juez de primer grado profirió sentencia el 17 de mayo de 1974, en la que impuso a los procesados la pena principal de diez y ocho años y seis meses de presidio y las sanciones accesorias pertinentes.

Contra el fallo se propuso apelación y el Tribunal Superior de Cúcuta lo confirmó en el que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda.

En escrito que se declaró ajustado en su forma externa a las exigencias de la ley, el apoderado especial de los condenados Morantes García, Romero Laguado y Becerra Quintero ataca la sentencia de segunda instancia, invocando en orden lógico las causales 4ª y 3ª del artículo 580 del C. de P. P.

Causal cuarta.

Con base en esta causal, que consagra como motivo de procedencia del recurso de casación en materia penal el que la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, el demandante formula tres cargos contra el fallo del *ad quem*, a saber:

Primer cargo.

"En el caso de autos..., el fallador incurrió en error al haber dictado sentencia definitiva y condenatoria en un juicio que estaba viciado de nulidad, porque se había incurrido en el auto de proceder, en un error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

"Veamos:

"En el auto de proceder, el juzgador de instancia, en determinación que ya se comentó, consignó las siguientes premisas fundamentales:

"a) Que el *fin* primario que tuvieron los sindicados fue el de cometer el delito de robo;

"b) Que después de cometido hicieron a la víctima sujeto pasivo de homicidio, para ocultar el delito de robo y procurar la impunidad de los responsables;

"c) Que no se puede predicar la existencia del delito de robo propiamente tal, sino del delito jurisprudencialmente denominado ATRACO.

"d) Pero también se dice (folio 35), que se causó la muerte para perpetrar el delito contra la propiedad.

"Es lógico, y así lo ha sostenido reiteradamente esa corporación, que cuando se mata para robar y efectivamente se perpetra el delito contra la propiedad, existe concurso de infracciones.

"Así, cuando una persona ocasiona a otra la muerte con el propósito de despojarla de sus bienes, y efectivamente verifica esta última conducta y obtiene la finalidad perseguida, su conducta se adecuará a un concurso material entre homicidio calificado y robo en la modalidad del tipo básico.

"Pero cuando se ocasiona la muerte para verificar un delito contra la propiedad y éste no se consuma, mal puede hablarse de concurso de normas, ya que la sola intención o aspecto finalístico, acompañada de los actos de violencia que sirvieron para consumar el homicidio, estructuran precisamente el delito de que trata el artículo 363 del C. P., numeral 3º.

"En este caso, pues, aceptando las consideraciones que en uno de los apartes hace el juzgador, es decir, la de que se mató con el propósito de robar y que el robo no se pudo perfeccionar, o al menos no existen pruebas para predicar su existencia, especialmente por ausencia de objeto material, se descarta el concurso entre asesinato y robo, ya que el concurso solamente puede existir cuando el delito contra la propiedad se perfecciona. No se puede olvidar que el juzgador de primera instancia afirmó enfáticamente la existencia de los elementos tipificadores del delito de robo propio.

"Podría pensarse que el juzgador solucionó el problema jurídico al haber afirmado que se estructuraba la figura del artículo 363 del C. P., *numeral 4º*. Ello podría aceptarse siempre y cuando el mismo funcionario no hubiese afirmado que el delito de homicidio se verificó para perpetrar el de robo. Y es que si estudiamos con el detenimiento del caso tanto el auto de proceder, como los cuestionarios, veremos que el juzgador hizo, al menos, afirmaciones que son lógicamente contradictorias. En efecto: dice que el delito de homicidio se perpetró como medio del delito de robo y posteriormente dice que se verificó para ocultarlo. Esas dos afirmaciones son absolutamente incompatibles y, en consecuencia, entrañan una errónea calificación de los hechos, que genera nulidad.

"Estamos, pues, aceptando los hechos como los consigna el juzgador, en presencia de un delito de homicidio verificado para cometer otro contra la propiedad, el cual no se pudo perfeccionar.

"Esta conducta encaja dentro de lo estatuido por el artículo 363 del C. P. número 3º y, en consecuencia, se violaría el principio non bis in idem al predicar el concurso en la forma en que lo hizo el Tribunal de Cúcuta en el fallo impugnado.

"Podría exponerse que estamos en presencia de la causal 1ª de casación, por ser el fallo violatorio de la ley penal, por aplicación indebida de los artículos 31 y 405 del C. P., ya que el juzgador consideró que existía concurso entre homicidio calificado y robo cuando en verdad no lo existe. Pero como esa indebida aplicación conlleva la nulidad referida, nos remitimos a la causal 4ª ya invoçada".

Segundo cargo.

"Ha dicho esa honorable corporación... que la precisión del cargo en el auto de vocación a juicio tiene por fin definir para la causa la relación jurídico-procesal que ha de decidirse en la sentencia y dar al procesado la oportunidad de contradecir la imputación y de ejercer sobre base cierta el derecho de defensa. De ahí que una incorrecta formulación de la acusación en el auto de proceder, v. gr., por ambigüedad en el cargo, o por designación anfibológica de la infracción pueda constituir nulidad supralegal, pues la confusión respecto a la incriminación penal lesiona el primordial derecho de defensa y quebranta por ende el artículo 26 de la Constitución Nacional...

"En este evento, se repite, el juzgador sostuvo, por una parte, que el fin primario que tuvieron los sindicados fue el de robar y que una vez ejecutado ese acto, perpetraron el delito de homicidio para ocultar el de robo (folios 31 y 32 del auto calificatorio 194 y 195 del expediente).

"Y más adelante agrega que... es así como está comprobado en el proceso que los sindicados Morantes García, Romero Laguado y Becerra Quintero, con *el propósito de cometer un delito contra la propiedad* (robo) *ejercieron violencia contra la víctima y occiso Gabriel Boada Suárez,* sujetándolo por la fuerza, *incluso causándole la muerte*... (Ver folio 198).

"Entonces, señores Magistrados, es obvio que las dos afirmaciones del señor juez son excluyentes y crean, como en efecto ocurrió, una confusión que se tradujo o reflejó positivamente en los cuestionarios, como a continuación se verá:

"Si el delito de homicidio, o mejor, si la acción física que se empleó para la consumación del mismo, estaba impregnada de la finalidad de facilitar el robo, el delito contra la vida fue medio para obtener el delito fin, es decir, el de robo. Si lo anterior es así, no nos explicamos cómo pudo el juez decir a la vez que el delito de homicidio fue medio para ocultar el de robo. En la prime-

ra hipótesis, el delito de homicidio precedió al de robo y en la segunda, el delito de robo, que era el que se quería ocultar, precedió al de homicidio.

"Todo lo anterior crea una confusión que implica la estructuración de una nulidad constitucional, que también, aunque en forma subsidiaria, invoco".

Tercer cargo.

"También acuso la sentencia recurrida por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad constitucional o extraprocesal, en razón de que los cuestionarios sometidos a los jueces populares eran contradictorios y, en consecuencia, estaban redactados en forma tal que implicaban ambigüedad en los cargos y, como consecuencia, menoscabo del elemental derecho de defensa.

"Es así como en los cuestionarios que se formularon por el delito contra la integridad personal (folios 231, 232 y 233) *se afirma que los procesados... obraron con el propósito de matar y para ocultar el delito de robo anterior y procurar la impunidad de los responsables...*

"Y en los cuestionarios formulados en relación con el delito de robo (atraco según el juez), se consignó textualmente que *los sindicados ejercitaron violencia contra la persona de Gabriel Boada Suárez, a quien sujetaron por la fuerza e incluso le causaron la muerte, con el propósito de apoderarse de bienes de su propiedad.*

"Se pueden verificar las mismas apreciaciones que ya se hicieron anteriormente con relación al auto de proceder.

"Si se mató para robar, mal se pudo matar para ocultar el robo ya cometido.

"La existencia de esas dos premisas es imposible dentro del campo de la lógica más elemental y, en consecuencia, esa incorrecta formulación de los cuestionarios, acarrea grave menoscabo del derecho de defensa y es dable, según respetuoso parecer, alegar la precitada nulidad constitucional".

Causal tercera.

Cargo único.

"En caso de que esa honorable corporación no considere pertinente aceptar la nulidad constitucional, me permito acusar la sentencia por haberse dictado sobre veredicto contradictorio (numeral 3º del artículo 580) y para tal efecto me remito a citar la contradicción que existe entre el contenido de los cuestionarios que a los sindicados se formularon por el delito de homicidio, y los que se formularon por el delito de robo, vale decir, que en los primeros el delito de homicidio aparece como medio para la consumación del robo y en los segundos, aparece como medio para ocultarlo".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, con oportunidad del traslado que se le dio de la demanda, pide que se desechen los cargos dirigidos contra el fallo recurrido.

La Sala aprovechará ciertos aportes del Ministerio Público.

Se considera.

Causal cuarta.

Primer cargo.

Como tinosamente observa el Procurador, dándose por aceptable jurídicamente la circunstancia agravante prevista en el numeral tercero o en el 4º del artículo 363 del C. P., la calificación del delito hecha en la providencia enjuiciatoria no está viciada de nulidad debido a que "homicidio, y solo homicidio fue lo ejecutado por los procesados. *El que se pueda plantear o no un concurso de cualquier naturaleza entre el asesinato y el robo, es materia de controversia inherente a situación distinta, ya que no apropiada y aceptable para cuestionarse la errada calificación jurídica de la infracción".*

"El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, causal de nulidad señalada en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P., se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausa por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores". (Casación de 29 de marzo de 1974).

Es suficiente lo anterior para rechazar con fundamento el cargo; mas la Sala comparte la idea del Agente del Ministerio Público de que es de suma conveniencia "mantener en permanente conocimiento de quienes buscan la invalidación de los fallos a través del recurso extraordinario de casación, el pensamiento de la H. Corte", y por eso transcribe a continuación la parte pertinente de la sentencia de 3 de septiembre de 1971 que versa sobre las causales de agravación del homicidio previstas en los numerales 3º y 4º del artículo 363 del Código Penal. Dice así:

"Novena. Es circunstancia agravante del homicidio el cometerlo para ocultar otro delito, asegurar su producto o procurar la impunidad de los responsables, según el numeral 4º del artícu-

lo 363 del C. P., no siendo indispensable para la existencia de aquélla el que el agente haya obtenido realmente el fin que se proponía, como que basta que el homicidio se realice por uno de los expresados móviles.

"Dicha agravante se justifica porque quien da muerte a otro para encubrir de algún modo un delito cometido por él con anterioridad revela ciertamente un dolo intenso, un mayor grado de culpabilidad y una más alta capacidad criminal.

"En la hipótesis indicada se presenta un verdadero concurso real de delitos, en conexión consecuencial, entre el homicidio y el delito que se pretende ocultar, pues se trata de ilicitudes realizadas con procesos ejecutivos autónomos o 'acciones estructuralmente independientes entre sí', que originan pluralidad de lesiones o eventos dañinos, separables en su objetividad material y jurídica por cuanto son hechos distintos que se contemplan en normas legales autónomas que permiten una aplicación simultánea.

"Décimo. Por la consideración que precede el Tribunal ad quem *no violó la ley penal sustancial, por aplicación indebida en la sentencia de los artículos 402 y 33 del Código Penal, en relación con el 363 de la misma obra, como lo pretende el demandante sobre el supuesto, para la Corte inaceptable, de que el homicidio cometido para ocultar un delito de robo, infracción por la cual fue declarado culpable y condenado el acusado Teodosio Moreno Berrío, se singulariza como asesinato y absorbe o subsume el delito contra la propiedad, excluyéndose así el concurso de delitos, fenómeno admitido en el fallo recurrido.*

"La modalidad del delito complejo en el homicidio que se ejecuta para cometer u ocultar otro delito, sugerida por el actor para negar en el presente caso la existencia jurídica del robo, no es admisible. El denominado delito complejo surge cuando la ley considera como elemento estructural de un tipo delictivo o como circunstancia agravante de una infracción hechos que, apreciados aisladamente, si ello fuera posible, constituirían por sí mismos delitos. En aquella clase de delito unitario (el complejo) el legislador fusiona o reúne en una tipicidad penal o prevé como agravante de la misma hechos o situaciones objetivas de variada índole, de modo que se excluye la pluralidad de infracciones, vale decir, el concurso de delitos, pues el hecho que aislado configuraría una infracción se convierte por voluntad de la ley en un elemento de una figura delictiva especial o en circunstancia de agravación de la misma, perdiendo el carácter de ente jurídico autónomo, ya que de no ser así se violaría el principio del non bis in idem. *Y en las situaciones previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 363 del C. P. —repárese bien— lo que agrava el homicidio no es el hecho constitutivo del delito fin (ord. 3º), cuya comisión no es siquiera necesaria, ni el hecho constitutivo del delito que se quiere encubrir o cuyo producto se quiere asegurar (ord. 4º), sino el móvil de la acción, indicado por la preposición 'para' usada en los dos ordinales y con que se denota el fin del hecho único del homicidio, fin que ha de ser el de 'preparar, facilitar o consumar otro delito', o el de ocultar, asegurar el producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables respecto de otro delito ya cometido. Móvil que, como antes se dijo, pone de resalto en el responsable una relevante culpabilidad que justifica la agravación del homicidio y que es circunstancia independiente del delito que resulte vinculado a aquél por conexidad teleológica o consecuencial. Los mismos términos de los acotados ordinales del artículo 363 dan clara idea de la pluralidad delictual, pues se habla en ellos del homicidio que se comete para consumar u ocultar 'otro delito'.*

"Importa anotar que aunque el Código Penal colombiano no contiene en sus normaciones generales previsión acerca del delito complejo, como sí ocurre en otras legislaciones, entre ellas la italiana (artículo 84), es incuestionable que en algunas de las conductas delictivas que describe en la parte especial se observan las características propias de aquel fenómeno. Así acontece, a guisa de ejemplo, en la concusión (artículo 156), en la detención arbitraria (artículo 295), en el robo con violencia que cause daño a las cosas (artículo 402), en la violencia carnal cuando los actos ejecutados sobre la víctima le ocasionaren a ésta la muerte o grave daño en la salud (artículos 316 y 318), en el abandono de niños a consecuencia del cual resultare la muerte del abandonado (arts. 395 y 396) y en el hurto cometido en un lugar habitado (artículos 397 y 398, numeral 4). En los eventos citados no podría imputarse al agente concusión y abuso de autoridad, ni detención arbitraria y abuso de autoridad, ni robo y defraudación por daño en cosa ajena, ni violencia carnal y homicidio o lesiones culposos, ni abandono de niños y homicidio culposos, ni hurto y violación de domicilio, sino únicamente el delito mencionado en cada uno de los primeros extremos, como que los hechos que, en su orden configurarían los delitos de abuso de autoridad (artículo 171), defraudación por daño en cosa ajena (artículo 426), homicidio o lesiones culposos (artículos 370 y 371 y siguientes), homicidio culposo (artículo 370) y violación de domicilio (artículo 302), son en tales hipótesis, por voluntad del legislador,

elementos constitutivos de la infracción (casos de los artículos 156, 295 y 402) o circunstancias agravantes del delito (casos de los artículos 318, 396 y 398, num. 4), sin que jurídicamente sea posible su separación para integrar tipos penales autónomos, concurrentes con el delito a que se ligan, pues se reprimiría doblemente el mismo hecho, con desconocimiento del principio atrás enunciado del 'non bis in idem' *o no dos veces sobre lo mismo". (G. J., tomo* CXXXIX, *números 2346 a 2351, páginas 355 y 356).*

Segundo cargo.

La Sala acoge sobre este particular las consideraciones del Ministerio Público, por encontrarlas ajustadas a derecho y a la realidad procesal y por eso las transcribe seguidamente:

"El segundo cargo que se hace dentro del marco de la primera causal que se estudia, para este Despacho no es de recibo, toda vez que las contradicciones que se afirma existen, tanto en el auto de enjuiciamiento, como en los cuestionarios propuestos al juri, no tienen respaldo cierto en el proceso. En efecto, el núcleo racional del vocatorio a juicio indica a través de toda la providencia fuera de haberse dicho en forma expresa que el fin primario de los procesados 'fue cometer el delito de robo en la persona de Gabriel Boada Suárez y una vez ejecutado este acto, la víctima también fue sujeto pasivo del delito de homicidio, *cometido para ocultar el delito de robo y procurar la impunidad de los responsables...'* (Las subrayas no son del texto original).

"El señor demandante, aplicando un curioso criterio hermenéutico del auto calificatorio del sumario, centra su razonamiento en la afirmación tangencial que el calificador hace de haberse ejercido violencia sobre la persona de Boada Suárez, 'incluso causándole la muerte', sin percatarse de que tal afirmación, de por sí plenamente demostrada en el proceso, era necesario no solo formularla sino probarla para poder tipificar el delito de robo imputado, mas, sin olvidar que tal muerte se causó, se ha dicho, para ocultar el injusto contra la propiedad ya agotado, pues que obrando así, creyeron los delincuentes se asilarían en la impunidad".

Tercer cargo.

No se percibe en su alcance jurídico la contradicción que apunta el demandante en los cuestionarios. En los relativos al delito contra la vida se interrogó a los jueces populares si los agentes *obraron con el propósito de matar y para ocultar el delito de robo anterior y procurar la impunidad de los responsables;* y en los referentes al delito contra la propiedad se les interrogó *si obraron los encausados con el propósito de apoderarse de bienes de propiedad de la víctima,* hipótesis ambas que conducen a la calificación de robo en el apoderamiento de los bienes de aquélla, porque es éste el delito que se comete si la violencia es medio para el apoderamiento de las cosas ajenas o si se emplea para asegurar su producto o la impunidad.

Conforme a los cuestionarios y para el jurado, los enjuiciados procedieron con el propósito de matar y para ocultar el delito de robo y procurar la impunidad de los responsables y con el propósito de apoderarse de los bienes de la víctima. No son incompatibles las dos intenciones, antes se complementan en el designio criminal.

Por tanto, el cargo no prospera.

Causal tercera.

Cargo único.

Expresa el demandante que acusa la sentencia "por haberse dictado sobre veredicto contradictorio", porque existe "contradicción... entre el contenido de los cuestionarios que a los sindicados se formularon por el delito de homicidio, y los que se formularon por el delito de robo".

Mas, no existiendo tal contradicción en los cuestionarios, como acaba de demostrarse, no hay ninguna tampoco en la veredicción, pues el tribunal popular afirmó lisa y llanamente la responsabilidad de los enjuiciados.

Por consiguiente, tampoco la impugnación con base en la causal tercera a la sentencia acusada ha tenido demostración.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Antonio María Morantes García, José Gabino Romero Laguado y Manuel Becerra Quintero contra la sentencia de 16 de agosto de 1974 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mencionada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PREVARICATO — ABUSO DE AUTORIDAD — DESPOJO — ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCION

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 21 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver si es el caso de ordenar la cesación del procedimiento penal adelantado en virtud de la denuncia presentada contra el señor Director General de la Policía Nacional, Mayor General Henry García Bohórquez, por los supuestos delitos de abuso de autoridad, prevaricato y despojo, según hechos denunciados por Tomás Alfredo Moreno Nieto y otros, quienes manifiestan que hablan a nombre propio "y en nuestra condición de socios y como miembros de la Junta Directiva del 'Club de Suboficiales de la Policía Nacional', elegida en la Asamblea General de Socios del 28 de enero de 1970 y de acuerdo al artículo 24 de los estatutos", y por cuanto el Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, en concepto rendido al respecto, encuentra procedente la aplicación de la norma contenida en el artículo 163 del C. de Procedimiento Penal, por no encontrar ilicitud punible alguna en los hechos averiguados.

Pues bien:

a) *Los hechos denunciados:*

Los resume así, el doctor Pedraza Picón, apoderado de la parte civil constituida en este negocio, en la demanda pertinente:

"a) Por vocación de personas naturales, el día 14 de agosto de 1957 se constituyó como persona jurídica la Asociación de Suboficiales de la Policía Nacional de Melgar, con acta 001, de esa fecha, en Asamblea General, con domicilio en Melgar y sin ánimo de lucro, teniendo como patrimonio el lote rural cedido por la Junta Militar de Gobierno a dicha persona privada, según aparece de la escritura pública número 307 de 1960, de la Notaría de Melgar, con registro en la Oficina de Registro de Documentos Públicos y Privados, libro 1º, t. 56, partida 511, folios 454 y 455.

"b) El Ministerio de Justicia le reconoció a dicha persona jurídica la personería de que trata la Resolución número 1032, de 2 de abril de 1963 y de la Resolución 5119 de 18 de abril de 1972, en su condición de persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro;

"c) El señor Director General de la Policía Nacional, General Henry García Bohórquez, en uso ilícito del Decreto 2348 de 1971, cuyas disposiciones definían como dependencias de esa Dirección, los clubes, así genéricamente indeterminados, procedió a exigir al Presidente de la Junta Directiva del Club de Suboficiales de la Policía Nacional de Melgar, señor Tomás Alfredo Moreno Nieto, la entrega del respectivo inmueble ubicado en el Municipio de Melgar, así como de los inventarios de inmuebles y como el Presidente y su Junta Directiva hicieran oposición, procedió a ordenar que el Capitán de la Policía, Carlos Ardila Dimaté, ocupara de hecho, con uso de la Fuerza Pública a su mando, tal propiedad y desalojara a quienes la venían ocupando en forma pacífica y continua en los términos de que tratan los artículos 762, 656 del C. C.;

"d) Esta ocupación de hecho se pretendió legalizar mediante la expedición de las Resoluciones números 7436, 7456, 8/9/XI/1972, por las cuales se dictaron nuevos estatutos de esa persona jurídica de derecho privado, nueva Junta Directiva y nuevo Presidente. Así mismo procedió a expedir el oficio 5773, del 18 de diciembre de 1972, ordenando la ocupación del inmueble de la Asociación, con posterioridad al despojo violento que se hizo por el Capitán Carlos Ardila Dimaté;

"e) El mismo denunciado procedió a procurar el reconocimiento posterior de personería jurídica a la Junta por él designada y a su representante, Sargento Cárdenas Beltrán, por el General

Henry García Bohórquez, designado, y lo obtuvo mediante la expedición de las Resoluciones números 972/2/4/1973, por el Ministerio de Justicia;

"f) Tanto las resoluciones administrativas del señor Director General de la Policía Nacional, como del señor Ministro de Justicia que afectaron los derechos de la persona jurídica de derecho privado que represento, están demandadas ante el honorable Consejo de Estado, Secciones 1ª y 3ª, Sala Contencioso-Administrativa. El Fiscal Primero de esa corporación conceptúa que uno de tales negocios... 'debe decidirse decretando 'la súplica de la demanda';

"g) En el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho a cargo del honorable Consejero doctor Alfonso Arango Henao los peritos fijan las indemnizaciones materiales en suma superior a $ 30.000.000.00, intereses y costas, por la ocupación de hecho que actualmente despojó de esa propiedad inmueble a la Junta Directiva de dicho Club, así como por el lucro cesante que significa estar separada de dicha administración;

"h) Los perjuicios materiales que se objetivan en el caso de que se mantenga la ocupación de hecho y, por tanto, la pérdida de la posesión regular y pacífica, por constituir de hecho, una confiscación a favor de la Policía Nacional, sin indemnización, ascenderían a $ 30.000.000.00, más intereses de capital y costas; por caso de que haya devolución del inmueble por vía contencioso-administrativa, este valor se reducirá al lucro cesante, que sobre dicho capital y por el lapso transcurrido y el que transcurrirá no es inferior a seis millones de pesos, intereses y costas".

b) *Explicaciones dejadas por el Secretario General de la Policía Nacional, doctor Luis Eduardo Acosta Calvache.*

Del testimonio rendido por el doctor Acosta Calvache, cabe transcribir las siguientes aseveraciones:

1ª Que "el Club de Suboficiales de la Policía Nacional nació de la iniciativa conjunta del Comandante General de la Policía Nacional de ese entonces y de los Suboficiales en servicio activo, idea que se cristalizó en una reunión celebrada el 14 de agosto de 1957... habiéndose integrado una junta directiva integrada por Suboficiales en servicio activo...", de lo cual se dejó constancia en el acta 001 de 14 de agosto de 1957, sin que "en ninguno de los apartes se diga que el Club de Suboficiales sea una entidad privada".

2ª Que dicho Club fue creado el 16 de diciembre de 1957, mediante la Resolución número 4335-bis y es el Comandante General de la Policía Nacional quien ordena su inauguración, según aparece del artículo 3261 de la Orden General 276, de dicho 16 de diciembre de 1957.

3ª Que en todos los estatutos que han regido el desarrollo del Club de Suboficiales de la Policía Nacional se confieren facultades al Director General de esa institución, las cuales son extrañas a una entidad de carácter privado. Y observa, luego de citar numerosas normas al respecto, que ese Club "siempre ha estado bajo la subordinación y tutela del Director General de la Policía Nacional. De otra parte, anota que los auxilios que en tales estatutos se indican obedecen "no por ser socios del Club, sino en razón de ser miembros activos de la Policía Nacional". También anota que la personería jurídica concedida años más tarde al Club "tiene su explicación en razón a que por el proceso de estructuración de la Policía, entidades similares como el Servicio de Bienestar Social de la Policía también obtuvo reconocimiento de personería jurídica por medio de la Resolución 4330 de 1964 del Ministerio de Justicia, y por esta sola razón no ha dejado de ser dependencia oficial subordinada a la Dirección General de la Policía Nacional".

4ª Manifiesta que el Estado "ha pagado sueldos al personal destinado al Club, por valor de cuatro millones ochocientos cuarenta y tres mil quinientos pesos"; que también con dineros oficiales se atiende un almacén de Intendencia al servicio del Club, manejado por un suboficial en servicio activo; que también el Estado ha cubierto el servicio de energía eléctrica consumido en el Club, desde 1967 a 1972, por un total de $ 326.754.80; que, igualmente, con dineros oficiales se han adelantado construcciones en los terrenos de ese Club y que esos terrenos hacen parte "de la finca denominada 'Resacas', de propiedad de la Nación, de acuerdo con la escritura pública 5246, de septiembre de 1958, de la Notaría Segunda de Bogotá"; conclusión a que llega el Superintendente de Notariado y Registro, según oficio 531 de marzo de 1973, al resolver sobre el enfrentamiento de este título con el contenido en la escritura 307 de 1960, que protocoliza la destinación de tales terrenos al Club de Suboficiales de la Policía Nacional.

5ª Insiste en que el personal de administración del Club es cubierto por el Estado, así como el servicio de vigilancia de esa entidad, en "razón de que se ha considerado ese Club como una entidad oficial desde su creación". Y aclara que en el presupuesto de la Policía Nacional, si bien no figura partida especial para atender a los gastos del Club, esta entidad "viene recibiendo bienes y servicios de los diferentes capítulos", como en

oficio 424 de 5 de marzo de 1974 lo explica el señor Jefe de Control y Presupuesto de la Policía.

6ª Dice que todos los bienes del Estado destinados al Club "son auditados por la Contraloría General de la República, según consta en oficio 950166 de febrero 27 de 1975, originario del señor Contralor con destino al Consejo de Estado para diligenciar el despacho 014, sobre este mismo caso". Añade que todos los bienes muebles e inmuebles del Club "son fiscalizados directamente por la Contraloría General de la República y por la Inspección General de la Policía".

7ª Explica que el Club nunca ha pagado impuesto sobre la renta y no figura en la lista de contribuyentes del Estado, ni paga impuesto de industria y comercio "a que están obligadas las entidades particulares, según se advierte de la certificación expedida por el Tesorero de Melgar, con fecha 28 de febrero de 1975". Y que en materia de impuesto predial, "vuelve a tener exoneración a partir de 1970, en virtud de que el mismo demandante, Tomás Alfredo Moreno Nieto, en escrito de fecha 17 de septiembre de 1970 y en su calidad de Presidente del Club, declaró ante la Seccional de Catastro de Ibagué que el Club era una entidad oficial encuadrada como organismo especial dependiente de la Dirección General, conforme al artículo 78 del Decreto 1667 de 1966, adoptado por la Ley 48 de 1967"; que "en dicho documento Moreno Nieto transcribe la citada norma y como resultado de su gestión obtuvo la Resolución número 816 de 20 de octubre de 1970, mediante la cual se exonera al Club de Suboficiales del pago del impuesto predial...".

8ª Refiriéndose a "las normas orgánicas que regían en la Policía Nacional", los citados Decreto 1667 de 1966 y la Ley 48 de 1967, anota que "los clubes fueron incorporados dentro de la estructura de la Policía Nacional..." y que más tarde, "en 1971... en el Decreto 2347 se contempla a los clubes como dependencias de la Dirección General de la Policía Nacional a través de la Ayudantía General (artículo 41) y también faculta al Director General para expedir los estatutos de los clubes..." (artículo 78). Observa que esos dos artículos fueron declarados exequibles por la Corte Suprema de Justicia, según fallo de 21 de febrero de 1974. Y expresa que en razón de tales preceptos, "la Dirección General de la Policía Nacional, al finalizar el año de 1972, expidió estatutos para los diferentes clubes que funcionaban en la institución..., y que en lo que respecta al Club de Suboficiales, la nueva Junta Directiva fue integrada por medio de la Resolución número 7456, de noviembre 8 de 1972, personal que tomó posesión del cargo mediante acta de 13 de noviembre del mismo año".

9ª Haciendo referencia al problema surgido y que en su opinión origina la denuncia penal presentada, dice lo que pasa a transcribirse:

"Expedida la Resolución 7346 de 1972, e integrada la nueva Junta Directiva del Club por la Resolución número 7456 de 1972, se comunica esta novedad al anterior Presidente, Sargento Tomás Alfredo Moreno Nieto, mediante oficio de la Secretaría General de la Policía, número 4841, de noviembre 9 de 1972, cuya copia debidamente autenticada entrego. Por inconvenientes de orden fiscal, corte de cuentas por fin de año, constitución de fianzas, enlaces con los bancos, la diligencia de entrega se retarda y pasa más de un mes sin cumplirse hasta mediados de diciembre de 1972, en que el Sargento Tomás Alfredo Moreno Nieto intempestivamente se dirige a la Dirección General de la Policía con un escrito en el cual manifiesta que se opone al cumplimiento de las Resoluciones 7436 y 7456 de 1972, exigiendo una respuesta de la Dirección General e invocando el derecho de petición. Ante la intempestiva petición de Moreno Nieto, la Dirección General de la Policía reúne a la nueva Junta Directiva y después de un estudio sobre el particular llega a la conclusión de que el Sargento Tomás Alfredo Moreno Nieto, como anterior Presidente de la Junta Directiva, podía oponerse al cumplimiento de las resoluciones citadas..." acudiendo a la vía contencioso-administrativa o a la Corte, pero que no podía retener los bienes del Club, acordando en esa misma reunión que se le diera respuesta negativa a sus pretensiones, lo cual se cumple con el oficio 5773-A, de 18 de diciembre de 1972, suscrito como Presidente de la Junta Directiva por el Director General de la Policía, encargado...", por haber salido, en esa fecha, de vacaciones el Director General, Henry García Bohórquez, oficio suscrito por el Subdirector de la Policía Nacional a título "de Presidente de la Junta Directiva del Club, como lo manifiesta en ese mismo comunicado al expresar que 'en cumplimiento de lo anterior y de acuerdo con lo dispuesto por la Junta Directiva en su sesión correspondiente a la fecha de hoy, el señor Sargento Primero (r) Moreno Nieto se servirá efectuar la entrega inmediata de la dirección del Club al Sargento Primero Cárdenas Beltrán Absalón'".

Luego anota el declarante, doctor Acosta Calvache que "esta orden de entrega, que ahora se considera abusiva y arbitraria, días antes al surgimiento de este problema era un hecho normal

dentro de la vida institucional y esto es tan cierto, que el mismo demandante Tomás Moreno Nieto, en nota de fecha 20 de noviembre de 1972, dirigida al Director General de la Policía le pide plazo para la entrega del Club y en la última parte del referido oficio le manifiesta que si esto no es posible, le dé la orden por escrito. Que textualmente dice en el punto cuarto de su nota; así: 'El señor Oficial Ayudante General ha dispuesto, sin embargo, que la entrega se haga inmediatamente, para que el suscrito sea relevado en el acto y entre a ejercer sus funciones el nuevo Director, porque según su concepto, la entrega total se formalizará posteriormente. Si esto es así, con todo respeto me permito solicitar a esa Superioridad se digne dar la orden por escrito, la cual cumpliré inmediatamente' ".

El declarante agrega al informativo copia de los decretos, resoluciones, oficios y demás documentos que menciona en su testimonio, debidamente autenticados.

10. Relata posteriormente el testigo, doctor Acosta Calvache, diferentes incidencias ocurridas ante la oposición del Suboficial Moreno Nieto a la entrega del Club y a la acción contencioso-administrativa propuesta sobre este particular, así como al reconocimiento oficial de la nueva Junta Directiva. Y da informe de que "los anteriores miembros de la Junta Directiva del Club de Suboficiales, encabezados por el Sargento Tomás Alfredo Moreno Nieto, han instaurado en total ocho acciones, de las cuales hasta la fecha se han fallado seis, todas favorables a la Policía, en consideración a que en ninguna de ellas ha anulado las disposiciones dictadas por el Director General y ni siquiera fueron objeto de suspensión provisional. Quedan pendientes de fallo dos: a) La que se tramita bajo radicación 1914, en la Sección Primera del Consejo de Estado, instaurada por el doctor Bernardo Peralta Ortiz y tendiente a obtener la inconstitucionalidad por vía de excepción de los artículos 41 y 78 del Decreto 2347 de 1971, materia ya fallada por la Corte y la nulidad de las Resoluciones 7436 y 7456 de 1972 y del oficio 5773/73, y la declaratoria del Club como entidad privada, acción que luego fue sustituida en la persona del doctor José A. Pedraza Picón, la que actualmente se encuentra en período de prueba, y b) La que se tramita bajo radicación número 2116, en la Sección Primera del Consejo de Estado, instaurada por el doctor Miguel González Rodríguez para obtener la nulidad de las Resoluciones 979 de 1973 y 141 de 1974, acción que está pendiente de una audiencia solicitada por el apoderado de la Policía. En fin, que en la actualidad no hay ningún fallo de fondo sobre la naturaleza de este Club, sino que basados en la presunción legal de las disposiciones aún vigentes, el Club se tiene y comporta como una entidad oficial, subordinada a la Dirección General de la Policía".

c) *Otros elementos de juicio:*

Tanto por los denunciantes, constituidos en parte civil, como por el testigo, doctor Acosta Calvache, fueron presentados diferentes documentos atinentes a la constitución en persona jurídica del Club de Suboficiales de la Policía Nacional, a la aceptación oficial tanto de la anterior Junta Directiva, como a la que actualmente figura como tal, al dominio del terreno donde se encuentra ubicado el referido Club, a las resoluciones, oficios y decretos emanados de la Dirección General de la Policía Nacional y del Ejecutivo, relacionados con las encontradas pretensiones que son objeto de debate ante el Consejo de Estado; y, también las afirmaciones hechas bajo la gravedad del juramento por los compañeros de Junta Directiva del señor Moreno Nieto y por éste, según las cuales, entendiendo ellos que es una entidad privada ese Club, al ser removidos de su condición de directivos por el Director General de la Policía Nacional y haber entrado nuevos miembros directores de esa entidad en posesión de las instalaciones y demás bienes allí existentes, el acusado, Mayor General Henry García Bohórquez, incurrió en los delitos de que hacen referencia.

d) *El apoyo de las imputaciones delictuosas.*

No es otro que la misma cuestión que está sub júdice ante el Consejo de Estado: la de fijar la calidad jurídica del mencionado Club de Suboficiales de la Policía Nacional, ya como persona de derecho privado o bien como persona jurídica, sí, pero dependiente de la Policía Nacional.

Para que el acusado, señor Mayor General Henry García Bohórquez, tenga el entendimiento de que el citado Club se encuentra legalmente bajo su dependencia y que le corresponde, como Director General de la Policía Nacional, designar la Junta Directiva de esa entidad, aparece como determinante de ese convencimiento, de buena fe, ausente por consiguiente de dolo, ese conjunto de circunstancias a que alude el señor Secretario General de la institución policiva nacional, doctor Acosta Calvache, todas comprobadas con la documentación por él allegada al informativo, ya sobre pago de gastos de administración y energía eléctrica por el Estado, bien sobre vigilancia mediante miembros efectivos de la Policía Nacional, ora sobre control fiscal de sus bienes, así mismo sobre exclusión de toda clase de impuestos que corresponde cubrir a las

entidades privadas, pero, por sobre todo, los preceptos del estatuto orgánico de la Policía Nacional que señalan a los clubes de esa institución como dependencias sometidas a la Dirección General de esa institución armada y por cuanto esa supuesta calidad de persona privada del referido Club, se repite, es cuestión sometida aún a decisión de los jueces, conjunto éste de circunstancias, se insiste, que no permiten hallar, en el comportamiento del Mayor General García Bohórquez, ninguno de los delitos de que se le sindica.

Los elementos de juicio en los cuales los denunciantes, constituidos en parte civil, apoyan la incriminación del acusado no permiten hallar la ilicitud punible que atribuyen al Director General de la Policía Nacional por los hechos averiguados.

Esto, por las siguientes razones:

1ª El comportamiento del funcionario o empleado público cumplido en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas que resulte contrario a derecho, realizado, no por ello solo conlleva responsabilidad penal, pues es necesario que se obre con culpa, esto es, con dolo.

Y sabido es que el dolo es la orientación de la voluntad a un fin conocido, contrario a derecho.

La ley se ocupa de esta exigencia, cuando el Código Penal, en su artículo 12 señala que "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas". Vale decir, atribuibles a intención o a negligencia o imprudencia.

2ª El supuesto delito de despojo, que en este caso habría que tomarlo un supuesto abuso de autoridad, pues consiste éste en el acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad, mal puede ser querido por quien considera que no es legítima la posesión que otro tiene de bienes inmuebles. Y mal puede señalarse como acto arbitrario o injusto (abuso de autoridad) el que cumpla un funcionario en búsqueda de que los bienes que corresponden al Estado (según su entender) pasen a manos de quienes legalmente deben tenerlos.

Esta hipótesis delictiva, anotada por los denunciantes, resulta inexistente, pues debe aceptarse, según el conjunto de circunstancias comprobadas y de las cuales hizo mención el Secretario General de la Policía Nacional, doctor Acosta Calvache, que el señor Mayor General García Bohórquez, al disponer por solicitud de la nueva Junta Directiva del Club de Suboficiales de la institución que ésta entrará en posesión de ese Club, para cumplir las respectivas funciones, obró con plena buena fe.

3ª De igual manera, el cambio de la anterior Junta Directiva del referido Club tampoco alcanza a constituir ese supuesto delito de abuso de autoridad, imputable al Director General de la Policía Nacional, pues al hacerlo entendió que obraba conforme a la ley, dados los presupuestos que le llevaban, racionalmente, a tener dicho Club como un organismo dependiente de la Dirección del Cuerpo Policivo.

Así, pues, no se tiene ese dolo indispensable al abuso de autoridad, consistente en el propósito de cometer o en hacer cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad (artículo 171 del C. Penal).

De consiguiente, no aparece la consumación del delito de abuso de autoridad en los hechos averiguados.

4ª Excluida la posibilidad del abuso de autoridad, obviamente debe tenerse como no cometido el de prevaricato, pues consiste este último en un abuso de autoridad calificado. Si no aparece el abuso de autoridad, mal puede hallarse el prevaricato, pues, se repite, consiste el último en obrar a sabiendas de que el dictamen, la resolución, el auto o la sentencia que profiera el funcionario o empelado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, resulten contrarios a la ley.

Exige esta infracción que el agente conozca el alcance de la ley y que, sin embargo, actúe en forma que la contraríe. Dice al respecto Bernal Pinzón en su obra "Delitos contra la Administración Pública" *(Editorial "Temis", Bogotá, 1965, página 165) que "siendo el prevaricato un delito eminentemente doloso, el dolo debe comprender las calidades de injusticia y contrariedad de la ley". Esto es, que el agente conozca el precepto legal y no obstante resuelva infringirlo.*

La Corte, en auto de 4 de agosto de 1953 (G. J., t. LXXVI, página 129), dice que "la atinada aplicación de la ley demuestra el buen criterio jurídico del juzgador, sin que ello quiera decir que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante, la interprete en forma diferente, por error o falibilidad".

Es que la esencia del delito de prevaricato está en la discordancia del derecho declarado con el derecho conocido por el agente.

Esta condición subjetiva no tiene apoyo alguno en los elementos de juicio traídos al informativo. Antes bien, como se anotó ya al examinar el supuesto delito de abuso de autoridad de que se acusa al Mayor General García Bohórquez, el conjunto de circunstancias mencionadas por el Secretario General de la Policía Nacional, doctor Acosta Calvache, relacionadas con el tratamiento

oficial que venía dándosele al Club aludido, alejan de la conducta atribuida al Mayor General García Bohórquez toda posibilidad de convencimiento suyo en cuanto a que ese Club pudiera ser tomado como persona de derecho privado, ajena, por tanto, a la reglamentación oficial que manda el estatuto orgánico de la Policía Nacional.

No se tiene, en consecuencia, el delito de prevaricato, en los hechos averiguados.

c) *Concepto del Ministerio Público.*

El Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, en exhaustivo examen de los hechos y con acierto jurídico, pide que se disponga cesar el procedimiento penal que se adelanta contra el Director General de la Policía Nacional.

Dice el Procurador Delegado:

"Los denunciantes parten de la base de que al proferir el Director General de la Policía las resoluciones números 7436 y 7456, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto-ley número 2347 de 1971, prevaricó porque la facultad reglamentaria contenida en dicho precepto se refiere exclusivamente a clubes de Oficiales, Suboficiales, Agentes y personal no uniformado, distintos a los clubes de Oficiales, Suboficiales y Agentes que actualmente existen, por ser estos últimos entidades de derecho privado... Al respecto, el Ministerio Público encuentra que el artículo 78 del estatuto orgánico de la Policía Nacional contiene una referencia a clubes de Oficiales, Suboficiales, Agentes y personal no uniformado, sin discriminar en cuanto a la naturaleza de tales clubes. Además, en el mismo precepto se estipula que le corresponde a la Dirección General de la Policía elaborar los estatutos de tales clubes y aprobarlos por resolución, habida cuenta que éstos dependen de aquélla. Así las cosas, tal parece que la aplicación del citado artículo 78 era clara, pues, al tenor de lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es claro, no hay lugar a apartarse de su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu, y en dicha norma, no aparece palabra alguna que pueda tildarse de oscura en su significado... Y es que no existiendo clubes de Oficiales, Suboficiales, Agentes y de personal no uniformado, distintos de los que actualmente existen, no hay lugar a suponer que el precitado artículo 78 hacía referencia a los inexistentes y no a los existentes... Y lo que acaba de afirmarse tiene pleno respaldo en el hecho de que el mismo funcionario también produjo las Resoluciones números 7435 y 7625, de fecha 8 de noviembre y 1º de diciembre, ambas de 1972, con las cuales hizo uso de la facultad reglamentaria del artículo 78 y expidió los estatutos para los clubes de Oficiales y Agentes de la Policía Nacional. Esto implica que no se trató de un acto discriminatorio en el reglamentar lo relativo al Club de Suboficiales, sino, todo lo contrario, de actos de carácter general en cuanto puede afirmarse agotaron en su totalidad esas atribuciones reglamentarias respecto de los clubes de Oficiales, Suboficiales y Agentes.

"..."

"De otra parte, debe decirse que la circunstancia de que la Corte Suprema hubiera declarado exequibles los artículos 41 y 78 del Decreto-ley 2347 de 1971, en manera alguna puede aceptarse como indicio o asomo del dolo específico requerido como elemento esencial para la tipicidad del prevaricato. Tampoco puede deducirse que dicho funcionario obró dolosamente, porque en la sentencia de la mencionada corporación se afirma, en el concepto del Jefe del Ministerio Público, acogido en el fallo, que el artículo 78 se refiere exclusivamente a clubes oficiales, no a clubes de derecho privado, porque los criterios están ampliamente separados en el tiempo. En efecto, los actos del Director se produjeron en noviembre de 1972 y el fallo de la Corte en febrero de 1974, fallo que, de otra parte, debe decirse, no produce efectos retroactivos que pudieran afectar la validez de tales actos".

Y refiriéndose al supuesto delito de abuso de autoridad, de una parte anota que "la presencia del Capitán Ardila Dimaté en compañía de agentes uniformados de la Policía Nacional, el 16 de diciembre de 1972, no se debió al deseo del Director General de ocupar arbitrariamente las instalaciones del Club de Suboficiales de la mencionada institución...", sino que "se buscaba simplemente relevar al personal que venía prestando servicio de vigilancia", y de otro lado, expresa que la comunicación del Mayor General García Bohórquez a la anterior Junta Directiva del Club, para que entregara la correspondiente a la nueva Junta Directiva, constituye, apenas, el desarrollo de la facultad reglamentaria que el Director General de la Policía Nacional entendió ejercitar legalmente y de buena fe, con respecto al referido Club de Suboficiales de la Policía Nacional.

Concluye el Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional con la solicitud de que se aplique el precepto de que trata el artículo 163 del C. de Procedimiento Penal.

Y la Corte, según lo expresado ya, acoge el concepto del Ministerio Público y encuentra jurídica su solicitud, pues efectivamente no se tiene delito alguno imputable al Mayor General Henry García Bohórquez, en los hechos materia de esta averiguación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado para las Fuerzas de la Policía Nacional, ORDENA cesar el procedimiento penal que se adelanta contra el Director General de la Policía Nacional, Mayor General Henry García Bohórquez por los hechos denunciados y de que se hizo referencia en este proveído.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

INDICIOS

En el indicio, a diferencia de otros elementos probatorios, la discrecionalidad del juzgador decide su valor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 21, mayo 30 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Agotados los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Julio Enrique Navarro Troncoso contra la sentencia proferida el 29 de mayo del año próximo pasado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, por medio de la cual confirmó la de 31 de agosto de 1973 que le condenó, junto con otros, a la pena principal de cuatro años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, como coautor de los delitos de falsedad en documento privado y en instrumentos negociables.

Hechos y actuación procesal.

Arturo Vega Sánchez, en su carácter de Gerente del Fondo Ganadero de Córdoba, S. A., formuló denuncias penales separadas informando que la entidad por él gerenciada había girado varios cheques por distintos valores en favor de Pedro Juan Tulena, José María Bula y Guillermo Augusto Díaz, en atención a que habían autorizado el que fueran reclamadas las acciones que tenían en el Fondo y los dividendos correspondientes, viniéndose a establecer más tarde que tales autorizaciones eran falsas. Igual cosa quiso hacerse con relación a las acciones y dividendos correspondientes a Aurelio Mejía.

Con sujeción a las normas legales se adelantaron las investigaciones, las cuales culminaron así: la una: por auto de 9 de marzo de 1972, el Juzgado Primero Superior de Montería llamó a responder en juicio ordinario a Julio Enrique Navarro y a otros por delitos contra la fe pública, la cual, recurrida que fue, recibió confirmación del Tribunal respectivo el 6 de julio de ese mismo año; la otra: por providencia de 8 de abril del año antes dicho, el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad llamó a responder al sindicado Navarro Troncoso por delitos contra la fe pública, la cual fue confirmada el 24 de octubre del mismo año por el Tribunal Superior ya dicho.

Acumulados los procesos a solicitud de Navarro, el 23 de mayo del año siguiente se continuó su tramitación bajo una misma cuerda, hasta que se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancias, a las cuales se ha hecho referencia en los vistos de la presente, habiéndose interpuesto, en su oportunidad legal, el recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

La demanda.

Luego de una breve reseña procesal, de la relación de los hechos y de una enunciación de los fundamentos del fallo recurrido, el censor invoca la causal 1ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque la sentencia recurrida "viola indirectamente la ley por erradas apreciaciones de los hechos fundamentales referentes al cuerpo del delito y a la responsabilidad de mi mandante, lo que necesariamente llevó a errores de derecho al aplicar la ley penal sustantiva y la procedimental" y, porque en ella, al condenar a su representado, "se violaron en su aplicación los artículos 240, 233 y 19 del Código Penal por error de hecho manifiesto por errada apreciación de lo dispuesto en los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal".

Para fundamentar la causal invocada, entra en un largo capítulo que titula "Fundamentos

de Derecho", y del cual, con el auxilio del Ministerio Público colaborador, de cuyo concepto, en su debida oportunidad se harán las citas pertinentes, se pueden precisar tres cargos, a los cuales se responderá de inmediato:

Primer cargo.

Para que se estructure el delito de falsedad, es necesario demostrar sus elementos objetivos y subjetivos. La mutación de la verdad "debe tener la fuerza suficiente para engañar al sujeto pasivo y debe tenerse en cuenta la capacidad de éste para ser objeto del daño". Sobre lo anterior cita a la Corte y a Carrara. Y, prosigue: "Las cartas de autorización tildadas de falsas correspondían a personas que eran clientes del Fondo Ganadero de Córdoba, S. A., es decir, personas conocidas y por lo menos es de presumir que conocían su firma. En los autos no se estableció plenamente si las firmas del señor Tulena Mejía que se dicen apócrifas hubieran sido comparadas con las reales a fin de concluir si hubo imitación. Pero aún más. Las cartas contenían una autorización para recibir títulos y dividendos o intereses. Y siendo ello así, lógicamente han debido exigir los funcionarios del Fondo de que tales firmas fueran autenticadas legalmente como lo ordena la misma Superintendencia Bancaria.

"¿Teniendo en cuenta lo anterior podrá decirse que las autorizaciones a que se refieren los autos tenían suficiente capacidad de engañar? Yo considero que no. Entonces si no había la suficiente potencia de engañar no hay imputabilidad penal". De lo que apunta como realidad procesal, concluye "que no hubo fingimiento, y por ende no se puede hablar de delito de falsedad con base en las ya tantas veces mencionadas cartas. Por lo tanto, yo ataco la sentencia materia del recurso, por razón de que al condenar a Julio Enrique Navarro Troncoso violó los artículos 240 y 233 del Código Penal por errónea interpretación de las mismas, y no dar cumplimiento al artículo 215 del Código de Procedimiento Penal".

Se responde.

Como lo anota el Ministerio Público, la demanda "desatiende ostensiblemente la técnica propia de este recurso extraordinario", porque si para la estructuración de este cargo se parte de la base de que a determinadas pruebas: las cartas autorizaciones, se les dio un alcance del que carecían, el de otorgarles capacidad de engañar, cuando no la tenían, entonces, el quebrantamiento de la ley se produjo por vía indirecta, causado por error de derecho en la apreciación probatoria.

Pero el demandante, según se ha visto, acusa la sentencia como violatoria de la ley sustancial "por errónea interpretación de la misma", o sea, como lo tiene enseñado la jurisprudencia, porque en el fallo acusado se "le confiera al precepto de la ley un alcance contrario a su recto entendimiento".

Mas aquí, según se desprende del planteamiento del demandante, no se estaría frente a una errónea interpretación de la ley, sino frente a una supuesta aplicación indebida, la cual se presenta cuando se pretende que determinado texto legal regule una situación ajena a su imperio.

Entonces, si se trata de una aplicación indebida, que es lo que en esencia plantea el demandante, se estaría frente a una violación directa de la ley sustancial y no frente a una indirecta, como se enuncia genéricamente en la demanda al proponer la causal primera de casación.

En consecuencia, como la Corte no puede subsanar las deficiencias del libelo cuando actúe como Tribunal de Casación, "está inhibida para encaminar al fondo del asunto, porque ello equivaldría a penetrar en un campo conjetural que en manera alguna armoniza con el rigor científico que el recurso extraordinario de casación demanda, convirtiéndola en una instancia más, a espaldas de la ley y la doctrina". (Sentencia de casación de 19-XII-73).

Por tanto este cargo no prospera.

Segundo cargo.

Expone: Julio Enrique Navarro, José Arturo Vélez y Sigifredo Garcés, fueron condenados como copartícipes "de los delitos definidos y sancionados por los artículos 24 (sic) y 233 del Código Penal dentro de las circunstancias señaladas en la misma obra en su artículo 19". Para dar aplicación a esta norma, "es menester hacer la diferenciación entre los autores materiales, los autores intelectuales y los autores por cooperación".

En el fallo recurrido, "no se estableció ni determinó cuál la actividad de cada uno de los procesados: quién fue autor intelectual, quién material. Luego no se sabe cuál fue su participación, presentándose una duda que implícitamente admite el Tribunal, por lo cual, en vez de condenar, ha debido darse aplicación al principio "in dubio pro reo", reconocido por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, al procederse en la forma anotada, ataca la sentencia porque "se violó el

artículo 19 del Código Penal por errónea interpretación de éste, y por no dar cumplimiento a los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal".

Se responde.

El censor, como consecuencia del planteamiento que hace en este cargo, concluye que "se violó el artículo 19 del Código Penal por errónea interpretación de éste, y por no dar cumplimiento a los artículos 215 y 216 del Código de Procedimiento Penal".

Falla la base sobre la cual se pretende estructurar este cargo. En efecto: tanto en el enjuiciamiento de los acusados como en las sentencias condenatorias, se estableció de manera concreta la coautoría junto con otros, para el poderdante del censor, manifestándose también de manera concreta que se encontraba "dentro de las circunstancias de coparticipación señaladas en el artículo 19 de la obra en cita —(C. P.)— con el procesado Jesús Arturo Vélez Angel"; y, "en el evento en que fue enjuiciado con Sigifredo Garcés Agudelo y otro, será condenado por falsificación en documento privado (artículo 240 C. P.) y falsificación de instrumento negociable (artículo 233 de dicha obra), estando en este último caso dentro de la coparticipación que señala el artículo 19 ya citado en lo que respecta al procesado Garcés Agudelo".

El grado de participación se dedujo clara y precisamente para cada procesado y, ello se tuvo en cuenta en las sentencias de primera y de segunda instancias. Por lo demás, tratándose de coautores, desde el punto de vista práctico en cuanto hace relación a la penalidad, la sanción viene a ser la misma si se trata del autor material o del intelectual, según lo dispone la norma 19 invocada.

Por tanto, este cargo habrá de desecharse en atención a dos razones: por no haberse demostrado la errónea interpretación aducida y, por pretender levantarse sobre cimiento inexistente. Ya que, precisamente, y, esto tal vez indujo a confusión al demandante, se debatieron en la sentencia de primera instancia y, genéricamente así los recogió y aceptó el fallador ad quem, los temas que sobre el particular propuso uno de los defensores de los procesados.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Tercer cargo.

Según el demandante, la sentencia condenatoria se fundamenta "solamente en la prueba indiciaria", con la cual se dio por plenamente comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad, aplicándose, en consecuencia, el artículo 215 de la ley procedimental.

Para el demandante los indicios tenidos en cuenta en la sentencia, carecen de "suficiente fuerza probatoria para tenerlos como prueba plena o completa para que el juzgador declare la existencia de los hechos que se le imputan a mi representado, tal como lo prevé el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal".

Luego de transcribir el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, acerca de lo que se entiende por indicio y de presentar algunas consideraciones sobre él; de repetir que en la sentencia unas veces se tiene a su poderdante como autor material y otras como intelectual, lo cual también ocurre con Sigifredo Garcés y otro sindicado, manifiesta que "se presentan contradicciones que dan a entender que no hay seguridad sobre la realidad del hecho indicante", por lo cual la confusión no tiene límites, por tanto debe concluirse que los indicios no están plenamente probados, como lo quiere el artículo 235 del estatuto procesal penal, no viniendo a constituir, entonces, sino posibilidades y dudas.

De lo expuesto concluye que el Tribunal en la sentencia recurrida "interpretó erradamente los hechos violando indirectamente la ley sustantiva y aplicando erróneamente los artículos 215, 216 y 217 del Código de Procedimiento Penal".

Finaliza solicitando se case la sentencia acusada y, en consecuencia, se absuelva a su poderdante de los cargos que le fueron formulados.

Se responde.

La Sala hace suya la refutación razonada y ceñida a la ley y a la jurisprudencia que formula a este cargo el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal. En su concepto expresa:

"En el último cargo se insinúa la equivocada apreciación de la prueba indiciaria por parte del juzgador de segundo grado. A más de que los hechos relativos a esos elementos de convicción no se mencionan en concreto sino en abstracto, es preciso recordar, con apoyo en la jurisprudencia constante de la honorable Corte Suprema de Justicia, que en el indicio, a diferencia de otros elementos probatorios, la discrecionalidad del juzgador decide su valor ya que el juez, con base en determinados hechos, infiere lógicamente la existencia de otro y le asigna la calidad de contingente, grave o necesario, según la correspondencia o dependencia de los hechos.

"En la demanda presentada a nombre del condenado Navarro Troncoso se hace la afirmación

general que los indicios "...no tienen suficiente fuerza probatoria para tenerlos como prueba plena o completa para que el juzgador declare la existencia de los hechos que se le imputan a mi representado...", pero no se puntualizan esos indicios y tampoco se demuestra por qué el Tribunal Superior de Montería equivocó su apreciación: si por contraste del fallo con la realidad procesal o de aquél con las normas reguladoras de la prueba.

"Cuarto. Como en la demanda se invoca la infracción indirecta de la norma de derecho sustancial, se echa de menos la demostración del quebranto de la norma medio (la reguladora de la prueba) muy distinta si se refiere a documentos, declaraciones testimoniales o indicios (artículos 262, 263, 236, 230 y 231 del Código de Procedimiento Penal); además, conforme a la técnica de casación, es necesario señalar la causa del quebranto: por apreciación errónea o por falta de apreciación de determinada prueba.

"Quinto. Por último, el examen cuidadoso de la sentencia recurrida enseña que no se apoyó en forma exclusiva en la prueba indiciaria como lo proclama el demandante (folio 19 del cuaderno de la Corte), sino en estos otros elementos de juicio:

"Los cheques girados a favor de Pedro Juan Tulena, José María Bula y Guillermo Agudelo Díaz, cobrados por diferentes personas.

"La carta del 19 de agosto de 1971 que el recurrente en casación dirigió de Bucaramanga a Sigifredo Garcés, residente en Montería, en la cual se refería a un negocio con el señor Aurelio Mejía y que no era otro que el de simular una autorización de este último para cobrar dividendos y obtener los bonos ganaderos cuyo titular era este ciudadano.

"La declaración de Sigifredo Garcés conforme a la cual cobró el cheque por $ 7.000.00 girado por el Fondo Ganadero de Córdoba a favor de Pedro Juan Tulena, dinero que fue a parar a manos de Julio Enrique Navarro.

"Los giros que por $ 3.500.00 y $ 7.000.00 hizo el condenado Navarro Troncoso con destino a Ibagué el día 13 de agosto de 1971.

"La declaración del ciudadano Víctor León, según la cual Navarro lo buscó para recomendarle el negocio de bonos ganaderos y se mostró muy entendido en este tipo de operaciones, y

"El indicio de oportunidad que se dedujo contra Navarro Troncoso porque las operaciones ilícitas investigadas en estos procesos ocurrieron cuando él practicaba visita al Fondo Ganadero de Córdoba, con libre acceso a los documentos de la institución. De esta manera, sostiene el fallo, se enteró de las personas poseedoras de bonos ganaderos, su cantidad, su valor y demás detalles con base en los cuales se realizaron los actos fraudulentos investigados.

"Significa lo anterior que la acusación al fallo condenatorio es incompleta, pues tan solo se ocupó, en la forma ya analizada, de la prueba indiciaria ignorando las demás que, en conjunto, determinaron el fallo condenatorio".

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

Y, por cuanto ninguno de los formulados tuvo éxito, la corporación dará aplicación al artículo 582 del estatuto procesal penal.

Decisión.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de mayo de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, dentro de estas diligencias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ORDINAL 3º DEL ARTICULO 211 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Solo se presenta cuando en el sorteo se produce una equivocación tal, que no puede saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y seis de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 23 de 12 de junio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Agotado el trámite propio del asunto, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Reyes Sánchez contra la sentencia del veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, reformando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de "noventa y seis meses de presidio" y a las sanciones accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio en Himelda Castro o Clara Inés Posada.

Hechos y actuación procesal.

a) En torno a la media noche del seis de marzo de mil novecientos setenta y uno, en una de las habitaciones del prostíbulo denominado "Rincón Porteño", de la población de Garagoa, fue hallada mortalmente herida con arma de fuego, y ya agonizante, la joven Himelda Castro o Clara Inés Posada, quien solía compartir su lecho con José Reyes Sánchez, alias "El Loco", sujeto que esa misma noche y un poco antes, tras de beber algunas copas con la muchacha, había estado a solas con ella en la referida habitación. Desde un principio se señaló a Reyes Sánchez como el autor del delito, pero solo pudo ser capturado en Bogotá cinco meses después de ocurridos los hechos;

b) En su indagatoria Reyes atribuyó la muerte de la joven a un infortunado accidente, pues manifestó que Himelda, a pesar de habérselo prohibido, se dedicó a jugar con el revólver que él portaba y que la noche de autos había puesto debajo de la almohada. Se durmió y poco después fue súbitamente despertado por una detonación, advirtiendo que su compañera tenía una herida en la cara. Como se sintiera atemorizado por lo ocurrido, salió sigilosamente del cuarto y se alejó del lugar;

c) Entre las diligencias realizadas en la etapa instructiva, se practicó una inspección judicial a la habitación en que se desarrollaron los hechos investigados. Sus resultados, sin embargo, fueron negativos, pues no se encontraron "huellas de impactos de armas de fuego de ninguna clase" (folio 65, cuaderno principal);

d) Clausurada la investigación, se calificó inicialmente su mérito mediante providencia del trece de diciembre de mil novecientos setenta y uno en la cual se sobreseyó temporalmente al sindicado, se le dejó en libertad y se dispuso la reapertura del sumario a fin de practicar determinadas diligencias. Apelada tal providencia, el Tribunal Superior de Tunja, acogiendo sobre el particular el criterio del Fiscal Primero de la corporación, hubo de revocarla y, en su lugar, llamó a José Reyes Sánchez a responder en juicio con intervención del jurado de conciencia, por el delito de homicidio agravado en la persona de Himelda Castro o Clara Inés Posada (folios 217 a 230, cuaderno citado);

e) En desarrollo del veredicto, afirmativo de la responsabilidad del procesado por homicidio simplemente voluntario, el Juzgado del conocimiento lo condenó en sentencia del 17 de mayo de 1974 a la pena principal de "cien meses de

presidio'', fallo que el Tribunal Superior de Tunja reformó en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La demanda.

Después de presentar su propio relato de los hechos debatidos en el juicio y de referirse a la actuación procesal el apoderado del recurrente impugna la sentencia recurrida invocando las causales cuarta y primera de casación, en su orden.

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Dos cargos propone el actor al amparo de la referida causal, a saber:

Primer cargo. En el proceso no se observó la plenitud de las formas propias del juicio. En efecto, arguye en síntesis para sustentar la tacha, que tanto en la etapa instructiva como en el plenario se advierte la ausencia de probanzas importantes que habrían despejado la situación del sindicado respecto de los hechos que se le imputan, tales como la diligencia de reconstrucción, la prueba del ''guantelete'' de parafina y la pericia balística. Estima que la reconstrucción de los hechos, realizada en la forma prevista por el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal habría determinado la posición exacta de los protagonistas en el momento de la tragedia; la localización del proyectil que hiriera mortalmente a la joven; la posibilidad de que ésta fuera zurda, ya que el orificio de entrada aparece en el hemisferio izquierdo del rostro, hecho que hubiese afianzado la hipótesis del accidente, o, al menos, se hubiera abierto más ancho campo a la duda respecto a la autoría del disparo fatal. Y sostiene que la inspección judicial practicada el 1º de abril de 1971 no precisó ninguno de los extremos anotados ni contribuyó al esclarecimiento de los hechos.

De otro lado, la falta del ''guantelete'' de parafina a la occisa ''mermó sensiblemente la situación jurídica defensiva del procesado'', pues de haber sido practicada técnica y oportunamente se habría confirmado la explicación dada por Reyes Sánchez. Considera, finalmente, que la pericia balística para establecer la clase de proyectil que causó la muerte de Himelda Castro y el arma que lo disparó habrían constituido importantes elementos de convicción. En suma, los vacíos probatorios anotados conculcaron ''elementales garantías cívicas del inculpado, con violación del artículo 26 de la Carta, en cuanto no se observaron en este juicio, la plenitud de sus formas propias''.

Segundo cargo. La sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad procesal por grave equivocación en la designación de uno de los jurados, con lo cual se infringió el artículo 211-3 del Código de Procedimiento Penal. Expresa el demandante que el 8 de mayo de 1973 se realizó en el Juzgado Quinto Superior de Tunja el sorteo de jurados en la causa de este proceso, habiendo resultado favorecido, entre los principales, el señor Daniel Martínez Cosme. Por auto de la misma fecha el Juzgado ordenó tener como jurados a los seis (6) ciudadanos sorteados, incluyéndose a Daniel Martínez *Gómez,* y dispuso que se notificara personalmente la referida designación.

El señor Daniel Martínez Cosme recibió copia del auto de proceder, se notificó de la providencia que señaló fecha para la audiencia pública y formó parte del jurado de conciencia que juzgó a Reyes Sánchez. Opina el impugnante que la designación del cargo de jurado principal, recaída en el señor Daniel Martínez Cosme no se produjo debidamente, y que tan seria anomalía configura el motivo de nulidad previsto en la norma citada. Considera, por último, el actor que el no haber asistido Reyes Sánchez a la mencionada diligencia de sorteo, por hallarse a la sazón detenido en la cárcel de Guateque por otro asunto, quebrantó el precepto contenido en el artículo 539 del C. de P. P., conforme al cual el sorteo del jurado será público, con asistencia de las partes.

Causal primera. Cargo único. La sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, por error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria que sirvió de soporte a la condena. Manifiesta el actor que en el presente caso ni el acta de levantamiento del cadáver ni la diligencia de necropsia constituyen pruebas suficientes del cuerpo del delito de homicidio. Y a continuación emprende un circunstanciado examen de todos los indicios en que se fundan el auto de proceder y la decisión condenatoria impugnada, análisis dirigido a demostrar que aquéllos no están probados, ni constituyen plena prueba de la responsabilidad.

Finaliza el libelo formulando la solicitud de que se invalide el fallo acusado y se tomen las decisiones pertinentes, conforme al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Respuesta del Ministerio Público.

Previo adecuado resumen de los hechos debatidos en el juicio y de las tachas propuestas contra la sentencia impugnada, el Procurador ex-

pone con amplitud su criterio sobre todos y cada uno de los aspectos fundamentales de la acusación, concluyendo que carecen de justificación las causales invocadas.

En efecto, estima el personero del Ministerio Público al refutar el primero de los cargos aducidos dentro del marco de la causal cuarta, que la ausencia de pruebas consideradas por el actor como esenciales para dilucidar la responsabilidad o inocencia del acusado no implica, necesariamente, la inobservancia de formas propias del juicio. Planteamiento que demuestra en seguida con argumentos de incuestionable claridad.

En cuanto al segundo cargo, afirma que no está previsto como motivo de nulidad legal la circunstancia de que en el auto que ordena tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados, se mencione por error el segundo apellido de uno de ellos, cuando resulta inequívoco que éste aparece identificado en todos los actos del plenario como la misma persona que fue sorteada de la lista oficial de jurados correspondiente al Juzgado respectivo.

Respecto de la censura propuesta con apoyo en la causal primera el Procurador recuerda, para desecharla, cómo la Corte ha sostenido en forma invariable desde el año de 1944 que no es procedente invocar la violación indirecta de la ley penal sustantiva en los juicios con intervención del jurado de conciencia, por las incontestables razones tan reiteradamente expuestas en fallos numerosos.

La Corte considera.

Causal cuarta.

1. Es manifiesto que ninguna de las pruebas a que se refiere el demandante al sustentar el primer aspecto de la censura formulada al amparo de la causal cuarta fue solicitada por el procesado durante la etapa del sumario o de la causa, ni por el profesional que lo asistió como apoderado o defensor. Y es así mismo evidente que tampoco el juez del conocimiento, ni en la reapertura de la instrucción ni en el período probatorio del juicio, consideró necesaria, o siquiera útil, la práctica de aquéllas.

2. Como lo advierte con plena razón el Procurador, algunas de tales pruebas, como el "guantelete" de parafina a la occisa y la pericia balística, resultaron imposibles de practicar. La primera, porque la versión del acusado solo vino a conocerse cinco meses después de ocurridos los hechos, ya que hasta entonces pudo ser capturado en Bogotá y oído en indagatoria; y la segunda, porque a pesar de que fueron halladas dos vainillas de revólver calibre 32 en el lugar de la tragedia, no se encontró el arma que las disparó. Pero cabe agregar que si tal prueba técnica hubiese sido factible, como lo apunta también el colaborador, sería inoficiosa e innecesaria ante el hecho indiscutible de que la única arma disparada fue el revólver calibre 32 de propiedad de Reyes Sánchez.

3. Se recordará, además, que según doctrina de esta Sala, la hipótesis de nulidad supralegal por no haberse practicado una prueba *decretada* —extremo que no ocurre en el presente caso— solo procedería cuando la prueba omitida es "de tal naturaleza que, sin su concurso, resulte imposible establecer el nexo de causalidad entre el hecho averiguado y la persona imputada". (Casación de 15 de diciembre de 1970, tomo CXXXVI, 347). El tema, por lo demás, fue controvertido en la audiencia pública, pues precisamente el defensor se refirió a determinadas fallas investigativas para solicitarle al jurado un veredicto absolutorio. De todo lo anterior se desprende con suma claridad que no todo vacío de índole probatoria tiene la virtualidad suficiente para fundar la nulidad aquí alegada.

El cargo, por lo visto, no prospera.

4. El motivo de nulidad previsto por el artículo 211, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal solo se presenta cuando se ha incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado. En otros términos: no es el simple error, gramatical o mecanográfico, lo que la ley erige en vicio procesal, sino el hecho de que no se pueda determinar, precisar y fijar en un momento dado la identidad de la persona que realmente deba intervenir como integrante del tribunal de conciencia. Una interpretación contraria conduciría a quebrantar de modo absurdo el sentido racional y finalista de la norma. Y, en verdad, no es esa la hipótesis de autos, pues en ningún momento hubo duda alguna respecto de las personas escogidas a la suerte para constituir el jurado.

5. Se dirá, por otra parte, que la no comparecencia del procesado al acto del sorteo, por hallarse detenido a órdenes del Juzgado Municipal de Guateque, ni siquiera configura una circunstancia irregular, pues fue debidamente notificado de tal hecho y su presencia en tal diligencia no era necesaria para la validez de ésta, conforme al artículo 539 del C. de P. P.

En suma, es también infundado el segundo cargo.

Causal primera.

6. Se arguye que la sentencia recurrida infringe la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de la prueba indiciaria que determinó la condena del acusado, con lo cual, en el fondo, se pretende reabrir el debate probatorio que la ley ha circunscrito a las instancias. Sin embargo, la Corte ha venido sosteniendo con firmeza desde hace seis lustros, sin que se haya desvirtuado tal criterio, que es improcedente invocar la violación indirecta de la ley penal sustantiva en juicios con intervención del jurado, doctrina que se apoya en las siguientes razones: a) En tales procesos la sentencia se funda directamente en el veredicto de los jueces populares, que profieren sus decisiones atendiendo solo a su íntima convicción y a su personal conciencia; b) Un debate probatorio sobre temas que incumben al tribunal del pueblo conduciría a formular la declaratoria de que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales, atribución privativa de los juzgadores de instancia; c) El Código de Procedimiento Penal vigente, a diferencia de la Ley 118 de 1931, no instituyó la contraevidencia del veredicto como causal de casación, lo cual consulta mejor la índole de este recurso extraordinario, esencialmente concebido para promover un estudio jurídico sobre el fallo de segundo grado, con las consecuencias que de ello se derivan, como la muy prominente de unificar la jurisprudencia nacional.

Carece de toda justificación, por tanto, la causal primera.

Decisión.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, condenó a José Reyes Sánchez a la pena principal de "noventa y seis meses de presidio", más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en Himelda Castro o Clara Inés Posada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, José Luis Aramburo, Conjuez; *Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

SENTENCIA

Causas acumuladas. Su fundamento y razón de ser. Las sentencias son únicas e indivisibles, pero no hay que perder de vista que este postulado no puede tener eficacia para todos los efectos jurídicos. — Interés de la parte civil para recurrir en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 24 de 19 de junio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de julio 30 de 1974, dictada en causas acumuladas por estafa (tentativa) y abuso de confianza y otras defraudaciones (usura), condenó a Pablo Emilio Zapata Rodríguez como responsable del primero de los ilícitos mencionados a la pena principal de veinte meses de prisión, y lo absolvió por el segundo.

Esta decisión fue confirmada, con algunas variaciones, por el Tribunal Superior del mismo Distrito en sentencia de 24 de febrero del corriente año, que fue recurrida en casación por el defensor del condenado y por el apoderado de la parte civil, "en cuanto a la parte absolutoria de este fallo" el último de los nombrados, según reza el memorial correspondiente (folio 95, cuaderno en que se surtió la apelación de la sentencia de primer grado).

La impugnación interpuesta por el defensor es admisible porque se dan los presupuestos señalados en el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

No ocurre lo mismo con el recurso impugnatorio del apoderado de la parte civil, por las siguientes razones:

1. Aunque es verdad que la sentencia es una e indivisible, como lo afirma el Tribunal, no hay que perder de vista que ese postulado no puede tener eficacia para todos los efectos jurídicos. Menos aún en este caso, cuando ha recaído sobre dos causas acumuladas conforme a las prescripciones del artículo 90, numeral 1º del ordenamiento procesal. En estos casos la unificación del rito procedimental, para efectos del juzgamiento, se dirige únicamente hacia la economía procesal, a evitar un eventual cúmulo material de penas para el imputado, y a la posibilidad de conocer en mejor forma su personalidad.

2. En relación con la imputación de estafa, la pretensión de la parte civil está salvaguardiada en la sentencia, porque como consecuencia de la condenación por el delito, se decretó también, en abstracto, la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido. Es decir, que la sentencia no acarreó agravio alguno al perjudicado, motivo por el cual carece de interés jurídico para impugnarla.

3. En cuanto a la absolución por el hecho punible descrito en el artículo 416, el máximo de la sanción que la norma conmina para él es de un año de arresto, motivo por el cual el ofendido no tiene genéricamente facultad de impugnación, en cuanto no se llenan los requisitos que establece el ya mencionado artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

4. La sola circunstancia accidental de que las causas se hayan acumulado, tal como se explicó, no torna admisible el recurso de casación interpuesto contra una sentencia por delito cuya sanción, cuantitativa y cualitativamente, lo hace improcedente.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, declara ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Pablo Emilio Zapata Rodríguez, contra la sentencia de veinticuatro de febrero del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y ordena correr traslado al recurrente por el término de treinta días para que formule la correspondiente demanda de casación.

Por la Secretaría de la Sala notifíquese en legal forma el contenido en esta providencia, teniendo en cuenta que el procesado no se encuentra detenido.

Es INADMISIBLE el recurso interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra el fallo antes mencionado.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CUESTIONARIOS EN LOS CONSEJOS DE GUERRA

Nulidad por la falta de firma del presidente del consejo y su secretario. — La Corte ratifica y amplía las doctrinas contenidas en los fallos de 12 de julio de 1974 y 21 de marzo del presente año.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 24.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia de primero de agosto del año pasado, proferida por el Tribunal Superior Militar, dentro de las presentes causas acumuladas que por los delitos de homicidio en los particulares Luis Eduardo López Alvarez, hecho ocurrido el 19 de junio de 1970 en el Corregimiento de El Pato, Municipio de Zaragoza, Departamento de Antioquia, José Eugenio Gaibao Rivera, que tuvo lugar el 25 de junio de 1970 en el Corregimiento de Puerto Claver del mismo Municipio mencionado, y Vitaliano Monterrosa Morales, ocurrido el 18 de mayo de 1970 en el Corregimiento de Vijagual, Municipio de Cáceres, Departamento de Antioquia, se han venido adelantando contra el Sargento Segundo del Ejército Nacional Orlando Rodríguez Aguirre y contra el soldado del mismo Ejército, Luis Carlos Pérez Pérez, interpuso el primero de los procesados que se mencionan el recurso extraordinario de casación, concedido por el a quo y declarado admisible por esta Sala y que se ha venido tramitando conforme al rito de ley, agotado el cual se procede a resolverlo.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros fueron resumidos por el Comando de la Cuarta Brigada, Juez de Primera Instancia, en la forma que a continuación se transcribe:

1. "El día 24 de junio del pasado año (1970), se presentó a la hacienda de La Lucha, situada en el Municipio de Zaragoza, Antioquia, el particular José Eugenio Gaibao Rivera, cumpliendo una orden dada por el Sargento Segundo Orlando Rodríguez Aguirre, Comandante de una patrulla militar que había recorrido en días anteriores por las fincas de la región con el objeto de efectuar reconocimientos y recoger informaciones. El particular, una vez hizo la presentación ante el Suboficial, pasó detenido a una de las dependencias de la hacienda. Al día siguiente se levantó la comisión militar, de acuerdo a una orden impartida por el superior la noche anterior y se designó al Cabo Rafael Castillo, al civil José Fernando Uribe y a los soldados Morales Jesús María, Gallego Salas Santiago y Gerardo Muñoz Marín, con el fin de que se trasladaran a la casa de José Eugenio Gaibao Rivera y trajeran detenido al particular Lácides Enrique Alvarez Betín; con el resto de soldados se trasladó el Sargento hacia unos potreros, en dirección contraria a Puerto Claver, llevando consigo al detenido Gaibao y después de un corto recorrido de aproximadamente diez minutos y a una distancia de cinco cuadras de la casa de la hacienda La Lucha, al llegar al borde de un monte y luego de hacer alto los punteros para esperar al resto de personal y continuar la marcha, en el momento en que el detenido Gaibao voltiaba para seguir con la patrulla, el Sargento Rodríguez le disparó su carabina por la espalda y una vez que Gaibao murió, ordenó a los soldados le enterraran en una cañada abriendo un hueco con una pala que había sido traída previamente de la hacienda. Todo esto sucedió entre las dos y dos y media de la mañana y cuando el detenido era conducido por la comisión militar con las manos atadas".

2. "El particular Luis Eduardo López Alvarez se encontraba detenido desde el 22 de mayo, en la cárcel municipal de Zaragoza y el día 18

de junio fue sacado por orden del Sargento Segundo Orlando Rodríguez Aguirre y conducido aproximadamente a la base militar, a las seis y treinta de la tarde de ese día; al día siguiente, 19 de junio, a eso de las dos de la mañana fue embarcado en calidad de detenido, junto con una patrulla comandada por el Sargento Rodríguez y el Cabo Primero Diógenes Castro Castillo y los soldados José Orbey Morales y Jesús María Morales debidamente armados; el embarque se realizó en el Puerto de la Arrocera y llevaban como conductor a Bolívar Vega Vega y como ayudante suyo a Jorge Enrique Muñoz. Iniciada la marcha por el río Nechí con dirección al Corregimiento de El Pato y luego de un recorrido aproximadamente de diez minutos y frente al sitio denominado Pasualito, el Sargento Rodríguez Aguirre sacó un revólver 38 largo que portaba al cinto y lo disparó dos veces por la espalda del detenido Luis Eduardo López Alvarez, quien al recibir los impactos cayó de espaldas a los pies del Sargento, quien de inmediato se paró e hizo un tercer disparo al pecho del detenido, cayéndosele el arma al piso de la embarcación, con el golpe se produjo otro disparo. Luego se acercaron a la orilla, bajaron el cadáver, le requisaron los bolsillos y le amarró a la cintura con una soga que llevaban en la embarcación una piedra de regular tamaño que también llevaron en la canoa, luego ordenó el (Sargento) conductor (sic) emprender la marcha remolcando el cadáver, mientras el Sargento con una vara medía el fondo del río y al notar que éste era lo suficientemente profundo ordenó al soldado Morales soltar la soga, hundiéndose inmediatamente el cadáver".

3. "Vitaliano Monterrosa Morales, Jorge Velásquez y Salvador Jaramillo fueron capturados por una patrulla comandada por el Sargento Rodríguez, en la finca de propiedad del señor Julio Flórez. La mencionada patrulla había salido de la base militar de Zaragoza con el fin de realizar inspecciones en las regiones de Vijagual, El Pato, San Martín, donde según se decía operaba una cuadrilla de facinerosos; la mencionada comisión militar llegó, junto con los capturados, al Corregimiento de Vijagual y decidió pasar la noche del 17 de mayo en un rancho o pesebrera desprovista de paredes y en tal virtud se designaron los centinelas para los detenidos así: uno para vigilar al detenido Vitaliano Monterrosa Morales; otro para vigilar a Luis Eduardo López Alvarez, y un tercero como centinela de seguridad de la tropa; a eso de las tres de la mañana del día siguiente, o sea 18 de mayo, se efectuó el relevo de los centinelas, recibiendo los puestos los soldados Luis Carlos Pérez Pérez, quien le correspondió vigilar a Vitaliano Monterrosa Morales, el cual se encontraba con las manos atadas; al soldado José Rosendo Morales, el cual le correspondió a Luis Eduardo López Alvarez y al soldado Eugenio Pava, le correspondió prestar de seguridad; el resto del personal dormía en la ramada mientras que el Sargento Rodríguez y el Cabo Castillo lo hacían en una casa ubicada a escasos metros de ésta. A los pocos minutos después de recibir el puesto de centinela el soldado Luis Carlos Pérez Pérez disparó su fusil de dotación en dos oportunidades contra el capturado Vitaliano Monterrosa Morales, quien alcanzando (sic) uno de los disparos cayó herido de muerte a escasos pasos del sitio donde se encontraba el centinela. Al enterarse el Comandante de la patrulla de los disparos le preguntó al centinela Pérez el porqué había disparado y éste le contestó que había soldado (sic) las ataduras de las manos al detenido para una necesidad fisiológica y que se había querido volar y al no atender las voces de alto le había dado de baja".

Adelantada la investigación por la muerte de José Eugenio Gaibao Rivera, se convocó, por Resolución número 1 de 3 de agosto de 1970 consejo de guerra verbal para juzgar al Sargento Segundo Rodríguez Aguirre, que se reunió en el cuartel de la Cuarta Brigada en Medellín el día 5 de agosto del mismo año.

En el curso del consejo se informó al Presidente del mismo que contra Rodríguez Aguirre se adelantaban dos investigaciones más, una por la muerte de Vitaliano Monterrosa Morales en la cual también era sindicado el soldado Luis Carlos Pérez y otra por el deceso de Luis Eduardo López Alvarez y que se había convocado en ambas a consejo de guerra verbal por las Resoluciones 02 y 03, por lo cual se decretó la acumulación de esas causas a la que se menciona en primer término.

Terminada esa audiencia con veredictos condenatorios para los sindicados, se dictó sentencia el 11 de agosto de 1970 pero el Tribunal Superior Militar decretó, por la suya de 20 de enero de 1971, la nulidad de lo actuado a partir de las resoluciones de convocatoria de los consejos de guerra verbales en las tres causas acumuladas basándose en que en el texto de los cuestionarios se preguntaba por homicidios simples siendo así que debió interrogarse a los vocales sobre si los hechos juzgados habían sido cometidos con insidia, asechanza, alevosía o cualquiera otra circunstancia que los convirtiera en asesinatos.

Por Resolución número 01 de 8 de junio de 1971 se convocó a un nuevo consejo de guerra verbal que se llevó también a cabo en Medellín el lunes 5 de julio del año citado y en que de

nuevo se decretó la acumulación de las otras causas a la que se seguía a Rodríguez Aguirre por la muerte de Gaibao Rivera.

Se dictó sentencia el 12 de julio de dicho año, pero esta providencia, al igual que la anterior, fue anulada por el Tribunal Superior Militar por medio de la suya de 17 de noviembre de 1971 en la que se dijo que el cuestionario relativo al Sargento Rodríguez Aguirre no había sido elaborado conforme lo dispone la ley.

Nuevamente se dispuso la convocatoria de un consejo de guerra verbal, lo que se hizo por Resolución número 24 de 16 de octubre de 1972 y que se llevó a cabo el 17 de octubre del mismo año.

A los vocales se sometieron cuatro cuestionarios distribuidos así: tres referentes a la responsabilidad que pudiera caber al Sargento Segundo Orlando Rodríguez Aguirre en la muerte de Luis Eduardo López Alvarez, José Eugenio Gaibao Rivera y Vitaliano Monterrosa Morales, respectivamente, y el cuarto relativo a la del soldado Luis Carlos Pérez Pérez en la muerte de Monterrosa.

Tales cuestionarios no llevaban la firma del Presidente del consejo de guerra ni de su Secretario.

Fueron respondidos en forma afirmativa, a excepción del relativo a la responsabilidad de Rodríguez en la muerte de Monterrosa Morales en que los jurados negaron que hubiera determinado al soldado Pérez Pérez a consumar ese hecho.

En el acta de la audiencia se lee que el 19 de octubre el Presidente del consejo decretó un receso de veinte minutos para elaborar los cuestionarios y que, una vez elaborados, el propio Presidente los leyó habiéndose repetido su lectura por petición del Fiscal (folio 360, cuaderno principal).

Empero el texto de los mismos no se consignó en el acta de la audiencia sino que aparece fuera de ella y solo los cuestionarios que contienen el escrutinio de las respuestas llevan la firma del Presidente del consejo y de su Secretario.

Con fecha 24 de octubre de 1972 se profirió sentencia en que el Presidente del Consejo de Guerra, acogiendo los veredictos, condenó al Sargento Segundo Orlando Rodríguez Aguirre a la pena principal de veinte (20) años de presidio como responsable por el delito agravado de homicidio en José Eugenio Gaibao Rivera y Luis Eduardo López Alvarez y lo absolvió por el de Vitaliano Monterrosa Morales. Así mismo, condenó al soldado Luis Carlos Pérez Pérez a la pena de quince (15) años de presidio por la muerte de este último. A ambos los condenó a las penas accesorias correspondientes.

Esta providencia fue apelada por los procesados y por el defensor de Pérez Pérez y el Tribunal, por la que es objeto del recurso extraordinario que ahora se resuelve, la confirmó en todas sus partes.

Demanda de casación.

En el marco de la causal 4ª de casación el demandante formula cinco cargos que pueden resumirse de la siguiente manera:

Primer cargo. Haberse dictado en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional, por infracción del artículo 26 de la Carta, por formularse en el Consejo de Guerra Verbal cuestionarios distintos al de la muerte de Gaibao Rivera y referentes a un sindicado que no era el Sargento Rodríguez Aguirre.

Alega el demandante que no se decretó la acumulación de las causas seguidas contra su poderdante sino que ella se produjo de hecho, por lo cual se violaron las formas del juicio cuya plenitud es una de las garantías consagradas por la norma constitucional en cita.

Segundo cargo. Se incurrió también en nulidad, de rango constitucional porque, según el demandante, siendo el Consejo de Guerra una actuación específica que entraña unidad de procedimiento y de intervinientes, se alternaron en la asesoría jurídica diversas personas contra lo que disponen las normas que reglamentan esa actuación entre ellas el artículo 566 del Código de Justicia Penal Militar.

Explica el cargo diciendo que habiéndose designado, en primer término, como asesor jurídico al doctor Rafael Alarcón Alvarado y sin que mediara excusa, impedimento o recusación de este profesional, se le sustituyó en el curso de la audiencia por el doctor Carlos A. Fonseca Mejía, quien a partir de la sesión del 23 de octubre abandonó el Consejo de Guerra sin justificación ninguna y fue reemplazado por el doctor Alarcón Alvarado.

Tercer cargo. Al igual que en los anteriores, se ataca la sentencia por presunta violación del artículo 26 de la Carta, y esta vez, por cuanto, según el demandante, se le designó al soldado Pérez Pérez, a petición suya, como apoderado al doctor Jorge Valencia Delgado, pero como éste manifestara no poder aceptar el cargo por tener un viaje urgente, se nombró en su reemplazo al Capitán de la Policía, Alfredo Moreno Malagón, sin consultar, para ello, al soldado

Pérez Pérez y por gestiones del Sargento Rodríguez Aguirre.

Argumenta el demandante que el cambio de defensor del procesado Pérez Pérez violó las formas del juicio y vulneró el derecho de éste a designar quién lo defendiera, menoscabando así su derecho de defensa.

Cuarto cargo. Nuevamente dentro del plano de la causal 4ª de casación se alega nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, por cuanto según el demandante, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, porque los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales en el Consejo de Guerra no llevaban la firma del Presidente del mismo ni la del Secretario, así como tampoco la fecha en que fueron elaborados ni el nombre de la oficina o corporación que los había, es decir, que no reunían los requisitos legales.

Al sostener esta censura transcribe apartes de una sentencia de esta Sala en la que se dice, entre otras cosas, que los cuestionarios deben llevar las firmas del Presidente del Consejo de Guerra y la de su Secretario por cuanto, sin ellas, no existen jurídicamente y no cabe ningún pronunciamiento válido sobre ellos.

Quinto cargo. Como los anteriores, también se formula en el marco de la causal 4ª y con invocación del artículo 26 de la Carta haciéndosele consistir en que no se observó la plenitud de las formas propias del juicio por cuanto dejó de notificarse al procesado Rodríguez Aguirre, quien se encontraba detenido, el auto de 22 de enero de 1973 por medio del cual se dispuso que dentro de la ejecutoria de esa providencia se señalaran y pidieran por las partes las pruebas conducentes.

Este auto, alega el demandante, se notificó el 13 de marzo de 1973, por estado siendo así que debió dársele conocimiento personal de él al procesado en mención.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Delegado para las Fuerzas Armadas analiza en forma detenida los cargos que se formulan a la sentencia por el demandante, conceptuando que los tres primeros carecen de fundamento.

Respecto al cuarto solicita, en forma comedida a la Sala rectificar la doctrina expuesta en sentencias de 12 de julio del año pasado y de 21 de marzo del presente, en donde se afirmó como fundamento para casar dichos proveídos que la falta de firmas en los cuestionarios sometidos a los Consejos de Guerra Verbales hace que éstos no existan ni siquiera en apariencia y que no pueda haber, en tales casos, pronunciamiento válido sobre ellos.

Aduce como razón la Procuraduría la de que no puede alegarse la falta de autenticidad de los cuestionarios en las circunstancias premencionadas por cuanto ellos son formulados dentro de la audiencia y no hay solución de continuidad en ese acto entre la elaboración de los mismos y el veredicto.

Agrega que con anterioridad a las referidas sentencias, la Justicia Penal Militar había interpretado el artículo 563 del Código de Justicia Penal Militar en forma literal, esto es, en el sentido de que los únicos que tenían que firmar tales cuestionarios eran los vocales, una vez que habían pronunciado su veredicto.

"Esa interpretación literal del Código Castrense, dice la Procuraduría, que exige las firmas del Presidente, Asesor y Secretario en la copia del cuestionario en la cual se anota el resultado del escrutinio, pero que omitió exigir el mismo requisito de firmas para el cuestionario de los vocales, interpretación que no fue considerada errónea por esa honorable Corte desde 1958 cuando entró en vigencia el Código Penal Militar, hasta la sentencia de 1974, fue aplicada sin excepción a todos los Consejos de Guerra Verbales y por ello ninguno de los cuestionarios sometidos a la consideración de los vocales durante ese lapso, se encuentra autenticado con las firmas del Presidente, Asesor y Secretario".

Agrega que de mantenerse esa doctrina sería el colapso que causaría el desquiciamiento jurídico de todas las actuaciones de la Justicia Militar anteriores al mes de julio de 1974, ya que en la actualidad hay pendientes ante el Tribunal Superior Militar más de tres mil procesos en los cuales, se sobreentiende, no se ha firmado por el Presidente y el Secretario del Consejo de Guerra respectivo el cuestionario.

Salvo la observación que antecede, la Procuraduría encuentra fundado el cuarto cargo de la demanda si la Corte ha de persistir en la doctrina cuyo cambio solicita.

También halla que tiene fundamento el quinto cargo por cuanto la Procuraduría considera que según doctrina de la Corte, deben aplicarse al procedimiento penal militar los artículos 181 y 183 del ordinario, el primero de los cuales ordena notificar en forma personal al procesado que estuviera detenido las providencias que se dicten dentro del proceso y el segundo establece la forma como debe hacerse esa notificación en caso de no encontrarse aquél detenido en el mismo lugar donde se profiere la providencia.

Consideraciones de la Corte.

Examinados los cargos que el demandante endereza contra la sentencia recurrida y que se dejan resumidos atrás, aparecen fundados los que señala bajo los ordinales cuarto y quinto de la correspondiente parte de la demanda, es decir, aquellos que dicen relación a la falta de firma de los cuestionarios y a la de notificación personal al procesado Sargento Segundo Rodríguez Aguirre del auto por medio del cual se abrió la causa a pruebas en segunda instancia.

Empero como el formulado en cuarto lugar incide sobre el proceso en una etapa anterior a aquella que afecta el otro cargo, significa que debe estudiarse únicamente aquél, es decir, el cuarto, ya que, al declarársele fundado obviamente queda anulada la parte del proceso a que se refiere la otra censura.

La Corte, en la sentencia que menciona la Procuraduría, ha destacado la importancia del cuestionario que se formula a los vocales en los Consejos de Guerra advirtiendo que contiene la imputación del hecho o hechos reprochables, sus modalidades y la pregunta relativa a la responsabilidad del sindicado.

"Son, pues, expresó la Sala, el núcleo sobre el cual versa el debate oral en los Consejos de Guerra Verbales o en los Consejos Ordinarios de la misma naturaleza. Como tales, deben ostentar rigurosamente la plenitud de sus formalidades, entre las cuales se destaca como principalísima, la de ser documento auténtico, es decir, que hará fe y firmado por los funcionarios competentes que para el caso son el Presidente del Consejo y su Secretario. Sin sus firmas, nadie podría asegurar que tales cuestionarios fueron redactados por el Presidente del Consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más, sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios no lo son, ni siquiera en apariencia. O lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez, ningún pronunciamiento". (Sentencia de 21 de marzo de 1975, causa contra los Suboficiales Gerardo Ariza y Waldino Mejía Jiménez).

La Sala, luego de examinar la solicitud que le hace la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas a fin de que varíe la doctrina que se deja resumida, no encuentra razón para ello. Por el contrario, a las consideraciones expuestas en sentencias anteriores, agrega las siguientes en orden a mantenerla:

Es cierto, como lo anota el Ministerio Público, que en los Consejos de Guerra los cuestionarios se formulan a los vocales dentro de la audiencia pública, como lo estatuye el artículo 576 del C. de Justicia Penal Militar y forman un todo con ésta ya que se trata de una actuación unitaria que comprende, inclusive, la sentencia.

Pero no es menos verdad que el texto de ellos no queda, de ordinario, copiado en el acta de la audiencia, porque si así fuera podría considerarse que al firmar el acta de la misma se estaría dando autenticidad a dichos cuestionarios.

Lo que ocurre en la mayoría de las veces, incluyendo las presentes, es que se les formula en hoja separada de la cual se pasa una copia a cada uno de los vocales quienes, una vez proferido su veredicto, la firman y sus respuestas son después escrutadas en una copia distinta que es la que, a la postre, viene a ser firmada por el Presidente del Consejo, el Asesor y el Secretario.

Pero no se deja transcripción de los cuestionarios en el acta ni la copia que se entrega a los vocales va firmada por el Presidente del Consejo.

Es decir, se trata de un simple escrito, sin carácter documental por cuanto no expresa, ni de su texto aparece, el autor. O sea que carece de uno de los requisitos fundamentales para que se le considere documento, cual es el de señalar por sí mismo la persona de quien proceda.

Ahora bien, formulados esos cuestionarios en la forma como ocurrió en el presente proceso, es decir, elaborados por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, leídos en la audiencia, pero sin que de ellos se dejara copia en el acta de la misma, presentados separadamente a los vocales, eso es, entregadas a cada uno de ellos tantas copias cuantas preguntas deben contestar, es indudable que constituyen actuaciones perfectamente individualizables del Presidente del Consejo que no pierden su autonomía por ocurrir dentro de un acto como la audiencia que ha sido considerado, con razón, complejo, es decir, divisible en etapas.

Siendo esto así, como en efecto lo es, no hay duda de que esas actuaciones deben llevar la firma del Presidente del Consejo y de su Secretario como la llevarían, por ejemplo, otras diligencias autónomas verificadas dentro de la audiencia, v. gr., una inspección judicial.

En otras palabras, y como ya lo ha advertido la Corte en las sentencias que menciona la Procuraduría, esas actuaciones quedan incorporadas en documentos públicos y por lo tanto resulta imperativo que éstos vayan firmados por quien los émite para que así adquieran verdadera autenticidad y plena fuerza probatoria, pues ambas cosas dependen, por modo directo, de que aparezca en ellos que proceden de un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

Es por eso por lo que el artículo 102 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos que se tramitan ante la Justicia Penal Militar por disposición del artículo 299 del C. de Justicia Penal Militar, dispone que "los funcionarios o empleados judiciales deberán usar en todos sus actos *(subraya la Sala) firma completa, acompañada de antefirma, so pena de incurrir en multa de cien pesos por cada infracción".*

Por su parte el Código Civil establece como requisito indispensable para la existencia de un documento público que esté firmado por el funcionario que lo expide. Por eso dice el artículo 1758 del Código citado que "instrumento público o auténtico es el autorizado *(subraya la Sala) con las formalidades legales por el competente funcionario".*

La firma es en los documentos, particularmente en los públicos, el principal signo de autenticidad. El Estado, que disfruta del privilegio de impartir la máxima autenticidad y, por lo tanto, el mayor poder probatorio, a los documentos que de él emanen en su calidad de persona de derecho público, lo ejerce por medio de signos visibles que muestren de inmediato la procedencia del documento, signos llamados de autenticidad que unas veces son de carácter sustancial y hacen referencia al contenido de los documentos, otras, las más, tienen índole formal como sellos, aspecto del papel en que se escriben y, que otras son de naturaleza formal y sustancial como la firma del funcionario, que aunque es uno de los principales signos exteriores tiene repercusiones sustanciales ya que exterioriza el ejercicio de la función pública lo que imparte su fuerza probatoria al escrito.

Así, pues, como lo ha dicho la Sala, cuando uno de tales escritos no va firmado por el funcionario, carece de carácter documental salvo que la ley establezca expresamente lo contrario, cosa que no ocurre en el caso de autos.

De ahí por qué la Corte haya dicho, con razón, que sobre un cuestionario que no lleva firma no se puede fundar una actuación por cuanto carece de uno de los requisitos fundamentales para tener el carácter de documento.

De otro lado, los cuestionarios que se pasaron a los vocales, si bien ostentan en su encabezamiento la mención de la Cuarta Brigada, no citan ni el lugar ni la fecha en que fueron expedidos.

La procedencia de un documento, elemento sustancial de su autenticidad y una de las bases de su poder probatorio, no se refiere solo a la persona que lo ha elaborado sino que también comprende el lugar y tiempo de su expedición.

Estos dos últimos requisitos son indispensables en los documentos públicos a menos que, se repite, una disposición expresa de la ley permita suprimirlos.

Pero en el procedimiento penal y en particular en el castrense, existen normas perentorias que obligan a consignar, en las diligencias judiciales, tanto el lugar como la fecha en que se llevaron a cabo. Tal, por ejemplo, el artículo 413 del C. de Justicia Penal Militar que corresponde al 155 del C. de P. Penal y que dice que "toda la actuación debe encabezarse con el nombre de la oficina o corporación que la practique, indicando el lugar y la fecha *(subraya la Sala). La omisión de esto, vicia de nulidad la actuación".*

Estas normas indican qué tanta importancia atribuye la ley, para la autenticidad del documento contentivo de una actuación judicial, a la mención del lugar y la fecha.

Resulta, en consecuencia, que también por el aspecto que se acaba de examinar, es nula la actuación que se viene analizando.

Finalmente, establecida dicha nulidad, es preciso aseverar que sus efectos cobijan también al procesado no recurrente, pues resultaría aberrante que el proceso fuera nulo para el que recurrió y no lo fuera para quien no lo hizo, siendo así que el procedimiento inválido fue común a ambos, y no tener carácter personal la falla anotada.

Además, debe afirmarse que quienes intervinieron en el carácter de vocales en el Consejo de Guerra que se declara nulo no pueden intervenir en el que habrá de convocarse ya que profirieron en aquél su veredicto, es decir, hicieron un pronunciamiento sobre la situación jurídica de los encartados, esto es, emitieron un concepto de fondo que les impide participar de nuevo en el juzgamiento.

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

RESUELVE:

CASAR LA SENTENCIA objeto del presente recurso y ORDENAR que se reponga el procedimiento a partir de la resolución por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Causal 5ª de revisión. No existe diferencia sensible entre "hechos nuevos" y "pruebas no conocidas al tiempo de los debates" para efectos de la revisión.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y nueve de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: acta número 24, junio 19 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Cumplido el trámite de ley, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Aristóbulo Rocha Bustos, por medio de apoderado, con relación al proceso adelantado en su contra por "los delitos de homicidio en José Audín González y Domingo Llanos", en el cual fue condenado a la pena principal de 19 años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, mediante sentencia de 11 de octubre de 1972, proferida por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá, la cual fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo el 22 de enero del año siguiente. Debe advertirse que contra esta última se interpuso recurso de casación, el cual, en su debida oportunidad, fue desechado.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros han sido presentados tanto por el juez de primera instancia (C. número 1, folios 692 y siguientes), como por el Tribunal de segunda (C. número 2, folios 37 y siguientes), así:

"Dio origen a la presente investigación la muerte violenta de que fueron víctimas José Audín González y José Domingo Llanos Llanos, la noche comprendida entre el 11 y 12 de noviembre del año próximo pasado (1970), dentro de la jurisdicción de este Juzgado Superior de Bogotá y cuyos cadáveres fueron encontrados, por información de un empleado del Ministerio de Obras Públicas, dentro de la jurisdicción del Municipio de Silvania, cerca de la carretera que de Fusagasugá conduce a esta República (sic). En las primeras horas de la tarde del miércoles anterior, 11 de noviembre, González, Llanos y José Uriel Barreto, transitaban en un vehículo de propiedad del primero de los nombrados por algunas calles de esta ciudad y al pasar por la carrera 198 con calle 1ª-C, detuvieron el automotor para conversar con su amigo Pedro Camargo, quien se hallaba frente a su casa, acompañado de Alberto Guerrero y otro sujeto.

"Poco tiempo después y por insinuación de Camargo, entraron a la casa y se dedicaron a ingerir licor. Como a las siete de la noche, llegó a ese lugar Aristóbulo Rocha, en un vehículo Ford Mustang, de placas 0-54475 y se unió a la tertulia, en donde, al parecer, consumieron bastante licor y comida.

"Siendo casi las once de la noche, salió el grupo de la casa y al ocupar los carros estacionados, González, Llanos y Camargo abordaron el que conducía Rocha y después de recorrer algunas calles, se perdieron de vista los dos automotores y posteriormente Pedro Camargo abandonó aquél en que viajaba. Pocas horas después Rocha fue sorprendido en la avenida 13 Sur número 25-73 con el vehículo ensangrentado".

Las primeras diligencias investigativas las adelantó la Inspección de Policía Judicial del Centro —Bogotá—, las continuó el Juzgado Primero de Instrucción Criminal y luego pasaron al Quinto Superior de la misma ciudad. Por auto de 30 de noviembre de 1970 se decretó la detención preventiva de Aristóbulo Rocha Bustos y Pedro José Camargo Higuera, como "presuntos autores materiales o partícipes en el delito de 'homicidio intencional', en concurso real, de que fueron víctimas los señores José Audín González Guerra" (sic) (folios 237 y siguientes). El Juzgado del conocimiento, el 26 de febrero del año siguiente, revocó la medida de detención precautelativa que pesaba sobre Camargo Higuera (folios 407 y siguientes). El 30 de abril se declaró

cerrada la investigación (folio 473). Por auto de 27 de julio de 1971 el Juzgado Quinto Superior llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Aristóbulo Rocha Bustos "como presunto responsable de los delitos de *homicidio* cometidos en las personas de José Audín González Guerra y José Domingo Llanos Llanos", considerándose que había mediado la circunstancia agravante consignada en el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal y también "como presunto responsable del delito de *hurto* de un revólver marca Smith & Wesson..., y de una pistola marca Astra...". En la misma providencia se ordenó la cesación de todo procedimiento penal "contra Pedro José Camargo Higuera por haber dejado de existir el día tres de julio del presente año", se sobreseyó temporalmente en favor de Alberto Avila Forero y se ordenó expedir copias "para que se investigue la posible participación que en estos ilícitos puedan tener Isauro Murcia, Olmedo Murcia, Roque Muñoz, Urías Avila, Aldemar Avila, Francisco Vargas y José Natividad Niño, conforme lo prevé el artículo 482 del C. P." (sic) (folios 501 y siguientes).

Previo el cumplimiento de los trámites legales, se celebró la respectiva audiencia pública. Por unanimidad el jurado condenó a Rocha Bustos por los delitos de homicidio en José Audín González y José Domingo Llanos y lo absolvió por los cargos formulados por ilícitos contra la propiedad (folios 690 y 691). En desarrollo de tales veredictos se dictaron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho anterior referencia.

Demanda de revisión.

El apoderado especial constituido por el sentenciado Aristóbulo Rocha Bustos, invoca como causales de revisión las 3ª y 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal. Luego de enunciar los hechos y de hacer brevísima reseña procesal, presenta como fundamento de hecho los siguientes: Que el testimonio de José Uriel Barreto, recibido en la investigación, "fue fundamental para la acusación, que lo convirtió en prueba definitiva y concluyente, por la variedad de hechos tales, que González sabía que en determinada casa habían alojado algunos individuos que habían traído para matarlo, y a esa casa se dirigieron esa tarde; que Rocha le preguntó a González qué clase de arma llevaba; que al salir de la casa de Pedro Camargo, una vez que terminó la reunión, Rocha le dijo a González que si quería lo llevaba a la casa, etc."; que Parmenio Molina afirma que desde mes y medio antes de los hechos, cuatro individuos armados de ametralladora, uno de ellos el Sargento Ochoa, perseguían a José Audín González; que "Aristóbulo Rocha sostuvo a lo largo del proceso que en la noche del 11 de noviembre de 1970 que el carro que él manejaba y ocupaban además José Audín González y Domingo Llanos fue abordado por tres individuos armados de ametralladoras, que desarmaron a los ocupantes del carro de Rocha y procedieron después a darles muerte" a González y Llanos; que en declaración extrajudicial, José Uriel Barreto manifiesta "todo lo contrario que afirmó en el proceso contra Aristóbulo Rocha, pues sostiene que José Audín González lo invitó que lo acompañara a dar una vuelta por el Norte de Bogotá, pero de repente él varió el programa y resolvieron ir al barrio San Antonio "donde él tenía una amante"; que al cruzar por frente a la casa de Pedro Camargo entraron allí, pues González necesitaba hablar con él "unos asuntos"; que más tarde apareció en dicha casa Aristóbulo Rocha pidiéndole prestados a Camargo la cantidad de mil pesos sobre una pistola; que en vista de la insistencia de Camargo y González para que Rocha se quedara a tomarse en compañía de ellos unos tragos, así lo hizo Rocha, sentándose en la sala con ellos; que después de haber comido resolvieron irse todos para la casa, yéndose José Audín González, Domingo Llanos y Pedro Camargo en el carro que manejaba Rocha; que en los funerales de González y Llanos el declarante le contó a Rafael Vaca que esa noche, después de haber dejado a González en el carro de Rocha, fue sorprendido antes de pasar el semáforo "por unos tipos uniformados los cuales me hicieron bajar del carro mío y me preguntaron que si José Audín en dónde se había quedado, yo les dije que venía atrás en el Mustang (el carro que manejaba Rocha), entonces ellos como me habían quitado una pistola, marca Browing, calibre 9, le quitaron el proveedor y me tiraron por los pies y dijeron: "lástima no haber venido Chepe aquí para haber embarcado a éste h...". Los uniformados en forma rápida se montaron en su carro y siguieron hacia el Sur. Estos hechos se los conté al día siguiente a Heriberto González, hermano de José Audín, y él me dijo que posiblemente esos tipos eran los que habían matado a José Audín y José Domingo Llanos, que como a mí me tocaría declarar ante un juzgado, tenía que decir en el juzgado que el posible autor de la muerte de su hermano y José Domingo Llanos había sido Aristóbulo Rocha, mandado por los Murcias, los Avilas y Pacho Vargas, que si no decía así, él me mataba o me hacía matar. Esto me lo dijo cuando nos encontrábamos desayunando en compañía de mi hermano menor de nombre Hernando Barreto... A Rafael Vaca

le comenté lo de los uniformados y que a mi modo de ver Rocha era inocente, ya que esa noche no le vi ninguna malicia ni actitud sospechosa y que los autores de esos homicidios para mí eran los uniformados que andaban esa noche en un carro color verde y que me habían parado cuando iba para la casa de José Audín... En mi primera declaración que di ante el Juzgado que conoció inicialmente el negocio hice una narración clara de los hechos durante la tomata de trago y solo me faltó exponer ante el Juez lo referente a los uniformados, que como dije anteriormente fui amenazado de muerte por el hermano de José Audín González, de nombre Heriberto González, ésta fue la razón para que no declarara todos los hechos de esa noche, en vista de que mi vida corría peligro ya que Heriberto era un hombre bastante peligroso..."; que Rafael Vaca confirma la anterior declaración extrajudicial; que la declaración extrajuicio de José Uriel "corrobora y vigoriza todo lo que afirmó Aristóbulo Rocha a lo largo del proceso sobre la presencia de los uniformados dentro de las circunstancias de los hechos en que fueron muertos José Audín González y Domingo Llanos. Toda la defensa de Aristóbulo Rocha descansa en la presencia de tales uniformados dentro de los hechos criminales, y José Uriel Barreto en su declaración extrajudicial es prueba concluyente y plena de tal presencia, ya que preguntaron por Chepe González, le quitaron la pistola y profirieron palabras amenazantes".

Invoca como fundamentos de derecho los siguientes: Código de Procedimiento Penal, artículo 215, porque Rocha fue condenado por los homicidios en ausencia o en deficiencia de las pruebas que exige esa norma; artículo 584, numeral 3º, porque es falso el testimonio original de José Uriel Barreto, que "fue definitivo para llamar a juicio a Aristóbulo Rocha", "porque aparece en el proceso bajo la coacción y amenaza grave en su vida"; artículo 564, numeral 5º, porque las declaraciones extrajudiciales de José Uriel Barreto y Rafael Vaca, son pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los hechos, que "vienen a establecer la inocencia o plena irresponsabilidad completa de Aristóbulo Rocha como autor de tales homicidios, o vienen a constituir indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad. Pues, según tales pruebas o declaraciones extrajudiciales, lo afirmado por Aristóbulo Rocha sobre la presencia de los uniformados dentro de las circunstancias de los hechos es la verdad de lo ocurrido, o sea que talés uniformados fueron quienes dieron muerte a José Audín González y Domingo Llanos, y no Aristóbulo Rocha".

Dentro de las pruebas que anexa se encuentran aquellas exigidas en la parte final de la norma 585 del estatuto de procedimiento penal.

Trámite del recurso.

1º Por reunir los requisitos exigidos por la ley, la demanda fué admitida, se reconoció al apoderado nombrado, se solicitó el respectivo proceso y se abrió el juicio a prueba (folio 41). El apoderado solicitó las que determinó en el memorial respectivo (folios 45 y siguientes), de las cuales algunas se decretaron y recepcionaron y, con relación a otras, no se accedió a su petición por cuanto "los documentos originales de los cuales serían tomadas, también se encuentran en el mismo proceso original, el cual ya ha sido allegado a estas diligencias" (folios 42 y siguientes).

2º Se corrió el traslado de la ley al Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el cual, luego de la reseña introductoria, de la presentación de los hechos y de la procesal, plantea los "motivos o causales de revisión invocados" y, tras metódico y detenido estudio de éstos, concluye que la revisión solicitada debe desecharse, puesto que, en su concepto, "ninguna de las dos causales invocadas en el escrito petitorio de la revisión se demostraron debidamente" (folios 140 y siguientes).

3º El demandante encabeza su alegación de fondo manifestando que "debo hacer hincapié e insistir con firme convicción en que las pruebas aportadas a este proceso tienen la suficiente solidez y calidad intrínseca para darle definitivo viraje a la situación jurídica de Aristóbulo Rocha, desvinculándolo en forma conclusiva como autor de la muerte violenta sufrida por José Audín González y Domingo Llanos en la noche del 11 de noviembre de 1970". En orden a sostener lo anterior, argumenta:

La autoría de los homicidios en cabeza de Rocha se debió a "un proceso artificial y dialéctico" en el cual "la certeza quedó subordinada a la sospecha", presentándose la condenación que "trajo desastrosas consecuencias para el honor, la libertad y la inocencia". Rocha a lo largo del proceso dio una versión "coherente y constante" y que "es la más verídica, porque tiene amplio y poderoso respaldo probatorio, y es la que mejor explica la consumación de los delitos".

Agrega: "Rocha ha afirmado que esa tarde del 11 de noviembre de 1970 llegó a la casa de Pedro Camargo para solicitarle un préstamo de mil pesos y encontró allí a José Audín González,

Domingo Llanos, José Uriel Barreto y otras personas que consumían licor; fue invitado para que libara con ellos algunos tragos y así la reunión se prolongaba en la mayor camaradería y cordialidad, refiriendo chistes e historias de esmeralderos; posteriormente José Uriel Barreto tomó el Mustang que manejaba Rocha y salió con la señora de Pedro Camargo a comprar comida en un restaurante de la vecindad; al ser consumidas las viandas tomaron tinto servido por dicha señora y finalmente decidieron irse a dormir; que José Audín González, Domingo Llanos y Pedro Camargo se embarcaron en el carro Mustang, manejado por Rocha, y partieron, habiéndose quedado Pedro Camargo en la carrera 10 con calles 5ª o 6ª, porque estaba sin plata y tenía que "madrugar a trabajar"; que dentro del Mustang quedaron José Audín González, quien iba sentado en la parte delantera a la derecha de Rocha y Domingo Llanos permaneció en el asiento trasero, detrás de Chepe González; Rocha manejaba el vehículo. Finalmente, después de dar otras vueltas tomaron la avenida sexta, subiendo hacia el Oriente, y al llegar a la carrera 22 o 23 "fuimos interceptados por un vehículo y obligados a parar la marcha, en el cual iban varios *uniformados* de agentes de policía y pude distinguir tres que se bajaron rápidamente, uno se dirigió hacia mí encañonándome con la Madsen y los otros dos se bajaron por la derecha del vehículo y rápidamente encañonaron a José Audín y su compañero. El que se dirigió a mí me ordenó bajarme con las manos en lo alto, a lo cual hice y cuando salí como el saco lo llevaba desapuntado y mi pistola empretinada, éste me la quitó y luego me ordenó que pasara a los asientos de atrás de mi vehículo, teniéndome encañonado. Yo me subí al vehículo nuevamente y al pasarme atrás ya se encontraban dentro del vehículo los dos agentes que habían encañonado a José Audín y "Cucharada" (Domingo Llanos) y los tenían allí y el uno apuntaba a José Audín por encima del asiento o espaldar del asiento y el otro que se había sentado a la izquierda del vehículo encañonaba a "Cucharada", que estaba en medio y recargado sobre el espaldar. Como no tuve dónde sentarme porque el vehículo es de dos asientos traseros únicamente, a Llanos lo llevaban sobre la división de los asientos, entonces me hicieron que me arrodillara detrás de los asientos delanteros y que me acostara sobre el piso, a lo cual obedecí y me acosté boca-abajo, apoyando el tronco en los brazos y mi cabeza sobre las manos. Luego un *uniformado* tomó el mando del vehículo y arrancamos en la misma dirección y más tarde no supe cuál o a dónde iríamos. Había transcurrido algún tiempo cuando sonaron varios *disparos dentro* del vehículo y yo quedé totalmente sordo y "Cucharada" que estaba casi sobre mí se me vino encima, como que se retorció y volvió a su puesto otra vez. Yo sentí algo caliente que me caía sobre mis manos y palpé y vi que era sangre, me asusté y les pedí que no me fueran a matar, "que yo no le estoy ofendiendo a nadie, ni tengo problemas con ninguno, si quieren llévense el vehículo y déjenme por acá, a lo cual me dijeron que silencio, que me callara y me golpearon por la espalda supremamente fuerte, y el vehículo seguía en marcha para mí rumbo desconocido". *Que el vehículo de los supuestos policías era Ford, modelo 1953 o 1954, color verde.*

"...luego este vehículo estacionó al pie y rápidamente abrieron las puertas de ambos vehículos y trasladaron del Mustang a José Audín y 'Cucharada' y los pasaron al automóvil donde ellos iban y los sacaron alzados".

"El mismo agente que me había quitado la pistola y me había dado órdenes, digo agente porque portaba prendas militares de la Policía, me ordenó que me parara, que me sentara al timón, prendiera el vehículo y me perdiera, lo cual hice".

A continuación entra a hacer citas de los testimonios de Parmenio Molina, rendidos dentro del proceso original; de José Uriel Barreto, dentro del juicio de revisión; de Rafael Vaca, tomado extra-juicio para proponer el de revisión; de Luis Hernando Barreto, dentro del juicio de revisión, y de las siguientes pruebas que militan en el proceso original: Dictamen del DAS sobre "resultados *negativos* sobre la prueba de guantelete practicada en las manos de Rocha, o sea que él no disparó esa noche"; necropcia de Domingo Llanos, necropcia de José Audín González y examen del Laboratorio Forense sobre un proyectil blindado y de los técnicos en balística, acerca de que él corresponde a pistola calibre 9 mm., de los empleados en armas automáticas o semiautomáticas, siendo las automáticas "las pistolas de calibre 9 mm., así como la ametralladora Madsen, para finalizar este aparte, así:

"Como síntesis de lo expuesto anteriormente, sacamos inevitablemente la conclusión de que son ciertos, por estar plenamente comprobados en los autos, los siguientes hechos:

"A. Aproximadamente *dos meses antes* de ser muerto José Audín González se hicieron presentes en la casa de Parmenio Molina cuatro individuos uniformados y armados de ametralladoras, preguntando por Chepe González, o sea José Audín González, y uno de ellos dijo llamarse Sargento Ochoa del F-2.

"B. Aristóbulo Rocha afirma que esa noche del 11 de noviembre de 1970, cuando viajaban en compañía de José Audín González, Domingo Llanos, por la avenida sexta con carreras 22 o 23, el Mustang que él manejaba fue abordado por tres uniformados armados de ametralladoras, que se bajaron de un Ford, modelo 1953 o 1954, de color verde, quienes posteriormente dieron muerte a José Audín González y Domingo Llanos.

"C. José Uriel Barreto sostiene que en la noche del 11 de noviembre de 1970, cuando salió en compañía de la señora Marina de Camargo a comprar comida en un restaurante da la vecindad, vio a varios uniformados en un carro Ford de color verde, modelo 1956, que lo observaban con curiosidad.

"D. El mismo José Uriel Barreto afirma que en ese testimonio que esa misma noche del 11 de noviembre de 1970, cuando viajaba solo manejando el vehículo de Chepe González, a la altura de la carrera 27 con calle 3ª, fue detenido por los mismos uniformados, quienes ocupaban el mismo vehículo Ford, color verde, modelo 1956, quienes lo desarmaron y preguntaron por Chepe González, lanzando amenazas de muerte contra él darse cuenta que no ocupaba ese vehículo (sic).

"E. Dictaminan los peritos de la Policía Judicial que el proyectil blindado encontrado por el DAS dentro del Mustang pudo ser disparado por una ametralladora o pistola calibre 9 mm. Y los uniformados portaban ametralladoras.

"F. El testimonio de José Uriel Barreto fue el arco toral de la acusación contra Aristóbulo Rocha, por lo que aquél dejó de decir, y es hoy el arco toral de la defensa de Aristóbulo Rocha por lo que acaba de decir. Como ese testimonio surge en el proceso bajo el peso vergonzante de la coacción, la amenaza física y la violencia moral permanente, es prueba caracterizada por la falsedad, que no tiene personería para seguir vigente contra el acusado. Desaparecidos los vicios, entonces el testimonio de José Uriel Barreto adquiere hoy proporciones morales de vasto alcance jurídico, pues con él la verdad resplandece y la inocencia de Aristóbulo Rocha se destaca en la cima".

Y, afirma como conclusión definitiva:

El testimonio de José Uriel Barreto *"afirma hechos nuevos, descubre realidades, es objetivo, claro, concreto y firme. No es cualquier clase de prueba, es prueba fundamental, no conocida al tiempo de los debates, que establece o la inocencia de Rocha o constituye indicio grave de ella".*

Consideraciones da la Sala.

Si bien en la demanda de revisión el apoderado del sentenciado invocó las causales 3ª y 5ª del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, se observa y precisa que en su alegato de fondo, presentado en cumplimiento de la norma 587 del mismo estatuto, circunscribe su fundamento a la última de ellas, como claramente se desprende del párrafo inmediatamente anterior, que el mismo demandante presenta en forma subrayada. Tal única conclusión corresponde, aun cuando no lo invoca expresamente, al motivo 5º, según el cual "en materia penal hay lugar al recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:...

"5º Cuando después de la condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad". En consecuencia, la Corte habrá de limitar el ámbito de su estudio a la causal acabada de indicar, puesto que le está vedado venir a suplir la voluntad del litigante, en el sentido de tomar por invocada una que no sustentó, pero que ni siquiera mencionó en su alegación de fondo.

Debe recordarse que, como lo ha sostenido esta corporación, "no existe diferencia sensible entre 'hechos nuevos' y 'pruebas no conocidas al tiempo de los debates', para efectos de la revisión. Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuasión, de cualquier origen, distintos de los examinados, por el fallador, vale decir no aducidos al proceso aunque hubieran tenido existencia en el curso del mismo y hubieran podido allegarse antes del fallo, que hagan presumir fundadamente el error judicial cometido en la sentencia, por la condenación de quien puede ser inocente porque el hecho tenido como delito no existió, o no tuvo alcances penales, o no lo cometió ni intervino en su ejecución el condenado, pues la revisión persigue la prevalencia de la justicia material sobre la formalmente declarada. (Providencia de 17-v/72).

Y ello es elemental porque las "pruebas no conocidas al tiempo de los debates" deben tener relevancia jurídica, es decir, deben ser llamadas a producir determinado efecto de ese orden y éste ha de surgir de los "hechos", en este caso "nuevos" que con tales pruebas se establezcan plenamente con la finalidad indicada: o la de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado o la de constituir graves indicios de tal

inocencia o irresponsabilidad. El "hecho nuevo" requiere pruebas que lo establezcan, que acrediten su existencia y la manera como opera en la apreciación de la inocencia o irresponsabilidad. Y es de lógica elemental que las pruebas tendientes a establecer este "hecho nuevo" tuvieron que surgir a la vida procesal con posterioridad a los debates, pues de lo contrario hubieran sido estudiadas, analizadas, ponderadas en ellos. De ahí el que la Corte sostenga que "no existe diferencia sensible entre 'hechos nuevos' y 'pruebas no conocidas al tiempo de los debates' ya que, se repite, aquéllos surgen de éstas, en la forma ya dicha. Quiere decir lo anterior que "las pruebas no conocidas al tiempo de los debates", deben acreditar plenamente los "hechos nuevos" que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o que constituyan siquiera indicios graves de ella. Se necesita, pues, que el juzgador, por los medios probatorios idóneos y allegados legalmente al proceso, se le demuestren los hechos para que pueda aplicar el derecho que se le solicita: Da mihi facti, ego tibi ius.

De acuerdo con la precisión que en su alegato hace el demandante, los testimonios de José Uriel Barreto, Luis Hernando Barreto, producidos dentro de este juicio de revisión, y, amparados o respaldados por las pruebas indicadas, viene a constituir la "prueba no conocida al tiempo de los debates", que afirma "hechos nuevos", con lo cual se establece la inocencia o irresponsabilidad de Rocha o constituye grave indicio de ello.

Ahora bien: esa prueba producida con posterioridad a los debates, o sea la consistente en las declaraciones rendidas dentro del juicio de revisión por José Uriel Barreto y por Luis Hernando Barreto, tiende a establecer como "hecho nuevo", la presencia de los uniformados armados de ametralladora, para concluir, de acuerdo con el criterio analítico del demandante, que fueron éstos y no su poderdante Aristóbulo Rocha Bustos, quienes dieron muerte a José Audín González y a Domingo Llanos. No es posible tener en cuenta la cita que hace de la de Rafael Vaca, porque ésta corresponde a la extra-juicio tomada antes del decreto de pruebas en el de revisión.

Se entiende por "hecho nuevo", según repetidas enseñanzas de esta corporación, "cualquier suceso o acontecimiento no conocido o no debatido dentro del proceso penal, de cuya plena demostración surge, bien la inocencia o no responsabilidad del condenado, o bien el indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad". (Providencia de 10-VII/60, 14-III/72, 20-IX/73, 15-IV de 1975).

La presencia y posible actuación de los uniformados en la forma en que la presenta y pretende el demandante no constituye un "hecho nuevo" como se afirma.

En efecto: Aristóbulo Rocha Bustos en varias de sus exposiciones dentro del primitivo proceso, hizo referencia a la presencia y actuación de los uniformados: al ser interrogado por el Departamento de Policía Bogotá —Segunda Estación— (folio 14); en su declaración juramentada ante el Comisario de Policía Judicial del Centro —primer turno— (folio 17 vuelto); en su indagatoria rendida ante el Juez Primero de Instrucción Criminal (folios 95 y siguientes) y en la continuación de tal diligencia (folios 213 y siguientes); en su exposición rendida el 12 de noviembre de 1970 ante la Jefatura del F-2 del Departamento de Policía Bogotá (folios 321 y siguientes); en la nueva ampliación de su indagatoria (folio 327).

Una vez cerrada la investigación (folios 473 y siguientes), el apoderado de Aristóbulo Rocha, en el memorial por medio del cual solicita sobreseimiento definitivo en favor de su representado, luego de algunas consideraciones manifiesta que "queda para ilustrarnos sobre lo acontecido la versión solitaria de mi patrocinado Aristóbulo Rocha". Hace una síntesis de lo expuesto por éste y formula concretas referencias a la presencia de los uniformados y a las actividades por ellos desarrolladas, de acuerdo con la exposición de Rocha y, luego de consideraciones en torno a la prueba, concluye que Rocha ha dicho la verdad "y que por lo tanto no es el autor de la muerte de José Audín González y José Domingo Llanos", por lo cual debe ser sobreseído en forma definitiva (folios 484 y siguientes).

En el auto de proceder dictado por el Juzgado del conocimiento (folios 501 y siguientes), el funcionario estudia de manera concreta la versión del procesado Rocha y en particular lo referente a "los presuntos uniformados de policías con ametralladoras Madsen", para llegar a la conclusión de que tal versión debe descartarse (folios 551 y siguientes). De ahí que se produjera su llamamiento a juicio.

Durante la audiencia pública (folios 619 y siguientes), "el procesado hace un relato más o menos similar al suministrado en su indagatoria, en relación con el desarrollo de los hechos investigados" (folio 621), siendo de recordar que en aquélla planteé el alibi de los "uniformados"; el apoderado de la parte civil se refiere a la versión suministrada por Rocha y concretamente a la presencia de los desconocidos para concluir que a ella no se le puede dar credibilidad, ya que para él el único autor de los homicidios es Rocha

Bustos. El Ministerio Público sostuvo que la versión de Rocha "es fabulosa y mentirosa", "que no merece ninguna credibilidad, que no tiene respaldo en los autos y que peca contra la lógica y la física". Hizo referencia concreta "al dicho del procesado de que fueron interceptados por tres uniformados armados de Madsen" en el sentido de que los presenta el procesado, para descartarla. El defensor del sindicado sostiene que la versión de Rocha "constituye un todo lógico y homogéneo, afirmativo y positivo, coherente y constante, la cual ha mantenido firme e inalterable desde el momento mismo en que fue capturado hasta esta Sala de audiencias, por lo cual es la que más se acopla a la razón, sin complejidades de ninguna clase y que por tanto permanece gritando su inocencia", para sostener que es cierta la afirmación de Rocha de que "tres individuos armados de ametralladora abordaron el Mustang la noche del 11 de noviembre de 1970 y fueron los autores de los hechos", sobre lo cual argumenta largamente para sustentarlo, para sostener que "la tragedia ocurrió dentro del Mustang, en las circunstancias relatadas por Rocha" y que fueron los uniformados quienes dieron muerte a José Audín y a Llano, y no Rocha.

Por el señor demandante en su revisión se presenta como hecho nuevo, con relevancia jurídica: "la presencia de los uniformados dentro de las circunstancias de los hechos es la verdad de lo ocurrido, o sea que tales uniformados fueron quienes dieron muerte a José Audín González y Domingo Llanos, y no Aristóbulo Rocha. Es aplicable, pues, el numeral 5 del artículo 584 del C. de P. P.", lo cual encuentra su soporte, en cuanto hace relación a "pruebas, no conocidas al tiempo de los debates", en las declaraciones producidas legalmente dentro del juicio de revisión, por José Uriel Barreto y Luis Hernando Barreto.

Ya se ha demostrado que la presunta acción de los "uniformados" en la ejecución de los hechos, tal como la presenta el sentenciado y ahora se alega en revisión, hizo su aparición en el expediente desde el momento mismo en que Rocha fue capturado e interrogado en las dependencias del Departamento de Policía Bogotá, el 12 de noviembre de 1970, o sea a las pocas horas de haberse consumado los hechos delictuosos. Luego fue amplia y profundamente debatida tanto en el llamamiento a juicio, como en la audiencia pública, por las partes que en ella intervinieron. De donde es imperativo concluir que, por este aspecto no se está frente a hechos nuevos que establezcan la inocencia e irresponsabilidad del acusado o que constituyan graves indicios de tal inocencia e irresponsabilidad.

Y, en cuanto hace relación a las exposiciones legalmente producidas dentro del juicio de revisión por José Uriel Barreto y Luis Hernando Barreto, como "pruebas no conocidas al tiempo de los debates", con los fines anteriormente indicados, es preciso observar:

Sabido es que el recurso de revisión tiende a atacar la cosa juzgada, a impugnar los pronunciamientos de fondo, con el propósito de obtener un nuevo estudio del proceso original. Lo anterior indica cómo no puede fundamentarse sobre hechos y pruebas ya estudiados y debatidos, porque ello equivaldría, desnaturalizando su verdadera esencia, a convertir la revisión en una nueva instancia, dentro de la cual fuera posible plantear nuevo debate probatorio sobre elementos ya estudiados.

Ahora bien: Prescindiendo de consideraciones sobre pretendidos "hechos nuevos", que no existen, debe precisarse que las pruebas no conocidas al tiempo de los debates para que tengan fuerza suficiente en orden a establecer la inocencia o irresponsabilidad del procesado o graves indicios de ello es necesario que se presenten con potencia avasalladora, ya que sobre ellas vendría a romperse la consistencia de la cosa juzgada.

Ni la declaración de José Uriel Barreto ni la de Luis Hernando Barreto, producidas dentro del juicio de revisión, tienen mérito suficiente para cumplir aquella tarea demoledora. Como se ha visto, la presencia de los "uniformados", con los alcances esculpatorios que les atribuye Aristóbulo Rocha, empezó a ser considerada dentro del expediente primitivo, desde sus primeras páginas. José Uriel Barreto en aquel informativo, ni siquiera dio a entender nada acerca de los "uniformados". Pero ahora, dentro del juicio de revisión, se refiere a ellos, en la forma en que se ha transcrito anteriormente. En su segunda declaración (folios 131 y siguientes), hace referencia, por oídas, a la posible persecución contra José Audín, de los Murcias y Francisco Vargas, en colaboración con el F-2 (folios 131 y ss.).

El declarante José Uriel manifiesta que calló lo relacionado con los "uniformados" dentro del proceso, porque al día siguiente de los hechos, Heriberto González, hermano de José Audín, le había amenazado de muerte si lo declaraba ante la autoridad (cuaderno de revisión, folio 156). En el relato general que presentó extra-juicio, tampoco hace la menor referencia a los "uniformados" (id., folios 22 y siguientes).

Pero, lo que más demerita, resta credibilidad a su última versión, es lo siguiente: Desde el día mismo en que aparecieron los cadáveres, Heriberto González, cuando se hallaban desayunando, lo amenazó de muerte, en las circunstancias ya

indicadas. Luego tenía que callar ante la autoridad la presencia de los "uniformados", como efectivamente lo hizo. Con todo, con posterioridad a esa amenaza, cuando se celebraba el entierro de José Audín González y Domingo Llanos, le contó tanto lo de los "uniformados" como lo de las amenazas de Heriberto, a su amigo Rafael Vaca (id., folios 23 y siguientes). Entonces llama poderosamente la atención que ante el juez y, habida consideración de la reserva del sumario y de su conocimiento de ésta, puesto que ha tenido asuntos frente a la justicia y demuestra útil información en materia de procedimiento penal, calle por miedo y coaccionado por amenaza de muerte. Pero esta misma coacción no opera en su ánimo cuando en público y sin que medie obligatoria reserva, revela lo prohibido a un amigo, durante el entierro de las víctimas. Lo anterior, no se justifica.

Además, es preciso tener en cuenta: en ninguna parte de sus dos últimas exposiciones, las producidas dentro de la revisión, el declarante José Uriel Barreto afirma enfáticamente que fueron los "uniformados" los autores de los asesinatos. Habla de su creencia personal, la cual, como no fue testigo presencial de nada, apenas puede obedecer a conjeturas o suposiciones. De tal manera que con estos elementos de juicio, es imposible afirmar que se esté frente a una prueba que constituya siquiera indicio grave de la inocencia e irresponsabilidad del sentenciado Rocha. Lo anterior es suficiente para quitarle el grado de convicción necesario a los fines perseguidos, prescindiendo de otras consideraciones, como las referentes a la misma personalidad del exponente, a sus vínculos de amistad con alguna de las partes, como se establece por algunos hechos indiciarios, aun cuando él las niegue y, con la forma misma como rindió su exposición.

Y, en cuanto hace relación a la declaración de Luis Hernando Barreto, hermano del anterior, y quien en el juicio de revisión viene a tratar de respaldar el dicho de aquél, se apunta: en primer término, que careciendo la declaración de José Uriel de lógica y precisión, mal puede venir a suplir tales deficiencias la de un tercero que, ni siquiera remotamente estuvo la noche de los hechos con los protagonistas de ellos y que, apenas si viene a convertirse en eco de una versión que no es posible aceptar. De manera que si la exposición original no alcanza a tener la fuerza necesaria para el fin propuesto, menos puede otorgársele tal aptitud a esta última la cual, en definitiva, no es sino una repetición de lo expuesto por el primero.

Aplicable a la causal en estudio, aun cuando se refiere a otra, son los siguientes pasajes del concepto del colaborador Fiscal, que la Sala comparte por encontrarlos pertinentes:

"La falsedad del testimonio, a la par que la falsedad de las otras pruebas que se dice fueron el sostén del fallo, debe ser probada por los medios adecuados que la misma ley señala, sin que sea suficiente la sola crítica que a tales testimonios se les haga, así la dialéctica empleada sea de alcurnia intelectual respetable. Tampoco, como lo ha dicho la honorable Corte, "se puede dejar al arbitrio de los testigos el desmentirse ellos mismos para que sobre su segunda versión sea posible desconocer un fallo que se fundó en la primera (revisión, junio 7 de 1955, LXXX, página 525).

"La retractación del testigo, así haga hincapié, como en el caso sub júdice, en que su primer testimonio fue dado por razón del peligro amenazante de su vida en que fue colocado, es necio tenerla como la demostración del presupuesto que trae el motivo o causal 3ª de revisión, toda vez que, de aceptarse tal argumentación, sería dejar al simple arbitrio o capricho de los testigos la estabilidad de la res judicata, como también la estabilidad misma de la administración de justicia y la respetabilidad de los pronunciamientos procesales con que se pone fin al juzgamiento".

En consecuencia, la causal de revisión invocada y sustentada, única que obliga a pronunciamiento, no puede aceptarse. Así, pues, el recurso habrá de ser denegado.

Sin lugar a otras consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión del juicio seguido contra Aristóbulo Rocha Bustos, por homicidio en José Audín González y Domingo Llanos, en el cual se le condenó a la pena de 19 años de presidio y a las accesorias de rigor, mediante sentencias de 11 de octubre de 1972 y 22 de enero del año siguiente, dictadas, en su orden, por el Juzgado Quinto Superior de Bogotá y el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el proceso al Juzgado de origen, dejando en esta corporación copia de la presente providencia. Cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

La nulidad constitucional es de carácter absoluto y afecta todo el proceso y favorece a todos los procesados. — Cuestionarios inexistentes en los consejos verbales de guerra.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 24, junio 19 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Álvaro Luna Gómez).

Vistos:

Cumplidos los trámites de ley procede esta Sala de la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el grumete Jairo Silva Rodríguez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 23 de septiembre de 1974, por medio de la cual, al confirmar la de primera instancia, se le condenó, junto con el marinero Sergio Alberto Paz Burbano, a la pena principal de dos años de prisión y, a las accesorias correspondientes, por el delito de hurto militar.

Hechos y actuación procesal.

Con anterioridad fueron reseñados así: "El Fiscal Segundo del Tribunal Superior Militar los presenta así:

"Entre los días 12 y 13 de julio pasado fue sustraído de una barcaza que iba a hacer (sic) entregada a Faros y Boyas de Colombia y que hacía parte del ARC 'Espartana', un motor de arranque, el que en las horas de la tarde del último día citado, fue hallado en poder del marinero Sergio Alberto Paz Burbano y del grumete Jairo Silva Rodríguez, cuando pretendían sacarlo de las instalaciones de la Base Naval de Cartagena, en una tula.

"El Suboficial Jefe Luis Lambis, quien era el Comandante del ARC 'Espartana', expresó que para la fecha de los hechos había encargado al marinero Paz Burbano para que vigilara las barcazas y que cuando entregó una de aquéllas a Faros y Boyas no tenía el motor de arranque.

"De acuerdo a comprobante número 644, en el mes de abril del año que corre fue entregado por la bodega de repuestos número 2, un motor de arranque de 12 voltios al Suboficial Lambis Cabeza, con destino a la barcaza 27026, de donde posteriormente fue sustraído (folio 16).

"De acuerdo al citado comprobante y a la declaración del Capitán Guillermo Gómez, el referido aparato tenía un valor de $ 6.000.00" (folios 37 y siguientes).

"En atención al informe oficial sobre los hechos anteriores, el Comandante de la Fuerza Naval del Atlántico, como Juez de primera instancia, por medio de Resolución número 7 de 18 de julio de 1972 convocó un Consejo de Guerra Verbal, sin investigación previa, para que juzgara 'al marinero Sergio Alberto Paz Burbano y grumete Jairo Silva Rodríguez, sindicados de la presunta comisión de uno de los delitos definidos y sancionados en el Capítulo IV, Título X, Libro II del Código de Justicia Penal Militar'. Se instaló el Consejo, se realizaron las diligencias propias de él y, en cuanto hace relación a Jairo Silva Rodríguez, a la consideración de los vocales se sometió la siguiente cuestión: '*¿El acusado, grumete Jairo Silva Rodríguez, es responsable, sí o no, de haber tomado parte en la sustracción de un motor de arranque de 12 voltios, referencia B 0450000355 cuyo precio es de seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda corriente, destinado al servicio de la Armada Nacional, y con el propósito de aprovecharse de él, según hechos ocurridos en la ciudad de Cartagena entre los días 12 y 13 de julio de 1972?*' El veredicto fue: 'Sí es responsable', por unanimidad. Luego se produjeron las respectivas sentencias a las cuales se hizo referencia en los vistos de la presente".

Ha de advertirse que antes habían subido estas diligencias a la Corte, también para resolver acerca del recurso de casación que había sido in-

terpuesto contra la misma sentencia del Tribunal Militar, el cual prosperó en cuanto hacía relación al único recurrente grumete Silva, puesto que se encontró que había mediado una causal de nulidad, la cual tuvo su origen en la carencia de notificación del auto por medio del cual se abría a prueba el juicio en la segunda instancia. Una vez subsanado lo anterior, se prosiguió la actuación correspondiente.

La demanda.

El censor, luego de una breve reseña de los hechos y de la tramitación procesal, invoca la causal 4ª de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, de acuerdo con la cual "en materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:... 4º Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Para fundamentarla, razona de la siguiente manera que en síntesis se presenta:

Según el artículo 26 de la Constitución, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". En el caso en estudio, no se observó la plenitud de las formas propias del juicio, puesto que el veredicto condenatorio se emitió sobre cuestionarios inexistentes, porque "los papeles que se presentaron a los miembros del jurado jurídicamente no son cuestionarios. No fueron firmados por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, ni por su Secretario; carecen, por tanto, de autenticidad; no son documentos públicos; basta leer las piezas del expediente distinguidas con los números 20, 21, 22, 23, 24 y 25. Ni siquiera tienen la fecha de su formulación, pues se les dejó el espacio en blanco, así: 'Cartagena, julio... de 1972'. A folios 20 y 23 el vocal Teniente Pedro González decidió llenar este claro con el número 19; en los otros ni siquiera esto se hizo. En el número 25, copia al carbón del correspondiente a Jairo Silva, ni fue fechado, ni siquiera firmado por el vocal, cuyo nombre también se ignora, pues solo aparecen dos trazos que carecen de correspondencia con cualquiera de las letras del alfabeto. Podría pensarse que los trazos los hizo quien tuvo en sus manos el papel que figura al folio 22 en el cual hay un nombre que dice: Jaime Jaramillo Gómez, pero está tachado por la misma persona que lo escribió. Sin embargo, se dice que el grumete fue declarado responsable por unanimidad".

Para sostener su aserto cita una jurisprudencia de la Corte de 12 de julio de 1974, la cual adelante en lo pertinente se reproducirá. Finaliza con la solicitud de que "se case la sentencia recurrida, se declare que el proceso quede en la etapa sumaria y se ordene devolverlo al Tribunal de origen para que se reponga la actuación, de conformidad con las disposiciones procesales vigentes, artículo 6º del Código de Procedimiento Penal".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Delegado para las Fuerzas Militares, en su concepto de rigor, concluye que "la causal invocada por el recurrente tiene asidero jurídico, y por ende, debe casarse la sentencia materia de la impugnación", para lo cual razona:

"1º En verdad, los cuestionarios sometidos a la consideración de los señores vocales (folios 20 a 25), para que se pronunciaran sobre la responsabilidad penal de los acusados Silva Rodríguez y Paz Burbano, no fueron firmados por el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, el Asesor Jurídico y el Secretario. Por tal motivo, se incurrió en un vicio insubsanable que origina la inexistencia jurídica del pliego de cargos sometido a la consideración de los señores vocales, conforme a la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia:

"2º Todo acto o documento emanado de un funcionario con poder jurisdiccional, al tenor del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, 'debe contener el nombre y apellido completos del firmante, salvo disposición legal en contrario'. En consecuencia, si el cuestionario es un documento que sintetiza la conducta antijurídica del procesado, elaborado por el juez de instancia, debe contener la firma de su autor y secretario.

"3º Por manera que, se pretermitieron formalidades propias en la formulación de los cuestionarios, que determinan su inexistencia, al tenor del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Sala.

En la sentencia de la Corte citada por el recurrente, la corporación sostuvo que "los cuestionarios contienen la imputación del hecho o de los hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta por la responsabilidad del sindicado, son, pues, el núcleo sobre que versa el debate oral en los Consejos Verbales de Guerra o en los Consejos Ordinarios de la misma naturaleza. Como tales deben ostentar rigurosa-

mente la plenitud de las formalidades, entre las cuales se destaca como principalísima, la de ser documentos auténticos, es decir, que hagan fe, firmados por los funcionarios competentes que para el caso son el Presidente del Consejo y su Secretario. Sin sus firmas, nadie puede asegurar que los cuestionarios fueron redactados por el Presidente del Consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más, sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios ni lo son, ni siquiera en apariencia. O lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez ningún pronunciamiento". (Sentencia de casación de 12-VII/74).

Posteriormente, en providencia de 5 de marzo del año que avanza, esta Sala ratificó la doctrina anterior y, luego de reseñar los objetivos del recurso extraordinario de casación, agregó que "entre ellos cobra especial significado el que corresponde a la guarda de la ley en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusen las partes; el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto preserva el artículo 26 de la Constitución, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente, cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Carta Política las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste, sin más, en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son de la misma jerarquía. Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad insubsanable, cuyo único remedio es la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas.

"Aún más. En la misma sentencia en comento, la Corte sustuvo, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, que el Consejo de Guerra Verbal es acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad. Siendo ello así, es lógico deducir que la nulidad sustancial que vicia uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del proceso". (Sentencia de casación de 12-VII/74, 21-III/75).

En el caso que ahora se estudia, es preciso observar: Efectivamente, los papeles contentivos de los cuestionarios números uno y dos que fueron etregados a los vocales que debieron intervenir en el Consejo de Guerra Verbal, visibles a los folios 20, 21, 22, 23, 24 y 25, carecen de la firma del Consejo. Con fecha, solo aparecen dos, los de los folios 20 y 23 puesta por el mismo vocal. Tales cuestionarios hacían relación a los cargos que por hurto militar se formularon contra el marino Alberto Paz Burbano y contra el grumete Jairo Silva Rodríguez.

Ante lo anterior es necesario concluir que la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad la cual, por lo expuesto, encuentra su fundamento en la violación del artículo 26 de la Carta. En consecuencia, el cargo habrá de prosperar.

Alcance de esta sentencia.

En ocasión anterior, cuando la Corte conoció de este mismo negocio, expresó lo siguiente:

"Dentro del proceso penal toda nulidad encuentra su fundamento en la Constitución o en la ley. Mas en cuanto hace relación al motivo que en aquél le da vida, éste puede obedecer a condiciones inherentes a una de las partes que actúan dentro de un proceso, es decir, a causas personales, por ejemplo, si se juzga, junto con otros sindicados mayores de 16 años, a un menor de edad, siguiendo el procedimiento consagrado para los primeros; o, puede obedecer aquel motivo de nulidad a un vicio propio de la actuación procesal, independiente de toda consideración individual, valga por caso el proferir un auto de calificación del sumario cuando se ha omitido el cierre de investigación, privándose así a las partes del término que tienen para presentar sus alegatos, y, otro ejemplo: cuando se ha dictado sentencia sin el previo auto de llamamiento a juicio. Es claro que en el primer caso, aun figurando en el expediente varios procesados, cuando la nulidad se estructura sobre una circunstancia eminentemente personal, su declaratoria solo puede producir efectos con relación al procesado a quien acompañe tal circunstancia, porque los otros son extraños o ajenos a aquel motivo. No ocurre lo propio en el segundo caso, porque cuando se decreta dentro de un proceso una nulidad en atención a un vicio que lo afecta en todas sus consecuencias, que le quita vida y existencia jurídica de manera total e íntegra a partir de la actuación viciada correspondiente, ese motivo de nulidad es común a todos los procesados y, entonces, mal podría sostenerse que en estas condiciones de inexistencia del proceso, en la forma indicada, éste pueda conservar vigencia para alguna o algunas de las partes vinculadas en igualdad de condiciones, pues ello pondría de manifiesto una evidente inconsecuencia y una clara injusticia" (cuaderno número 3, folios 48 y siguientes).

La nulidad demostrada dentro del proceso es de rango constitucional y de carácter absoluto. *Se han conculcado las garantías procesales en cuanto hace relación a los sentenciados, puesto que, sobre cuestionarios inexistentes que, en este caso contendrían el pliego de cargos formulados en su contra, se levantó una sentencia que, necesariamente requería de aquéllos. Surge de lo anterior que también la ley procesal que regula la materia ha sido gravemente vulnerada en motivo de orden público, imponiéndose, en consecuencia, su obligatoria e inaplazable defensa. La estructura fundamental del procedimiento ha sido quebrantada, haciéndose imperativo el desagravio a la ley ofendida y a los intereses de las partes, en pro de la legalidad de aquél.*

De ello es preciso concluir que la sentencia impugnada es fruto de un proceso en el cual se han violado las normas de orden público que lo regulan y, en consecuencia, aquélla carece de validez. Porque, como antes se dijo, "mal podría sostenerse que en estas condiciones de inexistencia del proceso, en la forma indicada (por nulidad que lo afecta en todas sus consecuencias), éste pueda conservar vigencia para alguna o algunas de las partes vinculadas en igualdad de condiciones, pues ello pondría de manifiesto una evidente inconsecuencia y una clara injusticia".

En el caso que ahora se estudia, dos fueron los procesados sobre quienes recayó sentencia condenatoria: el grumete Jairo E. Silva Rodríguez y el marinero Sergio Alberto Paz Burbano. De ellos solamente el primero recurrió en casación y su apoderado presentó y fundamentó la demanda correspondiente, cuya causal única invocada está llamada a prosperar. El marinero Paz Burbano guardó silencio.

Pero está demostrado que la causa o motivo invocado para impugnar la sentencia en nombre de Silva Rodríguez: carencia de la firma del Presidente del Consejo de Guerra Verbal en los cuestionarios sometidos individualmente a la consideración o decisión de los vocales, también se presenta con relación al sentenciado Paz Burbano. Luego la grave vulneración de las normas de procedimiento de orden público, igualmente operó con relación al no recurrente. De donde se deduce que la sentencia que contra él se fulminó, carece de validez jurídica, por idéntico motivo. De lo cual se desprende que la nulidad que habrá de decretarse, de igual manera cobijará la actuación procesal con relación al último de los sentenciados nombrados, pues, si bien es cierto que la providencia por medio de la cual se le condenó es anterior a la proferida contra el recurrente Silva Rodríguez, también lo es su posterioridad al motivo que generó la nulidad por decretar, la cual, por comprender toda la actuación procesal que subsigue al acto viciado correspondiente, abarca el fallo no recurrido que, se repite, fue proferido sobre cuestionario inexistente por idéntico motivo.

Se desprende de lo anterior que quienes intervinieron como vocales en el Consejo anterior y emitieron su veredicto, por haberse pronunciado sobre la situación jurídica de los procesados, no podrán intervenir en el nuevo Consejo que se convoque para el respectivo juzgamiento, si es del caso.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario, DECRETA LA NULIDAD de todo lo actuado en estas diligencias a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y ORDENA se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1ª DE CASACION

Violación directa y violación indirecta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiséis de junio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 25.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barránquilla, proferida el 14 de agosto de 1974, mediante la cual se condenó a Enrique Carlos Llinás Orozco "a la pena principal de *seis* (6) *años y ocho* (8) meses de *presidio,* como responsable del delito de *'robo'* que tipifica el artículo 20, Libro 1º, Título 1º, Capítulo 1º del Código Penal Colombiano, en concordancia con los artículos 402 y 404, Libro Segundo, Título XVI, Capítulo II de la misma obra".

La impugnación extraordinaria fue admitida por esta Sala en auto de doce de diciembre último, y se sometió al trámite legal previo a la resolución que ahora corresponde dictar.

Antecedentes.

Los hechos que dieron origen a este proceso los resume, ciñéndose a la realidad procesal, la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra, así:

"En las primeras horas de la tarde del día seis (6) de marzo de 1972, penetraron a las instalaciones del Banco Cafetero —Agencia de la Calle 72— de esta ciudad, un grupo de sujetos y mediante el empleo de armas de fuego, intimidaron a los empleados, llevándose la suma de $ 326.079.62 moneda legal, de los depósitos allí existentes y el revólver marca 'Colt', calibre 38 largo, número 844344, de propiedad del Banco.

"Posteriormente fue localizada el arma en casa de la señora Carmen Elena Mora, quien en su indagatoria dijo que ese revólver le había sido entregado por el sujeto Enrique Carlos Llinás Orozco, con el encargo de que se lo guardara".

Comisionado el Juzgado Trece de Instrucción Penal Militar de Barranquilla, dictó el auto cabeza de proceso y practicó diversas diligencias que sirvieron de fundamento al auto de detención preventiva proferido contra el sindicado Llinás Orozco. Recaudadas otras pruebas y oído el concepto del Auditor Auxiliar Séptimo de Guerra, el Juez de Primera Instancia, Comandante de la Segunda Brigada, resolvió, por Resolución número 0050 de 18 de mayo de 1973, "*Convocar* un Consejo de Guerra Verbal en esta Guarnición, para que con el procedimiento señalado en el Capítulo II, Título XVI, Libro IV del Código de Justicia Penal Militar, juzgue al particular Enrique Carlos Llinás Orozco, por el delito de *robo,* cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la investigación adelantada por el Juzgado de Instrucción Penal Militar". En la misma resolución se designó el personal que debía integrar el Consejo Verbal de Guerra y se fijó fecha, hora y lugar para su instalación y funcionamiento.

Se sometió a la consideración de los jueces de hecho el siguiente cuestionario:

"*¿El acusado, particular Enrique Carlos Llinás Orozco, es responsable, sí o no, de haber prestado una ayuda posterior a los autores del robo perpetrado al Banco Cafetero —Agencia de la Calle 72 de esta ciudad, cuando un grupo de personas penetró a la entidad bancaria y por medio de armas intimidó a los empleados llevándose la suma de trescientos veintiséis mil setenta y nueve pesos, sesenta y dos centavos moneda legal ($ 326.709.62), de los depósitos existentes y el revólver marca 'Colt', calibre 38 largo número 844344, de propiedad de la entidad crediticia asaltada, cumpliendo promesas anteriores, consistentes en haberse reunido con los ejecutores del robo, antes y después de verificado el mismo y dando a guardar el acusado el arma ro-*

bada a la inquilina de la casa donde se reunieron, sin saber ella la procedencia de dicha arma, hechos ocurridos el día seis (6) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972), en esta ciudad?''.

Este cuestionario fue contestado afirmativamente por unanimidad.

Con fundamento en tal veredicción, el juez de primera instancia profirió sentencia el 30 de mayo de 1973. Contra el fallo se propuso apelación y el Tribunal Superior de Barranquilla lo confirmó en el que ahora es objeto del recurso de casación.

La demanda.

En escrito que se declaró ajustado en su forma externa a las exigencias de la ley, el apoderado especial del condenado Llinás Orozco, invocando la causal primera del artículo 580 del C. de P. P., le formula a la sentencia de segundo grado, por ''violatoria de la ley penal'', dos cargos: el uno por ''interpretación errónea y por indebida aplicación de la misma''; y el otro, por ''apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba''.

Primer cargo.

''Si analizamos con detenimiento el proceso —dice el demandante—, encontramos que ninguna persona sindica o afirma que mi representado, señor Llinás Orozco, hubiese participado en la comisión del robo de que fue víctima el Banco Cafetero, Agencia de la Calle 72, de la ciudad de Barranquilla, el día 6 de marzo de 1972. Por lo tanto, resulta equivocado afirmar entonces, como lo hizo el Presidente del Consejo de Guerra que lo juzgó, que mi representado, con su actuar, hizo obstensible (sic), 'la más proclive insensibilidad', y a menos resulta igualmente arriesgado afirmar que Llinás Orozco, después de cometido el delito no trató de enmendar su falta, sino que hizo más nocivas las consecuencias de la misma, porque como se dijo anteriormente, absolutamente nadie en el proceso lo señala como autor del robo que se produjo en la entidad bancaria. Sin embargo, el juez de primera instancia toma las anteriores consideraciones como circunstancias de mayor peligrosidad para los efectos de la graduación de la pena.

''Si esto es así debemos colegir incuestionablemente que el funcionario de primer grado incurrió en grave error de hecho al momento de evaluar la pena, al dar por cierta una circunstancia de hecho que resulta imposible de predicar de quien no se ha sindicado como autor del delito que se investiga.

''Igual error cometió el funcionario de segunda instancia, al confirmar la sentencia recurrida en todas sus partes, sin pronunciarse sobre estas circunstancias debatidas. Resulta a todas luces absurdo por indebida aplicación de la ley, que si solo existe como se dice por el funcionario de primera instancia la mayor peligrosidad, se imponga una pena de 8 años, como pena principal para luego deducir de allí la disminución que autoriza la ley de conformidad con el artículo 20 del C. P. C. (sic) cuando de acuerdo con el artículo 36 la sanción se le aplicará al delincuente, teniendo en cuenta los siguientes factores: la gravedad y modalidad del hecho, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente. De modo que si son 4 los factores, para la graduación de la pena, estimamos que hubo por parte del funcionario que profirió la sentencia, indebida aplicación de la ley, consistente en aplicar la norma que correspondía al delito, pero señalando una pena que no se ajusta con las modalidades del ilícito''.

Segundo cargo.

''En cuanto a la segunda causal invocada —expresa el demandante—, de violación indirecta de la ley por falta de apreciación o apreciación errónea de la prueba, estimamos que tanto el fallador de primera instancia como el de segunda, le dieron un valor equivocado a la circunstancia de decomiso del revólver distinguido con el número 687926 amparado con el salvoconducto 36190 ya que como es fácil apreciar ese número no corresponde al revólver que fue sustraído al Banco Cafetero, ya que aquél no era distinguido con tal número, sino que el que se avaluó y que hace parte del expediente lo es el distingúido con el número 844344 que como se puede apreciar, en nada coincide con el número del revólver que fue sustraído de la entidad bancaria asaltada.

''Por otra parte, estimo que hubo también error de hecho en relación con el revólver materia de la controversia ya que el procesado durante la diligencia de indagatoria, cuando se le puso de presente el arma no la identificó como la misma decomisada, sin embargo, el fallador de segunda instancia, al momento de avaluar las pruebas, dice que tal circunstancia carecía de valor procesal, cuando en realidad la figura de la complicidad que se ha querido deducir al procesado, se fundamenta precisamente en el deco-

miso del arma en la residencia de la señora Carmen Elena Mora...".

Concluye el demandante solicitando "invalidar la sentencia recurrida y proferir la que ha de reemplazarla, todo de conformidad en lo preceptuado en el C. de P. P.". Subsidiariamente pide que "en caso de que se acepte el error de falsa aplicación de la ley por parte del fallador, se le condene al señor Enrique Carlos Llinás Orozco al mínimo de la pena correspondiente al delito de robo en la circunstancia del artículo 20 del C. P. C. (sic) de complicidad no necesaria, ya que no aparece en los autos demostrado que mi representado participó en los hechos, y menos que tuvo acuerdo previo con los autores del robo, cumpliendo promesas anteriores al mismo".

Concepto del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, con oportunidad del traslado que se le dio de la demanda, luego de hacer un estudio pormenorizado de los cargos enderezados contra el fallo recurrido, pide que se desechen.

Se considera.

Según reiteradas enseñanzas de la Corte, conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del C. de P. P. —única invocada por el actor—, el quebranto de la ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación, acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho, o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, establecida por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la ley sustancial se refiere el apartado primero del ordinal primero del citado artículo 580. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación factual de éste, discrepando solo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el apartado segundo del referido ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios que rectoran la casación.

De ahí, pues, que en el caso *sub júdice*, al decir el demandante que la sentencia criticada es "violatoria de la ley penal" por "interpretación errónea" e "indebida aplicación" de la norma, al mismo tiempo que por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", hace un planteamiento contradictorio, porque cuando se impugna un fallo por violación directa de la ley, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la decisión y los

criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten cabalmente las premisas fácticas del fallo o se hace una estimación de la prueba con elementos opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en la sentencia impugnada.

Además, es obviamente contradictorio "afirmar... que la sentencia acusada ha violado la ley penal 'por interpretación errónea y por indebida aplicación de la misma'. O es lo uno, o es lo otro, pero no ambas cosas a la vez", como tinosamente expresa el Agente del Ministerio Público.

En fin, no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado y en los de Consejo Verbal de Guerra, en los cuales el fallo se tiene que dictar en consecuencia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados o vocales a los hechos sobre los que versare el debate.

Y es que, como lo ha sustentado la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969, de 6 de octubre de 1971 y de 24 de febrero de 1972, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicción precluye la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado o un nuevo Consejo Verbal de Guerra, cuyo dictamen es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del C. de P. P.).

De lo expuesto se colige que los cargos no prosperan y, en consecuencia, debe desecharse el recurso, de acuerdo con el artículo 582 del C. de P. P.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD INOCUA

A la ley no es dable, sin incurrir en despotismo, reprimir como delictuosos los actos humanos inocuos, vale decir los que no son susceptibles de hacer un daño efectivo o siquiera hipotético.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, tres (3) de julio de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 26.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Cumplida la tramitación de rigor procede la Corte a revisar, por vía de consulta, el auto de diez de abril último, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el proceso seguido contra el doctor Luis Pallares Alvarez, en su condición de Juez Segundo Civil del Circuito de la nombrada ciudad, por el delito de falsedad en documentos. Según la parte resolutiva de la providencia consultada, se sobresee definitivamente en favor del funcionario acusado.

Antecedentes.

Los resume el *a quo*, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"El doctor Luis Pallares Alvarez fue denunciado penalmente por el abogado Guillermo Rojas Villoria, liquidador de la sociedad comercial 'Líneas Aéreas Orientales, Limitada, LAOS', en el juicio de quiebra adelantado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio, despacho en el cual es titular el sindicado.

"Se dice en la denuncia ratificada bajo la gravedad del juramento el treinta y uno de julio del año pasado, que el sindicado profirió el veintitrés de los mismos, mes y año, una providencia sin estar facultado para ello, puesto que gozaba de un permiso concedido por el Tribunal Superior; hecho constatado por el funcionario de la Procuraduría del Distrito, doctor Víctor Eduardo Rodríguez, en la visita especial practicada al proceso antes citado".

Se considera.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, al descorrer el correspondiente traslado, expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"Iniciada la respectiva investigación, se allegaron pruebas que arrojaron claridad sobre lo acontecido.

"En efecto, se trajo la constancia del permiso concedido por el honorable Tribunal al encartado durante los días 22, 23 y 24 para dejar de asistir a la oficina.

"El sindicado, en su indagatoria, explica cómo debido a una afección renal crónica hubo de solicitar permiso al Tribunal para ausentarse de su sede por tres días a fin de concurrir a la consulta médica especializada; sostiene, además, ordenar con mucha frecuencia a sus subalternos la agilización de los innumerables negocios tramitados por el despacho a su cargo.

"Respecto a los hechos investigados manifestó: '...durante esos días que se citan no sustancié ningún auto dentro de este proceso; sí recuerdo haberles manifestado tanto al sustanciador como al Secretario que me tramitaran los negocios para la agilización del despacho y por eso al regresar encontré batantes (sic) negocios tramitados o sustanciados y fue como procedí a firmarlos. Todos esos procesos fueron notificados por estado...'.

"De la diligencia de inspección judicial practicada sobre el juicio de quiebra de Ricardo López Gil y otro contra Líneas Aéreas Orientales, Limitada, 'LAOS', se deduce, indubitablemente, que el día 23 de julio de 1974 fueron proferidos siete (7) autos en tal negocio, no hallándose el

titular del Juzgado en su sede, tal como quedó demostrado en acápites anteriores.

"Jorge Castro y Antonio Restrepo, empleados del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Villavicencio (folios 21 a 25), concuerdan íntegramente con el aserto del inculpado, haciendo énfasis en que su conducta obedeció, previa autorización del doctor Pallares Alvarez, únicamente a la agilización de los procesos encaminados a una cumplida administración de justicia.

"Es importante recordar *los elementos que configuran el punible de falsedad documental; ellos son:*

a) Que se cometa por funcionario o empleado público;

b) Que el documento sobre el cual se realiza sea público;

c) Que exista el elemento intencional —dolo— de una parte y el abuso de funciones respecto al documento que servirá como prueba de los hechos que se quieren acreditar.

En opinión de este Despacho el último elemento mencionado brilla por su ausencia en el caso sub júdice. En efecto, merece puntualizarse desde ya cómo debe aparecer clara la voluntad o intención del agente de alterar la verdad dirigida o causar el daño para que se configure la falsedad.

A este respecto, la honorable Corte, en reciente fallo, ha dicho: 'Ahora bien, ¿cuáles son los hechos que la ley penal veda por reputarlos ilícitos? *¿Cuáles son los que atacan los* intereses jurídicamente protegidos? *Palmar es que solamente los que causan* daño *o tienen potencia para causarlo, porque a la ley no es dable, sin incurrir en despotismo, reprimir como delictuosos los actos humanos inocuos, vale decir, los que no son susceptibles de hacer un daño efectivo o siquiera hipotético...' (Acta número 22 de junio 5 de 1975, causa contra Carlos Milano Torres).*

Además, la investidura de juez concurrente en el inculpado no podía perderse por el hecho de disfrutar de un permiso legalmente concedido (Decreto 250 de 1970), esto es, no se despojaba de su jurisdicción y competencia y por ende podía proferir autos sin que por ello estuviera abusando de sus funciones para tratar de alterar la verdad y causar un perjuicio; de lo anterior, se deduce lo inocuo de la actuación del doctor Pallares Alvarez".

La Corte encuentra bien fundados los razonamientos consignados por el a quo *en la providencia que se revisa, y de otro lado comparte los argumentos esbozados por el Ministerio Público en esta instancia, de lo cual se infiere que los hechos atribuidos al doctor Pallares Alvarez no son constitutivos de delito y que es procedente, por tanto, el sobreseimiento definitivo decretado en su favor, con arreglo al numeral primero del artículo 491 del C. de P. P.*

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de diez de abril último dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y a que se refiere expresamente la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D'Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA DE LOS JUECES A PREVENCION, CONFORME AL ARTICULO 42 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, tres de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 26.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado José Vicente Bautista Jiménez contra la sentencia de cuatro de octubre pasado, proferida por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó la de primer grado dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, por medio de la cual se impuso al acusado la pena principal de dos años de prisión como responsable del delito de *falsedad.*

El recurso se admitió por auto de doce de diciembre último, y dentro del término legal, el doctor Héctor Castillo Corredor, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley, mediante providencia del primero de marzo del corriente año. Por su parte, el doctor Horacio Camacho Arango, apoderado de la parte civil, compareció también en tiempo, a defender la sentencia impugnada.

Hechos y actuación procesal.

Se acusó y condenó a José Vicente Bautista Jiménez de haber adulterado un formulario del conocido concurso "5 y 6" para tratar de obtener el pago del premio correspondiente a la reunión del domingo 8 de octubre de 1967, y que consistía en la suma de $ 4.936.286.77, adjudicable a la persona que acertara los seis caballos ganadores y los cinco siguientes en orden de llegada en la última competencia. El procesado se acercó a las oficinas del "concurso" en la ciudad de Cali a reclamar su acierto, con el triplicado del formulario presuntamente "ganador", del cual no reposaba su original y copia en las oficinas de Bogotá. El señor Rubén Casasbuenas, en representación de la sociedad "Hipódromo de Techo", formuló denuncia en su contra en esta ciudad. La copia presentada por el denunciado exhibía adulteraciones que hacían dudar de su autenticidad.

El Juzgado Quinto Penal Municipal de Bogotá envió la denuncia al juzgado de reparto de su misma categoría en la ciudad de Cali, pues consideró que allí se había consumado el ilícito, y el negocio correspondió al Once.

Luego de haberse presentado colisión de competencia entre los jueces de la ciudad de Cali, la Procuraduría General de la Nación nombró Fiscal Instructor, quien terminó la etapa investigativa.

Por providencia del 10 de agosto de 1972, el Juzgado Tercero Superior de Cali llamó a responder en juicio ordinario al sindicado Bautista Jiménez por el delito de falsedad, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 7 de febrero de 1973.

Concluido el procedimiento propio de la causa, el juez de instancia dictó sentencia de carácter condenatorio el 30 de marzo de 1974. Confirmada por el Tribunal Superior de Cali, es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda.

Al amparo de las causales cuarta y primera de casación se formulan diversos cargos a la sentencia.

Causal cuarta.

Cargo primero. Se afirma por el recurrente que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad con infracción del numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 41 y 42 del mismo estatuto, porque la competencia para conocer en el asunto correspondía a los jueces de

Bogotá y no a los de Cali, puesto que fue aquí, en la capital de la República, donde "al parecer fueron introducidos furtivamente en las dependencias del concurso, después de terminadas las carreras" los formularos falsos con el pretendido acierto del conocido premio "5 y 6 con marcador". El actor admite que los formularios se confeccionaron en Cali, pero afirma que el hecho carece de toda significación jurídica sin los actos posteriores a su introducción en Bogotá.

Respuesta del Ministerio Público.

Dice el Procurádor Segundo Delegado en lo Penal no ser verdad, como lo asegura el recurrente, que los formularios fueron introducidos en Bogotá, en las oficinas del concurso, en forma inequívoca, ni que lo hubiese dicho así, categóricamente, el juez del conocimiento. Este empleó palabras dubitativas —"al parecer los formularios fueron introducidos en Bogotá"—, y el sentenciador de segundo grado, en la sentencia recurrida, dijo que el procesado Bautista Jiménez selló los formularios en la ciudad de Cali, retiró los originales y las copias y los presentó finalmente allí para cobrar el premio.

Se considera.

No se ha demostrado por el recurrente que los formularios hubieran sido introducidos en Bogotá, en las oficinas del concurso "5 y 6".

La afirmación del sentenciador de instancia según la cual las actividades delictivas del procesado recurrente encaminadas a obtener el premio, tuvieron cumplimiento en las ciudades de Cali y Bogotá no ha sido objetada válidamente por el censor. Y si puede admitirse que en Bogotá realizó, sin éxito, algunos de los actos de la defraudación, este hecho no le daría, sin más, la competencia a sus jueces, si, como está probado, en la ciudad de Cali se ejecutaron otros actos de aquélla.

En la hipótesis más favorable a los intereses del recurrente y aun admitiendo, en gracia de discusión, que los formularios falsos confeccionados en Cali se introdujeron en Bogotá, los jueces competentes de una y otra ciudad podían conocer, a prevención, en el negocio, al tenor del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, lo cual hace inocua la pretensión del recurrente, si ella consiste en afirmar que, en tales circunstancias, la competencia es exclusiva de los jueces de Bogotá. El artículo 42 enseña, por el contrario, que cuando no es posible determinar en forma precisa el lugar de la comisión de los hechos delictivos debe conocer de ellos "el juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule la denuncia o en que primero se inicie la instrucción, y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al procesado". Todo lo cual está indicando que los jueces de Cali sí eran competentes para conocer, como lo hicieron, de los hechos denunciados, porque, en último caso, el proceso de su ejecución se cumplió lo mismo en esa ciudad que en la de Bogotá. El cargo no prospera.

Segundo cargo. Haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad porque la denominación jurídica otorgada a los hechos no corresponde a la verdad comprobada en el proceso por lo cual se habría dictado auto de proceder sin que la prueba analizada por los juzgadores de instancia reúna a cabalidad las exigencias prescritas por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal para fundar un auto procesatorio, con violación del artículo 210 del mismo estatuto, en su numeral quinto. Agrega el recurrente que el sentenciador tuvo como demostrada su responsabilidad con prueba inexistente, lo que de suyo es causal de nulidad, y acusa, igualmente, la violación del artículo 26 de la Constitución Política, por violación de las formas propias del juicio, en tanto el sentenciador tomó como indicio grave circunstancias que carecían de ese carácter y dividió su confesión en ausencia de elementos probatorios que le permitieran hacerlo.

Respuesta del Procurador.

Observa que la censura falla fundamentalmente en sus aspectos técnicos cuando pretende alcanzar una declaración de inocencia en favor del sindicado al través de la causal cuarta de casación. Y señala que por este medio el recurso extraordinario procura a las partes el reclamo contra los vicios sustanciales del procedimiento.

Consideraciones.

A lo dicho por el Procurador, de suyo suficiente para desestimar el cargo, suma la Sala la advertencia categórica de que tener el sentenciador como demostrado un hecho inexistente, o desconocerlo como tal no obstante figurar en el proceso ostensiblemente demostrado, es, sustancialmente y para los efectos del recurso de casación, error de hecho. Excepcionalmente este error puede entrañar nulidad cuando el sentenciador acepta como demostrado uno de los ele-

mentos configurativos del hecho delictuoso con prueba inexistente y consecuencialmente le da una denominación genérica distinta de la que le corresponde. Tal ocurre, valga el ejemplo, cuando sin existir prueba de la violencia, así se asume por el sentenciador y se califica como robo lo que en realidad es hurto, o sea, la sustracción de cosa mueble ajena sin el consentimiento de su dueño, sin violencia, pero con el propósito de aprovecharse de ella.

Cuando el error manifiesto de hecho, no conduce al sentenciador a dar una errónea denominación jurídica de los hechos sino a tenerlos como demostrados sin estarlo, a negarles su demostración, siendo evidentes, el actor debe invocar como sustento de la impugnación el inciso 2º del numeral primero de la causal primera de casación (artículo 580, Código de Procedimiento Penal). Pero cuando dicho error de hecho manifiesto hace incurrir al sentenciador en la errónea denominación jurídica a que se contrae el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, el impugnador está en la obligación de probar satisfactoriamente la evidencia del error, y la nulidad cuya declaración se pretende. Lo propio ocurre cuando se acusa la nulidad del fallo, por violación de las formas propias del juicio, con base en el artículo 26 de la Constitución Política. El recurrente debe, en este caso, puntualizar la violación de los ritos procedimentales y cómo su desconocimiento por el sentenciador menoscabó al procesado garantías fundamentales sin las que no existe el debido proceso.

En el caso sub exámine se asegura por el actor que el auto de llamamiento a juicio se dictó sin que obraran en el proceso, plenamente acreditados, los requisitos de ley. No se demuestra el cargo. Por el contrario, el recurrente afirma la inexistencia de los hechos delictuosos que le fueron atribuidos por el sentenciador de segundo grado. Como lo anota el Procurador, ello pudiera servirle —quizás— para sustentar la censura a favor de la causal primera de casación. El cargo no prospera.

Causal primera.

Cargo único. Lo resume el Procurador en la forma que a continuación se transcribe:

"Se acusa la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Cali de ser violatoria del artículo 240 del Código Penal por aplicación indebida, por error de hecho en la apreciación de la prueba (folio 30).

"Enunciada de esta manera la acusación, se puntualizan así los errores de hecho:

"a) Al dictamen pericial de los grafólogos se le dio un valor del que carece, pues tratándose de un solo indicio se calificó de grave con evidente quebranto del artículo 230 del Código de Procedimiento Penal (folio 30);

"b) Los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección judicial de fecha 27 de abril de 1973 carecían de idoneidad, pues no eran versados en grafología y de esta manera se infringió el artículo 269 del estatuto mencionado, pues al dictamen por ellos rendido se le dio el valor de indicio grave cuando apenas era simple, insuficiente para fundar en él un auto de enjuiciamiento;

"c) Otro error de hecho en el cual incurrió el Tribunal Superior de Cali se refiere a la calificación de falsedad en documento privado por elaborar José Vicente Bautista un formulario en la ciudad de Cali el 7 de octubre de 1967, sellarlo en la máquina 866 y presentarlo para el pago del premio, sin tener en cuenta que el ilícito se consumó en Bogotá con la sustracción de los formularios verdaderos. Se trata, sostiene el actor, de un delito imposible que determina la absolución del inculpado;

"d) El informativo insinúa la participación de empleados del Hipódromo de Techo en la ciudad de Bogotá, quienes, en opinión del demandante, sustrajeron los formularios auténticos y los cambiaron por los que resultaron falsos. Por tanto, la actividad ejecutada por el procesado Bautista carece de trascendencia jurídicopenal, porque el acto decisivo debía cumplirse en Bogotá. A este propósito se transcribe una parte del fallo impugnado (folio 35), y se reitera la tesis de que la falsedad investigada consistió en la sustracción de formularios auténticos y su reemplazo por los falsos, hechos estos que no pudo realizar Bautista Jiménez.

"Concluye el demandante en relación con este literal, que en materia de documentos privados es impertinente hablar de falsedad ideológica, forma ésta propia de los documentos públicos, y de esta manera el Tribunal Superior de Cali 'incurrió en evidente error de derecho y violó indirectamente el artículo 240 del Código Penal, pues no existiendo falsedad de tipo ideológico ha debido absolverse al procesado José Vicente Bautista Jiménez. El error de derecho fue ostensible y notorio y surge de bulto' (folio 36).

"Al resumir los cargos formulados al amparo de la causal primera de casación, el apoderado de Bautista califica ya de errores de derecho a los cuatro ya reseñados y agrega estos dos: dividir la confesión del acusado con quebranto del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal,

el cual califica también de error de derecho, y no tener en cuenta las declaraciones testimoniales de Antonio Charry, Pablo Alvarez, Armando Silva e Isidro Gómez, empleados del Hipódromo de Techo, omisión que estima como error de hecho.

"En conclusión, el demandante solicita la casación del fallo condenatorio y como consecuencia la absolución de José Vicente Bautista Jiménez".

Respuesta del Procurador.

Pide que se deseche el cargo por cuanto la censura enuncia la violación indirecta del artículo 240 del Código Penal, por indebida aplicación, como resultado de error de hecho manifiesto en los autos, para concluir que estos errores entrañan error de derecho, lo que resulta a todas luces contradictorio.

Y también en razón de que el demandado no enjuicia, singularizándolos, cada uno de los hechos probatorios que sirvieron de sustento al fallo del sentenciador, sino que consigna su valorización personal sobre los mismos.

E igualmente porque habiendo señalado el recurrente la aplicación indebida del artículo 240 del Código Penal, omitió decir qué norma o normas debieron aplicarse en su defecto. Lo que tanto vale como dejar la censura en vilo, sin proyecciones. El Procurador abunda en razones para refutar los juicios críticos que sobre la prueba de cargo realiza el censor.

Consideraciones.

Bastan para desestimar el cargo las apuntaciones del Ministerio Público. No obstante, observa la Sala que la acusación contiene la afirmación categórica de que los hechos averiguados no son constitutivos de delito.

Bien apunta el Procurador que el actor "no enjuicia cada uno de los elementos probatorios que tuvo en cuenta el Tribunal Superior de Cali para proferir el fallo condenatorio, por error de derecho o por error de hecho evidente en los autos, según fuere pertinente, sino que consigna su opinión personal acerca de la valoración que debía otorgarse a dichos elementos".

Lo que asegura el recurrente no es otro sino que el delito de falsedad ideológica en documentos privados carece de toda posibilidad jurídica, por lo cual ha debido absolvérsele. Es decir, que la prueba, no importa la forma como fue valorada por el sentenciador, es irrelevante, y el yerro del fallador consiste en haber aplicado indebidamente el artículo 240 del Código Penal a un hecho inexistente. Forma de violación directa de la ley sustancial, que no debió cuestionarse al través del análisis de la prueba, pues su planteo es extraño al error de hecho manifiesto, o al error de derecho en la apreciación del recaudo probatorio.

Mas si lo que se pretende demostrar es que el sentenciador dio una errada calificación jurídica a los hechos del proceso, con el reconocimiento de que son delictuosos y merecían denominación diferente, así debió alegarlo el actor al amparo de la causal cuarta, no importa si la calificación impertinente provenía de error manifiesto de hecho o error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Lo que resulta a todas luces inadmisible es anotar, como lo hace el procesado recurrente, conceptos diferentes de violación de la ley sustancial con fundamento en unos mismos hechos, ofreciéndolos al examen de la Sala, sin la debida separación, en un solo cargo.

El recurrente olvidó, igualmente, presentar los cargos por error de hecho manifiesto y por error de derecho, individualizándolos. Son conceptos diferentes de la violación indirecta de la ley. El primero consiste en el desconocimiento de la prueba evidente que apunta a las pretensiones del recurrente, o en la suposición por el sentenciador de una prueba con fuerza preponderante en el fallo acusado. El error de derecho en la apreciación de las pruebas es el desconocimiento por el sentenciador del valor legal otorgado por el legislador a un medio probatorio determinado, cuya tasa ha sido exagerada, disminuida o simplemente ignorada por aquél.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SENTENCIA

Consonancia entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto del jurado y la sentencia en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 26 de 3 de julio de 1976.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por Luis Guillermo Gómez Bolívar (a. Bocachico), contra la sentencia del once de octubre de mil novecientos setenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga lo condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio, más las accesorias de rigor legal, como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Bersul de Jesús Cardona Ramírez.

Antecedentes.

a) Los hechos debatidos en el juicio fueron relatados del siguiente modo en la sentencia de primer grado: "Dan cuenta los autos de que al filo de las doce (12) de la mañana del día 14 de junio de 1973, fue ultimado con arma corto-punzante el individuo que respondía al nombre de Bersul de Jesús Cardona Ramírez, cuyo cadáver fue hallado tendido junto a una cuneta de la carretera que pasa por inmediaciones de la propiedad del señor Argemiro Ochoa Puerta, ubicada en la vereda de Tarritos, jurisdicción del Municipio de Argelia. El levantamiento del cadáver lo realizó pocos minutos después el Inspector de Policía Departamental del Corregimiento de 'La Aurora', quien tuvo conocimiento de tal hecho por información verbal que le suministraron algunas personas que viajaban en un jeep con dirección a la población de Argelia. Ese mismo día el Comandante del Puesto de Policía de la municipalidad de Argelia ponía a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal del lugar a los sujetos Luis Guillermo Gómez Bolívar y Leonel Guillermo Gómez Calderón, como presuntos implicados o sospechosos de la muerte de Cardona Ramírez, en virtud de que pocas horas antes habían estado con el occiso, dedicados a coger zapotes dentro de la propiedad del señor Ochoa Puerta, ubicada a pocos metros del lugar donde fue hallado el cadáver del infortunado Bersul de Jesús Cardona Ramírez";

b) El Juez Promiscuo Municipal de Argelia (Valle), dictó el auto cabeza de proceso e inició la formación del sumario, incorporando al informativo la prueba suficiente para decretar la detención preventiva de Luis Guillermo Gómez Bolívar. Vencido el término de instrucción, las diligencias fueron enviadas a los Jueces Superiores de Cartago, correspondiendo el conocimiento, previo reparto, al Cuarto de tal categoría, quien dispuso que se trajeran al proceso nuevos elementos de juicio;

c) Clausurada la investigación y oído el respectivo Agente del Ministerio Público, el Juzgado del conocimiento calificó el mérito del sumario en providencia del 27 de noviembre de 1973, en la cual abrió causa criminal con intervención del jurado contra Luis Guillermo Gómez Bolívar, por el delito de homicidio en Bersul de Jesús Cardona, y sobreseyó definitivamente en favor de Leonel Gómez Calderón;

d) Al conocer del proceso el Tribunal Superior de Buga, en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal del Juzgado Cuarto Superior de Cartago contra el auto de proceder, hubo de confirmarlo, pero modificándolo en cuanto a las causales de agravación previstas en la providencia de primer grado, respecto de las cuales expresó: "La Sala no puede admitir que para la agravación concurran las causales 5ª y la última parte de la 6ª del artículo 363 del C. Penal, pues solo es aplicable la 5ª, porque el acusado al aprovechar las condiciones de indefensión o inferioridad del victimado no lo hizo contra un niño o contra un inválido ni prevalido de un número plural de cómplices..." (folio 169).

e) Rituada la causa, durante la cual se incorporaron al informativo otros elementos de juicio, el Juez sometió a la consideración del tribunal popular el siguiente cuestionario:

"¿El acusado Luis Guillermo Gómez Bolívar... es responsable penalmente, sí o NO, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte, con el propósito de matar, con arma corto-punzante, según la diligencia de necropsia visible a folios 23, a Bersul de Jesús Cardona Ramírez, según hechos ocurridos entre las once y doce de la mañana del día catorce (14) de junio de mil novecientos setenta y tres (1973), en predio de propiedad del señor Argemiro Ochoa Puerta, ubicado en la vereda de 'Tarritos', en jurisdicción del Municipio de Argelia (V.), y en su ejecución obró el acusado aprovechando las condiciones de indefensión e inferioridad de la víctima?".

"Sí, es responsable", fue la respuesta unánime del jurado.

f) En desarrollo de tal veredicto el juzgador de primera instancia condenó al acusado Gómez Bolívar, en sentencia del 31 de julio de 1974, a la pena principal de quince (15) años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio en la persona de Bersul de Jesús Cardona Ramírez, haciendo constar en la parte motiva del fallo que en la ejecución del hecho punible había concurrido la causal específica de agravación prevista por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal. El Tribunal Superior de Buga, como ya hubo de expresarse, confirmó la decisión condenatoria del *a quo,* acorde en ello con el Fiscal Primero de la corporación.

La demanda.

Formulada por el apoderado especial del procesado y defensor del mismo en las instancias, se declaró oportunamente ajustada, desde el punto de vista formal, a las exigencias legales sobre la materia. En ella se impugna el fallo recurrido invocando la cuarta de las causales de casación previstas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Arguye el actor, en esencia, que en este proceso se quebrantó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto no se observaron plenamente las formas propias del juicio. Y en desarrollo de tal planteamiento sostiene que la causa determinante de la nulidad alegada radica en que el cuestionario sometido por el juez al jurado de conciencia contempla una circunstancia agravante del homicidio de autos diferente de la específica que se señaló en el auto de proceder, pues en esta pieza, según resolución del *ad quem,* se hizo clara y expresa referencia al ordinal 5º del artículo 363 del C. P., mientras que en las preguntas formuladas al tribunal popular se inquirió por la última de las hipótesis contempladas en el ordinal 6º de la misma norma. Textualmente anota el demandante después de transcribir el cuestionario:

"Se observa con claridad meridiana, el hecho muy importante de que este cuestionario propone a los jurados de conciencia una situación jurídica muy diferente a la contenida en el auto de enjuiciamiento, comoquiera que ya no es el ordinal 5º del artículo 363 del C. Penal en el que, como circunstancia de asesinato se pregunta al juri, sino que lo que se pregunta es la contenida en el ordinal 6º del artículo 363 ibídem".

Previa cita de algunos fragmentos de la sentencia proferida por la Corte el 14 de agosto de 1973 (casación de Ernesto Pascual y Pedro Nel Sánchez), que el censor estima corroborantes de la tesis por él sostenida, concluye la demanda con la solicitud de que se declare "la nulidad constitucional demostrada".

El Ministerio Público.

Comparte la Procuraduría Primera Delegada el criterio en que la acusación se funda. Por ello, tras exponer los argumentos que consideró pertinentes, resume su pensamiento en los siguientes párrafos:

"Abundante es la doctrina vertida para dar claridad a las diferencias sustanciales que dan a las causales 5ª y 6ª del artículo 363 del estatuto punitivo fisonomías propias, pues que circunstancias independientes las diferencian, toda vez que diferente ha de ser el comportamiento del procesado para agotar la una y la otra. Así lo entendió y declaró el honorable Tribunal al afirmar que la 'carga probatoria demuestra notoriamente que el agente activo del delito agredió a su víctima cuando ésta menos lo esperaba; sin medios de defenderse y persiguiéndola sin piedad cuando trataba de ponerse a salvo...' con lo cual se está definiendo lo que se ha entendido por alevosía, una de las características agravantes del homicidio según el numeral 5º del artículo 363 del C. P., afirmación que hace el ad quem para diferenciar dicha causal de la 6ª, la cual, tal se explicó anteriormente, fue expresamente negada.

"Innegable es que el cuestionario presentado por el juez de la causa al juri, adolece de palpable ambigüedad, lo que va en contra de la claridad y precisión con que se ha de redactar, a fin de que no produzca su contenido confusión o duda algunas, pues que él es la síntesis precisa de los cargos consignados a cuenta del procesado

de marzo de 1973, dictó auto cabeza de proceso (cuaderno número 1, folios 15 y siguientes). Practicadas numerosas diligencias, dentro de éstas las indagatorias de Fabio Lozano Calderón (folios 44 y siguientes) y de Alvaro Martínez Poveda (folios 55 y siguientes); por auto de 7 de abril del mismo año decretó la detención preventiva de los dos sindicados acabados de nombrar, por el delito de homicidio en Ernesto Torres Medina, considerando al primero de los nombrados como cómplice (folios 139 y siguientes). Avanzada la tramitación, se enviaron las diligencias al Juzgado Trece Superior, al cual le correspondieron en reparto (folio 222). Cumplida la comisión que ordenara este Despacho (folio 226), por auto de 5 de julio del año últimamente indicado, se declaró cerrada la investigación (folio 313). Recogido el concepto fiscal (folio 314 y siguientes) y las alegaciones del representante de la parte civil que había sido constituida (folios 319 y siguientes) y del apoderado del sindicado (folios 339 y siguientes, 373 y siguientes), por providencia de 14 de agosto siguiente el Juzgado del conocimiento llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Alvaro Martínez Poveda por el delito de homicidio en Ernesto Torres Medina, sobreseyó definitivamente a Fabio Lozano Calderón por los cargos que le aparecieron en la investigación y por los cuales rindió indagatoria y, tomó otras determinaciones. Debe advertirse que en la parte motiva el cargo se le formuló por homicidio simplemente voluntario y que expresamente también se dijo que "no aparece demostrado dentro del expediente circunstancia que exima de responsabilidad al sindicado, como tampoco atenuante o agravante que deba ser reconocido" (folios 375 y siguientes). El defensor del sindicado desistió (folio 404) del recurso de apelación que había interpuesto contra aquella providencia (folio 394 vuelto). Abierto el juicio a pruebas (folios 405 y siguientes), se practicaron algunas (folios 461 y siguientes).

Previos los trámites legales correspondientes, se celebró la respectiva audiencia pública (folios 555 y siguientes). A la consideración del tribunal popular fue sometida la siguiente *"Cuestión única:* ¿El acusado, Alvaro Martínez Poveda, de condiciones civiles y personales conocidas, *es responsable* SÍ *o* NO, de haber dado muerte con intención de hacerlo a Ernesto Torres Medina, en hechos que tuvieron cumplimiento en la madrugada del veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y tres en el establecimiento denominado 'Café La Barra', ubicado en la carrera 6ª con la Avenida Jiménez, de esta ciudad?" (folio 554). "Sí, es responsable", fue la respuesta unánime del jurado. Luego se produjeron las sentencias de primera y de segunda instancia a las cuales se ha hecho referencia anteriormente, habiéndose interpuesto contra la última el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda.

El censor invoca como causales de casación la primera y cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Mas, en atención a los imperativos de la lógica, habrán de estudiarse en orden inverso al propuesto, no sin destacar la confusión que se presenta en el libelo respectivo, como adelante se verá.

1º *Causal cuarta.*

Cargo único. Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Lo expone y sustenta así: *"Nulidad procedimental.* Se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, al tenor de lo dispuesto por el artículo 210 de la ley procedimental penal, en el numeral 5º de ese artículo.

"Demostración del cargo.

"Existe, H. señores Magistrados, la causal del recurso de casación, que contempla el numeral 4º del artículo 580 de la ley procedimental penal. En efecto: el artículo 26 de la Constitución Nacional estatuye que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, *y observando la plenitud de formas propias de cada juicio'* (subrayo). Y la 'forma propia de este juicio', o proceso, la contiene el numeral 3º del artículo 483 de la ley procedimental penal, norma que señala, como requisito formal del auto de proceder, que la parte motiva de tal providencia 'debe contener 3. La calificación genérica del hecho que se imputa al sindicado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'. Y esas circunstancias —modificadoras por cierto y favorables al procesado, no las contiene la parte motiva del auto de proceder, toda vez que en la parte motiva no se hizo mención de la 'riña imprevista'. Así, se violó la norma constitucional, y se 'ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad'. Es nulo, por lo tanto, todo lo actuado, a partir del auto de proceder inclusive tal providencia, y existe, en el proceso, y en la sentencia, la causal cuarta de casación que contempla el artículo 580 del C. de P. P.".

2º *Causal primera.*

Cargo único. Luego de transcribir en su integridad la causal primera del artículo 580 y de invocarla, afirma que la sentencia impugnada "es 'violatoria de la ley sustancial por falta de apreciación de determinada prueba' ", para lo cual razona:

En la sentencia recurrida el Tribunal trae a colación, transcribiendo apartes de las declaraciones de José Abraham Torres Medina, hermano del occiso Ernesto, de María Lucero García de Valencia, declarante que formaba parte del grupo de los hermanos Torres; de Luz Mary Villamizar de Chávez y de Jaime Gil Rodríguez, también del grupo ya dicho, de acuerdo con las cuales, y, según criterio del censor, se establece de manera evidente que, dadas las circunstancias de modo manifestadas por tales deponentes, allí hubo una riña, que esa riña fue imprevista para el sindicado Alvaro Martínez Poveda y que, dentro de esa riña se produjo el disparo que causó la muerte a Ernesto Torres. Luego de la consideración que formula sobre cada declaración, saca conclusiones tendientes a argumentar la causal invocada y así, por ejemplo, de la de José Abraham Torres Medina consigna: "Entonces resulta, emerge, con evidencia que 'la sentencia' materia del recurso extraordinario de casación, 'es violatoria de la ley sustancial, por falta de apreciación de la determinada prueba' consignada y transcrita. En efecto: 'La ley sustancial' es la disposición penal que contempla 'la riña imprevista', o sea el artículo 384 del Código Penal, disposición legal ésta, que la sentencia ha violado, toda vez que ha aplicado otra disposición legal distinta, es decir, el artículo 362 del C. Penal". Y, de la de María Lucero García de Valencia, también concluye la riña imprevista del 384 y que, en consecuencia, la sentencia lo viola "por falta de apreciación adecuada, precisa y justa, de la prueba testimonial transcrita, esa sentencia conlleva la causal de nulidad, o la causal del recurso de casación que contempla el numeral 1º del artículo 588 de la ley procedimental penal, lo cual —repito— causal del recurso de casación". Et sic de coeteris. Para finalizar este cargo así:

"Y dictó el honorable Tribunal la sentencia condenatoria, pero faltando a la legal y justa apreciación de 'esos diversos testimonios' que constituyen la prueba existente en autos, prueba ésta que el Tribunal tiene como incontrovertible, y "la falta de apreciación de esa determinada prueba". (Artículo 580 de la ley procedimental penal) es, precisa y legalmente, la causal del recurso de casación, causal que, así, ha demostrado el suscrito, tal como lo exige el 2º inciso del numeral 1º del citado artículo 580 de la ley procedimental penal.

"Resumen del cargo.

"El honorable Tribunal incurrió en la violación del numeral 3º del artículo 483 de la ley procedimental penal, al NO revocar la sentencia de primera instancia, debido a que, desde el auto de proceder, el juzgado del conocimiento al expresar 'la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado', NO consignó 'las circunstancias conocidas que lo especifican', las cuales no son otras que las circunstancias de la 'riña imprevista'. En esta forma, el honorable Tribunal 'incurrió en error de derecho' y violó, también el artículo 384 del C. Penal, norma que contempla 'la riña imprevista'. El honorable Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, debió revocarla, y declarar nulo lo actuado, a partir del auto de proceder, por contener, tal providencia, la causal de nulidad consagrada por el artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que se juzgó al procesado Alvaro Martínez Poveda, sin 'la observancia de la plenitud de formas propias del presente juicio o proceso', porque una de esas 'formas' es el citado e invocado numeral 3º del artículo 483 de la ley procedimental penal, disposición ésta que estatuye que la circunstancia conocida —la riña imprevista— que especifica —en el caso presente— el delito genérico de homicidio, ha debido estar contenida en la parte motiva del auto de proceder, para que así, en la sentencia de primer grado, en el caso de que fuera condenatoria, se le diera aplicación al artículo 384 del C. Penal".

Consideraciones de la Corte.
Concepto del Ministerio Público.

Causal cuarta. Cargo único.

Con razón se duela el representante de la sociedad "ante la confusión en el planteamiento concluyente del cargo". Pues como se desprende de su lectura, por una parte plantea una nulidad de carácter legal con fundamento en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, mas, al entrar en su demostración, dirige sus pretensiones a estructurar otra de rango constitucional, por desconocimiento de la "forma propia de este juicio". (Constitución, artículo 26), contenida en el numeral 3º de la regla 483 del mismo estatuto.

en forma legal y se puso término a la misma, mediante las providencias antes referidas.

Contestado el traslado por el Ministerio Público, en esta oportunidad representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se procede a desatar el recurso, con el examen, por separado, de las dos demandas presentadas por los apoderados especiales de los procesados, así:

Demanda de casación interpuesta a nombre del procesado Heriberto Chaparro León.

Al amparo de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula dos cargos contra el fallo recurrido, así:

Cargo primero.

Lo anuncia el censor para sostener que "la sentencia de fecha mayo diez de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se condenó a mi mandante Heriberto Chaparro León... es violatoria de ley sus-tancia (sic) por aplicación indebida", señalando, en la demostración del cargo, como norma indebidamente aplicada, el artículo 10 del Decreto 1988 de 1971, ya que, según su criterio, "los hechos tuvieron ejecución el 16 de noviembre de 1972, es decir cuando estaba en vigencia el artículo 10 del Decreto 1988 de 1971 que entró a regir el 9 de octubre de 1971... y la sentencia del *ad quem* se profirió en mayo 10 de 1974, o sea cuando ya se había derogado (sic) el decreto mencionado y estaba reglada la modalidad comportamental atribuida... por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973".

Cargo segundo.

Lo anuncia el demandante así: "La sentencia de fecha mayo diez de mil novecientos setenta y cuatro... es violatoria de la ley sustancial por infracción directa, en virtud de la omisión derivada de no tener en cuenta lo normado por la Ley 32 de 1971, en armonía con el Decreto 417 de 1972, vigente este último por la época de los sucesos denunciados, calificados y fallados".

Sostiene el actor, que de acuerdo con certificaciones que obran en el proceso, se ha demostrado que su patrocinado Chaparro León ha trabajado con una determinada intensidad en los talleres que funcionan en la penitenciaría de "La Picota"; que ha asistido a diversos cursos, y que, en consecuencia, de acuerdo con las disposiciones legales citadas, tenía derecho a que le rebajaran la sanción en un total de ciento cincuenta y ocho días "los cuales no fueron tenidos en cuenta en la sentencia acusada para los efectos de la redención de penas por estas actividades y, por lo tanto, esta disminución a que tenía derecho mi representado se hizo nugatoria".

Solicita, se case la sentencia, y se proceda a dictar la que recoja sus argumentos.

Demanda interpuesta a nombre del procesado Jorge Eliécer Peláez Esquivel.

Con fundamento en las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula los siguientes cargos a la sentencia recurrida:

Causal cuarta.

Cargo primero. La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fue proferida en juicio viciado de nulidad por infracción del artículo 26 de la Constitución "en su modalidad de falta de observancia de las formas propias del juicio". Igualmente, señala el actor como infringidas las normas contenidas en los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal, concretamente en cuanto a lo dispuesto en sus ordinales 2º y 3º.

La violación a las normas referidas se hace consistir principalmente, en el hecho de haberse dado una calificación a la infracción, en el caso concurso de delitos, cuando en verdad, según el censor, se trata solo de un único delito de robo.

Luego, examina el contenido de la providencia de vocación a juicio, para afirmar que unos hechos que estaban demostrados en el proceso, no fueron tomados en cuenta por el Tribunal, y que al contrario, otros que no estaban demostrados, sí fueron tenidos en cuenta con evidente perjuicio, desde luego, para los intereses de su patrocinado.

En desarrollo de sus planteamientos, el demandante afirma así mismo que infringió el artículo 26 de la Carta, en esta oportunidad por "quebrantamiento del derecho de defensa" que hace consistir en la no práctica de unas pruebas solicitadas, en oportunidad legal, tanto por el especial Agente del Ministerio Público, como por el apoderado de la parte civil, todas ellas encaminadas, según afirma, "a demostrar la inocencia de los sindicados".

Discurre largamente sobre el contenido de las pruebas existentes, y sobre la significación que tenían las que dejaron de practicarse, para concluir, que de esa manera, se violó la norma constitucional, precisamente en "una de las cuatro garantías... y que para el caso consiste en la falta de 'observancia de las formalidades propias del juicio penal' ".

Cargo segundo. Este cargo se hace consistir en que "el auto de proceder no se ajusta a las prescripciones normativas del artículo 481 del C. de P. P., en razón a que la prueba en que se basó el llamamiento a juicio fue mal calificada por el señor juez de conocimiento...".

Anota como falla principal de dicha providencia la falta de prueba del cuerpo del delito que radicaría en que no se allegó al proceso la demostración de la preexistencia y consiguiente propiedad de los objetos (esmeraldas) que fueron materia del robo. Igualmente, expresa el recurrente, no existe en el proceso la prueba necesaria que habilite el pronunciamiento de un auto de enjuiciamiento, tal y como lo mandan las normas sobre la materia. Ensaya, entonces, una crítica a la prueba testimonial para calificarla como de "sospechosa", y por tanto, inidónea desde el punto de vista de su valor probatorio, para hacer descansar sobre ella el vocatorio a juicio.

Tampoco, sostiene el demandante, se dan en el proceso los indicios graves de responsabilidad necesarios para el pronunciamiento que se censura.

Resumiendo los planteamientos que se formulan en este segundo cargo, el censor afirma, entre otras cosas que:

a) Hubo una valoración equivocada de la prueba en cuanto a la demostración del cuerpo del delito;

b) El Juez incurrió en error en la deducción de responsabilidad penal;

c) "Se incurrió en error en la calificación de las circunstancias establecidas en el expediente que demostraban la posible existencia del robo";

d) Aparte de la nulidad constitucional —violación del artículo 26 de la Carta— se incurrió en nulidad legal (artículo 210, numeral 5º), por "errada denominación jurídica de la infracción", por cuanto "se calificó el delito de robo con prueba inexistente", lo cual acarrearía, según el mismo, un tipo de nulidad "insubsanable" y "ostensible" de acuerdo con jurisprudencia de la Corte cuya cita trae.

Causal primera.

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

La plantea así:

"Por error de derecho en la apreciación de la prueba aportada al proceso el honorable Tribunal Sentenciador aplicó indebidamente el artículo 33 del Código Penal por cuanto que la materia tratada no daba lugar a la acumulación jurídica prevista en la norma citada".

Sostiene, en el desarrollo de estos planteamientos, que el "delito de robo agravado... se cumplió en una sola etapa... fue una sola voluntad criminal la que movió a los actores a entrar al edificio", etc. Y, en cuanto a la consumación del delito contra el patrimonio de los señores Morales y Celis, apenas si se trata de "la prolongación de la voluntad criminal... y no como lo afirma el honorable Tribunal Sentenciador de que fue una acción delictuosa por separado. Y ese segundo acto criminal, fue una prolongación del anterior acto consumativo de la infracción que se llevó a término por pura coincidencia"; que, "por una repentina coincidencia se prolongó en el tiempo con el despojo de los bienes de los repentinos visitantes".

Concluye, con el siguiente planteamiento: "se excluye (sic) que el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación de las pruebas obrantes en el proceso para afirmar sin basamento legal que hubo doble delito de robo, cuando la realidad procesal nos demuestra que solo hubo un solo delito de tal naturaleza".

Error de derecho que según el memorialista, consistiría en la errada apreciación de las declaraciones de los señores Morales y Celis a las que el Tribunal atribuyó un valor probatorio que no tienen para fundar sobre ellos la hipótesis recogida en la sentencia del concurso material de delitos, con lo cual se violó el artículo 33 del Código Penal.

Cargo segundo. Lo plantea el demandante sobre el presupuesto de que se "aplicó indebidamente el numeral 9º del artículo 37 del C. Penal, sin que las probanzas allegadas reclamaran dicha aplicación".

La violación consistiría en haberse tomado en cuenta el Decreto 1988 de 1971, que según el actor había sido derogado por el Decreto 2725 de 1973 por medio del cual el Gobierno dispuso el levantamiento del estado de sitio, siendo, por tanto, aplicable al caso el Código Penal (artículo 404) y no la Ley 21 de 1973 que se considera como norma posterior; y, además, porque la del Código Penal resultaba más favorable a los intereses de los procesados, siendo entonces de riguroso obedecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 del Código Procesal Penal que recoge el principio del "in dubio pro reo".

Todo lo anterior, en sentir del recurrente, lleva a la conclusión de que el sentenciador incurrió en error de derecho por aplicación indebida

del Decreto 1988 de 1971 y por violación del artículo 404 del Código Sustantivo por "haberlo dejado de aplicar cuando el procedimiento exigía su correcta aplicación".

Cargo tercero. Su anunciado conduce a afirmar que el sentenciador de segunda instancia "violó en forma indirecta el numeral 9º del artículo 37 del C. Penal al dar por probada la complicidad previamente concertada cuando con sujeción al análisis probatorio de los elementos de juicio, tal circunstancia de mayor peligrosidad no existe".

Sostiene que debe descartarse la agravante por cuanto se trató de la ejecución de un delito en forma "ocasional".

Cargo cuarto. Que el sentenciador de segundo grado violó, igualmente, "por falta de aplicación, el numeral 1º del artículo 38 del C. Penal", ya que al computar la pena aplicable, no tuvo en cuenta la buena conducta anterior del procesado la que se demuestra con las declaraciones que obran en el proceso.

Respuesta del Procurador.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte deseche las demandas y ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen. La Sala se referirá a los argumentos del Ministerio Público, con las citas pertinentes, en el examen de las demandas.

Consideraciones de la Corte.

Pretende el recurrente que en la sentencia acusada se dio aplicación indebida a la ley sustancial por cuanto el delito atribuido a su patrocinado se cometió bajo la vigencia del Decreto 1988 de 1971, dictado por el legislador extraordinario y que dejó de regir inmediatamente después de que fuera levantado el estado de sitio. La sentencia se dictó, entonces, cuando ya no regía el referido decreto extraordinario y sus normas habían sido recogidas *in integrum* en la Ley 21 de 1973, luego, la sentencia no podía hacer referencia a las disposiciones del decreto, por lo que se presentaría una hipótesis de aplicación indebida de la ley sustancial.

El Procurador no comparte los planteamientos del recurrente con los siguientes razonamientos que la Sala acoge: "Con fecha 3 de diciembre de 1973 el Congreso Nacional aprobó la Ley 21, la que en su artículo 9º dispuso: 'La pena establecida en el artículo 404 del Código Penal será de 5 a 14 años'. Es decir, que el legislador ordinario reprodujo totalmente lo que el extraordinario había dispuesto en el Decreto 1988. La misma ordenó en su artículo 16 que ella regiría 'desde la fecha de su promulgación' derogando todas las disposiciones contrarias, promulgación que se hizo en el "Diario Oficial" número 33979 de diciembre 12 de 1973. Se precisa, entonces, que cuando, por mecanismos constitucionales desapareció del ordenamiento legal el Decreto 1988, el artículo 404 del C. Penal estaba modificado en lo atinente a la penalidad señalada para el delito en el subsumido, sin que se haya presentado solución de continuidad entre la norma extraordinaria (Decreto 1988) y la ordinaria (Ley 21)".

Con fundamento en estos planteamientos, concluye el Procurador, que si la sentencia fue dictada en mayo 10 de 1974, para entonces estaba modificado el artículo 404 del Código Penal, por virtud de lo dispuesto en la Ley 21 de 1973, de donde surge la ausencia de fundamento del cargo ya que el juzgamiento se hizo con base en norma preexistente al acto atribuido.

La Corte, al compartir estos planteamientos, expresó que habiéndose dictado la Ley 21 de 1973 en estado de sitio y disponiendo ella que entraría a regir desde la fecha de su promulgación, en ningún momento volvió a surtir efectos el artículo 404 del C. P., suspendido en virtud del Decreto 1988 de 1971, siendo así que la referida ley reprodujo integralmente lo dispuesto por éste en lo que respecta a la penalidad para el delito de robo. No hubo, pues, como expresa el Procurador, solución de continuidad entre la norma extraordinaria y la ordinaria. (Sentencia de abril 11 de 1975).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo segundo. *Como oportunamente lo recuerda el Procurador, el Decreto 1923, reglamentario de la Ley 32 de 1971 "sobre reducción de la pena por trabajo y estudio" dispuso que las solicitudes para conseguir las correspondientes rebajas para quienes estaban purgando penas privativas de la libertad, deberán dirigirse al* Juez de primera instancia *acompañando los requisitos a que se refieren los artículos 8º y 9º de la disposición últimamente citada.*

En el caso sub júdice, *tal como lo anota el Ministerio Público, no existe prueba de que el condenado Heriberto Chaparro León haya aportado las certificaciones y constancias a que se refiere el ordenamiento legal referido, las cuales, de otra parte, no son de recaudo oficioso por el juez* a quo *y, por ello no se hizo el reconocimiento que ahora se demanda, sin que ello signifique que se haya perdido el derecho a lograrlas en el futuro.*

Finalmente, y de acuerdo con el criterio del Procurador, la Corte carece de facultad para conceder el beneficio demandado por lo que la censura formulada a la sentencia habrá de rechazarse.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Demanda de Jorge Eliécer Peláez Esquivel.

Primer cargo. Es evidente, como lo anota el colaborador Fiscal, que el demandante, en los planteamientos que formula en este cargo es confuso e impreciso en sus razonamientos, ya que por una parte, afirma que la sentencia recurrida adolece de un vicio que hace consistir en la infracción del artículo 26 de la Carta por "falta de las formas propias del juicio", pero sin que por ninguna parte se anote la evidencia de tal falla, y su necesaria relievancia en sentencia recurrida. El actor se limita a indicar las normas que en su sentir no tuvieron aplicación, y con esa simple referencia, pretende que se ha violado una de las garantías consagradas en la Constitución. La Sala no puede, en forma alguna, suplir las deficiencias en el planteamiento de los cargos.

Esta corporación, en varios fallos ha precisado el contenido y alcance de las garantías consagradas en la Constitución, y ha expresado que la sanción de nulidad supralegal representa un acto de carácter tan excepcional como que mediante él se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado, lo cual obliga a que el actor, precise y demuestre en qué forma ocurrió la violación de aquellas garantías y cuál el influjo determinante en el fallo recurrido, ya que no es cualquier deficiencia en la ritualidad de los juicios la que debe pesar en el ánimo de la Corte, y la que está llamada a determinar una rectificación de tanta monta, sino aquella que niega o hace oscuro el derecho de defensa. Ni tampoco es cualquier planteamiento el que obliga a aquella reparación judicial, sino el que ha sido convicentemente expuesto en la demanda.

Todo lo anterior, ha dicho la Corte, con el fin de evitar la frecuente apelación a esta norma que solo puede invocarse, tratando de obtener la nulidad del procedimiento cuando se ha desquiciado fundamentalmente cualquiera de estas garantías, o varias de ellas: preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; legalidad de la jurisdicción; observancia de las formas propias del juicio, y aplicación de la norma favorable, aunque posterior al acto atribuido al sujeto. (Sentencia de enero 31 de 1974, entre otras).

Al aumentar la confusión en los argumentos del cargo, el demandante plantea ahora la tesis de una errada calificación del hecho atribuido a su patrocinado, para lo cual se vale del análisis probatorio, en cuyo examen se detiene a criticar, unas veces porque no se tuvieron en cuenta ciertas pruebas habiéndose aportado legalmente a los autos, y otras, porque sin existir, se tomaron en cuenta, para deducir una responsabilidad, todo lo cual, como es obvio, se sale del marco de la causal de casación alegada, y conduce al rechazo de la censura al fallo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se alega, al formular este segundo cargo, nulidad constitucional, por violación del derecho de defensa que consistiría en que no se practicaron unas pruebas oportunamente solicitadas.

La Sala comparte en este punto los planteamientos de su colaborador Fiscal en cuanto afirma que las pruebas solicitadas por el defensor del procesado Peláez Esquivel fueron decretadas por el juez, aquellas que se declararon procedentes, "sin que los otros, pese a su citación, hubieran comparecido a deponer". No puede tenerse entonces como lesión al derecho de defensa, dice el Procurador, la no comparecencia de uno u otro declarante, pese a la orden judicial de comparecencia para oírlo, pues quedaría la suerte del procesado en manos del testigo renuente, el cual, o los cuales, pudieran, en algunas oportunidades, ser copartícipes de confabulación previa para dejar sentada la base de posterior nulidad, alegable cuando la suerte final del procesado fuese distinta a la esperada en un principio.

Además, continúa el Procurador, debe tomarse en cuenta que según la petición del defensor, la prueba pedida y no practicada, en manera alguna produciría una fuerza de certeza suficiente para desvirtuar, o neutralizar la generada por los otros elementos probatorios de culpabilidad que fueron recogidos en el proceso, todo esto sin olvidarse que el señor defensor pudo haber hecho uso de la facultad que a las partes concede el artículo 513 del C. de P. P.

Para corroborar las afirmaciones del Ministerio Público deberá anotarse que el señor demandante recibió poder de uno de los procesados con antelación suficiente como para que entonces hubiera formulado las peticiones que ahora presenta en beneficio de los intereses de su patrocinado sin que ello hubiera ocurrido así (folio 202).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Tercer cargo. Se plantea este cargo para intentar la demostración de una errada valoración

de la prueba relativa a la demostración del cuerpo del delito, sin que, como lo anota el Procurador, se haya comprobado el concepto de la violación a las normas que gobiernan la asunción y la valoración de las pruebas, ya que ni siquiera las cita, limitándose a hacer una crítica que no corresponde en manera alguna a la técnica que debe orientar este tipo de planteamientos en casación.

Se habla de que el fallador incurrió en error, pero nada se dice sobre su naturaleza ni sobre su incidencia en la decisión que se acusa.

La Corte, en reiterada jurisprudencia, y que ahora se recuerda, ha dicho que tratándose de violación indirecta de la ley sustancial deben precisarse las normas ordenadoras de los medios de prueba que se reputan infringidas, alegando el concepto de la violación y demostrando cómo el error determinó el quebranto de la ley sustancial, que no se habría aplicado como se aplicó, de no haber mediado el error. Si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que éste le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación media), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar. (Casaciones de 19 de junio de 1970, de 5 de febrero de 1971 y de 26 de junio de 1974).

Y en cuanto a la impugnación que se formula contra la prueba testimonial es procedente reafirmar el criterio expresado en reiterados fallos por esta Sala, según el cual, la ley procedimental colombiana abandonó el sistema de la tarifa legal de pruebas y concedió al juez un amplio campo de apreciación en el examen de las mismas. Esto se desprende nítidamente del contenido de lo dispuesto en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal en donde está expresado cuál es el criterio que debe guiar al juez en la valoración de la prueba testimonial, sin que le esté señalado un determinado valor probatorio al cual deba sujetarse.

El cargo no prospera.

Segunda causal invocada.

Cargo primero. Se plantea como *error de derecho* "en la apreciación de las declaraciones de los señores Max Morales y Edgar Celis" que, según el actor, condujo al fallador de segundo grado a configurar una hipótesis concursal de infracciones. El Procurador, en el examen del cargo manifiesta que el actor debió indicar las normas disciplinantes de las pruebas que fueron quebrantadas, previa comprobación de la naturaleza legal. Es decir, que por cuanto no se presentó, con demostración cabal, de qué manera se valoró la prueba, tal como lo demanda su norma gobernante, el cargo quedó huérfano, impidiendo tan antitécnico proceder su estudio a fondo". Y que, "no agotándose, como no se agotó, la demostración del quebranto indirecto a la norma sustancial propuesta por el demandante, pues que la proposición jurídica quedó incompleta, ya que faltó claridad y demostración de la forma como la norma medio quebrantada incidió en la norma fin, premisas que han de quedar plenamente identificadas para aceptarse esta modalidad de la censura... etc.".

El cargo debe desecharse.

A los anteriores planteamientos que recogen las fallas evidentes de la demanda, se puede agregar, el criterio de la Sala, según el cual el error de derecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen se les asigna un valor que la ley no les reconoce, o cuando se les niega el que ésta les atribuye. Por tanto, no puede haber error de derecho en la evaluación de medios probatorios a los cuales no les ha atribuido la ley procesal un determinado valor. De allí que esta Sala, refiriéndose a tal categoría de error y respecto del testimonio, haya expresado el criterio de que si el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal solo contiene pautas o directrices generales de interpretación y no una tabla de específicos valores, existe imposibilidad jurídica para fundar en ese precepto un error de derecho, que supone siempre el quebranto de una norma de disciplina probatoria. (Sentencia de 25 de octubre de 1973, y de 12 de julio de 1974).

El cargo no prospera.

Cargo segundo. Sobre este segundo cargo se hizo el examen correspondiente al estudiar la demanda presentada a nombre del procesado Heriberto Chaparro León, de cuyo estudio se concluyó que no prosperaba.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargo tercero. Que se violó en forma indirecta el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal al deducir una circunstancia de peligrosidad de la complicidad previamente concertada.

El recurrente incurre en los mismos vicios que se anotaron en el examen del cargo anterior puesto que ahora, como antes, no realiza el menor esfuerzo por demostrar la existencia del error de hecho manifiesto en los autos que hu-

biere conducido al fallador al reconocimiento de la circunstancia impugnada. Fuera de que, como lo anota el Procurador, incurra en la incorrección de entender que la aplicación indebida de la norma substancial pueda considerarse como una modalidad de la violación indirecta, siendo, por el contrario, y como es entendido, es un caso de quebranto directo de la misma.

La falla de técnica en la formulación del cargo hace que éste no prospere.

Cargo cuarto. La sentencia es violatoria del numeral 1º del artículo 38 del Código Penal al omitir su aplicación por cuanto ignoró los antecedentes del sindicado que lo hacían acreedor a una sanción menos grave.

Carece de fundamento legal el cargo, por cuanto la dosimetría penal aplicada consultó dos factores que se evidenciaron en el proceso: uno, el relativo al concurso de delitos que emerge claro y terminante en la modalidad de la comisión de las infracciones, y el otro, la complicidad previamente concertada por los procesados para la comisión de los delitos.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Decisión.

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Salvamento de voto de los honorables Magistrados doctores José María Velasco Guerrero y Humberto Barrera Domínguez.

Disentimos, respetuosamente, del pensamiento de la mayoría por las siguientes razones:

1ª El tránsito de leyes se da con absoluta independencia de las situaciones concretas que pudieran implicarse en él, siempre que una ley ordinaria modifica, deroga o sustituye una anterior de idéntica categoría.

Cronológicamente, dicho fenómeno se opera en el preciso momento en que una de aquellas acciones ocurre, es decir, en una fecha conocida. A partir de ese instante surge la posibilidad de que alguien, con interés legítimo, reclame en su favor la aplicación de la disposición benigna, o que así procedan los jueces del conocimiento.

Solo muy ocasionalmente se da la oportunidad de que la norma de estado de sitio recobre efectos, y tal ocurre porque así lo exige el principio de favorabilidad o igualmente alguien, con interés legítimo, reclama su aplicación.

Las situaciones jurídicas concretas que se plantean en relación directa con el estado de sitio y el tránsito de leyes, deben resolverse con sujeción a lo que dejamos dicho, o sea, que el paso de una ley a otra se da con exclusión perentoria del estado de sitio, salvo que en sus disposiciones, por algún concepto, se halle entrañado el principio de favorabilidad.

La razón de ser así es bastante clara. La finalidad de la declaración del estado de sitio es prevenir o conjurar la perturbación del orden público. Por virtud suya el legislador de emergencia puede suspender las leyes ordinarias cuando sean contrarias a las normas transitorias del estado de sitio. Sus mandamientos se cumplen especialmente para cautelar la vida institucional del país y, con su fundamento, jamás podrían ser desconocidas garantías constitucionales de ninguna suerte, menos aún las que cifran y tutelan el debido proceso, es decir, la legalidad del delito, la legalidad de la pena, la legalidad del procedimiento y el principio de favorabilidad.

El privilegio excepcional que la Constitución otorga al Ejecutivo de legislar con fuerza obligatoria para todos y de suspender las leyes ordinarias contrarias a las disposiciones del estado de sitio tiene como contrapeso el de que, en virtud de dicho privilegio, no puede el legislador transitorio dictar normas de carácter permanente, pues ya se dijo que con el estado de sitio desaparece su legislación y sus efectos pendientes.

El estado de sitio, como situación de anormalidad jurídica institucionalizada, es, por fuerza de su naturaleza, un estatuto excepcional, al través del cual no puede ni debe pretenderse alterar con caracteres permanentes el orden normativo establecido por el legislador ordinario. Ni prescribir figuras delictivas distintas de aquellas que por su índole o por la índole de las circunstancias son necesariamente efímeras.

Si el delito fue cometido y sancionado en vigencia de la norma de estado de sitio y el recu-

rrente busca la aplicación de la más favorable —artículo 404 del Código Penal— porque el estado de anormalidad jurídica ha desaparecido con la plenitud de sus efectos pendientes, debe pedirlo así a los jueces competentes de instancia, al favor de los artículos 7º de la Ley 153 de 1887 y 6º del Código de Procedimiento Penal.

Pareja situación se contempla si el delito fue cometido en vigencia de la norma de estado de sitio y se sanciona bajo el imperio de la ley ordinaria que modificó las penas prescritas por el artículo 404 del Código Penal, cuando estaba suspendido. Desaparecido el estado de sitio, cuentan solamente la fecha de comisión del delito y la de modificación de la ley anterior por la vigente. Esta fecha es el punto de tránsito de legislación, único válido jurídicamente para reclamar aplicación de la ley más favorable, para cuyos exclusivos efectos vale tener en cuenta la norma de emergencia.

2ª De conformidad con la argumentación de la mayoría de la Sala, se concluye:

a) Se puede prescribir por el legislador ordinario la continuidad en el tiempo de una norma de estado de sitio, cuya condición específica es *la transitoriedad* —con evidente desconocimiento del principio constitucional de legalidad del delito— si otra disposición de carácter permanente la recoge en su texto;

b) Se posibilita, así, por vía de jurisprudencia, la extrapolación del tiempo de vigencia de la Ley 21 de 1973 a la fecha de vigencia del Decreto 1988 de 1971, dictado en estado de sitio, con dos años de anterioridad;

c) Y por este modo la disposición constitucional que prescribe la transitoriedad de las normas de estado de sitio (inciso 7º, artículo 121 de la Carta) —cuya vigencia cesa cuando el país regresa a la normalidad jurídica— ha sido modificada por la Ley 21 de 1973, con apoyo en la doctrina que ahora sostiene la Corte, en materia penal, en la providencia de la mayoría, con violación, igualmente, del principio de favorabilidad;

d) Con la suma de dos tiempos legales heterogéneos se da por establecido que la comisión del delito bajo el imperio de la norma de estado de sitio y su castigo en vigencia de la ley ordinaria, sin solución de continuidad, en un mismo tiempo legal, puesto que para los efectos del caso concreto, según la tesis de la mayoría, el decreto y la ley confunden su naturaleza, orígenes y vigencias, pero también sus textos, para transformarse en una sola disposición penal, a partir de la fecha de expedición del primero, con mérito —según parece— en un imposible efecto retroactivo tácito que se le concede a la Ley 21 de 1973.

Fecha ut supra.

José María Velasco Guerrero, Humberto Barrera Domínguez.

PARTE CIVIL

Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil, es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acreditan el daño sufrido por el accionista.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 25 de junio 26 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 5 de junio de 1974, mediante la cual se confirmó la del Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa misma ciudad, que absolvió a los ciudadanos Vicente Ríos Peña, Príncipe Niño Basto, Miguel Prado Jaimes, Francisco Niño Ramírez, Evangelista Muñoz de Niño, Aníbal Rey Pimiento y Marta Urizaba de Prada, quienes habían sido sindicados por el delito de falso testimonio.

El apoderado de la parte civil interpuso, en oportunidad procesal, el recurso extraordinario de casación el cual le fue admitido por auto de 2 de agosto pasado y declarada ajustada a derecho la respectiva demanda, en providencia de 17 de septiembre del año pasado, ordenando el traslado correspondiente al Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado Penal, al contestar el traslado de la demanda de casación expone:

"Antes de contestar la demanda de casación, considera pertinente la Procuraduría Segunda Delegada ocuparse de estos tres temas:

"Primero. Ilegitimidad de personería de la parte demandante en casación.

"La denunciante, señora Edilia Pedraza de Cipagauta otorgó poder al abogado Pedro Roa Alvarez para que en su nombre se constituyera parte civil en este proceso, y el profesional presentó el escrito del folio 7 del informativo. El Juzgado Quinto Penal Municipal de Bucaramanga, en proveído del 2 de noviembre de 1972 admitió la demanda "sobre indemnización de los perjuicios civiles", y tuvo al doctor Roa "como apoderado especial de la damnificada Edilia Pedraza de Cipagauta.

"La persona acabada de nombrar no presentó prueba alguna que demostrara su personería sustantiva para constituirse en parte civil en este proceso. En efecto:

"No existe prueba de su reconocimiento como hija natural de Próspero Tertuliano Pedraza.

"No se probó la existencia del juicio de sucesión de Próspero Tertuliano Pedraza.

"No aparece demostración de la calidad de heredara de la señora Pedraza de Cipagauta en la citada sucesión.

"No existe prueba de que la misma persona hubiese intervenido como parte en el juicio de filiación natural de Alfonso Hernández.

"No se demostró que en el juicio de sucesión de Pedraza se hubiese reconocido a Luis Alfonso Hernández como heredero del causante, y

"El auto de 2 de noviembre de 1972 no tuvo a la señora Edilia Pedraza de Cipagauta como parte civil en este asunto, sino que reconoció al doctor Roa Alvarez como su apoderado y admitió la demanda civil por él presentada.

"Estas fallas no se remediaron cuando la señora Edilia de Cipagauta otorgó para sustentar el recurso de casación.

"La ilegitimidad de personería de la demandante resulta patente y como para este momento procesal ya no es posible allegar la prueba, se concluye que la señora de Cipagauta carece de personería para actuar en este asunto.

"Esta deficiencia fundamental también evidencia la falta de interés para recurrir en casación".

Concluye, esta parte de su concepto el Procurador, para solicitar a la Sala que por cuanto es de obligatorio pronunciamiento el examen sobre el interés jurídico de la parte recurrente, y habiéndose demostrado su inexistencia, se declare desierto el recurso, tal como lo había pedido en oportuidad anterior.

Es incuestionable, de acuerdo con el ordenamiento legal vigente, que toda infracción a la ley penal que infiera daño o perjuicio a una persona, natural o jurídica, constituye también ilícito civil que obliga al agente al resarcimiento del daño ocasionado, según lo disponen los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, en concordancia con lo ordenado por los artículos 92 y siguientes del Código Penal.

De consiguiente, así como surge para el autor del ilícito penal la obligación de resarcir el daño, nace para el perjudicado el derecho a obtener esa reparación el que, se puede ejercer, dentro del proceso penal, siguiendo las voces de los artículos 9º, 24, 27 inciso 2º y 125 del Código de Procedimiento Penal, mediante la constitución de parte civil que su titular puede intentar en cualquier estado del proceso, antes de que éste haya entrado al despacho para sentencia de segunda instancia (artículos 125 y 126 del C. de P. P.), presentando la respectiva demanda que ha de estar conforme con los requisitos que exige el artículo 127 de la obra citada.

El rechazo de la demanda sobre constitución de parte civil, dice el artículo 131 ibídem, "solo podrá fundarse en ilegitimidad de la personería del demandante", situación que es precisamente la que plantea el colaborador Fiscal.

En el proceso penal no basta, como sí acontece por regla general en el proceso civil —ha dicho la Corte— que se afirme en la demanda que se tiene legitimación para obrar, manifestado que se ha sufrido perjuicio con el delito, para dar cabida a la demanda, pues si la legitimación para actuar no fuera de previo pronunciamiento y su apreciación se difiriera a la sentencia, cualquiera podría introducirse al proceso pretextando haber recibido un daño con la infracción, lo que podría reportar serios inconvenientes para el desarrollo de la acción penal. En este tipo de proceso la titularidad del derecho para ejercer la acción civil ha de ser efectiva y su examen tiene que hacerse al recibo de la demanda, de acuerdo con el artículo 131 del C. de P. P., a que se hizo referencia antes.

Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acrediten el daño sufrido por el accionante. (Auto de 20 de mayo de 1974).

En el caso sub-examen, *y tal como ha quedado demostrado con las transcripciones que se hicieron del concepto del Procurador y que recogen la verdad de los autos, no se ha demostrado en forma legal el interés que haya podido tener la señora Edilia Pedraza de Cipagauta para constituirse en parte civil, con el objeto de reclamar la indemnización de unos perjuicios de carácter patrimonial que se le hubieran causado con el reconocimiento, como hijo natural de Próspero Tertuliano Pedraza, del señor Alfonso Hernández, lo cual indica que falta un presupuesto esencial para conseguir el pronunciamiento que se persigue con la demanda, y que es precisamente la legitimidad de la personería, situación que, como lo anota el delegado, ya no es posible corregir, por hallarse el proceso fuera de los términos en que ello es jurídicamente viable.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, conforme en todo con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia, y dispone que el proceso vuelva al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guèrrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JURADOS DE CONCIENCIA

Los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral conocimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 27, julio 10 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el sentenciado Alvaro Martínez Poveda contra la sentencia de 21 de septiembre del año próximo pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de la cual, al reformar la de primera instancia originaria del Juzgado Trece Superior de esta ciudad, condenó al recurrente a la pena principal de ocho años de presidio, en vez de los diez que le habían sido impuestos, a más de las accesorias de rigor, por el delito de homicidio simplemente voluntario en Ernesto Torres Medina.

Hechos.

Desde el auto de proceder, con sujeción a las pruebas recaudadas, y en las sentencias de primera y de segunda instancia, así como también en la demanda de casación, se presentan así:

"En el establecimiento denominado 'Café La Barra', ubicado en la Avenida Jiménez con carrera 6ª de esta ciudad, en la noche del veinticinco de marzo del año en curso (1973), se hallaban varios contertulios dedicados al consumo de bebidas embriagantes y a bailar con mujeres de vida licenciosa que allí se encontraban. Entre los presentes estaban Ernesto Torres Medina, Abraham Torres Medina, hermano del anterior; Alvaro Martínez Poveda y Fabio Lozano Calderón, los dos últimos nombrados, amigos entre sí".

"Los hermanos Torres Medina ocupaban una mesa distinta a la ocupada por Martínez Poveda y Lozano Calderón; estos dos grupos acompañados de sus respectivas parejas libaban licores y bailaban".

"Hacia las dos de la mañana, al pararse a danzar Abraham Torres Medina, con la muchacha que lo acompañaba, recibió un codazo de Alvaro Martínez Poveda de lo cual hizo caso omiso; entonces, Martínez Poveda cogió por el hombro a la muchacha que bailaba con Abraham y la desprendió de él para propinarle un puñetazo por la cara a éste, derribándolo al suelo".

"Ernesto, quien también danzaba con una muchacha, al darse cuenta del ataque de que había sido víctima su hermano Abraham por parte de Alvaro Martínez, intervino y tomando a éste por los brazos lo empujó hacia atrás, momento en que Alvaro accionó una pistola que portaba en sus manos cuyo impacto o disparo recibió Ernesto en el abdomen cayendo de bruces. Abraham se paró y abalanzó contra Alvaro Martínez a fin de quitarle el arma de fuego que esgrimía y en medio del forcejo que éstos sostuvieron por la posesión del arma, sonaron dos disparos más. En medio de la lucha Alvaro sufrió un golpe en la nariz que le ocasionó hemorragia y en la confusión, todos los presentes trataban de ponerse a salvo de los disparos, hasta que se hizo presente la policía y se apersonó de estos hechos conduciendo al herido al hospital de La Hortúa y a los presuntos responsables a la Comisaría Central —Tercer Turno— donde quedaron detenidos". (Cuaderno número 1, folios 375 y siguientes; 362 y siguientes; cuaderno número 2, folio 36 y siguientes; cuaderno número 5, folios 7 y siguientes).

Actuación procesal.

El Juzgado Trece de Instrucción Criminal, con fundamento en las piezas que recibió, el 29

en el auto de enjuiciamiento y sobre el cual se ha de dar la respuesta afirmativa de la responsabilidad, o de la exculpación.

"Las consideraciones hechas motivan la coadyuvancia que la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal hace sobre la petición del demandante, en el sentido de que se declare la nulidad del proceso a partir de la providencia que ordenó el sorteo de jurado, por cuanto no se observaron plenamente las formas propias del juicio, incoándose en ello una nulidad supralegal, por haberse violado el artículo 26 del estatuto político en la modalidad apuntada".

La Corte considera.

1. Como se recordará, el ámbito de la acusación al procesado quedó clara y precisamente determinado en el auto de proceder, en el sentido de que el homicidio a que se contrae el proceso fue cometido en las circunstancias previstas por el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, eliminándose así la última de las hipótesis enumeradas en el ordinal 6º del referido precepto. Y consta al folio 197 del informativo que el 18 de mayo de 1974 cada uno de los miembros del jurado recibió copia del pliego de cargos.

2. Se recordará, igualmente, que en el cuestionario sometido a la consideración de los jueces de conciencia se inquirió acerca de la responsabilidad del acusado respecto de los hechos materia de la causa, "conforme al auto de proceder", preguntándose además, si aquél había obrado aprovechando las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima (folio 200).

3. En la audiencia pública el representante del Ministerio Público, después de analizar in extenso *la prueba indiciaria, predominante y decisiva en el proceso, dijo, refiriéndose a la síntesis de la acusación: "Ese cuestionario aglutina el pliego de cargos derivado contra el procesado en el auto de proceder dictado por el Juzgado y por el auto del honorable Tribunal Superior de Buga, porque a Gómez Bolívar no solamente hay que condenarlo por un homicidio simple, su conducta se encuentra agravada por el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal Colombiano, ya que se aprovechó de la indefensión en que se encontraba Bersul de Jesús Cardona en el momento en que le dio muerte..." (folio 209).*

4. El tribunal popular, apartándose del criterio de la defensa, produjo un veredicto afirmativo de la responsabilidad sobre el cual descansan las sentencias condenatorias de primero y segundo grados. Existe, pues, una manifiesta armonía entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto y la sentencia. Basta leer el cuestionario para observar que él compendia de manera cabal todo el contenido de la acusación formulada en el llamamiento a juicio, incluyendo los elementos constitutivos del delito y las circunstancias peculiares en que se cometió. Con respecto a las últimas, es incuestionable que cuando se preguntó al tribunal de conciencia si el acusado, al ejecutar el hecho, había obrado "aprovechando las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima", *clara y categóricamente se estaba configurando la hipótesis de agravación contemplada en el ordinal 5º del artículo 363 del Código represivo.*

5. El hecho de que en el cuestionario se utilizara sobre el particular el gerundio del verbo "aprovechar" y no el del verbo "poner", constituye un extremo irrelevante que en manera alguna afecta la claridad esencial de la pregunta. De otro lado, es preciso recordar que esta Sala ha expresado en numerosas oportunidades, al estudiar la referida circunstancia de agravación, el siguiente criterio: "Conforme al precepto dicho (artículo 363-5º del C. P.), hay asesinato no solo cuando el delincuente pone *a la víctima en incapacidad de defenderse mediante previas maquinaciones o ardides, sino, igualmente, cuando la sorprenda indefensa sin antelado despliegue de maniobras, y* aprovecha *esa situación para realizar el homicidio". Doctrina que ahora ratifica, no hallando fundamento jurídico para variarla.*

6. De todo lo anterior se desprende que al acusado se le juzgó con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio y que por ningún aspecto se lesionaron las garantías institucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta. No se justifica, por tanto, la causal aducida.

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —oído el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el proceso contra Luis Guillermo Gómez Bolívar por el delito de homicidio (asesinato) en la persona de Bersul de Jesús Cardona Ramírez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PENAS

Reducción por trabajo y estudio. El Decreto 1923, reglamentario de la Ley 32 de 1971, dispuso que las solicitudes para conseguir las correspondientes rebajas, deberán dirigirse al Juez de primera instancia acompañando los requisitos a que se refieren los artículos 8º y 9º de la disposición últimamente citada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 25 de junio 27 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Cumplida la tramitación procesal de rigor, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Heriberto Chaparro León y Jorge Eliécer Peláez Esquivel, contra la sentencia de diez de mayo de mil novecientos setenta y cuatro, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó, con modificaciones en cuanto a la cuantía de la pena, la de primer grado dictada por el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de la misma ciudad que condenó a cinco (5) años de presidio a los dos incriminados y a las accesorias, por hallarlos responsables del delito de robo en perjuicio del patrimonio de los señores Carlos Fleing Zadwaski, Pedro José Ojeda, Edgar Celis y Máximo Morales.

El recurso se admitió por auto de diez y siete de septiembre del año próximo pasado, y el tres de marzo de este año, se declararon ajustadas, por su aspecto formal, las demandas presentadas por los doctores Ricardo Velásquez G. y Gabriel A. Donado T., quienes obran en representación de los procesados Heriberto Chaparro León y Eliécer Peláez Esquivel, respectivamente.

Hechos y actuación procesal.

El señor Carlos Fleing, conocido comerciante en esmeraldas, tiene oficinas en el edificio "Henri Faux" de la Avenida Jiménez número 7-25. El día 16 de noviembre del año de 1972, siendo aproximadamente las once de la mañana, llegaron a dichas oficinas dos sujetos, con el aparente propósito de vender al señor Fleing unas gemas las cuales fueron rechazadas por considerarlas de mala calidad. Minutos más tarde, se aparecieron en el mismo local cuatro sujetos desconocidos con el mismo pretexto de vender esmeraldas. Una vez les fue abierta la puerta, procedieron a intimidar a los presentes, utilizando armas de fuego, y obligándolos a acostarse en el suelo, en donde fueron amordazados y atados, luego de haberlos despojado de todas sus pertenencias, además de una apreciable cantidad de esmeraldas que encontraron en poder del señor Pedro José Ojeda. Cuando se disponían a salir con el botín, se hicieron presentes en las oficinas mencionadas los señores Max Morales y Edgar Celis, quienes iban con la intención de negociar esmeraldas, y quienes, a la postre fueron, igualmente, víctimas de robo por parte de los criminales que luego de consumada la infracción los amordazaron y ataron al igual que habían hecho con sus otras víctimas. El señor Edgar Celis logró desatar sus ligaduras, pidió auxilio por una de las ventanas del edificio, y fue así como se logró la captura de los incriminados Peláez Esquivel y Chaparro León.

La investigación la inició el Juez Veintinueve de Instrucción Criminal, funcionario que el 25 de noviembre de 1972 dictó auto de detención contra los sindicados.

El proceso correspondió, por competencia, al Juzgado Diecinueve Penal del Circuito, en donde, una vez agotada la instrucción, se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio para Heriberto Chaparro León y Jorge Eliécer Peláez Esquivel por el delito de robo.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto de llamamiento a juicio. La causa se rituó

En consecuencia, no habiéndose demostrado sino apenas enunciado por el demandante, la nulidad de índole legal, ni tampoco cuál de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 26 de la Carta fue la atropellada, como la Corte no puede entrar a remediar por medio de conjeturas ni de adivinaciones la falla anterior, síguese que por esas omisiones que implican en el libelo respectivo el desconocimiento de lo reglamentado en el artículo 576 del Código de Procedimiento Penal, el cargo habrá de desecharse.

Causal primera. Cargo único.

No obstante que en el desarrollo de este cargo también se aprecia la misma confusión que campea en el anterior, conveniente es formular las siguientes observaciones:

Como lo apunta el Ministerio Público, aquí "confunde la naturaleza de la violación directa de la ley sustancial, con la violación indirecta de la misma". Además, cabe agregar: Bien leída la pretendida demostración de este cargo, se llega a la conclusión de que lo que el actor pretende es reabrir el debate probatorio, pues a ello se encamina la argumentación que presenta, reapertura del debate que "no puede aceptarse porque como lo tiene enseñado esta corporación '...no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado, en los cuales la sentencia se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados a los hechos sobre los que ha versado el debate'.

"Y es que, como lo ha sostenido la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969 y de 6 de octubre de 1971, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según su íntimo o moral convencimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que la veredicción sea manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, cuyo veredicto es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del C. de P. P.) (a más de las citadas, casaciones de 8 de mayo de 1970, 24 de febrero de 1972 y 19 de agosto de 1972, 14-VIII y 13-IX/73).

Finalmente, según lo recuerda el representante de la sociedad, la consecuencia de aceptarse tal planteamiento sería la de declaratoria de contraevidencia del veredicto, facultad ésta que es "dada privativamente al juez a quo, o al honorable Tribunal Superior, oídas las voces de los artículos 565 y 567 de la ley procesal penal".

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

Por haberse llegado a las conclusiones a las cuales se llegó con relación a las causales propuestas, habrá de desecharse el recurso, como lo dispone el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1974, proferida dentro de estas diligencias por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

APLICACION DEL ARTICULO 163 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Su tramitación debe hacerse de inmediato ya que no está condicionada necesariamente a la efectividad del resultado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, diez de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 27, julio 10 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez).

Vistos:

Por apelación legalmente concedida contra el auto dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 10 de diciembre próximo pasado, mediante el cual se llama a juicio a Guillermo León León por un delito de peculado en cuantía inferior a tres mil pesos, llegaron a esta Sala las presentes diligencias.

Resultados y considerandos.

No es posible, por ahora, revisar la providencia impugnada, porque, como lo anota el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, existe en el proceso una solicitud pendiente, cual es la formulada por el sindicado León León, en el sentido de que se diera aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, por inexistencia de delito.

Efectivamente:

El señor Guillermo León León, cuya calidad de Juez Promiscuo Municipal de Muzo para la época de los hechos investigados quedó plenamente acreditada, solicitó se le escuchara nuevamente en ampliación de su indagatoria y atendido antes de clausurarse la investigación, plantó su inocencia apuntalada en la circunstancia de que el comprobante de entrega del dinero, elevado a alcance, había sido destruido por la señora Secretaria del Juzgado, su denunciante, quien lo sucedió en el cargo. Consecuente con su versión postrera, el señor León León, concluyó:

"Por esta razón muy clara y específica que acabo de consignar, muy respetuosamente, al honorable Magistrado Guillermo Rojas se sirva dar aplicación al artículo 163 del C. de P. Penal, por no existir el delito que se me imputó en un principio..." (folio 221 vuelto, Cfr. folio 73).

Pues bien, no obstante la precisa y oportuna solicitud del incriminado, el a quo *omitió tramitarla y resolverla, conculcando en esa forma el derecho que tenía de exigir se estudiara y analizara la prueba recogida para decidir —en favor o en contra— si era o no viable la aplicación del Código de Procedimiento Penal por él invocado.*

Porque la facultad otorgada a las partes para demandar la aplicación de la regla procedimental citada no está condicionada, necesariamente, a la efectividad del resultado, como tampoco puede estar supeditado a él, el deber del funcionario del conocimiento para resolver sobre lo impetrado. En lógico contraste, si las partes tienen el derecho de pedir, "...en cualquier estado del proceso...", que se declare que el hecho averiguado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considere como infracción penal, etc., sobre el a quo *pesa la obligación de pronunciarse acerca de ese concreto particular, así resulte, jurídicamente hablando, improcedente de conformidad con la información ofrecida, porque la ley no toma cuenta al peticionario, pretensión que puede ajustarse a derecho o ser equivocada.*

Como la omisión anotada constituye, en síntesis, una nulidad supralegal, puesto que vulnera, en materia grave, el derecho de defensa, debe declararse oficiosamente a partir del auto que de-

claró cerrada la investigación, inclusive en adelante, para que el Tribunal Superior de Tunja proceda a resolver, conforme a derecho, la solicitud formulada por el procesado, de que se aplique el artículo 163 tantas veces nombrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA NULO lo actuado a partir del auto de fecha 22 de octubre de 1974 (folio 238), inclusive, por medio del cual se declaró cerrada la investigación y ORDENA que se proceda en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

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

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AUTO DE PROCEDER

La ambigüedad o imprecisión en el auto de proceder, tiene relievancia jurídica y lesiona el derecho de defensa cuando la confusión en los cargos en él formulados, no permite conocer con claridad y exactitud qué delito se le atribuye al sindicado y cuáles las circunstancias en que lo cometió.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 26 de 3 de julio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Agotado el trámite propio del asunto se resuelve el recurso de casación interpuesto por la defensora de oficio contra la sentencia del veintiocho de marzo de mil novecientos setenta y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Marco Tulio Morales Otálvaro a la pena principal de cinco años y dos meses de presidio como responsable del delito de robo en perjuicio del señor Alberto Táutiva.

Antecedentes.

Están relatados con precisión y claridad en los siguientes pasos del escrito en que el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo, responde los cargos formulados en la demanda:

"El ciudadano Germán Alberto Táutiva dio cuenta a las autoridades de policía, el domingo 24 de junio de 1973, que al llegar en las horas de la noche a su casa de habitación de la calle 5ª número 18-A-11 de esta ciudad, halló la puerta de entrada violentada y notó la desaparición de un televisor marca 'Singer', de un radio marca 'Onglio' y otros objetos, cuyo valor estimó en $ 12.800.00. Agregó el denunciante que según informaciones de vecinos, a eso de las siete de la noche vieron frente a la habitación de Táutiva el microbús número 62, marca 'Volswagen', afiliado a Rápido Pensilvania, varios individuos se encontraban dentro del vehículo, pero ellos creyeron que se trataba de una visita.

"Con esta información, se capturó a Marco Tulio Morales, conductor del vehículo descrito, quien aceptó que el domingo 24 de junio prestó servicio a unas personas que se desplazaron a distintos sitios de la ciudad, entre ellas, uno que concidía con la dirección del denunciante y que los ocupantes del automotor subieron a éste un televisor que habían mandado arreglar, según comentarios que escuchó.

"Es digno de anotar que la señorita Teresa Nieto, residente en la transversal 29 número 39-A-09 de esta ciudad, dio cuenta que en la fecha indicada desconocidos penetraron a su habitación y se apoderaron de bienes de su propiedad. También en esta ocasión un vecino, el señor Carlos Eduardo Rodríguez, advirtió la presencia de un microbús y logró tomar su número que correspondió al que conducía Morales Otálvaro.

"En diligencia de indagatoria, Marco Tulio Morales, igualmente, admitió que los desconocidos lo hicieron esperar frente a un edificio de donde sacaron unos objetos que subieron al vehículo, y que después de conducirlos a un sitio vecino al Parque Nacional y al barrio Kennedy, los dejó definitivamente en la estación de la flota 'Macarena' donde los esperaba una camioneta.

"El Juzgado Catorce Penal del Circuito de Bogotá comprometió a Marco Tulio Morales en juicio ordinario como autor del delito de robo, previsto en los artículos 404 del Código Penal y 10 del Decreto 1988 de 1971.

"En la etapa probatoria del juicio se allegaron las declaraciones testimoniales de Flor María López, Manuel Horacio Russi y Manuel Enrique Neusa, conforme a las cuales el domingo

24 de junio los dos últimos acompañaban a Morales en el vehículo ya mencionado y en la calle 26 con la avenida 30 dejaron al automotor, porque su conductor se comprometió con unas personas, cuya camioneta se encontraba varada, a prestarles servicio de transportar unas maletas y realizar otras diligencias, recibiendo Morales en pago la suma de $ 200.00. El señor Arselio Viveros declaró que acompañó a Morales Otálvaro a presentarse a las oficinas del F-2 cuando tuvo información por sus compañeros de trabajo que lo estaban buscando. En la audiencia pública la defensora de oficio del acusado intervino activamente y solicitó la absolución de Morales Otálvaro. Como ya se expuso, los juzgadores de instancia declararon la responsabilidad de Marco Tulio Morales y lo condenaron como autor del delito de robo''.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

La acusación a la sentencia recurrida se desarrolla a lo largo del extenso libelo, en el cual se invocan las causales que el artículo 580 del Código de Prodecimiento Penal consagra en sus ordinales cuarto y primero. Es posible, sin embargo, resumir todo el contenido acusatorio de la demanda así:

a) *Causal cuarta.*

Tres tachas propone la actora dentro del marco del presente motivo de impugnación, a saber:

1ª El auto de proceder es impreciso y ambiguo.

2ª Fue infringido el principio de favorabilidad, al señalar la pena aplicable.

3ª El juzgador de segunda instancia no podía modificar el fallo de primer grado para agravar la situación del procesado, quien había interpuesto el recurso de apelación.

b) *Causal primera.*

Dentro de su esfera plantea y sustenta los siguientes cargos:

1º Aplicación indebida del artículo 9º de la Ley 21 de 1973, por error de derecho en la apreciación de la prueba, pues lo pertinente era tomar en cuenta los artículos 402 y 404 del Código Penal.

2º Violación indirecta de normas de derecho sustancial, por evidente error de hecho al apreciar la confesión del procesado Marco Tulio Morales.

3º Infracción directa de la ley sustancial, por haber dado aplicación indebida al Decreto 1988 de 1971, derogado por el 2725 de 1973, y a la Ley 21 de 1973, dejando de aplicar, en cambio, el artículo 402 del Código Penal.

4º Violación directa de la ley sustancial, por error de derecho al aumentar la pena básica con fundamento en el numeral 5º del artículo 37 del Código Penal, sin precisar los hechos en que tal circunstancia de agravación se apoyaba.

No comparte el Procurador Segundo el criterio que informa la impugnación a la sentencia recurrida, y por ello, tras compendiar los argumentos fundamentales de aquélla, expone sus razones discrepantes respecto de cada una de las tachas propuestas, premisas en las cuales funda, en definitiva, la solicitud de que se deseche el recurso extraordinario de que se trata.

La Corte considera.

Causal cuarta.

Primer cargo. Sostiene la censura, en esencia, que conforme al acervo probatorio en los hechos a que se contrae el proceso, tomaron parte varias personas, y que Morales Otálvaro no intervino activamente en el apoderamiento de las cosas, pues permaneció en su vehículo sin descender de él. Por tanto, la calificación de su conducta correspondería a la hipótesis prevista en el artículo 20 del Código Penal y no a la descrita en el artículo 19 ibídem. En tales condiciones, el auto de proceder infringió los numerales 2º y 3º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal por no haber concretado las circunstancias que''...atenuaban el hecho criminoso y que consistieron en haberse omitido analizar la figura jurídica de la complicidad necesaria...''. Tampoco —a juicio de la actora— se dio aplicación a los preceptos contenidos en los artículos 3º del Código represor, y 6º del estatuto instrumental sobre prevalencia de la ley permisiva o favorable frente a la restrictiva o desfavorable, quebrantándose así el artículo 26 de la Constitución Política.

Estima la Sala que ninguna ambigüedad o imprecisión afectan al auto de proceder que comprometió en juicio a Morales Otálvaro, pues de manera clara y precisa se señala el hecho punible que se le imputa y las circunstancias que lo rodearon. Sobre el particular expresa el Ministerio Público, reflejando el pensamiento de la Corte sobre la materia, que la ambigüedad o imprecisión en el auto de proceder tiene relevancia jurídica y lesiona el derecho de defensa cuando la confusión en los cargos en él formulados no permita conocer con claridad y exactitud qué delito se atribuye al acusado y cuáles las circunstancias

en que lo cometió. Ciertamente, no es ésta la hipótesis que se presenta en el caso de autos. El pliego de cargos —se repite— no adolece de pluralidad interpretativa respecto de la infracción atribuida al procesado o de las circunstancias en que se perpetrara.

Segundo cargo. Considera la impugnante que también se quebrantó el artículo 26 de la Carta, porque el fallo recurrido aplicó las normas del Decreto 1988 de 1971 y de la Ley 21 de 1973, en perjuicio del condenado, en vez de preferir las que se refieren al delito de robo en el Código Penal, menos gravosas o restrictivas.

Se insiste de nuevo en un tema que la Sala ha dilucidado ya en varias oportunidades puntualizando que no hubo solución de continuidad entre la desaparición del Decreto 1988 de 1971 y la vigencia de la Ley 21 de 1973, y como estos dos estatutos establecieron la misma pena para el delito de robo, es evidente que no se causa agravio alguno por la aplicación de uno u otro. Importa observar, además, que como nunca estuvieron simultáneamente en vigor los preceptos de tales estatutos y el artículo 404 del Código Penal, no puede hablarse de conflicto de leyes, frente al cual el juzgador, por mandato de la ley suprema, debe proferir la ley permisiva o favorable.

Tercer cargo. Se afirma en la demanda que el sentenciador de segundo grado carecía de competencia para reformar el fallo apelado, agravando la situación de Morales Otálvaro, lo cual significa que se produjo el motivo de nulidad previsto en el artículo 210-1 del Código de Procedimiento Penal. En desarrollo del cargo se cita el artículo 8º ibídem, en relación con el 357 del Código de Procedimiento Civil, y se transcribe la sentencia de 23 de noviembre de 1972. (Casación de Salomón y Santiago Muñoz).

Como lo recuerda el Procurador, la demandante reproduce, en apoyo de su tesis, el fallo de 23 de noviembre de 1972, pero omite mencionar el del 21 de agosto de 1973. (Casación de José del Carmen Tapias). Conforme a este último la *reformatio in pejus* no operaba en el caso de apelaciones concurrentes de las distintas partes vinculadas al proceso, y tampoco cuando se trata de proveídos que por su importancia están sometidos al grado jurisdiccional de la consulta. La sentencia del *a quo* tenía ese grado de jurisdicción en el presente proceso de acuerdo con la norma contenida en el artículo 199-1 del Código de Procedimiento Penal, a la sazón vigente y reformada luego por el artículo 1º de la Ley 17 de 1975.

En suma, no se justifica ninguna de las tachas propuestas dentro del marco de la causal cuarta.

Causal primera.

Primer cargo. Se recordará que su planteamiento consiste en que la sentencia acusada infringió, por aplicación indebida, el artículo 9º de la Ley 21 de 1973 en concordancia con los artículos 402 y 404 del Código Penal, quebranto proveniente de error de derecho en la apreciación de la prueba. Y en desarrollo de tal planteamiento analiza los testimonios de Manuel Horacio Russi, Manuel Enrique Neusa y Arselio Viveros, respecto de los cuales estima que merecen toda credibilidad porque en su recepción se cumplieron a cabalidad las normas legales pertinentes, y se refieren en concreto al contrato de transporte celebrado entre el procesado y los desconocidos de anterior mención. Sin embargo, al finalizar los argumentos referentes a tal aspecto de la acusación se sostiene que el Tribunal incurrió en evidente *error de hecho* al negarle valor probatorio a la referida prueba testimonial, la que, a juicio de la actora, tenía la calidad de plena o completa, violándose así de modo indirecto las normas ya citadas: La Ley 21 de 1973, en su artículo 9º y los artículos 402 y 404 del Código Penal.

Varios reparos podrían formularse respecto del cargo anterior, entre ellos el muy importante, en lo concerniente a la técnica propia del recurso, de que contraría, en principio, los lineamientos estructurales de la causal primera de casación configurar una censura por error de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba.

De otra parte, se oponen también a que prospere el cargo las siguientes razones, expuestas por el Procurador en su alegato:

"Es sabido que conforme a la técnica de casación, incumbe al demandante demostrar a cabalidad el error de derecho o el error de hecho manifiesto en los autos en que se incurrió en la apreciación de determinado elemento de convicción y no es suficiente, por tanto, oponer al criterio del juzgador el propio del recurrente. Además es igualmente sabido que el testimonio no está sometido al sistema tarifario, sino al legal-moral en que el juez, con fundamento en los factores señalados en el artículo 236 del estatuto procesal penal, otorga o no credibilidad a la declaración rendida bajo juramento. Existe, por tanto, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, imposibilidad jurídica para fundar en ese precepto legal un error de derecho que supone siempre que se quebrante una norma de disciplina probatoria. Sin embargo, la misma jurisprudencia ha establecido que si en verdad en un testimonio determinado falla alguno de los criterios o fac-

tores del artículo 236, como el de la sanidad mental del declarante, es obvio que su estimación se puede impugnar en casación. Pero cumplidas a satisfacción las condiciones que señala dicha norma, el juzgador es autónomo para formar su convicción y otorgarle el valor que su prudente juicio le señale".

Segundo cargo. El fallo acusado violó indirectamente normas de derecho sustancial por ostensible error de hecho, consistente en dividir la confesión del procesado y de tal manera negarle valor probatorio. Sostiene la demandante, en síntesis, que Marco Tulio Morales aceptó haber conducido el microbús y esperado dentro del vehículo a las personas que violentaron la puerta de la residencia de Germán Alberto Táutiva, lo cual demuestra que aquél no tuvo la oportunidad de apropiarse de los bienes pertenecientes al denunciante. No existía, en su sentir, prueba para condenar, y, consecuentemente, debió ser absuelto, conforme al principio *in dubio pro reo,* consagrado por el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

En rigor, no existe confesión por parte del procesado; éste, como acaba de verse, reconoció haber conducido el vehículo, pero no el haber participado en el apoderamiento, mediante violencia de los objetos relacionados en la denuncia. Por lo demás, la sentencia acusada no se apoya de modo exclusivo en la indagatoria del procesado, sino también en otros elementos de juicio. Es sabido que el error de hecho manifiesto no radica en la diferencia de criterios que respecto de los medios de convicción pueda existir entre el sentenciador y el demandante. Para que el error de hecho asuma relevancia jurídica en casación es preciso que el juzgador no haya visto la prueba que obra en el proceso, o que haya supuesto la que no existe en el informativo, hipótesis ésta que comprende el caso de haber desfigurado el elemento de juicio, desvirtuando su significado, porque ello implica suponer un medio de convicción inexistente.

Tercer cargo. Violación directa de normas de derecho sustancial, por haber aplicado indebidamente el Decreto 1988 de 1971, derogado por el 2725 de 1973 y la Ley 21 de 1973, dejando de aplicar, en cambio, el artículo 402 del Código Penal.

Como se recordará, se trata de la misma censura propuesta al amparo de la causal cuarta. En consecuencia, lo expuesto allí para refutarla tiene plena validez para desestimarla dentro del marco de la causal primera.

Cuarto cargo. En sentir de la impugnante, la sentencia recurrida infringió de manera directa la ley sustancial por error de derecho consistente en aumentar la pena básica con fundamento en el ordinal 5º del artículo 37 del Código Penal, sin precisar los hechos en que tal circunstancia de agravación se pretendía apoyar. En tales condiciones, su reconocimiento en el fallo resultó arbitraria.

Para desvirtuar este último aspecto de la censura bastan las razones aducidas sobre el particular por el Ministerio Público en su respuesta a la demanda.

"La acusación no se acomoda a la técnica propia del recurso de casación, pues confunde la violación directa con la indirecta y, en opinión de este Despacho, lo que la demandante cree que es error de derecho sería en hipótesis de hecho manifiesto en los autos. Este comentario es suficiente para rechazar la acusación. Se observa, además, que los juzgadores de instancia claramente contemplaron la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 37 del Código Penal, la cual dedujeron del desarrollo de los acontecimientos conforme a los cuales los autores del ilícito se forjaron un plan criminal que desarrollaron a cabalidad con la colaboración decidida y eficaz del condenado recurrente en casación. El delito no fue producto de la improvisación, del azar".

No encontrándose justificada ninguna de las causales aducidas, la Sala habrá de dar cumplimiento al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desechando el recurso y disponiendo devolver el proceso al Tribunal de origen.

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que expresamente se refiere la parte motiva y ORDENA devolver el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas propias del juicio, y d) Aplicación de la ley favorable, aunque posterior al acto imputado. Pruebas conducentes, facultad de los Jueces y Magistrados para calificar la conducencia de las pruebas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, once de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: acta número 26 de julio 3 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Procede la Corte, una vez surtido el trámite legal, a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del ex-agente de la Policía Nacional Joaquín López López contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar el 23 de septiembre de 1974, mediante la cual confirmó, sin modificaciones, la de primera instancia dictada por la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado por el Comando del Departamento de Policía "Boyacá", que condenó al mencionado ex-agente, como responsable del delito de homicidio intencional en la persona de Antonio Coronado Flórez, a la pena principal de ocho años de presidio y a las pertinentes sanciones accesorias.

El apoderado especial del recurrente presentó demanda de casación la que se declaró formalmente ajustada a los requisitos de ley.

Hechos y actuación procesal.

En cumplimiento de una orden de captura impartida por el Alcalde Municipal de Campohermoso, contra Antonio Coronado Flórez, sindicado de los delitos de doble homicidio y lesiones personales, salió el 23 de diciembre de 1970 con destino a la vereda de "Choma", una comisión compuesta por los agentes de la Policía Nacional Joaquín López López, José Leandro Contreras Martínez y Carlos Julio Bermúdez Montenegro, al mando del agente López López y con la participación del civil Rito Antonio Gaitán, quien iba como guía.

Ya en el lugar predeterminado, fueron informados los integrantes de la comisión, que Antonio Coronado había dormido la noche anterior en la casa de Isidro Vargas y que había salido a la madrugada en dirección que les fue indicada por este mismo, hecho que facilitó, horas más tarde, su localización, precisamente por dos de los integrantes de la comisión: el Agente López López y el civil Rito Antonio Gaitán. Tan pronto como fue visto Coronado por los patrulleros, el agente López le intimó orden de rendición sin que fuera obedecido, lo cual determinó a que disparara su arma, primero al aire, y luego al cuerpo del fugitivo, con el resultado de haberle causado la muerte, ya que varios disparos hicieron blanco en el cuerpo de Coronado.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Campohermoso remitió, por competencia, al Comando del Departamento de Policía "Boyacá" las diligencias por él practicadas acta de levantamiento del cadáver, informe del Comandante —encargado— de la Subestación de "Los Cedros", dando cuenta, además, de que no había sido posible la práctica de la diligencia de necropsia del cadáver de Antonio Coronado Flórez, por falta de colaboración de las autoridades.

La instrucción del proceso estuvo a cargo del Juez Sesenta de Instrucción Penal Militar. Perfeccionada ésta, se dio traslado al Auditor de Guerra Auxiliar, funcionario que emitió el concepto que ordena el artículo 567 del Código Penal Militar sobre convocatoria a Consejo de Guerra Verbal, el cual, luego de algunas incidencias procedimentales, comenzó a funcionar el 28 de agosto y culminó con la lectura de la sentencia

condenatoria contra el ex-agente Joaquín López López, redactada conforme a la respuesta unánime de los vocales convocados para tal efecto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar, el que fue resuelto en forma negativa, mediante providencia de 23 de septiembre y contra la cual, como ya se vio, se interpuso el recurso de casación que se decide por medio de este fallo.

Demanda de casación.

El doctor José de J. García Riveros, apoderado especial del procesado, al sustentar el recurso, ataca la sentencia con invocación única de la causal cuarta consagrada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por considerar que la sentencia fue dictada "en un juicio viciado de nulidad".

Los fundamentos de la censura son del siguiente tenor:

"La nulidad invocada con fundamento en la causal cuarta de casación toma base en la negativa del Tribunal Superior Militar a decretar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa del procesado... El Tribunal Superior Militar desechó la petición de que se ordenara la exhumación del cadáver de la víctima con el fin de que se practicara un cotejo balístico entre el proyectil que ocasionó la muerte de Antonio Coronado y el arma que portaba el sindicado procesado el día de autos precisamente para establecer que el arma que éste portaba no fue la que ocasionó el disparo y a la vez la muerte y corroborar así el dicho de la ampliación de indagatoria de Joaquín López López".

Finalmente, expresa el recurrente, y en relación con los fundamentos de la causal invocada, que "la negativa en que incurrió, pues, el Tribunal Superior Militar redundó en que se dictara el fallo respectivo confirmando la determinación de primera instancia contra Joaquín López López. Esta negativa constituye una flagante (sic) violación del derecho de defensa del procesado ya que constituía el único medio probatorio adecuado para acreditar su inocencia, es más, otra suerte hubiera corrido el proceso si se hubiera practicado la exhumación del cadáver, pues los argumentos de que se valió el Tribunal carecen de raigambre, porque la prueba pedida se negó por considerarla inconducente y extemporánea. Y ninguna prueba más conducente para la defensa del procesado que la pedida y rechazada, y nada tan oportuno para los mismos fines que ella. Con ello se violó el inciso 1º del artículo 593 del C. J. P. M. Si el Tribunal no se hubiera abstenido de decretar las pruebas citadas, o si el Consejo de Guerra no se hubiera realizado sin conocer el resultado de la prueba de necropsia, otra suerte hubiera cobrado la calificación del hecho y el proceso mismo. La nulidad que invoco asume el carácter de *supra legal* y se halla prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional por haberse quebrantado el derecho de defensa del procesado Joaquín López López.

En las siguientes páginas de su alegato, el censor transcribe diferentes apartes de fallos emitidos por esta Sala en interpretación de los alcances jurisprudenciales de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Delegado para la Policía Nacional examina el cargo único propuesto en la demanda de casación y afirma, que en su sentir, no era indispensable para la demostración de los hechos, y desde luego, para la comprobación de la responsabilidad del agente López López, la práctica de la prueba solicitada por el apoderado del procesado, entre otras razones, porque "debe recordarse que la prueba técnica no es indispensable cuando el hecho que se pretende acreditar por ese medio está suficientemente probado por otros sistemas establecidos en la ley para llegar a la verdad procesal", y que esa verdad está suficientemente demostrada con el cúmulo de pruebas recogidas durante la investigación a través de las cuales se llega a la certeza de que el autor de la muerte de Antonio Coronado Flórez fue el procesado López López.

Examina en forma más o menos detallada los puntos sobresalientes de los testimonios recogidos en el proceso, así como la indagatoria del sindicado para afirmar la inexistencia de duda que ha planteado el apoderado del sindicado, y para restarle verosimilitud a la retractación que en la ampliación de su indagatoria hizo el procesado.

Comparte el Procurador las razones aducidas por el Tribunal Militar al negar la práctica de la prueba solicitada —exhumación del cadáver para cotejo balístico— afirmando que, no se demostró que el guía, Rito Antonio Galán portara arma de fuego, o por lo menos, dicha arma no fue reconocida legalmente; fuera de que, "según consta en el acta de la diligencia de levantamiento del cadáver... en éste fueron encontrados cuatro orificios, dos de entrada y dos de salida, de heridas producidas con arma de fuego, lo que nos está indicando que el, o los proyectiles, no quedaron alojados en el cuerpo. Es decir, que

por sustracción de materia no era posible el experticio consistente en el cotejo balístico para establecer con qué arma se hizo el disparo que le causó la muerte a Coronado".

Consideraciones de la Corte.

En múltiples fallos ha expresado la Corte que no es cualquiera irregularidad la que determina una nulidad de tipo constitucional, por cuanto para su existencia es menester que aquélla sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio substancial, de suerte tal que la omisión del acto o diligencia en cuestión afecte las bases mismas del juzgamiento o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional" (G. J., t. XLIV, pág. 274).

Mas, recientemente, en sentencia proferida por esta Sala el 27 de mayo de 1970 (ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez), se hizo una delimitación precisa de las llamadas garantías procesales consagradas en el artículo 26 de la Carta, con la advertencia de que "el hecho de que se les incorpore en una misma norma, no significa su fusión en un principio único, de manera que sea suficiente invocar el artículo para que el complejo se movilice hacia la protección jurídica adecuada".

"Es preciso distinguir los derechos amparados en la norma, a fin de saber exactamente las limitaciones del poder político y la forma como los ciudadanos deben defenderse de los excesos o de la omisiones en la Rama Jurisdiccional. Plantear en bloque esas garantías, es error que induce a confusiones para apreciar la actividad de los funcionarios, que debe especificarse para saber si aplicaron una ley inexistente, o carecieron de competencia, o siguieron un procedimiento arbitrario, o negaron la favorabilidad en el concurso de leyes para el caso sub júdice".

En esa misma providencia se dijo, que en el artículo 26 de la Carta están consagradas cuatro garantías con naturaleza, objeto y consecuencias propias, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque posterior al acto imputado.

La identificación de estas garantías constitucionales, dijo la sentencia en comento, debe servir para que en el momento de impugnar un fallo en casación, se precise el concepto de la violación ya que "la Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta dónde van su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo. Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla".

En el caso sometido a la decisión de la Corte, se tiene que el ex-agente de la Policía Nacional Joaquín López López, en diligencia de indagatoria rendida ante el Juez Sesenta de Instrucción Penal Militar el 7 de junio de 1971 (folio 53), hizo una amplia confesión de los hechos que originaron la investigación como consecuencia de la muerte violenta de Antonio Coronado, al expresar en forma espontánea y libre que él había sido el autor de los disparos que ocasionaron la muerte de dicha persona. Esta prueba que emana de un sujeto calificado —el sindicado— reúne los requisitos que se exigen para su plena validez, o sea que fue espontánea, verosímil, determinada, precisa y explícita. Fue solamente después de que el Instructor dictó auto de detención en su contra, basándose fundamentalmente en la voluntaria admisión que el sindicado había hecho de ser el autor del delito investigado, cuando solicitó una ampliación de su indagatoria para presentar una retractación y afirmar que quien había dado muerte a Antonio Coronado no había sido él, sino el guía que los acompañaba.

De esta doble posición del sindicado se ha querido crear una duda sobre su responsabilidad, duda que quedaría eliminada por la prueba del cotejo balístico, que al ser rechazada por el Tribunal por considerarla "inconducente", llevaría al desconocimiento del derecho de defensa con violación del artículo 26 de la Constitución.

No precisó el actor en su demanda la índole de la violación alegada, ni cuál de las garantías constitucionales consagradas en la norma que cita como violada fue la que se desconoció en forma tan grave como para que se configure una nulidad supralegal. Esto solo sería suficiente para desechar el cargo.

Sin embargo, vale la pena hacer algunas consideraciones sobre varios aspectos que surgen de la situación sub examen. *En primer término, conviene recordar que el proceso penal en el que por su naturaleza se discuten cuestiones de orden público y no simplemente de entidad privada, como puede ocurrir en otras ramas del derecho, no puede agotarse en el ámbito del poder dispositivo de las* partes, *de suerte tal que no ya éstos o los sujetos particulares pueden poner el hecho, tal como ellos lo quieren y lo delimitan, sino el Estado —titular del poder punitivo— a través de sus órganos, le incumbe el deber de determinar el hecho que ha violado la norma tal como se ha realizado: el Estado para los fines supremos de la justicia y para los propósitos que debe conseguir mediante la irrogación de la pena quiere que sea sancionado solo aquel que resulte ser efectivamente el autor del hecho constitutivo del delito. El Estado da al juez los medios directos e indirectos con el fin de que aprecie dentro de los límites de la posibilidad del conocimiento humano, cómo realmente, según la verdad histórica, se realizó el hecho. El proceso penal está por ello inspirado en el principio llamado de la verdad material, que le permite al juez fundar su decisión sobre el hecho como ha sido posible conocerlo con los medios objetivos e impersonales, y no como quiere ser presentado por quienes tienen un especial interés en el mismo.*

Recogida la prueba, incumbe al juez una doble actividad; de una parte debe reconstruir el hecho que constituye el delito, y lo reconstruye yendo de lo conocido a lo desconocido, es decir, hacia el delito, y hacia la atribución del mismo a un sujeto humano, autor material y psíquico; de otra parte, debe dar la calificación jurídica correspondiente al hecho criminoso con la necesaria referencia a las circunstancias penalmente relevantes.

La primera actividad hace relación a la valoración de las pruebas. La segunda, a la valoración jurídica del delito. Esta presupone la otra, por cuanto que solamente se puede dar una valoración jurídica al delito, en cuanto del examen y evaluación de las pruebas emerja claramente que se ha cometido un determinado hecho que se atribuye a un sujeto que puede ser penalmente responsable.

Si lo anterior se cumple a cabalidad en un determinado proceso, es obvio que no podrá alegarse la comisión de irregularidades para montar sobre ellas una supuesta falla del juez capaz de invalidar el fallo que es el caso que se presenta ahora al examen de la Sala.

El Tribunal Superior Militar, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 593 del C. de J. P. M. rechazó la prueba solicitada por el apoderado del ex-agente López, por inconducente. Hizo uso entonces, de una facultad que le otorga la ley para calificar la conducencia de la prueba solicitada, y al calificarla como no idónea para demostrar un hecho suficientemente probado en el proceso, no violó ningún derecho de la defensa.

Sobre la pertinencia de la prueba en materia penal escribe Eugenio Florián (De las pruebas Penales, tomo I, *pág. 76) que "no todo lo que desde el punto de vista de la posibilidad abstracta es admisible como objeto de la prueba, lo es por sí mismo, en concreto, a propósito de cada uno de los casos de investigación que se presentan. Para que el objeto de prueba sea acogido y llevado al proceso, necesita de un requisito que lo pone frente a una notable limitación sustancial, es decir, que debe ser* pertinente *y* concluyente *(relevante) en relación con los fines del proceso en un caso concreto. Ante todo, si se tienen en cuenta los hechos potencialmente todos son susceptibles de prueba en el proceso penal; pero como el proceso tiene el fin práctico de buscar y establecer la verdad jurídica respecto a una imputación de delito en concreto y de llegar a la conclusión sobre el tratamiento que debe dársele al autor de ese delito, de conformidad con la ley penal, por ello es obvia la deducción de que los elementos de hecho que pueden aceptarse en el proceso en función de objeto de prueba, son solo los que sirven para los fines inmediatos y específicos del proceso de que se trata. En verdad, la investigación judicial debe ser completa y no debe divagar, ni perderse en el campo de lindes sobremanera vagos o de puntos de referencia demasiado lejanos; al contrario, fijando claramente su objeto, dicha investigación debe proceder de modo firme y concluyente. De aquí se infiere que los hechos deben referirse a la materia de que se trata en el proceso, es decir, ser* pertinentes *y, además, ser* importantes *y* relevantes *(concluyentes)", de ahí la existencia de normas como la consagrada en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, que exige en la solicitud de la práctica de pruebas la demostración de su conducencia cuya calificación ha dejado la ley, al libre examen del juez que es quien dirige la investigación.*

Los planteamientos que anteceden, relativos al examen de la prueba de cargo se ha considerado pertinente formularlos, pese a que el proceso se tramitó con intervención de los vocales en Consejo Verbal de Guerra, por la circunstancia de que la censura al fallo no se formuló con apoyo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, sino como se vio, por considerar el de-

mandante que se había violado el derecho de defensa a través de la negación de la práctica de una prueba, lo cual, en su opinión, y tal como se anotó al transcribir los apartes de la demanda, integraban una nulidad constitucional, razón por la cual impugnó la sentencia con base en la causal cuarta de casación.

Lo anterior, para ratificar la jurisprudencia de la Sala en el sentido de afirmar que en los procesos que se ventilen con intervención del jurado de conciencia o de los vocales en los Consejos de Guerra, no es procedente el estudio sobre el material probatorio que sirvió de base para producir el veredicto sometido a su consideración.

El cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado especial del proceso, Joaquín López López contra la sentencia de 23 de septiembre de 1974 del Tribunal Superior Militar, de la cual se ha hecho mención en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR Y MAYOR PELIGROSIDAD

Su aplicación es de resorte privativo de los jueces de conocimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 28.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Tomás López Gualteros contra la sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, que confirmó la de primer grado dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, por medio de la cual se impuso al acusado la pena principal de nueve años de presidio como responsable del delito de homicidio.

El recurso se admitió por auto de veintiocho de noviembre último, y dentro del término legal, el doctor Guillermo Torres Barrera presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley mediante providencia del primero de marzo del corriente año.

Hechos y actuación procesal.

El 18 de julio de 1964, Alfonso Gutiérrez Hernández departía, entre otros, con Tomás López Gualteros y Marcos López (alias Tolima), en el sitio de "Manitas", correspondiente a la Inspección de Policía de Chánares, vereda de Téllez, Municipio de Borbur, en el Departamento de Boyacá. Los contertulios jugaban al tejo y bebían cerveza cuando se presentó discusión entre Gutiérrez Hernández y algunos de los presentes. Este salió de la cantina y disparó al aire su revólver hasta agotar la carga. Cuando se dedicaba a recargar el arma, Tomás López disparó contra él varias veces, le ocasionó la muerte e inmediatamente huyó del lugar.

La investigación fue iniciada por la Inspección Departamental de Policía de Chánares. La continuó el Juzgado Trece de Instrucción Criminal, y, entre otras diligencias, oyó en indagatoria a Marco Antonio López Villamor. Dictó auto de detención contra éste, López Gualteros y Medardo o Gerardo Porras. Fue enviado el negocio al Juzgado Segundo Superior de Tunja, que ordenó la práctica de algunas pruebas. El Juzgado Promiscuo Municipal de Borbur revocó el auto de detención dictado en contra de Medardo Porras, quien rindió indagatoria ante ese despacho y señaló como autor del hecho a Tomás López.

Cerrada la investigación se llamó a responder en juicio a Tomás López Gualteros por homicidio simplemente voluntario, y se ordenó cesar el procedimiento en relación con Medardo Porras, por cuanto se acreditó su fallecimiento, y se sobreseyó definitivamente en favor de Marco Antonio López Villamor.

Al procesado López Gualteros se le declaró reo ausente, se le nombró defensor de oficio y se llamó a responder en juicio por homicidio y robo en la persona y bienes de Luis Antonio Mendoza Gutiérrez, según hechos ocurridos en la vereda de "El Consuelo", Municipio de Borbur, el 16 de julio de 1964. Una vez acumulados los procesos y luego de los trámites de rigor, tuvo lugar la audiencia pública con intervención de jurado. Absolvió a los procesados por los delitos de homicidio y robo cometidos contra Luis Antonio Mendoza, y declaró responsable a Tomás López Gualteros por el homicidio de Alfonso Gutiérrez. Se dictó sentencia condenatoria contra López Gualteros y se le impuso pena principal de nueve años de presidio que el Tribunal Superior de Tunja confirmó posteriormente en su integridad.

La demanda.

Capítulo primero.

Cargo único. Causal cuarta. Numeral 4º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

El procesado no estuvo asistido de apoderado durante la etapa sumaria.

1. "Evidentemente. Surtido el emplazamiento del sindicado sin que se lograra su comparecencia, se le discernió apoderado y éste se limitó a firmar la correspondiente acta de posesión y se abstuvo totalmente de solicitar la práctica de prueba alguna tendiente a establecer los hechos

y el comportamiento del sindicado a cuyo nombre debía actuar, ni utilizó recurso alguno que controvirtiera las notables deficiencias y evidentes vacíos del auto de detención precautelativo''.

2. No alegó de conclusión.

3. El defensor de oficio asumió la misma actitud pasiva en la etapa probatoria del juicio.

4. Se omitió la notificación personal del Fiscal del auto que señaló día y hora para verificar la audiencia pública, con violación de los artículos 179 y 180 del Código de Procedimento Penal (folio 603).

5. En la audiencia pública el defensor reconoció su inexperiencia y dijo. ''Ningún interés persigo absolutamente en los planteamientos que os hago, porque no conozco a ninguno de los procesados. Mi única fuente de información es la que logré leer en dos o tres horas de este voluminoso proceso. Por cierta ironía de la vida debo tratar de explicar un proceso del cual nada he podido aprender porque les voy a ser sincero: no fue mucho el tiempo que pude dedicarle para estudiarlo''. Por ello cree el recurrente que hubo ausencia de defensa para el procesado, dada la pasividad del defensor.

6. El artículo 26 de la Constitución Nacional no es concesión graciosa sino verdadero derecho natural del hombre, que no admite alienación.

7. Conclúyese de lo anterior, como evidente la inasistencia jurídica de Tomás López, durante el proceso que se le siguió por la muerte de Alfonso Gutiérrez Hernández, lo mismo en el sumario que en el juicio, y la violación flagrante del artículo 26 de la Constitución Nacional y en consecuencia, se dictó sentencia en juicio viciado de nulidad supralegal.

Capítulo segundo.

Cargo primero. La sentencia viola indirectamente la ley sustancial, por error de hecho cuando da por demostrado, sin estarlo, antecedentes de libertinaje y depravación que conducen al sentenciador a dar aplicación indebida al numeral 1º del artículo 37 del Código Penal.

1. ''El sentenciador no concreta las pruebas que le permiten fundamentar el agravante, el cual, por lo menos, hace suponer que se tenga noticias ciertas o siquiera aproximadas de la personalidad del procesado, cuando es sabido en el proceso y así se puntualiza, en la sentencia de primer grado, que del procesado Tomás López Gualteros apenas si se conoce su nombre, ignorándose todas sus demás actuaciones personales, de modo que no se puede predicar antecedentes de ninguna persona que procesalmente no se conoce no obstante la suma de todas las referencias que sobre el particular se tengan''.

2. Incurre en error el sentenciador, pues al tiempo que afirma su desconocimiento de la personalidad del procesado, deduce, con fundamento en ella agravantes en su contra.

Cargo segundo. La sentencia es violatoria del numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, al darle aplicación y tener por demostrada, sin estarlo, la circunstancia de mayor peligrosidad allí prevista.

1. El fallador califica a Alfonso Gutiérrez Hernández (occiso) de ''busca pleitos'', ''peleador de vereda'', ''hombre peligroso y belicoso'', ''su conducta en las horas inmediatamente anteriores a su muerte, es verdaderamente censurable'', por cuanto ''en menos de una hora sostuvo seis desafíos con personas diferentes'' (auto de proceder, folios 188 y siguientes), y por ello incurre en error de hecho, pues Tomás López, al reaccionar contra semejante comportamiento, no lo hacía por motivos baladíes.

2. El aumento de pena no encuentra apoyo legal ''y por ello se constituye en evidente violación de la ley que se pretende aplicar sobre supuestos fácticos absolutamente equivocados''.

3. Hubo exceso en la dosificación de la pena. El fallador de instancia toma como referencia la circunstancia de mayor peligrosidad, contemplada en el numeral 7º del artículo 37, en tanto que el Tribunal la ignora, pero sin alterar la pena corporal impuesta al procesado.

4. Debe aplicarse la pena mínima ya que las circunstancias de mayor peligrosidad no se encuentran demostradas (petición subsidiaria de la demanda).

Concepto del Ministerio Público.

Causal cuarta.

Cargo único. Lo conveniente sería que el procesado contara desde el primer momento con asistencia de apoderado en todas las diligencias. ''Sin embargo, la ley no consagra esta exigencia que representaría un requisito muy difícil de cumplir y que constituiría grave dificultad para el trámite de la investigación; por manera que de la falta de intervención de apoderado en el sumario, no puede deducirse la nulidad ni la ley la consagra''. De otro lado, la defensa se realiza especialmente en el juicio y durante esta etapa el procesado estuvo convenientemente asesorado, pues dentro de la amplitud del derecho de defensa el profesional encargado de ella presentó alegaciones pertinentes durante la audiencia. Fue así como solicitó condenación por el segun-

do proceso, pero invocando la circunstancia atenuante del estado de ira e injusta provocación.

Por otra parte —opina el Ministerio Público—, si se admitiera el cargo, la decisión comprendería la actuación en los procesos acumulados, con perjuicio del procesado, absuelto en uno de los mismos.

Causal primera.

1. Los dos cargos deben examinarse conjuntamente ya que se refieren a circunstancias reconocidas por el fallador para graduar la pena y se formulan en relación con la violación indirecta de la ley sustancial.

2. No existe prueba suficiente para deducir la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 1º del artículo 37 del Código Penal, pues solo hay manifestaciones generales de algunos testigos.

Los motivos determinantes fueron bien calificados como baladíes. El procesado era amigo del occiso y departía con él, cuando se presentó su provocación a los circunstantes.

3. El Tribunal no hizo expresa mención de la circunstancia del numeral 7º del artículo 37 del Código Penal, y confirmó la providencia en su integridad, por lo cual no debe entenderse descartada. De otra parte, López Gualteros disparó contra Gutiérrez cuando éste recargaba su arma y por ello debe admitirse demostrada aquella causal, y como el fallador con vista en ella podía aumentar la pena dentro de sus facultades discrecionales, no ha demostrado la violación que, con fundamento en un supuesto exceso de la pena, ha señalado el recurrente. En consecuencia, el Procurador solicita que se deseche la demanda.

Se considera.

Causal cuarta.

Cargo único. El procesado recurrente fue llamado a responder en juicio de causas acumuladas por los delitos de homicidio y robo en la persona y bienes de Antonio Mendoza Gutiérrez y por homicidio en Alfonso Gutiérrez Hernández.

Y no es exacto, como lo afirma la censura, que su defensor se hubiese limitado en el acto de audiencia pública a excusar su inexperiencia en las prácticas del foro. Por el contrario, y pese a la actitud inexplicable del Agente del Ministerio Público que dejó expresa constancia de su indiferencia respecto del primero de los delitos imputados a Tomás López Gualteros, sobre el cual manifestó que dejaba en libertad a los jurados de contestar como tuvieran a bien, habiéndose abstenido de dar su opinión, el defensor criticó el enjuiciamiento que por dicho delito hizo el Tribunal Superior y, la actitud pasiva del Ministerio Público, y fruto de sus argumentaciones y de su eficaz intervención en la vista pública fue la declaración de inocencia que por el delito de homicidio y robo hizo en su favor el jurado de conciencia y la consiguiente absolución que por los mismos hechos le impartieron los juzgadores de las instancias. Y si fue condenado por homicidio intencional en la persona de Alfonso Gutiérrez Hernández, la defensa hizo sobre el particular lo que consideró su deber, y si no alcanzó que se reconociera por el jurado la circunstancia modificadora de la responsabilidad de su patrocinado, por haber cometido los hechos en estado de ira y de intenso dolor, por grave e injusta provocación de su víctima, no por ello se puede descalificar, con razones valederas, su actuación como defensor. El cargo no prospera.

Causal primera.

Cargos segundo y tercero. Atendiendo la insinuación del Procurador Tercero Delegado en lo Penal y porque sustancialmente los dos cargos contienen una misma censura a la sentencia, o sea que el Tribunal dedujo en contra del procesado recurrente la circunstancia de mayor peligrosidad que prescribe el numeral primero del artículo 37 del Código Penal, sin razón que lo justificara *cabe observar sobre este punto que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad son, en su aplicación, de resorte privativo de los jueces del conocimiento, quienes proceden dentro del margen discrecional otorgado a ellos por voluntad expresa del legislador (artículo 36 del Código Penal), por lo cual debe respetarse su criterio salvo el caso de ostensible oposición entre la realidad evidenciada en el proceso y la decisión judicial.* Como este no es el caso sometido a examen de la Corte ni el recurrente ha demostrado que se dé en él contradicción de tal naturaleza, la Sala habrá de respetar, también por este aspecto, las conclusiones de la sentencia acusada.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, de la fecha y origen que se dicen en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONFLICTOS DE NORMAS QUE SE PRESENTAN CON OCASION DE LA SUCESION DE LEYES PENALES

Son dos los presupuestos a tomarse en consideración para la solución de los posibles conflictos que se presentan con ocasión de la sucesión de leyes penales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 28 de julio 18 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de los procesados Gustavo Rincón Ortiz y Eduardo Escobar Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 26 de julio de 1974, por la cual reformó la dictada por el Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad, y condenó a los procesados a la pena principal de cinco años y un mes de presidio como responsables del delito de robo, en lugar de la de tres años fijada en el fallo de primera instancia.

Contra dicha decisión, el defensor de los procesados, interpuso recurso de casación que le fue concedido y la demanda ajustada a las exigencias de ley.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos materia del juicio los relata el Tribunal de la instancia de la siguiente manera:

"...el 25 de enero de 1973, a eso de las dos de la mañana, en momentos en que se encontraba prestando servicio de celador el señor Jesús María Ramírez Jaramillo, quien manifiesta que 'entraron tres personas al taller en donde presto mis servicios como celador, situado en la avenida 30 número 30-68 Sur, de propiedad de don Jesús Laverde y se colocaron en la puerta de la pieza que yo habito con el fin de no dejarme salir y como yo oía ruidos procedentes de las puertas que trataban de abrir, me puse a gritar y pedir auxilio, cuando se retiraron pude salir y en seguida me dirigí a la residencia de don Jesús Laverde a informarle lo ocurrido... Al rato pasó una patrulla, que precisamente iba para el taller, conduciendo los ladrones, pues éstos habían sido capturados cuando trataban de abrir la puerta de la residencia del señor Cristóbal García... en donde tiraron los cuchillos que portaban los cuales fueron recogidos por los agentes, al ser capturados los ladrones, confesaron que habían hecho un robo en los talleres...' que lo robado asciende a un valor aproximado de treinta mil pesos".

La investigación la adelantó el Juzgado Veintinueve de Instrucción Criminal. Una vez perfeccionada y dictado auto de detención contra los sindicados Gustavo Rincón Ortiz, Eduardo Escobar y María Teresa Ortiz, envió el proceso, por competencia, al Juzgado Once del Circuito Penal, funcionario que calificó el mérito del sumario mediante auto de llamamiento a juicio por el delito de robo ejecutado con escalamiento de muros y utilización de llaves maestras empleadas para abrir el local de donde fueron sustraídos los objetos materia de la infracción.

Contra el auto de proceder se interpuso recurso de apelación el cual fue decidido en forma negativa para los procesados Gustavo Rincón y Eduardo Escobar, y revocado en cuanto a la mujer María Teresa Ortiz, a quien se favoreció con un sobreseimiento definitivo.

Ejecutoriado el auto de proceder, se impulsó el juicio en forma legal, y el Juzgado del conocimiento, mediante sentencia del 15 de mayo de 1974, condenó a los procesados Rincón y Escobar a la pena principal de tres años de presidio, cada uno, en su condición de autores del delito de robo agravado, al tenor de lo dispuesto en el ar-

tículo 404 del Código Penal. El fallo se sometió a consulta con el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, donde fue reformado, con las consecuencias que se anotaron.

Demanda de casación.

Al amparo de la causal primera de casación, el apoderado especial de los sindicados, formula, contra la sentencia recurrida, un cargo único, consistente en que la sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de la Ley 21 de 1973, artículo 9º.

Expresa el censor al formular críticas a la sentencia: "Los hechos tuvieron ocurrencia en las horas de la mañana del veinticinco de enero de mil novecientos setenta y tres, cuando se encontraba vigente el artículo décimo (10) del Decreto 1988 de 1971 que entró a regir el 9 de octubre de ese mismo año (D. O. número 33443)".

"La sentencia del ad quem se pronunció el veintiséis (26) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), es decir, cuando ya se había derogado el Decreto en comento, y estaba reglada la modalidad temperamental atribuida a Rincón Ortiz y Escobar Rodríguez por el artículo 9º de la Ley 21 de 1973, cuyo texto se publicó en el D. O. número 33989 del 12 de diciembre del mismo año. La aplicación del artículo 9º de la Ley 21 de 1973 viola el precepto constitucional, de conformidad con el cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa...' y con claridad se ve, que la citada ley es posterior al hecho imputado, no siendo viable, por ende, su aplicación. Pero es más, si tenemos en cuenta que el anterior decreto fue derogado por el 2725 del 29 de diciembre de 1973, la norma sustancial tomada en cuenta por el sentenciador de segundo grado, ya había dejado de regir. Es por ese motivo que viene a ser de aplicación indebida el precepto contemplado en el artículo 9º de la Ley de 1973, no solo porque su vigencia fue posterior al hecho imputado y su retroactividad es imposible en materia penal, sino porque jamás se puede afirmar que, al no haber existido solución de continuidad entre las dos normas, debe acudirse, a lo que pudiéramos llamar 'un empalme', lo que en el fondo se ha hecho por el sentenciador de segunda instancia, término que resulta ostensiblemente inelegante, no solo en su enunciación tratándose de situaciones jurídicas, sino en su aplicación".

Considera, por todo lo anterior, el censor, que en el caso sub júdice ha debido aplicarse el artículo 404 del Código Penal que es norma "más favorable y de aplicación preferente a la odiosa o restrictiva". Que si hubiera duda, habría que recurrir a la interpretación más benigna, en obedecimiento al mandato del inciso 5º del artículo 45 de la Ley 153 de 1887. Que, por cuanto ello no se hizo, en el presente caso se han violado varios principios, entre ellos, el de la legalidad del proceso (artículo 1º del Decreto 409 de 1971), el de la irretroactividad de la ley penal y el de la favorabilidad (Ley 153 de 1887, artículo 43).

Pide, como conclusión, que se case el fallo recurrido y se dicte el que deba reemplazarlo.

Respuesta del Procurador.

El Procurador Segundo Delegado Penal responde al cargo único formulado en la demanda, recordando que la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en varios fallos sobre el tema planteado en la demanda, y se ha expresado sobre la inexistencia del tránsito de leyes entre la extraordinaria (Decreto 1988 de 1971) y la ordinaria (Ley 21 de 1973) que implicaría el renacimiento, así fuera momentáneo, del artículo 404 del Código Penal, todo esto, en cuanto toca con la penalidad, señalada para el delito de robo.

Dice el Procurador, al reseñar las diferentes etapas de vigencia de las normas citadas, que si bien el Decreto 1988 de 1971, que aumentó la pena del robo y fue dictado con fundamento en la facultad constitucional del artículo 121, dejó de regir el 29 de diciembre de 1973, fecha en que se levantó el estado de sitio (Decreto 2725), el legislador ordinario había aprobado la Ley 21 de 1973 que recogió en este punto el texto del decreto legislativo, y su vigencia comenzó el 12 de diciembre, por virtud de su promulgación dispuesta para esa época por mandato de su artículo 16.

En consecuencia, expresa el Procurador, "que aun antes de cesar en sus efectos legales el Decreto 1988, por el restablecimiento de la normalidad institucional fue promulgada la Ley 21 que en su artículo 9º, se repite, reprodujo in integrum la penalidad señalada para el robo", por lo cual, no es jurídicamente aceptable hablar de sucesión de normas penales.

Y concluye así:

"El juzgamiento de los procesados se hizo con norma preexistente al hecho imputado, puesto que para la época de la comisión del delito y de pronunciamiento de la sentencia que puso fin al proceso, regían, en su orden, el Decreto 1988 y la Ley 21, disposiciones creadas con el único pro-

pósito de aumentar la penalidad para algunos delitos, entre otros, para el de robo agravado".

Por tanto, "no ha existido conflicto de leyes que deba resolverse por la más favorable en razón de que los estatutos fijaron la misma pena para el delito de robo, con lo cual no se causa agravio a los acusados por la aplicación de una u otra", en tal virtud la demanda debe desecharse.

Consideraciones de la Sala.

Se ha dicho bien que las normas jurídicas no constituyen entidades universales e inmutables, sino que están sometidas al proceso de su nacimiento, existencia y muerte igual que los seres humanos. Por lo mismo que la relación temporal, como la especial, constituyen términos imprescindibles de referencia de todas las fuentes del derecho positivo, ya que los hechos humanos disciplinados por las normas jurídicas tienen que desarrollarse necesariamente dentro de una determinada dimensión especial y temporal, y por tanto, su aplicación y la producción de las consecuencias jurídicas se verifican en un determinado momento; en fin, en un determinado instante, la norma jurídica es abrogada y llega a ser ineficaz. Como este fenómeno no se produce de manera automática y casi natural, el ordenamiento jurídico ha de tomar cuenta de él, y de sus consecuencias en el terreno de la aplicación de la norma, para lo cual debe reglamentar el fenómeno de la sucesión de leyes, con el objeto de delimitar la respectiva esfera de su eficacia y reglamentar los conflictos que pueden presentarse con respecto a su vigencia; conflictos que deben ser resueltos de tal modo, que la pluralidad de calificaciones de un mismo acto sea solamente aparente, puesto que una sola puede ser, en el momento considerado, la disciplina aplicable.

Son dos, por tanto, los presupuestos a tomarse en consideración para la solución de los posibles conflictos de normas que se presenten con ocasión de la sucesión de leyes penales. De una parte, deben determinarse los términos, inicial y final de la fuerza normativa de la ley; de otra, fijarse el momento en que el hecho considerado ha sufrido la influencia de la norma para hacerlo producir efectos jurídicos.

La obligación y la eficacia de la ley penal está determinada por el período de su vigencia, y como principio general, solo es aplicable a hechos que se realicen con posterioridad a su promulgación. Dejará de producir efectos jurídicos una vez haya sido derogada.

Estos principios se han recogido en normas constitucionales (artículos 26 y 28) textos en donde se consagran dos postulados fundamentales que informan el derecho penal de los países civilizados: el de la irretroactividad de la ley penal, *según el cual la norma penal no es aplicable a hechos ilícitos ejecutados con anterioridad a su vigencia; y el de la* no ultraactividad de la ley *cuyo sentido es el de que la ley penal no puede aplicarse a hechos o relaciones jurídicas realizadas después de su extinción.*

Con fundamento en estos dos principios se delimita la validez de la ley penal en el tiempo y se logra llegar al principio superior que suele indicarse con el aforismo latino tempus regit actum, *el cual implica que la eficacia de la ley está circunscrita al tiempo en que ésta ha estado en vigencia.*

Igualmente, y como es reconocido por la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, en los textos constitucionales citados, encuentra vigencia el principio de la legalidad de los delitos y de las penas (Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale). Principio de estricta legalidad, de la "fuerza de reserva" de la ley penal al cual se vincula el postulado de la tipicidad del Derecho Penal, o sea el que se relaciona con la taxativa previsión de las penas criminales y con la formulación de los diversos tipos penales relacionados tanto con sus elementos objetivos como con los que se refieren a los aspectos subjetivos. Con este principio se enuncia la prohibición de que alguien pueda ser sancionado penalmente por un hecho que no se halle expresamente previsto como delito por la ley, o de poner a cargo de quien haya cometido un delito una circunstancia agravante no prevista en la ley. Y, como corolario, la prohibición de la analogía.

En materia de sanciones criminales, el principio recoge la prohibición de no consentir una pena o un "tratamiento" que no se encuentre claramente previsto en la ley; el de no admitir jamás que por un hecho aun definido como delito, pueda ser aplicada una pena prevista solo para otros ilícitos; el de no admitir en el curso de la ejecución de la sanción ninguna mutación que conduzca a la pena misma a convertirse, en el caso concreto, en una modalidad más restrictiva de la libertad o más opresiva de la personalidad de aquella que la ley ha previsto o que el juez ha aplicado.

Finalmente, habrá que indicar que los casos que se pueden presentar en la sucesión de leyes penales se reducen a los siguientes:

a) La ley nueva eleva a la categoría de delito un hecho que antes no lo era; b) La ley nueva quita el carácter ilícito a un hecho que antes era

considerado como delito; c) La ley nueva, mantiene el carácter de delito al hecho, pero establece para él un tratamiento diverso más desfavorable para el procesado (nueva disposición simplemente modificativa), y d) Mantiene el carácter de ilícito para el hecho, pero el tratamiento es más favorable que el anterior. La reglamentación legal referida se encuentra fundamentalmente definida en el articulado de la Ley 153 de 1887 (artículos 43 y siguientes) y en otros textos legales (Código Penal y Código de Procedimiento Penal), que no son más que desarrollo de los constitucionales.

El caso sometido a la decisión de la Corte se refiere a la hipótesis de una ley nueva, que se pretende introdujo modificaciones desfavorables para el procesado en relación con las que estaban previstas por una ley anterior, que se considera, por lo mismo, aplicable al hecho objeto del fallo recurrido.

Entonces se tiene: por virtud de lo dispuesto en los artículos 9º y 10 del Decreto legislativo 1988 de 1971 se elevaron a dos y cinco años de prisión las penas mínimas previstas en el Código Penal, para el delito de robo simple y para la hipótesis del robo con agravantes, respectivamente, definidos en los artículos 402 y 404 del Código de las penas. El decreto en referencia, fue dictado por el legislador extraordinario el 9 de octubre del año de 1971, y su vigencia comenzó en la misma fecha, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17. La naturaleza del decreto legislativo le confiere a la norma unas características suyas propias que se concretan en estos dos aspectos esenciales: primera, se trata de una norma eminentemente transitoria ya que su duración, y por lo mismo, su eficacia jurídica, está condicionada a la desaparición de los factores que determinaron el estado de sitio (artículo 121 C. N.).

Se trata, por consiguiente, de una norma de derecho, excepcional, *por su origen y por sus características, cuyo período de vigencia es limitado, pero indeterminado, es decir, que rige mientras subsistan las condiciones excepcionales en consideración a las cuales fue dictada y requiere de un acto expreso de derogación en cuanto a que las calificaciones de las condiciones que determinaron su expedición es potestativo de un acto del Gobierno (artículo 121 Constitución).*

De otra parte, mediante los decretos legislativos, solamente puede el Gobierno suspender *la eficacia de las leyes que considere incompatibles con el estado de sitio, o sea que, le está vedado derogarlas. De acuerdo con lo anterior, se tiene, que si la facultad del Gobierno en materia de leyes preexistentes al establecimiento del estado de sitio, es apenas la de la suspensión de su eficacia, tan pronto como se restablece la situación de orden público, y se levanta el estado de sitio, recobran,* ipso jure, *su vigencia, todas las normas legales que habían sido suspendidas por virtud de su declaratoria.*

Pero se demanda: ¿Puede el legislador ordinario (Congreso), dictar leyes de carácter permanente durante la época en que el país se halla en estado de sitio? La respuesta no puede ser sino afirmativa. Ninguna disposición constitucional impide que el Organo Legislativo cumpla su función primordial de legislar pudiendo, como está previsto en la Carta, coexistir la situación de turbación del orden público, con la reunión del Congreso, al que incumbe el examen de las razones que motivaron la medida del Gobierno. Ahora bien: las leyes que dicte el Congreso encontrándose el país en estado de sitio, presentan, en relación con las facultades del Gobierno, dos aspectos: uno, que la ley de carácter permanente, no incida, para nada, sobre las medidas que el Gobierno ha tomado para conservar el orden público, es decir, que no modifica ni deroga los decretos legislativos, y por lo mismo, nada impide, se repite, que el Congreso cumpla su función esencial de legislador, pudiendo, por tanto, entrar a regir esas leyes, conjuntamente con los decretos extraordinarios, por no existir incompatibilidad ninguna entre unos y otros.

Pero, ¿podrá el Congreso, legislador ordinario, dictar leyes que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el Gobierno para la conservación del orden público y cuya vigencia coincida con la del estado de sitio? La respuesta no puede ser sino negativa. La razón es clara: la Constitución Nacional impone al Presidente la obligación de "conservar en todo el territorio el orden público, y restablecerlo en donde fuere perturbado" (artículo 120-7) y para que pueda cumplir con ese deber, la misma Carta otorga las atribuciones consagradas en el artículo 121, al convertirlo en legislador extraordinario. Entonces, resulta por lo menos absurdo, suponer que el Congreso, a través de su función legislativa pueda válidamente oponerse a que el Gobierno cumpla con sus funciones constitucionales. Pero aun en el evento de que ello fuera posible jurídicamente, prescindiendo de las consideraciones de conveniencia de derogar normas de carácter eminentemente transitorio como son los decretos legislativos, habría que afirmar que las leyes dictadas por el Congreso y que contradigan o se opongan a las medidas tomadas por el Gobierno para la conservación del orden público, siendo

plenamente válidas, no tendrían eficacia jurídica, sino hasta el momento mismo en que se levantara el estado de sitio. En otras palabras, nacerían a la vida jurídica suspendidas, *ya que en relación con ellas, también tiene plena aplicación la facultad del Gobierno para suspender las que sean incompatibles con el estado de sitio. Es decir, que la norma de tal naturaleza, siendo plenamente válida, en cuanto a su vigencia y a su eficacia jurídica estaría temporalmente suspendida por su oposición con las dictadas en estado de sitio, ya que no existe razón valedera para que el Gobierno no pueda ejercer su facultad de legislador extraordinario, disponiendo su suspensión temporal, igual que la ejerce con cualquiera otra ley.*

Si las consideraciones anteriores son válidas, resuelven satisfactoriamente el tema objeto de esta decisión por las razones que en seguida se exponen.

El Decreto extraordinario 1988 se dictó el 9 de octubre de 1971 y con él, el legislador extraordinario, suspendió *normas del Código Penal, en cuanto a la graduación de las penas mínimas previstas en él, para el delito de robo simple, y para el circunstanciado. Luego, se dictó la Ley 21 de 1973 hallándose el país en estado de sitio, o sea el 3 de diciembre, con vigencia al 12 del mismo mes y año, con la cualidad de esta ley, de no limitarse a la* suspensión *de las normas del Código Penal, como lo disponía el decreto legislativo, sino que expresamente las* derogó.

Entonces, se demanda: ¿era incompatible la Ley 21 de 1973 con la eficacia de las medidas sobre orden público tomadas por el Ejecutivo a través del Decreto 1988 de 1971, siendo que la ley recogió en su articulado, substancialmente la materia que contenía el Decreto? Seguramente que no, porque, además, como lo recuerda el Procurador la ley reprodujo in integrum *el texto del Decreto, y en el tema que es materia de controversia, en nada se apartó de su espíritu y de su finalidad.*

Pero como no es jurídicamente posible la coexistencia, en el tiempo de dos normas (el decreto y la ley) que regulen una misma materia, y por lo mismo, menos la de tres (el decreto, la ley y el código) es incuestionable, para evitar este caos jurídico que implica dicha coexistencia, que solamente una norma viniera a regular la situación jurídica que interesa, y esa norma no podía ser otra que la contenida en la ley, que expresamente derogaba las suspendidas *del Código.*

De suerte tal, que al igual que cualquiera otra ley ordinaria dictada durante el estado de sitio, que no sea incompatible con las medidas que el Gobierno hubiere tomado para su conservación, la Ley 21 de 1973 nació a la vida jurídica con plena validez y su vigencia, para los efectos legales que aquí importan, comenzó precisamente en la fecha predeterminada por la misma. Y es clara su ninguna incompatibilidad con las medidas gubernamentales encaminadas a la conservación del orden público, si como se ve, por la simple lectura de su artículo, reprodujo literalmente el texto del decreto legislativo en la parte que es materia de controversia.

Entonces, siguiendo el orden cronológico de la producción de las diversas normas, se tiene, que el Decreto extraordinario 1988 comenzó a regir el día en que fue dictado (9 de octubre de 1971) y su vigencia se prolongó hasta la fecha en que se levantó el estado de sitio (diciembre 29 de 1973) fecha en que dejó de producir efectos jurídicos (artículo 121 de la Constitución) en todo aquello que no hubiera sido recogido por una disposición de carácter permanente, para el caso, la Ley 21 de 1973 que derogó *las normas del Código Penal que estaban suspendidas desde el 9 de octubre de 1971.*

De consiguiente, si las normas del Código Penal estaban suspendidas, *o sea, no tenían eficacia jurídica, no producían ningún efecto legal, y estando en esa situación fueron* derogadas *por la ley, ¿en qué momento volvieron a nacer a la vida jurídica, siendo que tanto la suspensión como la derogación implican, como se ha dicho, la eliminación plena de sus efectos jurídicos?*

Todo lo anterior está a significar, que no es factible que se pueda sostener la tesis de la sucesión de leyes penales y que por lo mismo se sostenga que hubo violación de derechos reconocidos por la ley y la Constitución a los procesados. Es evidente, que no existió solución de continuidad entre el Decreto 1988 que suspendió las normas del Código Penal y la Ley 21 que las derogó cuando estaban suspendidas.

Además, hay que tomar en cuenta, que la sucesión de leyes penales, en la modalidad en que la ley nueva sea apenas modificativa, se presenta solamente cuando entre una y otra ley, exista diversidad de tratamiento sin que se presente la hipótesis de nueva incriminación o de abolición precedente. En el caso de autos, cuál modificación se puede alegar entre las disposiciones contenidas en el Decreto 1988 de 1971 y las de la Ley 21 de 1973 que en cuanto al tema de su aplicación al caso sub-examen *son exactamente iguales? ¿Cómo se puede afirmar que se ha violado el principio de la estricta legalidad (artículo 26 de la Carta), si cuando los hechos imputados a los procesados Rincón y Escobar estaban regla-*

dos por el Decreto 1988 de 1971 que consagraba exactamente la misma clase y cuantía de las sanciones impuestas en la sentencia recurrida? ¿Acaso en el proceso de autos, no se dio estricto cumplimiento a la aplicación de la ley que regía en el momento en que se cometió el delito? El principio tempus regit actum *tuvo, por lo mismo, plena aplicación.*

Para que se pueda plantear la aplicación del principio de favorabilidad de una ley, que implica excepción al de retroactividad, es necesario, como presupuesto lógico que exista diferencia de tratamiento jurídico entre una ley —la más favorable— y otra, que resulta en la práctica, más onerosa para los intereses del procesado, situación que no se presenta puesto que en el caso, existe identidad plena entre el contenido de las disposiciones del Decreto 1988 de 1971 y los de la Ley 21 de 1973, sin que, de otra parte, y como ya se anotó, pueda aducirse válidamente el resurgimiento de las del Código Penal que fueron expresamente derogadas por la ley cuando se hallaban suspendidas por el decreto de estado de sitio.

El cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, conforme en todo con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta providencia, y dispone que el proceso vuelva al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Humberto Barrera Domínguez y José María Velasco Guerrero.

Muy respetuosamente nos separamos de la mayoría, y seguimos pensando que la legislación de estado de sitio ostenta carácter sustancialmente transitorio y desaparece con todos sus efectos pendientes cuando el país retorna a la normalidad jurídica.

El principio de favorabilidad se invoca con fundamento en el tránsito de legislación. Este no es posible sino entre normas ordinarias, y jamás entre una ley de estado de sitio y otra expedida por el legislador en tiempo de normalidad.

El Código Penal, en los artículos modificados por la Ley 21 de 1973, dejó de regir el día 12 de diciembre del mismo año, fecha de vigencia de la última. Ese día, en la hipótesis más favorable al pensamiento de la mayoría, se operó el tránsito de legislación, fenómeno jurídico que con validez inobjetable ha sido invocado por el procesado a favor del recurso extraordinario de casación que ahora decide la Corte.

Fecha ut supra.

Humberto Barrera Domínguez, José María Velasco Guerrero.

DOCUMENTOS PUBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

Los documentos elaborados por trabajadores oficiales, son de carácter privado. Los documentos elaborados con intervención de funcionarios públicos en razón de sus funciones y trabajadores oficiales, son documentos públicos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 28 de julio 18 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia de 29 de agosto del año pasado, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, por medio de la cual se absolvió a Hernán Mejía Calderón de los cargos que por falsedad documental y peculado en contra de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, se le habían formulado en el auto de proceder, interpuso oportunamente el apoderado de la parte civil recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal y declarado admisible por esta Sala.

La sentencia referida revocó la que pronunciara el Juzgado Cuarto Superior de esa misma ciudad, por medio de la cual se había condenado a Mejía Calderón a la pena de cuarenta y ocho meses de presidio, así como también a las sanciones accesorias correspondientes y al pago de perjuicios.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros han sido resumidos por el ad quem en la forma que, por considerar ceñida a la realidad de los mismos, transcribe en seguida la Sala:

"En la denuncia que formulara el señor Carlos Alberto Manzur en la fecha ya indicada (diciembre 24 de 1971), ante los funcionarios de la Inspección Central de Permanencia de aquí, le imputó a Hernán Mejía Calderón, Jefe de Cuentas Corrientes de la Caja Agraria, Sucursal de esta ciudad, haber cometido, en perjuicio de esa entidad, un delito de peculado en forma continuada, cuyo monto era de ciento noventa y un mil quinientos sesenta y dos pesos con cuarenta y cinco centavos, el cual se estableció después de cumplida una investigación interna en tal establecimiento, al tenerse conocimiento sobre irregularidades que se presentaban en la cuenta corriente número 0812, perteneciente a la Administración de Impuestos Nacionales de esta ciudad. En la indagación referida, se halló en lugar diferente al acostumbrado, una hoja de la citada cuenta correspondiente al movimiento comprendido entre el treinta de abril al cinco de julio de mil novecientos setenta y uno, y junto a ella se encontró un cheque distinguido con el número 185295 a cargo de la Caja Agraria de Armenia, por la suma de setenta y cuatro mil trescientos pesos, girado el veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve, presentado a esa entidad para su cobro el día treinta siguiente. Ese título-valor correspondía a la cuenta número 1597 del señor Jairo Ruiz Osorio y su beneficiario era Alberto Giraldo Murillo, habiendo sido descargado únicamente el nueve de enero de mil novecientos setenta, y no de la cuenta dicha sino de la 0812.

"Según el denunciante, el once de octubre de mil novecientos setenta y uno, se presentó a la Caja Agraria de Armenia una comisión de Auditoría de la Casa Principal, y en el mismo día aparecía asentada una consignación ficticia por un valor de ciento ochenta y seis mil ochocientos noventa y tres pesos con noventa y cinco centavos, igual al faltante que figuraba en el libro auxiliar en tal fecha, y en menoscabo de los fondos de la Administración de Impuestos Nacionales. Esa operación ficticia tenía por finalidad el cuadre de dicha cuenta corriente, y evitar que

la anomalía fuera descubierta por la Auditoría que efectuaba la visita.

"El Gerente seccional agregó:

"En el mes siguiente, o sea en noviembre, aparece, de acuerdo al registro llevado en la Caja Agraria descargando en forma ficticia la cantidad de ciento ochenta y siete mil setecientos ochenta y siete pesos con veintisiete centavos, saldo que fue retirado en tres cheques, igualmente ficticios, decimos ficticios porque no aparece comprobante alguno a excepción del registro en la hoja de la Caja Agraria. Como se puede notar al examinar dicha hoja de registro allí aparece un mismo número de cheque para tres instrumentos y solo uno de ellos es real que es por noventa mil pesos, se trata del cheque número 6923. Y los dos ficticios suman la cantidad de sesenta y dos mil novecientos setenta y seis, noventa y un centavos. Igualmente hay otros dos cheques con el mismo número de los cuales el real es por quinientos mil pesos y el ficticio por ciento veinticuatro mil ochocientos diez pesos con treinta y seis centavos.

Conclusiones. El señor Mejía Calderón es el jefe de servicios bancarios actualmente y responsable del funcionamiento de dicha sección, desde hace aproximadamente unos cinco años. En su calidad de tal le correspondía visar la conformidad de los cheques recibidos, asentar las consignaciones, llevar el libro auxiliar de cuentas corrientes, llevar, igualmente, el libro de extractos de cuentas corrientes los cuales, dentro del movimiento normal son sacados simultáneamente con los mismos saldos, pero pudiendo en un momento dado, por error o por dolo sacarse un duplicado diferente, recibir y despachar los comprobantes de cheques de otras plazas y otros bancos, pudiendo, por lo tanto, en un momento dado, retener o desaparecer u ocultar dichos instrumentos negociables, igualmente lleva el control del trámite de la apertura de cuenta corriente de la Caja, así como la venta de chequeras. También le corresponde actualmente revisar la totalidad del movimiento de cuentas corrientes y revisar así mismo los extractos que se le envían a los clientes de las cuentas corrientes. En el desempeño de estos cargos ha cometido las anomalías anotadas en un principio y que tienen como único fin la comisión del delito...".

"La denuncia original fue ampliada el veintiocho de diciembre siguiente, para señalar como presuntos cómplices a los individuos Jairo Ruiz Osorio y Alberto Giraldo Murillo, el primero de los cuales tenía la cuenta corriente número 1597 en esa Caja, quienes actuaban en acuerdo con el imputado principal Mejía Calderón, y mediante el giro de un cheque sin fondos por la suma de setenta y cuatro mil trescientos pesos en favor de Alberto Giraldo Murillo, lograron la autorización para el pago del aludido cheque.

"Las irregulares actividades del individuo Mejía Calderón se extendían, por tanto, a la alteración de los saldos en los libros auxiliares de cuentas corrientes; consignaciones ficticias y elaboración de cheques ficticios.

"El sindicado Hernán Mejía Calderón, al rendir la respectiva indagatoria, indicó que en la Caja Agraria de Armenia era Jefe de Cuentas Corrientes, maquinista de servicios bancarios. El treinta de junio de mil novecientos sesenta y nueve autorizó, sin facultades para ello, el pago de un cheque por la suma de setenta y cuatro mil trescientos pesos, girado por Jairo Ruiz Osorio en favor de Alberto Giraldo Murillo, cheque sin provisión de fondos en la respectiva cuenta, y a la vez fueron recibidos en consignación cheques por igual valor contra otros bancos locales, girados por Alberto Giraldo Murillo, y en igual forma sin fondos para su pago. Por tanto, al descargar en la cuenta de Ruiz Osorio el primer cheque, quedaba un descubierto por la suma de setenta y cuatro mil trescientos pesos. Según el imputado, la contabilización de la devolución de los cheques fue correcta para la contabilidad, no así la anotación en la hoja auxiliar del cuentahabiente. No comunicó esta situación a sus superiores y reclamó de Ruiz Osorio el reintegro de la suma dicha, lo que no se verificó en ningún momento. Ya con este antecedente, incurrió en sucesivas actuaciones contrarias al normal desempeño de su cargo y en provecho propio, mediante el uso de cheques correspondientes a chequera de cuenta saldada, elaborándolos con el empleo de una firma ilegible y consignándolos en su cuenta corriente del Banco Ganadero de Armenia, para luego destruirlos en el trámite de canje que ante él mismo se cumpliría. Según sus propias manifestaciones, ésta era una operación supremamente fácil, 'porque era yo solo quien desempeñaba las funciones totales de cuentas corrientes'. Agrega que para las contabilizaciones diarias, cuadre del día, sentaba ficticiamente los valores en la respectiva máquina, no así en ninguna hoja auxiliar. Para que las sumas de cuentas corrientes cuadraran con el Libro Mayor, le iba restando ese valor a la cuenta corriente de la Administración de Impuestos Nacionales, operación que hacía con gran facilidad, por ser cuenta de muy buen saldo y de poco movimiento. Como el extracto mensual con destino a la Administración de Hacienda debía

llegar siempre a sus manos, por ser el Jefe de la Sección y tratarse de una cuenta oficial, la que él mismo debía certificar, no lo enviaba inmediatamente, sino esperaba a que el maquinista saliera de su oficina, lo repetía conforme a sus cuentas acomodaticias y luego lo remitía a la Administración de Impuestos. Todo esto lo hacía a espaldas del maquinista y del auxiliar. No obstante la ausencia de facultades para autorizar o visar el cheque por valor de setenta y cuatro mil trescientos pesos, girado por Jairo Ruiz Osorio, explica que lo hizo por novato, por inexperto, en vez de informar a la Gerencia, procedió a cobrarle a Ruiz Osorio, de quien dice lo engañó con diversas razones, no cubriendo ese valor, 'y este fue el principio para yo luego haber seguido retirando dineros para cubrir mis necesidades'.

"Como del examen de la indagatoria de Mejía Calderón aparecía que la competencia para conocer de este negocio radicaba en los Juzgados Superiores de esta ciudad, sometido a reparto correspondió al 4º, despacho que en auto de cinco de enero próximo pasado (1972), avocó el conocimiento de la investigación, y procedió a dictar el auto de detención contra el aludido sindicado.

"Escuchados en indagatoria Jairo Ruiz Osorio y Alberto Giraldo Murillo, aceptaron que a través de una cuenta corriente que el primero tenía en la Caja Agraria de Armenia, y en acuerdo con Hernán Mejía Calderón, iniciaron un juego bancario a base de canje de cheques, permitido por Mejía Calderón en la siguiente forma: Jairo Ruiz consignaba cheques en la Caja Agraria de las cuentas que Alberto Giraldo Murillo tenía en el Banco Comercial Antioqueño y en el Banco de Occidente de aquí. A la vez Giraldo Murillo consignaba cheques de Jairo Ruiz en sus cuentas de los citados bancos. A finales de junio de mil novecientos sesenta y nueve, Mejía Calderón les informó que en la cuenta de Jairo Ruiz se había presentado un descubierto por la devolución de cheques de Giraldo Murillo, por lo que Ruiz y Giraldo se pusieron de acuerdo con Mejía Calderón, indicándole que no contaban con dineros para cubrir el descubierto, pero que les diera un plazo de diez o doce días. Alegan estos sindicados que de allí en adelante, en breves intervalos y partidas diferentes, le hicieron entrega a Mejía Calderón del valor del descubierto por setenta y cuatro mil trescientos pesos, correspondientes a los cheques girados por Giraldo Murillo y que habían resultado con fondos insuficientes. Por tal motivo se canceló la cuenta de Ruiz Osorio en la Caja Agraria y no hubo nuevas negociaciones por canje de cheques. Tanto Ruiz Osorio como Giraldo Murillo negaron todo conocimiento de las presuntas ilícitas actividades en que pudiese haber incurrido el señor Hernán Mejía Calderón como empleado de la Caja Agraria.

"Con el fin de afianzar los cargos contra los presuntos imputados, se escucharon en declaración jurada los señores Nelson Valencia Vargas, Luis Alberto Flórez Giraldo, Ferley Silva Gutiérrez, Emperatriz López Castaño y Julio Orlando Corredor Piza, empleados de la institución lesionada, y a quienes realmente nada les consta sobre las irregulares actividades del sindicado Hernán Mejía Calderón, y quienes solo se refieren a hechos subsiguientes a la iniciación de la investigación y algunos aceptados por el imputado, pero ajenos a su cabal conocimiento de ilicitudes, por lo que esos testimonios son de poco relieve en el proceso".

Cerrada, por primera vez, la etapa investigativa, a virtud de auto de 26 de abril de 1972, el Juzgado Segundo Superior de Armenia la calificó por medio de providencia que lleva fecha 26 de mayo del mismo año en cuya parte resolutiva llamó a juicio a Hernán Mejía Calderón por los delitos de falsedad en documentos y peculado, cometidos en forma continuada y en concurso material y sobreseyó definitivamente en favor de Alberto Giraldo Murillo y Jairo Ruiz Osorio.

De esta decisión apeló el defensor del enjuiciado y el Tribunal, por la suya de 13 de septiembre del año referido, la revocó para en su lugar sobreseer temporalmente en favor de Mejía Calderón, de Giraldo Murillo y de Ruiz Osorio.

Como base de lo resuelto dijo, en síntesis, el ad quem que había gravísimas fallas en la tramitación correspondiente, pues faltaban pruebas de importancia, entre las cuales enumeró el acta de la visita practicada por los funcionarios de la Caja Agraria a las dependencias de esa entidad en Armenia para averiguar los hechos que fueron materia de la denuncia, la prueba pericial practicada con el lleno de las formalidades legales ya que la que aparece en los autos no fue llevada a cabo en una diligencia de inspección judicial y la falta de declaraciones juradas de los integrantes de la comisión de la Caja que practicó la visita prealudida.

Esas faltas determinaron, a juicio del Tribunal, que no se hubiera comprobado el cuerpo del delito y que, por lo tanto, no pudiera tomarse en cuenta la confesión del imputado Mejía Calderón, ya que esta prueba exige como condición indispensable la demostración previa de los elementos externos u objetivos del ilícito señalados en la respectiva disposición penal, según lo define el estatuto de los procedimientos.

Reabierta la investigación se trajo a ella copia auténtica del informe rendido al Gerente de la Caja Agraria por el Auditor Rafael H. Tamayo M., que practicó una revisión sobre las actuaciones del procesado en la seccional de Armenia.

Así mismo se allegó copia de otro que, por separado, aunque sobre los mismos hechos y con las mismas conclusiones, rindiera el también Auditor de la Caja, Víctor M. Torres Velandia.

Ambos se ratificaron, bajo juramento, en el contenido de sus respectivos informes (folios 22 y 22 vuelto del cuaderno número 2).

Por auto de 18 de enero de 1973 se dispuso, por el juzgado del conocimiento, tenerlos como prueba pericial y se ordenó ponerlos en conocimiento de las partes para que les hicieran las objeciones que estimaran convenientes (folio 23 ibídem).

Cerrada la investigación, se profirió, con fecha 2 de marzo del año últimamente mencionado, auto de vocación a juicio contra Hernán Mejía Calderón por los delitos de peculado y falsedad en documentos, cometidos en forma continua y en concurso material, por violación del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, del artículo 233 del Código Penal en relación con los numerales 6º y 9º del artículo 231 id. y del artículo 240 ibídem.

En la misma providencia se sobreseyó definitivamente en favor de Alberto Giraldo Murillo y Jairo Ruiz Osorio.

Por auto de 26 de abril del mismo año y previos los trámites de rigor, se declaró reo ausente a Mejía Calderón y se le nombró defensor de oficio, quien interpuso recurso de apelación contra el llamamiento a juicio.

El Tribunal, por auto de 17 de agosto del año en referencia, confirmó en todas sus partes el que fuera objeto de la alzada y de la consulta.

A esta última providencia pertenece el siguiente aparte que la Sala destaca con fines ulteriores:

"Insiste la Sala en la necesidad de la práctica de una diligencia de inspección judicial de los libros, extractos, comprobantes y documentos en general en las oficinas de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de Armenia, *para mayor ilustración* (subraya la Sala) de los funcionarios que han de continuar conociendo de la causa y en la toma de decisiones hacia el futuro, lo que ha de verificarse en el término probatorio del juicio" (folio 68, cuaderno número 2).

Abierto el plenario de la causa se dispuso, por auto de 11 de septiembre de 1973 (folio 71 id.), practicar una diligencia de inspección judicial a las oficinas de la Caja Agraria en Armenia, lo que se llevó a cabo en la fecha señalada (folio 72 id.), sin que se pudieran revisar los documentos en mención que, según se manifestó al juez, habían sido anexados al proceso. Se entregó al funcionario copia auténtica del acta de visita practicada a esa dependencia por el Revisor Audifiscal de Hacienda, el Cajero de la Administración de Impuestos, un contador de la Administración de Impuestos, el Gerente de la Caja en Armenia y su secretario.

En la misma diligencia de inspección judicial se ratificó, bajo juramento, en el contenido de dicha acta el último de los mencionados. Con posterioridad hicieron lo mismo el Cajero General (folio 77), el Contador (folio 77 vuelto) y el Revisor Audifiscal (folio 78).

La audiencia pública se llevó a cabo el 29 de enero de 1974 y el 14 de febrero del mismo año el Juzgado profirió sentencia por medio de la cual se condenó a Hernán Mejía Calderón a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de presidio como responsable por los delitos de falsedad en documento y peculado así como también al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias correspondientes (folios 89 a 104, cuaderno número 2).

De esta providencia apeló el defensor del procesado y el Tribunal decidió la alzada por la sentencia que es materia del actual recurso de casación y en la que, como ya se dijo, revocó la decisión del inferior y absolvió a Mejía Calderón de todos los cargos (folios 123 a 138 ibídem).

Fundamenta el ad quem su providencia en que si bien el Juzgado había tratado de llenar los vacíos investigativos que el Tribunal señaló en la que revocó el primer auto de proceder y sobreseyó temporalmente en favor de los inculpados, lo hizo trayendo al proceso copia del acta de visita practicada a las dependencias de la Caja en Armenia, pero haciendo caso omiso de las recomendaciones que formulara, en el mismo auto, el ad quem ya que en la diligencia de inspección judicial que se practicó "nada se hizo por indagar lo que realmente era materia de la investigación" y, además, se llevó a cabo con la intervención de uno solo de los peritos designados, la cual fue "simple y llanamente decorativa".

"En síntesis, dice el Tribunal, la situación dudosa aquí planteada con relación a la materialidad de los ilícitos de la 'falsedad documental' y del 'peculado' que se le imputaban a Hernán Mejía Calderón, aún subsiste, porque como se ha visto, durante el término probatorio del juicio no fueron lo suficientemente fructíferas las gestiones del Juzgado del conocimiento" (folio 152 cuaderno número 2).

Entra luego a analizar el acta referida para concluir que ella no es plena prueba de los ilícitos en mención "toda vez, expresa, que lo que allí se afirma está haciendo mención a lo que en un momento dado pudo haber dicho el sindicado Hernán Mejía Calderón, al ser preguntado por los mismos visitadores cuando ya se encontraba detenido en la cárcel local. Es decir, que no se trata de hechos concretos, sino de meras referencias, o por qué no decirlo, de declaraciones de oídas".

Agrega que aún subsisten hechos no clarificados como el referente a la afirmación de que Mejía usó unas chequeras devueltas por la señora María Soledad García de Ruiz y la señorita Julieta Romero Trujillo, a quienes no se interrogó sobre el particular. Igualmente, dice, se dejó sin establecer si era cierta la afirmación de Mejía de que compró parte de un establecimiento llamado cafetería "La Francia". Por último, asevera que no se investigaron los cargos que en dicha acta se hacen contra el subgerente de la Caja Agraria en Armenia, Manuel Salvador Tamayo Tamayo, consistentes en la delegación de funciones de vigilancia y de aprobación de cheques mayores de $ 5.000.00, así como por su no intervención en los "arqueos de caja sorpresivos", ni se averiguaron los cargos hechos contra el Secretario de la Caja en dicha ciudad, Julio César Betancourt, el Supervisor de la misma, Ferley Silva Gutiérrez y el maquinista de cuentas corrientes, Orlando Corredor.

Expresa que no se probaron a ciencia cierta dos hechos que considera fundamentales en el proceso, a saber: el funcionamiento del libro de caja llevado por la Administración de Hacienda Nacional de Armenia para establecer el de la cuenta con la Caja Agraria en esa ciudad y el daño de la máquina contabilizadora que, según dice el procesado, tuvo lugar en julio de 1970.

Por último, echa de menos el Tribunal la demostración de lo afirmado por Mejía Calderón sobre la destrucción que hiciera de unos cheques ya que en referencia a este particular la decisión apelada solo dice que se presume que los destruyó lo que no es suficiente, agrega el ad quem, para considerar probado ese hecho.

Y termina diciendo: "No reuniéndose en la causa a estudio los requisitos que para dictar sentencia condenatoria exige el artículo 215 del C. de P. Penal, es imperativo para esta Sala proceder a revocar el mandamiento condenatorio objeto de la apelación, para en su lugar, absolver al procesado Hernán Mejía Calderón por los cargos que se le impusieron en el auto de enjuiciamiento, como así lo solicitó el defensor del reo, al criticar no solo en la diligencia de audiencia, sino en el escrito que elevó ante el Tribunal, que aquí no estaban demostrados los delitos que se le habían imputado a su defendido" (folio 131, cuaderno número 2).

Demanda de casación, concepto de la Procuraduría y consideraciones de la Corte.

Teniendo en cuenta que la Procuraduría Segunda Delegada Penal, que lleva en este recurso extraordinario la voz del Ministerio Público, coincide con el demandante en la mayor parte de las críticas enderezadas por éste contra la sentencia recurrida, al punto que el Procurador solicita casarla, cree conveniente esta Sala, no solo para mayor claridad en los fundamentos de lo que ha de resolverse sino para abreviar esta providencia, evitando inútiles repeticiones, sintetizar las censuras que el recurrente ha hecho a la sentencia así como las respuestas del Ministerio Público y examinar las unas a continuación de las otras para formular sus propias conclusiones.

Primer cargo.

Dado su contenido es el que debe examinarse en primer término por imperativos lógicos del recurso extraordinario de casación ya que este ataque contra la sentencia recurrida se hace en el marco de la causal cuarta, o sea por considerar que aquélla se profirió en un juicio viciado de nulidad.

Dice el recurrente, en resumen, que comoquiera que el Tribunal, al examinar por apelación el auto de proceder proferido por el Juez, manifestó que no estaba demostrado el cuerpo del delito y, sin embargo, confirmó esa providencia, violó lo dispuesto por los artículos 481 y 489, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal ya que según la primera de esas normas, es requisito indispensable para llamar a juicio que en el proceso aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y que si esto no ocurre no se puede dictar auto de proceder sino de sobreseimiento temporal.

Llamar a juicio sin el requisito aludido es, dice el recurrente, actuar sin tener competencia para ello, ya que por incompetencia del Juez (causal 1ª de nulidad, enumerada por el artículo 210 del C. de P. P.), debe entenderse no solo carecer de ella por razón de la naturaleza del proceso sino también no tener capacidad procesal en relación a determinado acto del mismo.

Rechaza el Ministerio Público estas afirmaciones diciendo que los vicios procedimentales san-

cionados con nulidad están expresamente determinados en la Constitución y en la ley y que el actor omitió señalar cuál de las disposiciones de aquélla o de ésta, prevé la invalidez que invoca.

Agrega que el hecho de que el Tribunal hubiera señalado la conveniencia de practicar algunas pruebas en el plenario de la causa no significa que hubiera considerado no establecido el cuerpo del delito.

Termina diciendo que el ad quem estaba obrando dentro de sus facultades cuando, en la sentencia, decidió separarse del auto de proceder, ya que ésta no tiene carácter obligatorio para el juzgado, pues en el plenario de la causa pueden producirse pruebas que lo obliguen a ello.

La Sala acoge en un todo la argumentación de la Procuraduría ya que, en verdad, no dijo el Tribunal, en ninguno de los pasajes del auto confirmatorio del de proceder, que no estuviera demostrado el cuerpo del delito sino que se limitó a señalar la conveniencia de practicar, en el plenario de la causa, algunas pruebas "para mayor ilustración" de los funcionarios que habrían de conocer, más adelante, de la causa (como lo destacó esta Sala en su oportunidad), pero sin que ello implicara que, en aquel momento procesal, el ad quem tuviera dudas sobre la objetividad de los ilícitos por los cuales estaba llamando a juicio como sí las tuvo en el acto de dictar sentencia de segunda instancia, según se deja puntualizado, sin que por ello pueda afirmarse que obró en forma que viciara el proceso.

En consecuencia, no prospera este cargo.

Segundo cargo.

Lo enmarca el censor en el ámbito de la causal segunda de casación, pues dice que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder ya que después de haber aseverado en éste que sí estaba demostrada la materialidad de los delitos de peculado y falsedad en documentos, en aquélla dijo todo lo contrario.

Argumenta, en sustento de esta censura, diciendo que el juzgador, al dictar sentencia, solo tiene una capacidad procesal relativa, ya que no puede salirse del cuadro señalado por el auto de proceder y si se llama a juicio a un inculpado es porque se considera establecido el cuerpo del delito o de los delitos que se imputan, lo cual, a juicio del demandante, constituye un hecho procesal inmodificable.

La Sala considera totalmente infundado este cargo y como las razones que tiene para ello son las mismas que se dejan expresadas respecto a la anterior, a ellas se remite con la adición de que también la Procuraduría solicita, por los mismos motivos, que se deseche esta censura.

Tercer cargo.

Dentro del ámbito del segundo cuerpo de la causal primera de casación, esto es, por considerar que se ha violado la ley sustancial en forma indirecta, el recurrente formula a la sentencia varias censuras que la Procuraduría ha examinado separadamente. El mismo procedimiento adopta esta Sala por cuanto así se puede analizar, con mayor claridad y precisión, este cargo.

Primera censura.

Sostiene el censor que en la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas allegadas al proceso, hubo errores de hecho y de derecho al sostener el ad quem que no estaban demostrados los elementos del cuerpo de los delitos de peculado y falsedad en documentos.

Así, el sentenciador de segunda instancia incurrió, según el demandante, en error de *derecho al negarle el valor probatrio* que como documentos públicos asigna el artículo 216 del C. de P. Penal al acta de visita practicada por el Revisor Especial de la Caja de Crédito Agrario a la seccional de esa institución en Armenia y que aparece a folios 2 y siguientes del cuaderno número 2. Igual cosa ocurrió, continúa diciendo, con el acta que aparece a folio 168 del cuaderno número 1 y que está suscrita por el Subgerente y el Secretario de aquélla, así como con el informe del Visitador de la Auditoría de la Casa Principal de la Caja, Torres Velandia, que obra a folio 15 del cuaderno 2º y con el que suscriben Evelio Molina de la Pava, Revisor Audiofiscal; Alberto Correa Osorio, Cajero General de la Administración de Impuestos; Jesús Orlando Morales, Contador II-9 de la misma Administración; Carlos Alberto Manzur M., Gerente de la Caja Agraria de Armenia, y Sergio Llano García, Visitador de Auditorías de la misma Caja (folios 74-76, ibídem).

Al examinar esta parte del cargo, afirma la Procuraduría que no se trata de documentos públicos, por cuanto la Caja Agraria ha sido considerada por la Ley 34 de 1971 como una sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Agricultura, y que se rige por las normas propias de tales instituciones, o sea que las personas que en ella prestan sus servicios tienen el carácter de trabajadores oficiales lo que significa que los escritos de valor jurídico por ellos elaborados son documentos privados.

Pero, añade, cómo en el presente caso las personas que intervinieron en tales documentos, se ratificaron bajo juramento en su contenido, tienen el carácter de documentos privados auténticos, según lo estatuido en el artículo 263 del C. de P. Penal.

La Sala está de acuerdo con su colaborador en que los escritos que se dejan mencionados, a excepción del acta de visita, no son documentos públicos sino privados.

En efecto, la ley que se deja mencionada le dio en su artículo 7º a la Caja Agraria el carácter de sociedad de economía mixta. El parágrafo de dicho artículo estableció: "Modifícase así, respecto de dicha institución, el artículo 19 del Decreto-ley 2420 de 1968 y el artículo 3º del Decreto-ley 3130 de 1968".

Significa esto último que respecto a la Caja Agraria no rige lo estatuido en el mencionado artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 según el cual "Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

Lo cual quiere decir que los servidores de la Caja Agraria tienen el carácter de trabajadores oficiales y que los documentos elaborados por ellos son de carácter privado.

Además, comoquiera que los signantes de esos escritos se ratificaron bajo juramento, en el contenido de ellos significa que tales documentos adquirieron el carácter de auténticos.

Ocurre, empero, que el Código de Procedimiento Penal (artículo 262) no adscribe a los documentos privados auténticos un determinado valor probatorio, sino que dice que éste se apreciará teniendo en cuenta "las normas de la crítica", o sea el prudente arbitrio del Juez.

No puede haber, en consecuencia, error de derecho en la apreciación de ese valor probatorio, sino de hecho. O sea que yerra en esta parte la demanda.

No así en lo que se refiere al acta de visita que practicaron, conjuntamente, empleados de la Caja y funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia, entre éstos el Revisor, Audifiscal de Hacienda, Evelio Molina de la Pava; el Contador General de dicha Administración, Alberto Correa Osorio, y Jesús Orlando Morales, Contador de la misma (folio 76, cuaderno número 2).

La intervención de estos funcionarios públicos le confiere al documento el carácter de público.

Esta conclusión se impone así se tenga únicamente en cuenta lo dispuesto por el artículo 261 del C. de P. Penal que define el documento público diciendo que es el expedido por las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, ya que no hay duda de que los antedichos funcionarios obraron en su carácter de tales, dentro de la órbita de su competencia sustancial y territorial lo que significa que actuaron funcionalmente elaborando un escrito de indudable carácter jurídico.

No obsta a ello la intervención de funcionarios y empleados particulares como fueron el Gerente de la Caja Agraria en Armenia, el Visitador de Auditoría de esa institución y el Secretario de ella en dicha ciudad.

En este caso predomina el carácter oficial de los otros autores del documento para darle a éste la naturaleza de público ya señalado.

Viene en apoyo de este razonamiento lo dispuesto por el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil al definir lo que se entiende por documento público o auténtico por cuanto dice que es el "otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención" *(subraya la Sala), expresión esta última que debe ser interpretada en el sentido de que basta para dar a un escrito de valor jurídico el carácter de documento público la intervención de un funcionario que actúe en ejercicio de sus funciones aunque no sea el único autor del documento.*

No obstante que la norma de procedimiento penal arriba citada permite suponer incluidos en ella los casos de intervención de un funcionario público en expedición de un documento no es inapropiado dar aplicación en los procesos penales al también mencionado artículo 251 del C. de P. Civil, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, porque contempla expresamente esa eventualidad.

De lo anterior se concluye que al negarse el Tribunal a conceder plena fe a lo expresado en el acta de visita que se menciona, incurrió en error de derecho de graves consecuencias en el proceso ya que dicho documento es, puede decirse, la principal prueba de cargo contra el procesado. También por este aspecto, debe prosperar la censura enderezada por la demanda contra la sentencia recurrida y que la Procuraduría encuentra plenamente justificada.

Otro tanto ocurre con la crítica por error de hecho cometido al apreciar la confesión del inculpado y las ratificaciones juramentadas de los firmantes de los antedichos documentos en las

cuales se reconoce como cierto el contenido de los mismos, esto es, se dan prácticamente por reproducidas las afirmaciones y constataciones que en ellos se expresan y cuyo valor probatorio fue menospreciado por el Tribunal, no obstante que de tales pruebas aparece claramente no solo que el procesado Hernán Mejía Calderón tenía el carácter de empleado de la Caja Agraria en su Seccional de Armenia, sino que desempeñaba el cargo de Jefe de Servicios Bancarios, encargado de visar los cheques recibidos, asentar las consignaciones, llevar el auxiliar de cuentas corrientes y los extractos de las mismas, cargos en cuyo ejercicio, si bien no manejaba directamente dinero, podía disponer del mismo como lo hizo, llevando cheques falsos a su cuenta del Banco Ganadero en donde eran cargados a su favor y luego destruidos por él cuando regresaban a la Caja Agraria.

El error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar esas pruebas, es manifiesto y de graves consecuencias en el proceso, pues llevó al ad quem a considerar que no estaba comprobado el cuerpo de los delitos de falsedad y peculado y a absolver, por ello, al inculpado.

Se acoge, por lo tanto, este cargo.

Segunda censura.

Hubo, dice la demanda, error de hecho manifiesto y grave al dejarse de apreciar, por el Tribunal, varias pruebas importantes, emisión que condicionó el sentido del fallo y con la cual fueron violados los artículos 217, 261 y 236 del Código de Procedimiento Penal, lo que condujo a la infracción de los artículos 233 del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951.

Las pruebas cuyo examen se omitió fueron: la fotocopia del movimiento real de la cuenta 0812, o sea la de la Administración de Impuestos Nacionales, la de la cuenta irreal de la misma Administración llevada por separado por Mejía Calderón, los informes del Revisor Especial de la Caja, los del Visitador Auditor General de la misma, el acta de visita a la Caja en Armenia, las fotocopias de los cheques que usó Mejía Calderón, las declaraciones de los empleados de la Caja y la confesión del procesado.

La Procuraduría está de acuerdo con el censor en que el Tribunal omitió, en la decisión recurrida, el examen de dichas pruebas, así como también el movimiento de la cuenta 812, llevado por la propia Administración de Impuestos y que permitía establecer la verdad de lo ocurrido con dicha cuenta, el cheque de Jairo Ruiz en favor de Alberto Giraldo que aparece original a folio 107 del cuaderno número 1 y que se pagó por el Banco de Occidente a pesar de tener fondos insuficientes y los extractos bancarios de los mencionados Rúiz, Giraldo y Mejía Calderón.

"En concepto de esta Procuraduría Delegada, dice el colaborador, asiste la razón al demandante porque, en verdad, el Tribunal Superior de Armenia ignoró las piezas procesales examinadas en la demanda y que se acaban de comentar. Como apunta el actor, se trata de errores de hecho ostensibles en los autos que de no haber ocurrido habrían cambiado el sentido del fallo recurrido. Estas omisiones tuvieron decisiva influencia en el fallo absolutorio con el cual se favoreció a Mejía Calderón".

La Sala manifiesta nuevamente su acuerdo con la Procuraduría y con el demandante, pues, en verdad, la sentencia no tomó en cuenta las pruebas que menciona este último, a excepción del acta de visita que practicaron los empleados de la Caja, pues ésta la tuvo en consideración aunque solo para decir que se había basado en el dicho del propio procesado y que no se trataba en ella de hechos concretos sino de declaraciones de oídas, lo cual, como se dirá más adelante, no es cierto. Y, además, da una importancia que no tienen a los cargos que en ella se hacen a algunos funcionarios de la Caja.

Las otras pruebas mencionadas y que contribuyerón a establecer tanto el cuerpo de los delitos de peculado y falsedad en documentos, como ocurrió con los diversos informes de empleados de la Caja en los cuales se hace un análisis pormenorizado del movimiento de la cuenta 812, fueron pasados en silencio, como si no hubieran existido en el proceso.

De ahí que se imponga la aceptación de este cargo.

Tercera censura.

Atribuye el demandante error de derecho a la sentencia en cuanto ésta critica que no se hubiera investigado durante el proceso por medio de declaraciones pedidas a la señora María Soledad García de Ruiz y a la señorita Julieta Romero lo ocurrido con las chequeras que se dicen ellas devolvieron y que usó el procesado para hacer algunos cheques y lamenta, igualmente, el ad quem que no se hubiera tampoco investigado si fue cierto que Mejía Calderón compró una cafetería denominada "La Francia".

Afirma el censor que el Tribunal, atribuyendo a esas hipotéticas pruebas un valor que no tiene, pretende disminuir el del informe del Revisor Especial (folios 2-11, cuaderno número 2).

La Procuraduría de nuevo se muestra de acuerdo con las apreciaciones del demandante, al sostener que, en verdad, incurrió el sentenciador en error de derecho, pues las pruebas en mención no tienen la trascendencia que aquél les asigna y por lo tanto, de haberse producido, no habrían demeritado, en nada, las de cargo.

La Sala considera que la censura no tiene fundamento pues en realidad el sentenciador no puso en duda las afirmaciones del informe sino que se limitó a insinuar que el resultado del proceso hubiera sido distinto si en el curso del mismo se hubieran practicado las pruebas mencionadas.

No prospera este cargo.

Cuarta censura.

Según el demandante, se incurrió en error de derecho al darle un valor probatorio que no tiene al pasaje del informe del Revisor Especial (folio 11, cuaderno número 2), en el que se hacen cargos al Subgerente de la Caja, Manuel Salvador Tamayo; al Secretario de la misma, Julio César Betancourt; al Supervisor, Ferley Silva Gutiérrez, y al maquinista de cuentas corrientes, Orlando Corredor, implicando que la negligencia de estas personas era uno de los puntos que no se habían aclarado en el proceso y que tal falta investigativa no podía tomarse como base para responsabilizar a Mejía Calderón.

La Procuraduría conviene, una vez más con el impugnador en que la valoración que se hace de ese pasaje del informe para atribuirle el efecto de exonerar al procesado de responsabilidad, constituye error de derecho. Agrega que hubo también error de hecho consistente en afirmar que no se habían recogido las declaraciones de Ferley Silva y de Orlando Corredor, cuando tales diligencias aparecen a folios 81 y 103 del primer cuaderno.

La Sala encuentra, al igual que en la censura anterior, que el Tribunal no puso en duda lo afirmado en el informe sino que expresó la posibilidad de que por la negligencia de los funcionarios de la Caja se hubieran cometido los delitos juzgados en este proceso. No prospera el cargo.

Quinta censura.

El demandante atribuye error de hecho al Tribunal en cuanto la sentencia impugnada da a entender que el reintegro de la suma materia de la apropiación fue hecho por el procesado siendo así que se llevó a cabo por la misma Caja Agraria el darle curso al cheque por $ 300.000.00 girado por la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia.

El Ministerio Público está de acuerdo con el cargo y lo mismo la Sala ya que, en verdad, en el proceso no aparece que Mejía Calderón reintegrara los $ 192.485.77 que se le dedujeron como alcance.

Este error si bien no incide sobre la responsabilidad del procesado puede, empero, calificarse de grave, ya que se refleja en la cuantía de la pena, pues ésta sería mucho menos de haber ocurrido el reintegro, como lo dispone el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951.

Esta censura, en consecuencia, está llamada a prosperar.

Sexta censura.

También se hace a la sentencia la crítica de que se incurrió en error de hecho al afirmar (folio 136, 2º cuaderno) que no se habían practicado diligencias de inspección judicial sobre los libros de la Administración de Hacienda Nacional, lo cual considera el censor inexacto dado que copia del acta de visita tantas veces mencionada, se adjuntó a la diligencia de inspección practicada por el Juzgado del conocimiento y que aparece a folio 72 del segundo cuaderno principal.

La Procuraduría encuentra acertado este cargo y dice que se trata de un error de hecho de trascendencia jurídica ya que el acta de visita "es un documento público que, como se dejó estudiado en el segundo cargo, contribuye decisivamente a la comprobación material de los delitos de peculado y falsedad".

La Sala, empero, habrá de rechazar esta censura por cuanto la afirmación del Tribunal se refiere a que no se practicó, por el Juez inspección judicial a los libros de la Administración de Hacienda, lo cual es cierto.

Otra cosa es que dichos libros hubieran sido examinados en una diligencia distinta, como fue la visita que funcionarios públicos y de la Caja Agraria llevaron a cabo y cuya acta se agregó a la de la inspección judicial.

Al hacer esto, se le dio al acta en mención entrada en el proceso donde produjo, como se ha hecho notar, importantes efectos en su carácter de documento público que hace plena fe en cuanto a su contenido el cual consiste, según se ha puesto, igualmente, de resalto, en un examen completo del movimiento de la cuenta 812, es decir, de la que manejaba en la Caja Agraria a los fondos de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia.

Séptima censura.

Acusa el demandante la sentencia de haber incurrido en error de derecho al negar a la confesión del procesado el valor probatorio que le confiere la ley, ya que consideró inaceptable dicha prueba por no estar, a juicio del ad quem probado el cuerpo del delito lo que, asevera la demanda, no era así, pues estaban perfectamente demostrados los elementos objetivos de las dos infracciones por las cuales se llamó a juicio y era de rigor aceptar la confesión como prueba de la culpabilidad tanto más cuanto que se trataba de la expresión libre y espontánea que el procesado hizo de la forma como ejecutó los ilícitos que le fueron imputados.

La Procuraduría manifiesta, de acuerdo con el impugnador, que se incurrió por el Tribunal en un clásico error de derecho por cuanto negó valor probatorio a la confesión del procesado, siendo así que por fuera de ella había elementos de prueba suficientes para demostrar, a plenitud, el cuerpo de los delitos de peculado y falsedad en documentos y que en la indagatoria del procesado se relató por éste, con toda clase de detalles, el "modus operandi" empleado para cometerlos.

La Sala estima plenamente aceptables los razonamientos que se dejan resumidos por cuanto es cierto que el Tribunal se negó a darle el valor que le asigna el artículo 264 del C. de P. Penal a lo manifestado por el inculpado en sus intervenciones durante las cuales confesó, sin ambages, la autoría de los ilícitos precitados, relató en forma pormenorizada el modo como los llevó a cabo e, inclusive, manifestó la no intervención en ellos de otros empleados de la Caja.

El Tribunal rechazó ese elemento de juicio alegando que no podía tomarse la confesión para demostrar, al mismo tiempo, el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado, siendo así, como lo anota el Ministerio Público, que los elementos objetivos de las infracciones por las cuales se juzgaba a Mejía Calderón estaban plenamente demostrados por otros medios de prueba, como se deja establecido a lo largo de esta providencia.

Se acoge, en consecuencia, esta censura.

Dos cargos más se analizan en la vista fiscal en donde aparecen bajo los números de orden sexto y séptimo y que se hacen consistir, el primero, en que la glosa que hace el Tribunal a la sentencia porque la investigación no se ocupó del daño de la máquina de cuentas corrientes se tiene ya que aun cuando hubiera ocurrido ese desperfecto solo hubiera durado un mes, en tanto que la actividad delictiva del procesado abarcó desde junio de 1969 hasta enero de 1970.

El segundo cargo consiste en que la sentencia echa de menos la prueba de la destrucción de los cheques que el procesado giraba en las chequeras devueltas por dos de las clientes de la Caja y que luego, según su propio dicho, destruía al recibirlos en canje.

La Procuraduría asevera que dicha prueba no era indispensable ya que tales maniobras produjeron su efecto antes de la destrucción de los cheques y que aquello está perfectamente demostrado.

Empero, como lo reconoce el propio Procurador, estos cargos no aparecen formulados en la demanda, razón por la cual la Sala no puede ocuparse de ellos, dada la índole limitada del recurso que no permite tomar en cuenta sino los motivos de censura presentados por el demandante.

Con todo, bastan los cargos aducidos por éste y que se consideran probados para que haya de casarse la sentencia, como lo pide también la Procuraduría y se proceda, tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, a dictar la que deba reemplazarla.

Esta será, obviamente, condenatoria del procesado, quien aparece como responsable, en calidad de autor, de los delitos de falsedad en documentos y peculado, en la forma como se le llamó a juicio, esto es, el primero por haber falsificado, en forma repetida y que se consideró como ejecución de un mismo designio criminoso, instrumentos negociables (cheques), que después de haber usado como medio para apoderarse de dineros pertenecientes a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, destruyó, realizando así los comportamientos descritos por los numerales 1º y 9º del artículo 231 del Código Penal, en relación con el artículo 233 del mismo ordenamiento, así como también por haber alterado los libros de comercio de esa entidad, comportamiento que encuadra en la conducta típica descrita por el artículo 240 en relación con el 231 de dicho Código.

Y en lo que hace al peculado, aparece como autor de la conducta descrita por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 por haberse apoderado, en forma continuada y valiéndose de documentos falsos, de dineros pertenecientes a una entidad en que tiene parte el Estado.

La pena que le corresponde por tales ilícitos es la mínima que señalan las disposiciones legales, habida cuenta de que no aparecen en contra del procesado circunstancias que muestren una peligrosidad mayor y sí algunas de menor pe-

ligrosidad como son la buena conducta anterior y haber confesado su participación en el delito.

Teniendo esto en cuenta, la Sala parte, para la tasación de la pena principal, del mínimo que fija el artículo 233 que es el que sanciona el ilícito de mayor gravedad, o sea dos (2) años de presidio.

Como se trata de delitos continuados de falsedad, es necesario hacer el aumento que prescribe el artículo 32 del Código Penal, fijándolo también en el mínimo, o sea una sexta parte de dos años, es decir cuatro meses de presidio.

Y como se cometió también el delito de peculado en concurso material con el de falsedad, se debe dar aplicación al artículo 33 del ordenamiento que se viene citando que permite aumentar la pena hasta otro tanto.

La Sala considera adecuado un aumento de veinte (20) meses con lo cual la pena total viene a ser de cuarenta y ocho (48) meses, esto es, de cuatro (4) años de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto de la Procuraduría,

Resuelve:

Primero. CASAR la sentencia recurrida y a que se ha hecho referencia en la parte motiva de la presente.

Segundo. En su lugar se condena a Hernán Mejía Calderón, de las condiciones civiles que aparecen en los autos, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio como responsable por los delitos de FALSEDAD EN DOCUMENTOS y PECULADO por los cuales se le llamó a responder en juicio, cometidos en daño de la fe pública y la Administración Pública así como también del patrimonio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Condénase, así mismo, al susodicho Mejía Calderón al pago de los perjuicios materiales y morales causados con las infracciones y a las siguientes penas accesorias: a) Publicación especial de esta sentencia, y b) Interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al señalado para la pena principal.

Se considera como parte cumplida de la pena el tiempo que permaneció en detención preventiva el procesado por cuenta de este mismo proceso.

Líbrense las correspondientes órdenes de captura y las comunicaciones que a ella conduzcan.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INTERROGATORIO AL PROCESADO EN LA AUDIENCIA PUBLICA

La falta de interrogatorio al procesado en la audiencia pública, no es causal de nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 29.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia de seis (6) de noviembre del año pasado proferida por el Tribunal Superior de Ibagué y por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la que dictó el Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad en la que se condena a Julio Antonio Sánchez Galvis a la pena principal de doce (12) años de presidio, y a las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, pérdida de la patria potestad y publicación especial de la sentencia y a la indemnización de perjuicios, como responsable por los delitos de homicidio en Myriam Bernal de Barrios y en la menor Amparo Rengifo, éste en grado de imperfecto, hechos que tuvieron ocurrencia el día 11 de abril de 1972 en Ibagué, interpuso el procesado y le fue concedido recurso extraordinario de casación que esta Sala declaró admisible y tramitó conforme al rito de ley, agotado el cual se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal.

El día 10 de abril de 1972 Julio Antonio Sánchez Galvis, quien prestaba servicio como agente de Policía en Bogotá, tuvo noticia de que su esposa Graciela Bernal de Sánchez, en unión de su hermana Myriam Bernal de Barrios y de una hija de aquélla y de Sánchez Galvis, de nombre Yolanda, acompañadas de otras dos mujeres habían ido a la casa en donde tenía dos de los niños de su matrimonio y se habían llevado uno de ellos para Ibagué, lugar de la residencia de Graciela.

Pidió entonces Sánchez permiso a sus superiores para ir a Ibagué a rescatar a su hijo, pero como no se lo concedieran, determinó irse sin él y fue así como abordó en las primeras horas de la noche un bus que lo condujo a esa ciudad, a donde llegó en las primeras del día siguiente, dirigiéndose de inmediato a la casa de su cuñada a donde llegó cuando aún no se habían levantado y como al preguntar por su esposa le dijeran que allí no se encontraba, sacó su revólver de dotación, penetró a la pieza y disparó contra Myriam Bernal de Barrios, hiriéndola y luego contra Alirio Barrios, sin tocarlo, después de lo cual disparó dentro de un armario en donde se había refugiado Amparo Rengifo una menor que residía en la misma casa, a quien hirió en una pierna. En seguida salió de la casa y como Myriam estuviera caída en el andén, le hizo otros disparos, aun cuando, al parecer, sin hacer blanco. Empero el que ya había recibido dicha mujer fue suficiente para causarle la muerte.

Adelantada la investigación a que dieron origen tales hechos y repartido el proceso al Juzgado Cuarto Superior de Ibagué para su juzgamiento, este despacho ordenó a los médicos legistas de esa ciudad que practicaran un examen psiquiátrico al sindicado para lo cual ordenó que fuera puesto a órdenes de los médicos quienes, antes de proceder a lo ordenado, pidieron que fuera enviado Sánchez Galvis, por intermedio del servicio médico de la Policía "a una consulta médica con el especialista psiquiatra, doctor Lucio La Rotta García", así como también que se solicitara al mismo servicio médico de la Policía se le practicara al sindicado un electro-encefalograma, cuyo resultado debería enviarse al mencionado profesional.

El Juzgado dictó entonces, con fecha 27 de noviembre de 1972, un auto por medio del cual dispuso hacer comparecer a Sánchez Galvis al despacho para que dijera si tenía cómo sufragar

los gastos que demandaban los exámenes mencionados, en vista de que el despacho no disponía de fondos para ello. El sindicado manifestó no tener con qué hacerlos y el Juzgado ordenó entonces darle curso al proceso y cerró la investigación mas revocó dicho auto por petición que le hiciera el Fiscal, quien solicitó que se pidiera a la Dirección General de la Policía Nacional, en Bogotá, remitiera al Juzgado los exámenes médicos, encelafográficos y de laboratorio que se hubieran practicado a Sánchez en dicha institución. Al mismo tiempo designó al psiquiatra De La Rotta García, quien figuraba como auxiliar de la justicia en la lista de peritos, para que examinara al sindicado y conceptuara sobre su estado psíquico.

No se consiguió informe alguno de la Dirección de la Policía Nacional y tampoco del médico citado quien se dirigió al Juez manifestándole (folio 278), que sin conocer el resultado de los exámenes que se le hubieran hecho a Sánchez, quien "había sido examinado y tratado en tiempo anterior, en Bogotá", no podía emitir concepto formal sobre lo pedido.

Se cerró la investigación nuevamente y el Juzgado llamó a Sánchez Galvis a juicio por homicidio simplemente intencional en la persona de Myriam Bernal de Barrios y en la menor Amparo Rengifo, ésta última, en grado de frustración y en concurso material con el primero.

Apelado que fue por el Fiscal, este auto, subió el proceso al Tribunal de Ibagué que confirmó en todas sus partes el proveído materia de la alzada.

Durante el plenario de la causa no se produjeron pruebas y luego del sorteo de jurados, se citó para audiencia la que no pudo llevarse a cabo el día señalado, por lo cual se citó nuevamente y se realizó con el resultado de que los jueces de conciencia, absolvieran al procesado veredicción que declarada por el de derecho contraevidente, fue confirmada por el superior.

Llevada a cabo una nueva cita pública en la cual la defensa hizo hincapié en la situación de legítima defensa en que dice obró el procesado, el tribunal popular respondió afirmativamente los dos cuestionarios que le fueron presentados, uno por cada hecho delictuoso.

El Juzgado pronunció sentencia en que se condenó al procesado, como queda dicho, a la pena principal de doce años de presidio, providencia que fue confirmada por el Tribunal por la que ahora es materia del recurso.

Demanda de casación.

Cuatro censuras bajo el amparo de la causal 4ª de casación y una en el marco del aparte primero de la 1ª, formula el demandante a la sentencia objeto del recurso. Se resumen de la siguiente manera:

Causal cuarta.

Primer cargo. Lo sintetiza así el demandante:

"A pesar de existir serios indicios de que el procesado actuó bajo el estado de grave anomalía psíquica, no se allegó dictamen pericial que dilucidara la cuestión".

Califica tal omisión de nulidad constitucional pues dice que en esa forma se faltó a la observancia plena de las formas del juicio y que la ausencia de esa prueba pericial limitó el derecho de defensa del procesado, lesionándose la rectitud, dice, del juzgamiento y contraviniéndose, de paso, el principio de gratuidad en el juicio ya que se llamó a Sánchez Galvis para preguntarle si tenía cómo sufragar los exámenes psiquiátricos y de laboratorio.

Segundo cargo. "No se practicó, dice el demandante, consejo (sic) balístico entre el proyectil o los proyectiles que causaron los resultados dañosos, y el arma del procesado".

Analiza, con el propósito de respaldar este cargo, las aseveraciones del procesado en el sentido de que un tercero disparó un arma de fuego cuando él iba a entrar en la habitación de los esposos Barrios y afirma que en la diligencia de reconstrucción de los hechos no se examinó un orificio que pudo corresponder tanto al arma de Sánchez como a la de otra persona.

Presenta la antedicha omisión como violatoria del artículo 26 de la Carta por constituir una pretermisión de las formas propias del juicio así como también como infracción de lo dispuesto por los artículos 2º, 309, 319, 334, numeral 2º, y 472, inciso 3º del Código de Procedimiento Penal.

Tercer cargo. Considera, igualmente, violatorio de la premencionada norma constitucional, el hecho de que no se hubiera llevado a cabo la audiencia pública el 26 de septiembre de 1973, fecha primeramente señalada, sino que se hubiese fijado otra sin levantar acta de que no se había podido realizar en la fecha primeramente mencionada.

Estima, además, que tal proceder crea en el proceso la situación invalidante contemplada en el numeral 4º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Cuarto cargo. Según las propias palabras del demandante, consiste en que "en el curso de la audiencia pública no se hizo el interrogatorio de

que trata el artículo 511 del Código de Procedimiento Penal".

Esa omisión la considera, al igual que las anteriores, violatoria del artículo 26 de la Constitución bajo el mismo aspecto de desobediencia al mandato que dispone observar la plenitud de las formas del juicio.

Causal primera.

Afirma el demandante que hubo violación directa de la ley por indebida aplicación del artículo 58 de la Ley 95 de 1936 (Código de Procedimiento Penal), porque se dejó de aplicar el artículo 12 de la Ley 16 de 1969, por cuanto se impuso al procesado, como sanción accesoria, la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, pena suprimida por la norma que se cita en último término.

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado Penal, luego del relato de los hechos y de la actuación procesal examina separadamente cada uno de los cargos que se aducen contra la sentencia y concluye que debe desechárseles por carecer de fundamento, salvo el último de ellos, o sea el que consiste en haber impuesto al procesado entre las penas accesorias, la de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial ya que esa sanción fue eliminada expresamente por el artículo 12 de la Ley 16 de 1969.

La Sala encuentra plenamente aceptables los razonamientos del Ministerio Público y por eso los ha tomado en cuenta para su decisión.

Consideraciones de la Corte.

Se examinarán, a continuación, en forma individual los ataques formulados por el demandante a la sentencia del Tribunal, empezando por los que le endereza bajo el rubro de la causal cuarta.

Primer cargo. Como dice la Procuraduría, el Juzgado hizo todo cuanto estuvo a su alcance para que se estableciera el estado psíquico del procesado en el momento de ejecutar el hecho, por el cual se le sometió a juicio, sin que fuera posible allegar las pruebas correspondientes ni lograr que los médicos designados para llevarlo a cabo lo hicieran.

Por otra parte, es de anotar que el defensor del inculpado, que es el mismo demandante en casación, omitió pedir que el examen se llevara a cabo durante las audiencias en que intervino y basó su actuación durante ella, no en dicho estado psíquico, sino en una posible legítima defensa, solicitando a los jurados contestaran que su cliente había obrado en las condiciones del numeral 2º del artículo 25 del Código Penal, lo cual no fue aceptado por el tribunal del pueblo.

De otro lado no aparece, en forma alguna, que el procesado, al actuar en la forma como se deja dicha, hubiera padecido grave anomalía psíquica, razón por la cual el Juez podía prescindir del examen pericial por los médicos, pues esta prueba solo se debe ordenar cuando, a juicio de éste se presenten indicios de enfermedad.

Si, pese a haber ordenado, en un primer momento, tales exámenes, el Juez no persistió en que fueran practicados, fue porque no consideró que Sánchez Galvis hubiera obrado en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Segundo cargo. El cotejo balístico que echa de menos el demandante vendría a ser prueba dentro de la situación de legítima defensa que sostuvo aquél en sus alegatos orales ante el jurado de conciencia y que éste, como se deja dicho, no aceptó.

La Corte, en repetidas ocasiones, ha manifestado que en los juicios con intervención de los jueces de conciencia, no cabe alegar en casación deficiencia en las pruebas, ya que el haz probatorio se somete al tribunal popular en su conjunto y si su veredicto no se ajusta a la evidencia de los hechos, no compete a la Corte hacer la declaratoria de contraevidencia, pues ésta es una facultad que la ley ha otogado, de modo exclusivo (artículo 565 C. de P. P.) a los Jueces y al Tribunal Superior.

Tampoco prospera esta censura.

Tercer cargo. La acusación que el demandante hace de que hubo nulidad en el proceso por no haberse instalado la audiencia pública el 9 de julio del año pasado, fecha señalada para dar comienzo a esa diligencia, la que no se pudo llevar a cabo por ausencia del defensor, que es el mismo demandante en casación, sino que se procedió a señalar nueva fecha en la cual se realizó la vista pública, carece de todo fundamento.

La pretensión de que debió darse comienzo a la audiencia para luego levantarla y señalar otra fecha, no la respalda ninguna disposición legal, ya que lo que ordena el Código de Procedimiento Penal (artículo 553) es que la fecha de la vista pública se señale, para no antes de cinco días ni después de quince, contados a partir de la ejecutoria del auto y solo conmina con nulidad (artículo 210, numeral 4º), "no celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene

su celebración privada, *o no celebrarse el día y la hora señaladas*". (Subraya la Sala).

En el presente caso, la audiencia tuvo lugar el día y la hora que se señalaron por auto de 25 de julio del año pasado (folio 440) o sea el 13 de agosto de dicho año (folio 446).

No se acepta el cargo.

Cuarto cargo. *La falta de interrogatorio del procesado en la audiencia pública no es causal de nulidad, ya que no está contemplada como tal en el artículo 210 del C. de P. Penal ni puede considerarse como una forma fundamental en el juicio, de modo que su ausencia equivalga a una falla de carácter constitucional en el proceso.*

Como se deduce de lo estatuido en el artículo 511 del C. de P. Penal, el interrogatorio del procesado en la audiencia pública tiene por objeto primordial conocer su personalidad.

Y desde luego que en tal momento el inculpado puede hacer manifestaciones tendientes a su defensa o cualesquiera otra que considere convenientes.

Pero no puede decirse que al no interrogarlo se le están menoscabando sus derechos, pues no aparece que tal formalidad estuviera encaminada a protegerlos.

No prospera este cargo.

Causal primera.

Cargo único. Como ya se advirtió al manifestar la conformidad de la Sala con los razonamientos de la Procuraduría, este cargo está destinado a prosperar por cuanto el Juez, al aplicar las sanciones accesorias, condenó a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, pena que desapareció al no ser enumerada por el artículo 12 de la Ley 16 de 1969.

El Tribunal incurrió en la misma falla al confirmar, sin modificaciones, la sentencia del inferior y comoquiera que tal actuación viola la ley sustancial por infracción directa, habrá de casarse parcialmente la sentencia para remediar el yerro.

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

Resuelve:

CASAR parcialmente la sentencia recurrida.

Por lo tanto, el aparte segundo de la parte resolutiva de ella quedará como sigue:

"Segundo. Imponer al mismo Julio Antonio Sánchez Galvis las siguientes penas accesorias a la de presidio: interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de la patria potestad, si la tuviere y publicación especial de la sentencia".

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

GRADUACION DE LAS PENAS – CONCURSO DE DELITOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 29 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado Luis Darío Rico Ramos contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 21 de noviembre último, por la cual le impuso la pena principal de cuatro años de prisión, como responsable de peculado, concusión y prevaricato.

En ese proveído salvó el voto el Magistrado, doctor Jorge I. Medina Anzola, pues estima que la pena fue incrementada de manera excesiva, ya que, en su concepto, ha debido señalársele la de dos años y seis meses de prisión.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal entiende que al no ser fijada, de manera precisa, la cuantía del delito de peculado porque fue llamado a juicio, con los de concusión y prevaricato, el nombrado Rico Ramos, debe declararse la nulidad de lo actuado, a partir del auto que abrió la causa a prueba, para que ese avalúo se cumpla.

Pues bien:

El acusado fue designado Juez de Circuito de Paz de Ariporo el día 30 de septiembre de 1971. Durante el ejercicio del cargo, incurrió en varias conductas ilícitas, constitutivas de concusión, prevaricato y peculado, según hechos reseñados por la Corte en proveído de 25 de octubre de 1973, por el cual confirma el llamamiento a juicio proferido en contra del recurrente.

En síntesis, se trata de diversas exigencias de dinero cumplidas por el acusado Rico Ramos, en relación con asuntos del conocimiento suyo como Juez y del extravío de un revólver "Colt", calibre 38, número 755300, que debía ser enviado al Juzgado Superior de Sogamoso, arma de la que se expresa que tiene un valor de tres mil pesos, sin que ciertamente se haya hecho una estimación pericial de su valor.

La Corte, en el proveído de que se hizo referencia, halló la plena prueba del cuerpo del delito de las infracciones anotadas, así como elementos de juicio de la responsabilidad de Rico Ramos, suficientes para que se profiriera su llamamiento a juicio.

En la sentencia impugnada se dice lo siguiente, en cuanto a la responsabilidad de Rico Ramos, consideraciones que comparte la Corte, a saber:

"Las exculpaciones dadas a través de la actuación procesal por el ex-funcionario acusado no tienen respaldo alguno probatorio. Nótese que punto por punto sus aseveraciones fueron destruidas por los testigos de cargo. Es que precisamente son los perjudicados quienes en forma digna de todo crédito dan cuenta cómo llegaron a ser las víctimas del concusionario. Así lo relatan claramente Jairo Jacinto Avila, Andrés Avelino Vega, Rafael Alvarez Pérez, Nelson Rodríguez, Napoleón Flórez, Policarpa Riaño v. de Pérez, Maximiliano Benavides, Luz Myriam Castro, Alirio Meche Echenique, Cdilia Sarabia, Tito Cortés y Mercedes Ortiz de Cortés... Y en cuanto al delito de prevaricato, plenamente comprobada queda su consumación, ya que se constató la existencia de dos autos visiblemente injustos que el mismo Rico dictó en dos procesos diferentes, adelantados contra Nelson Rodríguez y Alirio Meche...".

Ahora bien:

En cambio, no está de acuerdo la Corte con la dosimetría que se ha hecho de la pena principal impuesta a Rico Ramos y al respecto comparte el salvamento de voto que deja el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Medina Anzola.

En efecto, habiéndose determinado por el juzgador de primera instancia como aplicable la pena mínima prevista para el delito más grave, el de peculado en este caso, o sea la de dos años,

el incremento de hasta en otro tanto, de que trata el artículo 33 del Código Penal no obliga a que tenga que doblarse la sanción privativa de la libertad tomada como base. Lo que en este precepto se manda es que el juzgador habida consideración de los factores que señala el artículo 36 del mismo estatuto, aumente la pena hasta en otro tanto, partiendo de la señalada para el delito más grave, en tratándose de concurso material de delitos. Y esta expresión "hasta en otro tanto" para indicar que se debe aumentar la sanción básica, determina un límite máximo, el otro tanto de la sanción que corresponda al delito más grave, pero no que deba en todos los casos llegarse a ese linde extremo.

Así las cosas y atendido que se halló pertinente para el acusado Rico Ramos la pena mínima prevista para el delito de peculado, el incremento no puede ser el máximo, el de otro tanto, sino el que equitativamente corresponda, según las circunstancias que menciona el ya citado artículo 36 del estatuto penal. Y ese incremento lo encuentra la Corte justo en ocho meses de prisión, lo que da una pena privativa de la libertad a imponer de dos (2) años y ocho (8) meses de prisión.

Y como el acusado lleva en detención preventiva un lapso superior en algunos días a ese lapso de prisión al cual habrá de condenársele, corresponde librar orden de libertad incondicional inmediata.

Por último, la Corte no encuentra que se tenga la nulidad que anota el Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues si bien no se tiene un avalúo exacto del revólver cuya apropiación se imputa a Rico Ramos, la indirecta determinación de esta cuantía cabe ser aceptada, tanto más que si alguna duda se tuviese al respecto, debe resolverse en favor del sindicado.

Con la modificación anotada, debe confirmarse lo resuelto por el juzgador *ad quem*, pues la sentencia se ajusta a las exigencias de plena prueba del cuerpo del delito y la responsabilidad que indica la ley.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, CONFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito, con la MODIFICACIÓN de que la pena privativa de la libertad que se impone al acusado, señor Luis Darío Rico Ramos es la de DOS AÑOS y ocho meses de prisión, lapso al cual así mismo se contraen las penas accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad.

En lo demás rige la sentencia apelada.

LÍBRESE orden de libertad del nombrado Luis Darío Rico Ramos al Director del "Centro de Rehabilitación Modelo" de esta ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTAFA — HURTO

Sus diferencias. Elementos estructurales de estas dos infracciones en nuestro derecho positivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, treinta de julio de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 29 de 24 de julio de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio contra la sentencia de catorce de marzo de mil novecientos sententa y cuatro, por medio de la cual aquella corporación, confirmando la de primer grado, condenó a Azarías Restrepo Arias y Antonio Gómez a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, como responsables del delito de hurto en perjuicio de Carlos Julio Herrera.

Antecedentes.

a) El fallo acusado relata del siguiente modo los hechos debatidos en el juicio: "Este proceso fue iniciado por el señor Juez Segundo de Instrucción Criminal con base en la denuncia que presentara el señor Carlos Julio Herrera Baquero ante la Inspección Permanente de Policía de Villavicencio, el día 29 de marzo de 1972, contra los sujetos Gonzalo Restrepo y Antonio Gómez, por haberle sustraído de su casa de habitación, ubicada en el centro de la ciudad de Villavicencio la suma de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) en billetes de quinientos pesos, el día 22 del mismo mes; pero el día diez de abril del mismo año el señor Herrera amplió su denuncia para informar, exactamente, cómo ocurrieron los hechos, ante el señor Juez Instructor, y fue, entonces, cuando dijo que el dinero lo había sacado el día anterior del Banco Ganadero, Agencia de la plaza de San Isidro, de esta ciudad, con el objeto de cumplir un ritual, por consejo del geólogo, doctor Antonio Gómez, quien le prometió sacarle una guaca que había descubierto en su finca, previa la velación de ese dinero, durante nueve noches, en su casa; pero como él tenía que viajar todos los días a su finca, el geólogo y el señor Azarías Restrepo aprovecharon la oportunidad de que en su casa solo quedaba su esposa, llegaron allá en su ausencia y so pretexto de cambiar los cirios mientras su esposa fue a conseguir los fósforos cambiaron el paquete de billetes por uno de papel y se llevaron todo el dinero";

b) Al rendir indagatoria Azarías Restrepo aceptó haber servido de intermediario entre el "geólogo" Antonio Gómez y el señor Carlos Herrera, pero sin intención de delinquir y solo para ponerlos en contacto y ayudarlos a descubrir el "tesoro". Aceptó, igualmente, haber acompañado a Gómez a casa de Herrera y presenciado el momento en que aquél hizo el cambio de paquetes. En seguida salieron a la calle, en donde Gómez le "botó" cuatro paquetes de billetes, que él recogió. Inmediatamente viajó a Palmira a casa de una hija. Allí le entregó a su yerno casi la totalidad del dinero, que ascendió a la suma de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00). En cuanto al "geólogo" Antonio Gómez, nada pudo establecerse respecto de su pasado. Ni fue hallado en parte alguna, razón por la cual hubo de declarársele reo ausente, previo el emplazamiento de rigor;

c) Promovida la investigación correspondiente, el Juez Primero Penal del Circuito de Villavicencio calificó el mérito del sumario, mediante providencia del 8 de noviembre de 1972, comprometiendo en juicio a Azarías Restrepo Arias y Antonio Gómez por el delito de estafa en cuantía de cuatrocientos mil pesos, cometida contra

el patrimonio económico de Carlos Julio Herrera Baquero;

d) Apelado el auto de proceder, el Tribunal, en desacuerdo con el Fiscal Primero de la corporación, quien compartía el criterio del juzgador de primer grado, sustituyó la calificación jurídica del delito por la de hurto agravado, "conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 398 del Código Penal y el artículo 399 del mismo Código". Así consta en providencia del tres de agosto de mil novecientos setenta y tres, en cuya parte motiva se expusieron sobre el particular los siguientes conceptos:

"A primera vista, pudiera pensarse, como lo hizo el señor Juez de primera instancia, que los hechos imputados al señor Azarías Restrepo y a su socio, constituyen un delito de estafa, dados los artificios que ejecutaron para lograr el objetivo final; pero ocurre que, si atendemos al contenido exacto del artículo 408 del C. P., nos damos cuenta de que para la comisión de este delito se requiere que la víctima haga entrega de la cosa materia del delito al agente de éste, en forma aparentemente voluntaria, y en el caso que nos ocupa, el señor Herrera no tuvo, en ningún momento la intención de entregar el dinero a los dos delincuentes; por lo cual tenemos que llegar a la conclusión de que el delito cometido por ellos fue el de hurto, porque el dinero fue sustraído contra la voluntad de su dueño, del lugar en que había sido depositado";

e) Agotado el trámite propio de la causa, el Juez del conocimiento condenó a los acusados, en sentencia del catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres, a la pena principal de cuarenta meses de prisión, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de hurto agravado, sentencia que el Tribunal, como ya hubo de expresarse, confirmó en la que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, respecto de la cual salvó el voto uno de los Magistrados de la Sala respectiva, quien sostuvo en el escrito disidente que la norma infringida por los procesados es el artículo 408 del Código Penal, que describe el delito de estafa y no el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, como erróneamente —a su juicio— lo estimó la decisión mayoritaria.

La demanda.

El Fiscal recurrente acusa la sentencia de segundo grado, con fundamento en la cuarta de las causales consagradas por el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, única invocada.

Sostiene el demandante que el juicio se halla viciado de nulidad, conforme al artículo 210-5 de la obra citada, por haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Dentro del contexto general de la demanda sintetiza los hechos debatidos en el juicio, confrontándolos con la figura criminosa descrita por el artículo 406 del Código Penal, y concluye que entre aquéllos y éste hay perfecta adecuación, motivo por el cual debió entenderse que claramente estructuran el delito de estafa, y no el de hurto. En apoyo de la acusación, así concebida, adelanta un estudio crítico de la sentencia impugnada, al cual agrega algunas consideraciones en torno a los elementos tipificantes de aquellas dos figuras delictuosas, reforzando la argumentación con citas doctrinarias de la Corte sobre el tema. Resume luego el actor su pensamiento así:

"Concluyo este capítulo sosteniendo que todos los elementos estructurales de la estafa, provecho ilícito en perjuicio de otro, obtenido por medio de artificios y engaños mediante el error, encajan a cabalidad en el caso de autos, de manera que el Tribunal al modificar el auto de proceder calificando los hechos como constitutivos del delito de hurto, incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, circunstancia que es generadora de la causal de nulidad establecida en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P., de donde resulta que el fallo fue dictado en un juicio viciado de nulidad".

Termina el libelo con la solicitud de que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto del 3 de agosto de 1973, inclusive, por medio del cual el sentenciador de segunda instancia modificó el auto de proceder dictado por el Juez del conocimiento, y se disponga el envío del proceso al Tribunal de origen para que proceda de acuerdo con lo resuelto por la Corte, como lo ordena el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, en su ordinal 3º.

La Procuraduría Segunda manifestó oportunamente que no hacía uso de la facultad prevista por el artículo 571 de la obra citada.

La Corte considera.

1. Se suscita de nuevo el tema de la diagnosis diferencial entre la estafa y el hurto. Es aconsejable, por tanto, recordar una vez más los elementos estructurales de estas dos infracciones, tal como surgen de sus figuras básicas en nuestro derecho positivo.

2. Conforme al artículo 408 del Código Penal —lo ha puntualizado esta Sala en diferentes oportunidades— la figura de la estafa se descompone en los siguientes factores esenciales: a) Empleo malicioso de artificios o engaños; b) Inducción en error a una persona; c) Lesión de un bien patrimonial; d) Provecho ilícito en favor del responsable o de terceros.

3. El ardid debe ser idóneo para inducir en error. Y sea cual fuere el medio empleado, habrá de estar subjetivamente dirigido al fin de engañar. No existe, desde luego, una tabla de genéricos valores para medir la idoneidad del ardid, pues ésta dependerá en cada caso de las condiciones personales (personalidad) del engañado. Es incuestionable, en efecto, que la mise en scène *apta para producir error en la mente de un modesto campesino, dejaría indiferente a un economista, o al avisado hombre de negocios.*

4. Por definición el error es un concepto equivocado o juicio falso, y constituye el elemento psíquico objetivo de la estafa. En el proceso formativo de la figura debe existir necesariamente una concatenación de hechos con riguroso ordenamiento. Así, el ardid debe ser determinante del error, y éste, a su vez, ser la causa de la prestación.

5. La lesión en la estafa debe ser económicamente apreciable. Y sobre el particular recuerdan los doctrinantes que el perjuicio patrimonial no se circunscribe al ámbito pecuniario. Así, la disposición tomada por la víctima del ardid puede consistir en la entrega de una suma de dinero, o de una cosa, mueble o inmueble, y puede también consistir en la ejecución de un trabajo, e incluso en la renuncia de un derecho. Importa anotar que no siempre se superponen o coinciden la víctima del ardid y la víctima del daño. Por el contrario, no pocas veces se trata de personas o entidades distintas.

6. El provecho ilícito, entendiéndose por tal todo beneficio ilegítimo o sin causalidad jurídica, es el fin perseguido por el agente. Puede ser directo o indirecto, y consistir, correlativamente, en la obtención de las prestaciones enunciadas en el numeral anterior. La ilicitud del provecho es esencial. Se agregará que conforme a nuestra ley positiva es necesaria la efectividad del provecho indebido para que la estafa se perfeccione, a diferencia de otras legislaciones, en que basta, para la consumación del hecho punible, que el sujeto hubiere actuado con la intención de obtener un beneficio ilícito, aunque no lo hubiese conseguido. Entre nosotros —se repite —tales conductas estructurarían apenas formas degradadas de la infracción.

7. La figura básica del hurto, conforme al artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, sustitutivo del artículo 397 del Código Penal, está integrada por los siguientes elementos: a) Sustracción de cosa mueble ajena; b) Falta de consentimiento de la víctima; c) Propósito de aprovechamiento.

8. La sustracción implica el acto de sacar la cosa mueble ajena de la esfera de custodia del dueño o tenedor, trasladándola al ámbito posesorio del agente o de un tercero. Sin que importe actualizar aquí el largo proceso doctrinario respecto del momento consumativo del hurto, representado por los conocidos criterios de la contractatio *(simple acto de tocar), la* amotio *(remoción), la* ablatio *(extraer la cosa de la esfera patrimonial o de custodia de quien antes la tenía), la* illatio *(traslado de la cosa a lugar seguro) y, finalmente, la* locupletatio *(obtención efectiva del provecho), no huelga recordar que la teoría de la* ablatio *predomina en la doctrina moderna e informa nuestra ley nacional.*

9. La falta de consentimiento de la víctima es tan esencial en el hurto, que si el agente de la ilegítima sustracción ha entrado en posesión material del bien mueble con el asenso del ofendido, la figura criminosa de que se trata se desintegra, para dar paso, hipotéticamente, a otra distinta, que podría ser, según el caso, estafa, o abuso de confianza.

10. El propósito de aprovechamiento constituye el factor psicológico del hurto. Por tanto, la referida infracción se desnaturaliza si la conducta del sujeto va dirigida a una finalidad diferente de obtener algún provecho de orden económico, e inclusive de índole moral o intelectual.

11. Del anterior breve esquema en torno a los elementos integrantes de la estafa y del hurto se concluye, con suma claridad, que la desposesión *en la primera de tales infracciones, cuando el beneficio del agente se concreta en un bien mueble, necesariamente se produce con el consentimiento de la víctima, quien* hace entrega *de la cosa o la pone a disposición del delincuente, mientras que en la segunda se opera sin el consenso del sujeto pasivo. Por ello, expresa Soler, al referirse al proceso de sucesión causal en los hechos estructurantes de la estafa, que si un sujeto, mediante ardides, logra distraer al empleado de ventanilla y de este modo consigue apoderarse del dinero, hay hurto y no estafa, porque a pesar de que ha habido ardid y error, éste no es determinante de la prestación. (Derecho Penal Argentino, edición 1951, tomo* IV, *página 351). Fue, en síntesis, lo ocurrido en el caso a que se contrae el proceso. Se interrumpió la ca-*

dena causal, pues los delincuentes se apoderaron del dinero sin el consentimiento de la víctima, tal como lo explica, con fundamento en el acervo probatorio, la sentencia recurrida. En consecuencia, no se justifica la causal invocada, porque el nomen juris *de la infracción fue acertadamente seleccionado.*

Decisión.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HEMEROTECA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RECUSACION POR MORA

Cuándo la mora es justificada y cuándo no.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, julio treinta y uno (31) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 30 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

El señor apoderado de Pablo Alfonso Melo, sindicado de tráfico de estupefacientes en negocio del cual conoce actualmente el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión de la que es Magistrado Sustanciador el doctor Eduardo Millán Millán, recusa a este último por mora en resolver el recurso de apelación interpuesto contra el proveído de 21 de diciembre último, por el cual el Juzgado Quince Penal del Circuito de Bogotá llama a juicio al citado Pablo Alfonso Melo y a otros por la infracción penal mencionada.

Dice el recusante que el Magistrado sustanciador, doctor Millán Millán, ha incurrido en mora de 32 días en la solución al recurso de que se ha hecho referencia. El recusado dice que "realmente en esos 32 días hube de atender multitud de ocupaciones del despacho; resolver negocios de igual o similar urgencia; registrar 44 proyectos de providencia, 15 de ellos con preso...; asistir a las Salas de mis otros compañeros y las mías propias; y tuve que dedicarle largos ratos a tratar de desenvolver en este negocio el ovillo que otros habían envuelto bien, como es característico de nuestra pequeña o grande maffia de narco-traficantes, pese a que esta actividad no solamente se lleva mucho tiempo, sino que entraña peligro, como lo estamos viendo, fuera de que también se atendió y despachó pluralidad de solicitudes de consultorios jurídicos para licencias temporales, inscripción de abogados titulados, todo lo cual se resuelve con autos interlocutorios, sin contar la asistencia a las Salas Penales Generales y a las Plenas del Tribunal...".

Pues bien:

Es cierto, como lo admite el doctor Millán Millán, que se ha demorado en el término que indica el recusante el despacho del asunto referido, pero esa mora no aparece injustificada.

Y solamente a la demora injustificada puede referirse la causal de recusación de que trata el numeral 12 del artículo 78 del C. de Procedimiento Penal, pues allí se menciona como tal motivo el "dejar el juez vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito".

Ya ha tenido oportunidad la Corte de fijar el alcance de la mora justificada para prescindir de señalar sanción disciplinaria en tal caso, entendiendo como tal aquella que resulta insuperable por el volumen de asuntos que han sido atendidos y que excluyen calificar de negligente la conducta del funcionario.

Y el conjunto y volumen de asuntos que el doctor Millán Millán cita como atendidos por su Despacho en el lapso que el recusante indica como constitutivo de la demora en la solución de este negocio, le dan justificación a lo ocurrido, pues debe entenderse que por el cumplimiento de tan numerosos deberes esa demora se debe a fuerza mayor.

Lo señalado excluye como ocurrido el motivo de recusación de que trata el ya transcrito nume-

ral 12 del artículo 78 del C. de Procedimiento Penal. Así habrá de declararlo la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ENCUENTRA FUNDADA LA RECUSACIÓN propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Eduardo Millán Millán, para conocer del negocio de que se ha hecho mención.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

ANOMALIA PSIQUICA

Cuándo debe el sindicado ser examinado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal, o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 30.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, fechada a 17 de septiembre del año pasado, y por medio de la cual se confirmó, con la única modificación que se verá más adelante, la que dictara el 8 de julio de ese mismo año el Juzgado Superior de Sogamoso, dentro de la presente causa que por los delitos de homicidio, robo y daño en cosa ajena, cometidos el 16 de julio de 1972 en la persona y bienes de Jorge Eliécer Farfán, hechos ocurridos en el sitio de Mata de Santo, vereda de Yopito, en el Municipio de San Luis de Palenque, se ha venido siguiendo contra Hernán Bohórquez Tualli interpuso éste el recurso extraordinario de casación que, admitido por esta Sala, se ha venido tramitando conforme a las normas legales. Agotado el procedimiento, se procede a decidir.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros fueron resumidos por el ad quem de la siguiente manera:

"Desde el diez de julio de mil novecientos setenta y dos, se encontraron Horacio Jaspe Jara, muchacho de unos diez y seis años, y Hernán Bohórquez Tualli, de unos veintitrés años, y se dedicaron a recorrer varios lugares hasta que el diez y seis de julio del mismo año, en el sitio Mata de Santo, vereda Yopito, junto a las Bocas del Pauto, jurisdicción de San Luis de Palenque, estos dos hallaron a Jorge Eliécer Farfán, se saludaron y anduvieron algún trayecto juntos. De pronto, cuando Eliécer Farfán iba adelante, Hernán Bohórquez Tualli procedió a disparar por la espalda a Jorge Eliécer Farfán, habiéndole causado la muerte en el lugar y en el mismo momento, lo mismo que a su cabalgadura. Muerto Jorge Eliécer Farfán, procedió el mismo Hernán Bohórquez Tualli a despojar el cadáver de su revólver, del reloj, de un cinturón, de la cama y de algún implemento de la montura perteneciente al occiso.

"Continuó Hernán Bohórquez Tualli sus andanzas hasta que el veintiocho de julio del mismo año, se presentó a donde Vicente García Jaspe y, mediante amenazas, lo obligó a que le guardara un revólver. El mismo día amenazó a Rafael Moreno Gutiérrez para que lo acompañara con el fin de matar a dos personas más. Como Rafael Moreno Gutiérrez fuese encañonado al efecto por Hernán Bohórquez Tualli simuló acompañarlo y cuando guardó el arma le disparó, lo lesionó y emprendió la huida".

La investigación por los hechos que se dejan resumidos fue iniciada por el Juzgado Unico Promiscuo Municipal de San Luis de Palenque, que después de haber dictado auto de detención contra Hernán Bohórquez Tualli y contra el menor Horacio Jaspe Jara y de disponer que se sacaran copias de lo relativo a este último para ser enviadas al Juez de Menores, remitió el proceso al Juez Superior (reparto) habiéndole correspondido el conocimiento al Primero Superior de Sogamoso que, luego de varias diligencias, declaró cerrada la investigación y calificó el mérito del sumario por auto de 22 de enero de 1973, por medio del cual llamó a juicio a Bohórquez Tualli por los delitos de homicidio, con caracteres de asesinato, robo, también agravado y daño en cosa ajena, este último por la muerte de la mula en que iba Farfán.

Esta providencia se ejecutorió sin que las partes apelaran de ella y, adelantado el juicio se convocó a audiencia pública que tuvo lugar el 18 de junio de 1974.

En ella se sometieron a los jurados tres cuestionarios, uno por cada delito de los mencionados, habiendo aquéllos respondido afirmativamente los dos primeros y de manera negativa el último.

Encontradas viables las respuestas del tribunal popular, el juez de la causa las desarrolló en la sentencia atrás citada en cuya parte resolutiva se absolvió al procesado por el delito de daño en cosa ajena y se le condenó a la pena principal de 17 años de presidio, al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias de interdicción en el ejercicio de derecho y funciones públicas y a la de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial por los otros dos delitos.

De esta providencia apeló el procesado y el Tribunal la confirmó por la que es ahora materia del recurso extraordinario de casación. No le introdujo el ad quem más modificación a lo resuelto por el inferior que revocar la condena a la sanción accesoria últimamente mencionada.

Demanda de casación.

Un solo cargo le formula el demandante a la sentencia y lo presenta en el marco de la causal 4ª de casación por cuanto considera que se profirió en un juicio viciado de nulidad de carácter constitucional.

Lo hace consistir en que se menoscabaron los derechos del procesado por inobservancia de las formas propias del juicio ya que no se ordenó la práctica de un examen médico para establecer sus condiciones mentales, pues, a juicio del demandante, Bohórquez Tualli padecía de epilepsia lo que deduce de las manifestaciones que éste hiciera en su indagatoria, así como también de respuestas que el demandante entresaca de las dadas por el procesado en esa diligencia y que estima, por lo incoherentes, indicios de aquella anomalía psíquica.

Respuesta de la Procuraduría.

Replica el Procurador Primero Delegado Penal que el artículo 411 del C. de P. Penal no impone al juzgador un requisito de ineludible cumplimiento sino que solo lo faculta para que si observa en el procesado indicios de que se encontraba en una de las situaciones descritas por el artículo 29 del Código Penal ordene su examen por los peritos médicos. O sea que si no aparece ninguno de aquellos síntomas, no está obligado a ordenar este examen.

En el presente caso, concluye el Ministerio Público, no puede deducirse de algunas respuestas del procesado que éste padeciera de trastorno psíquico grave ya que bien pudo deberse la imprecisión de ellas a la escasa cultura de éste.

Pide, en consecuencia, que se rechace la demanda.

Consideraciones de la Corte.

En distintas oportunidades ha dicho esta Sala y lo reitera en la presente, que el examen de un imputado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del Código Penal o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia, es potestativo del Juez quien solo debe proceder a ordenarlo cuando observe indicios de que existen esas situaciones.

Ahora bien, no puede en tales casos tratarse de cualesquiera indicios sino de aquellos que, en forma vehemente, hagan sospechar la presencia de tales estados de anormalidad psíquica.

En el presente caso no se ve que hubiera bases suficientes para sospechar, con algún fundamento, que el procesado Bohórquez padeciera una grave anomalía psíquica, concretamente una epilepsia, como lo asevera el demandante. Por otra parte, el defensor ya había presentado esta inquietud a los jueces de conciencia durante la vista pública, sin que mereciera acogida en el veredicto.

No prospera el cargo.

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

Resuelve:

DESECHAR la demanda de casación a que se ha referido la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Fonseca Infante, (Conjuez), *Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO Y ABUSO DE CONFIANZA

Semejanzas y diferencias. Sustracción y apropiación sin que intervenga la violencia o el engaño.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 31 de 6 de agosto de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

El Juzgado Tercero Superior de Montería, mediante sentencia de junio 22 de 1973, condenó a Edilberto Manuel Kerguelen Argumedo y Arnoldo Vergara Figueredo, como responsables de los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos, a la pena principal de siete años de presidio, y, entre otras accesorias, a la "pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial". Esta decisión fue confirmada por el Tribunal en sentencia de cinco de junio del pasado año, con la sola modificación de que en lugar de siete años de presidio, los condenados deben purgar cinco años de prisión. Los defensores de ambos procesados interpusieron el recurso extraordinario de casación, pero solo la demanda presentada por el apoderado de Kerguelen se decretó ajustada a derecho, mientras que la impugnación de Vergara Figueredo se declaró desierta por falta de personería adjetiva del demandante.

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a resolver sobre el particular.

Hechos y actuación procesal.

Las Empresas Públicas de Montería son un ente autónomo, con personería jurídica y patrimonio propio. Entre los meses de enero y mayo de 1968, mediante el trámite propio de su organización administrativa, se pagó con dineros de la entidad, a cada uno de Benito González Arroyo, Antonio M. López N. y Luis M. Martínez, $ 3.150.00, $ 2.995.00 y $ 3.000.00, respectivamente, por trabajos que tales personas debieron realizar, según la documentación existente en los archivos de las Empresas. A la postre resultó, sin embargo, que tales erogaciones eran irregulares, y que a través de una serie de maniobras y artificios se había defraudado a la entidad en las cuantías anotadas.

Con base en la averiguación administrativa realizada por un funcionario de la Procuraduría General de la Nación se dictó auto cabeza de proceso el 11 de julio de 1969, y la investigación se enrutó contra Edilberto Kerguelen, Secretario General del ente autónomo, y Arnoldo Vergara Figueredo, Auditor del mismo.

Al calificar el mérito del sumario, el Juez Tercero Superior, a quien por reparto correspondió el expediente, dictó auto de sobreseimiento temporal, decisión que fue revocada por el Tribunal, para llamar a juicio a los sindicados por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos, el uno como autor material, y el otro como cómplice primario.

El auto procesatorio no se pudo notificar personalmente a los acusados porque se constituyeron en contumacia, lo que obligó a que se les declarara reos ausentes y se les designara sendos defensores de oficio, con cuya asistencia se tramitó regularmente la causa.

Concluida la audiencia pública, el Juzgado condenó a los acusados a la pena principal de siete años de presidio y a las accesorias de rigor, incluyendo en éstas una que no existe en nuestra legislación, consistente en la "pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial", invocando para ello una norma subrogada (artículo 58 del C. Penal, sustituido por el artículo 12 de la Ley 16 de 1969). Al revisar el fallo, el Tribunal Superior de Montería, en providencia totalmente huérfana de motivación en

la que se transcribe íntegramente el concepto de su colaborador, que es un alegato para impetrar la absolución de los sindicados, sin análisis jurídico de ninguna índole, lo confirmó con la reforma de que la pena para los imputados, en vez de siete años de presidio, fue la de cinco años de prisión, cuando la sanción conminada por la ley para los hechos punibles que originaron el juzgamiento es de presidio (artículos 3º del Decreto 1858 de 1951 y 231 del C. Penal).

Porque el desvío y la incuria de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión que dictó sentencia en este proceso son absolutamente inexcusables, la Corte coadyuva la severa admonición del Procurador Segundo Delegado en lo Penal acerca de la manera insólita como profirieron la sentencia acusada, con pretermisión de los requisitos de fondo y de forma que la Constitución y la ley exigen, sin demostrar interés alguno en el estudio del proceso.

La demanda de casación.

Después de un minucioso relato de los hechos y de la actuación procesal, el actor censura la sentencia con invocación de las causales 4ª y 1ª inciso 2º del artículo 580 del C. de P. Penal, así:

Causal cuarta.

Primer cargo. Sostiene el demandante que se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por "no haberse observado la plenitud de las formas propias del proceso".

La censura se hace consistir en que aunque en el procedimiento que condujo al pago ilícito de las sumas de dinero que se mencionaron en el relato de los hechos participaron el empleado de control previo de las Empresas, el cajero y el gerente general, el proceso penal solo se adelantó contra los condenados Kerguelen y Vergara Figueredo. Este comportamiento —se aduce— violó, "por falta de aplicación, el artículo 52 del C. Procesal Penal entonces vigente, equivalente al artículo 167 del Código actual, que ordena formar un solo proceso, cualquiera que sea el número de autores o partícipes". Agrega el actor que se quebrantó también el artículo 346 del ordenamiento procedimental vigente en la época de ejecución de los ilícitos, que es equivalente al 381 del actual.

Segundo cargo. Según el censor, en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de las infracciones, "incurriéndose en la causal de casación prevista en el numeral 4º del artículo 580 del C. Penal".

El motivo de impugnación se hace consistir en que el Tribunal Superior dictó auto de vocación a juicio contra Kerguelen y Vergara "por los delitos de falsedad y peculado de que tratan el Título VI, Capítulo 2º (sic) del Código Penal y el Decreto 1858 de 1951 en su artículo 3º" (folio 31, cuaderno respectivo), normas éstas que se refieren a la falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales, mientras en la parte motiva se conduce todo el análisis jurídico y probatorio en torno a la falsedad en documentos. "Tal falla —anota el actor— constituye causal de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción la cual 'se presenta cuando siendo exacto el cargo, el Juez coloca el hecho en capítulo o título del Código al que no corresponde la infracción' (Rendón, Procedimiento Penal Colombiano, pág. 193)".

También en relación con la imputación de peculado se incurrió en error en la denominación jurídica del hecho, pues según las voces del artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, tal ilícito solo puede ser realizado por el sujeto activo calificado en la forma allí prevista, que se apropie en provecho suyo o de un tercero de caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, y no basta, por consiguiente la sola calidad de empleado o funcionario público, por cuanto, como sostiene Bernal Pinzón, "en todo caso es necesario que la facultad de recaudar, pagar, administrar, etc., esté determinada por una disposición con fuerza legal; de lo contrario, el funcionario que arbitrariamente ejerce funciones de ese tipo y se apropia de lo que recauda o administra, no comete peculado, sino otro delito (extorsión, estafa, etc., según las modalidades de la conducta)".

Agrega que Kerguelen, en su carácter de Secretario General de las Empresas no tenía funcionalmente ninguna de las facultades señaladas en la ley como indispensables para que el peculado pueda estructurarse, y para demostrar su aserto razona así:

"A Kerguelen se le señala en el proceso como el autor de una serie de artimañas tales como simular servicios no prestados a la Empresa, fingir números de cédulas de ciudadanía, etc., para de esta manera obtener que se giraran, *como pago,* a favor de seres ficticios tres cheques por valor de $ 3.000.00, $ 2.995.00 y $ 3.150.00, respectivamente, distrayendo en esta forma los fondos públicos, tal como se expuso en el resumen de los hechos que encabeza esta demanda.

"Quienes realmente ordenaron y verificaron el pago de las sumas citadas fueron el cajero y

el gerente general, como aparece de las siguientes piezas:

"a) El gerente general tenía entre sus funciones la de 'ordenar y legalizar los gastos' (Resolución número 018 de 1964, artículo 44, literal 7, folio 125);

"b) Sobre su firma en las cuentas de cobro pertinentes aparece la expresión 'Páguese' (folios 205 y 217);

"c) En las órdenes de pago aparece su firma y no aparece la del secretario general (folios 193, 207 y 214, cuaderno 1º);

"d) Entre las funciones del cajero general está la de 'girar los cheques y mantener al día el movimiento bancario...' (Resolución número 002 de 1968, artículo 1º, aparte VII, literal k), folio 105);

"e) El cajero es el girador de los cheques a favor de Luis Martínez, por valor de $ 3.000.00; Antonio M. López, por valor de $ 2.995.00 y Benito González, por la suma de $ 3.150.00 (folios 297, 298 y 299, primer cuaderno).

"En consecuencia, si entre las atribuciones de Kerguelen no estaba la de pagar y si él no ordenó el pago de las sumas distraídas, si no que apenas se le señala como autor de una serie de artificios para obtener pagos por servicios no prestados, el delito imputable no puede ser el de peculado sino el de estafa".

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, se ataca la sentencia así:

Bajo el epígrafe "segundo cargo", el impugnante sostiene que el fallo del Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley "sustantiva", "por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de las diligencias de inspección judicial verificadas en el Banco del Comercio de Montería y en las dependencias de las Empresas Públicas Municipales de esa ciudad...".

Alega que esas inspecciones judiciales fueron realizadas en fechas diversas a las señaladas en el auto que las decretó, y eran trascendentales, pues que tenían como objetivo probar el cuerpo "de los reatos de falsedad y peculado". "Así —sostiene— se violaron por falta de aplicación los artículos 178, 211, 202 y 203 del C. Procesal Penal anterior, equivalentes a los artículos 188, 224, 214 y 215 del actual, y como consecuencia, indirectamente y por aplicación indebida el fallador quebrantó los artículos 231, numeral 2º del C. Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951.

En el "tercer cargo" sostiene el demandante que se violó indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 231, numeral 2º del Código Penal y 3º del Decreto 1858 de 1951, "a consecuencia de error manifiesto en la apreciación de la prueba documental resultante de las certificaciones expedidas por la Registraduría del Estado Civil sobre los números de cédula puestos al pie de las firmas de Benito González, Antonio M. López y Luis M. Martínez", por cuanto tales certificaciones están incluidas dentro de la actuación procesal que fue anulada por el Tribunal Superior y, a pesar de ello fueron apreciadas en la sentencia. Además, de esas pruebas documentales se dedujo ilegítimamente que las personas a cuyo nombre figuraban las cuentas de pago eran ficticias, y que "Kerguelen y Vergara habían recurrido al truco de inventar números de cédula para esquilmar a las Empresas Públicas".

"Cuarto cargo". Se afirma que se violó en forma indirecta la ley sustancial, "a consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba documental", porque con base en el certificado del Registrador Nacional del Estado Civil, el fallador dedujo que Martínez, López y González eran personajes inexistentes, pues "lo único que demuestran esos documentos, aceptada su validez jurídica, es que las personas mencionadas no tienen esa cédula, pero de allí no se deriva que no existan o que no hayan firmado, ni mucho menos que los autores de las firmas de esas personas que aparecen en las cuentas de cobro, órdenes de pago y dorso de los cheques sean los procesados Kerguelen y Vergara".

"Quinto cargo". La sentencia violó directamente los artículos 231, numeral 2º, y 33 del Código Penal, porque para que se tipifique la falsedad a la que alude la norma primeramente citada, "es indispensable que la persona a quien la disposición se refiere tenga *existencia real* y no imaginaria, pues en tal caso se podría configurar otro reato y, de modo particular, el de estafa". En apoyo de esta tesis transcribe el actor fragmentos de obras de Antonio Vicente Arenas y Angel Martín Vásquez.

"Sexto cargo". El sentenciador violó indirectamente la ley sustancial al aplicar indebidamente el artículo 231, numeral 2º del Código Penal, y no dar aplicación al artículo 233 ibídem, por haber tergiversado el contenido probatorio de la Resolución número 002 de 26 de enero de 1968, dictada por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Montería, porque entre las funciones que allí se asignan al Secretario General, "no están comprendidas las de recaudar, pagar, administrar o guardar los caudales o fondos de la Empresa".

"Al no tener Kerguelen capacidad funcional para pagar —dice el actor—, no podía producir o autorizar tales documentos y órdenes de pago... El artículo 231 del C. Penal exige, para la estructuración de las modalidades delictivas allí previstas, que el funcionario o empleado público *abuse de sus funciones*, esto es, 'que la falsedad recaiga en un documento que el funcionario debe autorizar. Sin esa capacidad funcional para producirlo no incurrirá en la infracción que sanciona el artículo 231 sino en el 233' (Arenas, Comentarios al C. Penal, página 246)... Si Kerguelen no tenía capacidad funcional para pagar y, por ende, para autorizar documentos tendientes al pago no podía incurrir en la falsedad del artículo 231 del C. Penal, pues no se puede exceder una función de la que se carece".

El Ministerio Público.

El colaborador Fiscal se opone a las pretensiones del actor, invocando algunas veces defectos en la fundamentación de los cargos, y, en términos generales, sobre la base de la existencia de graves fallas técnicas en la demanda. En el momento oportuno la Sala se referirá a los argumentos del señor Procurador.

Consideraciones.

I. Es cierto, como lo anota el señor Procurador, que la demanda, en muchos de sus aspectos ofrece ostensibles fallas técnicas, y en la formulación de la mayoría de los cargos no hay orden ni claridad. Sin embargo, considera la Sala que el segundo, elaborado dentro del marco de la causal cuarta de casación, ofrece suficiente solidez para infirmar la sentencia, motivo por el cual en esta providencia solo se estudiará esa censura.

La queja, como ya se vio, se dirige a demostrar la errada calificación en el auto de proceder de las dos imputaciones que se atribuyen a los sindicados. En relación con la falsedad, porque en la parte motiva se llegó a la conclusión de que se trataba de falsedad en documentos públicos, mientras que en la resolutiva se citaron las normas legales que describen la falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales. En cuanto al peculado, porque la manera de ejecución del hecho demuestra la realización de una estafa.

El motivo de acusación contra la sentencia fundado en la discordancia entre la parte motiva y la resolutiva del auto de proceder carece de interés, porque resulta evidente que se trata de un simple error mecanográfico que, como lo anota el Procurador, "de ninguna manera configura un yerro jurídico capaz de generar la nulidad del auto de enjuiciamiento", pues de la simple lectura de la providencia vocatoria se deduce, sin lugar a dudas, que se trata de una falsedad documental.

II. Es indudable que existen notorias semejanzas entre los delitos contra la propiedad y algunas infracciones contra la Administración Pública, y por ello es procedente buscar criterios tendientes a individualizar las diferencias entre los mismos. Una primera clasificación puede hallarse en los tipos legales que se perfeccionan por la sustracción *o la* apropiación, *como en los delitos de hurto y abuso de confianza, de una parte, y el peculado de la otra, sin que en la ejecución de tales actos intervenga la violencia o el engaño; otros que se estructuran sobre la ejecución de una conducta violenta (con violencia física o moral), por medio de la cual el sujeto agente se* apodera *de un bien ajeno, u obliga a otro a entregarlo como en el robo, la extorsión, el chantaje, etc.; y otros, en fin, en los que por virtud de artificios o engaños se obtiene el concurso o la cooperación de la víctima para que con una voluntad viciada entregue el bien al autor del ilícito, como acontece con el delito de estafa.*

Por otro aspecto, algunas infracciones son de realización unilateral, en el sentido de que toda la conducta ejecutiva se realiza sin colaboración ajena diversa a la de los cómplices, y en las cuales el sujeto toma *los bienes u objetos, tal como sucede en el hurto, el robo, el abuso de confianza, el peculado, etc., mientras que otras estructuralmente son bilaterales en cuanto suponen la cooperación o colaboración del ofendido. En estos casos el agente del delito no* toma, *no se apodera, no sustrae ni se apropia de un bien, sino que se* lo hace dar o entregar, *mediante el engaño o el ejercicio de la violencia física o moral, en lo que claramente puede advertirse el consentimiento del ofendido para el desplazamiento del bien, aunque ese consentimiento sea viciado y por consiguiente inválido.*

Entre el peculado y el abuso de confianza existen hondas afinidades. Tanto en el uno como en el otro el núcleo del tipo está conformado por la acción de apropiarse *"en provecho suyo o de un tercero", de una cosa mueble ajena que se le haya confiado al agente por un título no traslaticio de dominio, o de caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar; y la sola diferencia entre los dos radica en el sujeto calificado necesario para que se tipifique el peculado puesto que solo por razón de las funciones*

que ejerce en virtud de esa calidad detenta los bienes o caudales, y no por cualquier título no traslaticio, como sucede en el abuso de confianza.

De las consideraciones anteriores surgen dos circunstancias para lograr una definición clara y concreta del peculado. La una se refiere a la trascendencia del verbo rector en la estructura del tipo, y la otra a la tenencia de los bienes o caudales sobre los cuales recae la acción. Se ha hecho alusión en esta providencia al abuso de confianza para relievar la semejanza entre los dos tipos, y para mostrar cómo lo que se ha dicho en doctrina y jurisprudencia acerca del significado del verbo "apropiar", es aplicable también al peculado.

La inflexión verbal refleja "apropiarse" *rige toda la economía interna del tipo de peculado en la modalidad a que se refieren estos autos, y define la conducta o comportamiento del sujeto activo. Apropiar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "hacer propia de alguno cualquier cosa". En sentido jurídico, la apropiación, en cuanto supone la tenencia previa de la cosa o del bien, por razón de las funciones del sujeto agente en el peculado, o por cualquier título no traslaticio de dominio en el abuso de confianza, es un fenómeno psicológico, en virtud del cual el sujeto muta o cambia su posición frente a la cosa o el bien que ya tiene a título precario, para ejercer sobre él atribuciones* uti dominus. *Perfeccionado el proceso psicológico, trasciende al mundo exterior cuando el sujeto activo realiza actos de disposición sobre los bienes o caudales, sin la interferencia de ninguna persona, y sin colaboración del sujeto pasivo. Para Pedrazzi* (Inganno ed Errore nei Delitti contro il Patrimonio, *página 83), "apropiación significa que un sujeto, que desde el punto de vista del derecho civil es solo un detentador, se arroga una posesión plena, desconociendo la situación posesoria ajena". Y Antolisei* (Diritto Penale, *tomo II, página 608) sostiene que "apropiarse de una cosa significa comportarse en relación con ella* uti dominus, *es decir, ejercitar sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su posesión".*

En la estafa, tal como afirma el demandante, la acción típica se rige por el verbo obtener, *cuyo significado es, obviamente, radicalmente distinto al de apropiarse. Obtener un provecho ilícito, en relación con bienes muebles o inmuebles, a través de artificios o engaños, quiere decir que quien procede en esa forma logra el consentimiento de su víctima para el despojo, o sea que realiza el ilícito con la colaboración de la misma. Hay, pues, en el proceso ejecutivo de la infracción una serie de maniobras, de artificios, de engaños, que se ejecutan* sobre *otra persona, a diferencia de lo que ocurre en el peculado, en el que la apropiación se opera directamente, sin interferencias, y sin el concurso del damnificado o de persona alguna.*

Por el modo de ejecución de la acción delictual aparece claro, entonces, que en el caso subexamine *no se trata de una infracción de peculado por aproximación como se calificó erróneamente por el Tribunal, pues los sindicados no* se apropiaron *de caudales o bienes del Estado, sino que, con mengua y quebranto de los mismos y de la fidelidad debida a la Administración Pública, obtuvieron un provecho ilícito por medio de artificios y engaños, consistentes en la suposición de personas, de trabajos no realizados, la falsificación de cheques, etc.*

De otra parte, tanto en el peculado como en el abuso de confianza, el sujeto activo tiene la posesión de los bienes, no en el sentido del derecho civil, sino en el de relación inmediata con ellos. La posesión en el peculado consiste no solo en la autónoma capacidad de disposición material de la cosa, sino también en la potestad jurídica sobre la misma, aunque no exista la tenencia material de ella. Antolisei (obra citada, página 606) ilustra la materia cuando sostiene que la posesión "consiste en la posibilidad de disponer, fuera de la esfera de vigilancia ajena, de la cosa, sea en virtud de una situación de hecho, o a consecuencia de la función jurídica desplegada por el agente en el ámbito de la administración". Hay, pues, siempre en el peculado un individuo que por razón de sus funciones posee nomine alieno *unos bienes o caudales que debe pagar, guardar, administrar, etc., los cuales material o jurídicamente tiene bajo su control inmediato, lo que no sucede en la estafa, ilícito éste en el que precisamente porque el sujeto activo no es tenedor del bien, debe hacérselo entregar, o pignorar, etc., por el sujeto pasivo con pleno consentimiento aunque viciado por el error. Se evidencia así, con notoria claridad, la diferencia entre las dos ilicitudes, y el hecho de que realmente la calificación vertida en este proceso sobre los hechos imputados a Kerguelen y Vergara fue errónea.*

No comparte, por lo anterior, la Sala el criterio de su colaborador Fiscal en cuanto a que la delegación de funciones en el Secretario General de las Empresas Públicas de Montería realizada por su gerente, para que aquél pudiera "ordenar, firmar cuentas y dar aviso bueno de las mismas" (Resolución número 17 de enero de 1968), le otorgaba la calificación legal necesaria

para que fuera sujeto activo de peculado. Lo que importa es que ninguno de los sindicados era *poseedor* de bienes o caudales en el sentido anotado atrás, ni ellos se *apropiaron* de tales bienes, sino que ejecutaron toda una larga y complicada serie de maniobras para engañar al funcionario pagador y al ordenador de las Empresas, y obtener por ese medio un provecho ilícito. Que ello es así lo demuestra clamorosamente la circunstancia de que no fue ninguno de los dos acusados quien giró los cheques fraudulentos, ni ordenó los pagos, sino que tales actos fueron realizados por personas distintas.

Fluye de todo lo anterior que los hechos imputados a Kerguelen y Vergara no tipifican el delito de peculado, como fueron calificados por el fallador, sino una infracción diversa. Por lo mismo, prospera el cargo.

III. Como se trata de delitos íntimamente vinculados entre sí por nexos de conexidad ideológica, pues la falsedad sirvió de medio instrumental para realizar el otro ilícito, la nulidad por errónea calificación jurídica del peculado afecta también la imputación de falsedad, ya que el fenómeno jurídico de la conexión implica el juzgamiento en un solo proceso de los diversos hechos punibles (artículo 168 del C. de P. Penal). De no procederse en esta forma se afectarían sustancialmente los derechos de los sindicados, pues quedarían expuestos a la acumulación material de penas, y se abriría la posibilidad a que se dictaran sentencias contradictorias.

IV. Los vicios *in procedendo,* cuando quebrantan la estructura misma del proceso y socavan las bases sustanciales del juzgamiento producen efectos universales, en el sentido de que, por ejemplo, el error en la calificación de la infracción implica retrotraer la actuación procesal al momento mismo en que se formuló el pliego de cargos para que el juez vierta un nuevo juicio sobre los hechos y aplique a ellos correctamente las normas jurídicas, sin que sea posible la subsistencia del yerro frente al imputado que no interpuso recurso, o que habiéndolo interpuesto fue declarado desierto. La situación jurídica que surge en virtud de la declaratoria de nulidad con base en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal afecta todos los actos procesales realizados a partir del momento en que se operó el quebrantamiento de la ley, sin que pueda permanecer incólume o consolidarse ninguna relación de derecho originada en el acto viciado. De ahí que si se vulnerara la ley en cuanto al juzgamiento de Kerguelen por no haber adecuado correctamente el comportamiento del sindicado al modelo legal abstracto descrito en el Código, igual situación se presenta en lo referente a Vergara Figueredo, máxime si se tiene en cuenta que el primero fue convocado a juicio como autor, y el segundo como cómplice primario, es decir, que la imputación a Vergara Figueredo no podría subsistir frente a una eventual absolución de Kerguelen.

Se casará, entonces, la sentencia para que se reponga la actuación a partir del auto que calificó el mérito del sumario, inclusive.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el cinco de junio de mil novecientos setenta y cuatro, y declara la NULIDAD de la actuación a partir del auto de 23 de abril de 1971, inclusive, providencia mediante la cual se calificó por el Juez Tercero Superior de Montería el mérito del sumario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

No basta que el jurado niegue las características de asesinato en el hecho que se juzga, para que el juez de derecho pueda deducir circunstancias de mayor peligrosidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto seis de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 31.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia que con fecha 28 de noviembre del año pasado profirió el Tribunal Superior de Villavicencio, dentro del presente proceso que por el delito de homicidio se ha venido adelantando contra Rosemberg Cepeda Herreño, por hechos sucedidos el 9 de mayo de 1973 en la ciudad mencionada y por medio de la cual se reformó la del Juez Primero Superior de la misma, interpusieron el procesado y el Fiscal Primero del Tribunal recurso de casación que les fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo ha venido tramitando conforme a las normas legales. Agotado el rito propio del recurso, se procede a decidirlo.

Hechos y actuación procesal.

Pueden resumirse aquéllos diciendo que el día mencionado Ricardo Bermúdez Daza tuvo un encuentro con Sigifredo Rendón Pabón dentro de una venta de carne, situada en la Avenida Alfonso López, cerca al caño Parrado, en Villavicencio, durante el cual cambiaron expresiones injuriosas y golpes, luego de lo cual Bermúdez salió a la calle en donde fue perseguido por Rosemberg Cepeda quien, al darle alcance, le asestó una puñalada que le produjo la muerte.

La investigación la inició el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal que, luego de adelantarla, la remitió al Juzgado Superior (reparto), habiéndole correspondido el conocimiento al Primero de esa categoría en Villavicencio el cual, luego de comisionar al mismo Juez de Instrucción Criminal para que practicara algunas diligencias, que fueron llevadas a cabo en su mayor parte, cerró la investigación y la calificó, en auto de 30 de agosto de 1973, llamando a juicio a Rosemberg Cepeda Herreño por el delito de homicidio agravado por las circunstancias de asesinato que menciona el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal, esto es, por haberlo cometido abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido.

No fue apelada esa providencia ni se pidieron pruebas durante el plenario de la causa, habiéndose llegado así, después del sorteo de jurados y de la fijación de fecha para audiencia, a la vista pública que tuvo lugar el 10 de julio de 1974.

En ella se sometió a la consideración de los jurados el siguiente cuestionario:

"*Cuestión única.* ¿El procesado Rosemberg Cepeda Herreño, de 23 años de edad, casado con Ismelda Herreño, vecino de Villavicencio, alfabeta y portador de la cédula de ciudadanía número 17301123 de Villavicencio, es responsable, sí o no, del delito de homicidio en la persona de Ricardo Bermúdez Daza, mediante la acción de arma corto-punzante y heridas con ella ocasionadas con intención de matar, según hechos ocurridos el día 9 de mayo de 1973, a eso de las ocho de la noche, cerca al "caño Parrado" en el perímetro urbano de la ciudad de Villavicencio, obrando el procesado en las circunstancias determinadas en el artículo 363, numeral 6º del C. P., o sea, abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido?".

El jurado contestó: "Sí, es responsable de homicidio simplemente voluntario, sin atenuantes ni agravantes".

El Juzgado consideró aceptable este veredicto y lo desarrolló en sentencia de 12 de agosto del año mencionado en que condenó a Cepeda Herreño a la pena principal de doce (12) años de

presidio, más las accesorias de rigor así como al pago de los perjuicios causados con la infracción.

De esta decisión apeló el defensor del procesado y el recurso fue resuelto por el Tribunal mediante la sentencia que es ahora materia de casación.

En ella, como se deja dicho, confirmó la del inferior con la modificación consistente en rebajar la pena principal a diez (10) años de presidio, porque consideró excesivo sancionar un homicidio simplemente voluntario con la pena impuesta por el Juez "si se tiene en cuenta, dijo, que la pena mínima para este tipo de delito es de ocho años de presidio y al acusado solo se le pueden cargar dos circunstancias de mayor peligrosidad, que son las de los numerales 3º y 6º del artículo 37".

Y añadió: "En efecto, partiendo de la base de que la acción homicida tuvo como motivo determinante la palmada que Ricardo Bermúdez Daza (occiso), le dio en la cara a Sigifredo Rondón, dentro del establecimiento "Miscelánea", es apenas lógico que la Sala califique ese motivo de fútil, para usar el término del Código, por cuanto al acusado apenas lo unía con el señor Rondón un vínculo de amistad y no de parentesco, lo cual, en condiciones normales solo habría dado lugar a responderle al atacante con otro puño; por lo cual la reacción desproporcionada del acusado está revelando, indudablemente, un alto grado de peligrosidad; pues ésta se mide por el grado de desproporción entre el motivo determinante de la acción y la reacción del agente del delito".

"Y le es aplicable, también, la circunstancia del numeral 6º, por cuanto el modo de ejecución del delito dificultó la defensa del ofendido, pues, al llamarle la atención el acusado a la víctima lo hizo en forma amistosa, para no darle la oportunidad a que se defendiera, si podía hacerlo o que rehuyera al ataque; lo cual indica, una vez más, la alta peligrosidad del delincuente".

Agrega, a continuación que no puede aumentarse la pena mínima en cuatro años, por cuanto, además de las dos circunstancias de mayor peligrosidad anotadas, obran también dos de menor peligrosidad como son la buena conducta anterior y el estado de embriaguez en que se hallaba, lo que significa que el aumento solo puede ser de dos años para un total de diez (10) de presidio.

Y termina diciendo en esta parte:

"La Sala comparte el criterio del señor Fiscal del Tribunal relativo a la improcedencia de imputarle al acusado, a título de circunstancia de mayor peligrosidad, la misma circunstancia rechazada por el jurado como agravante de la responsabilidad porque, tratándose del mismo hecho, aunque con distinta denominación jurídica, su imputación conlleva violación al principio jurídico de 'Non bis in idem' ".

Demanda del procesado.

Por medio de apoderado especial, Rosemberg Cepeda Herreño formula un único cargo a la sentencia, expresado en el ámbito de la causal 2ª, por cuanto considera que dicha providencia fue proferida en desacuerdo con el veredicto del jurado "en razón, dice, de que imputa al procesado, para agravar la pena impuesta, y como circunstancia de mayor peligrosidad que consagra el artículo 37 del C. P., en sus numerales 3º y 7º, que son las mismas agravantes del homicidio que estatuyen los numerales 5º y 6º, in fine, del artículo 363 del C. P., circunstancias de agravación que fueron clara y definitivamente desechadas por el veredicto del jurado".

Demanda del Fiscal Primero.

Tres cargos formula el Agente del Ministerio Público a la providencia recurridos dentro de la causal tercera de casación y que pueden resumirse de la siguiente manera:

Primero. Considera el Fiscal Primero del Tribunal de Villavicencio que la sentencia recurrida es violatoria de los artículos 36 y 38 del Código Penal, por infracción directa por cuanto según dice, el Tribunal solo tuvo en cuenta para la fijación de la pena circunstancias de mayor peligrosidad siendo así que, conforme a la norma primeramente mencionada, debió tomar también en consideración las de menor peligrosidad y las demás circunstancias que menciona esa disposición.

Segundo. Estima, igualmente, que hubo quebrantamiento de la ley sustancial, esta vez por aplicación indebida de los numerales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal.

Del primer numeral citado dice que se aplicó indebidamente en la sentencia porque, según este recurrente, el Tribunal no podía calificar de fútil el motivo de la conducta delictuosa o sea el bofetón que Ricardo Bermúdez dio a Sigifredo Rendón, por cuanto ya el jurado había rechazado que Rosemberg Cepeda obró en legítima defensa putativa por considerar injustamente agredido a su amigo.

"Empero, dice el Fiscal, el Tribunal en el fallo que acuso, hace una doble injusta y errada valoración de aquel motivo determinante, porque de una parte acepta que la bofetada 'solo hu-

biera dado lugar a responderle al atacante con otro puño' y la 'acción desproporcionada' que, en mi concepto, es generadora de una modalidad atenuativa de la responsabilidad, la trajo el Tribunal como significativa de un alto grado de peligrosidad y, por tanto, califica de fútil la desproporción entre el ataque y la defensa de manera que esa doble y equivocada valoración es injusta y quebranta por aplicación indebida de una causal inexistente, la ley sustancial".

Tercero. Considera, finalmente, que también se quebrantó la ley sustancial por aplicación indebida del ordinal 6º del artículo 36 del C. Penal "toda vez que la Sala, al darle aplicación a la circunstancia de mayor peligrosidad, de que trata el citado numeral, contrarió el mandato contenido en el mismo artículo según el cual no se pueden tener en cuenta las mismas circunstancias cuando fueren previstas como modificadoras o elementos constitutivos de delito".

Concepto de la Procuraduría.

Se le dio al Procurador Segundo Delegado Penal, a quien le correspondió llevar la voz del Ministerio Público en el presente recurso, el traslado de que trata el artículo 571 del C. de P. Penal y dicho funcionario lo descorrió diciendo que no coadyuvaba la demanda cuyos fundamentos no compartía y a la cual consideraba, además, no ajustada a la técnica propia del recurso de casación.

Consideraciones de la Corte.

Para mayor claridad en los fundamentos de la decisión la Sala considerará, por separado, cada una de las demandas presentadas examinándolas en el orden que se dejan resumidas.

Demanda del procesado.

Sostiene el censor que el Tribunal desconoció el veredicto del jurado por cuanto dedujo en contra del procesado las circunstancias de mayor peligrosidad contempladas en los numerales 3º y 7º del artículo 37 del Código Penal que, en su concepto, corresponden a las conductas descritas en los numerales 5º y 6º del artículo 363, siendo así que el tribunal popular eliminó estas últimas al afirmar que se trataba de un homicidio simplemente voluntario.

Examinado el auto de proceder se observa que el Juez solo dedujo en contra del procesado una de las características de asesinato, a saber, el abuso de las condiciones de inferioridad del ofendido, y a tal efecto señaló concretamente la contemplada en el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal y así lo especificó en el cuestionario.

En la sentencia del Tribunal se le dedujeron dos circunstancias de mayor peligrosidad: la de haber obrado por motivos fútiles, que corresponde al numeral 3º del artículo 37 del Código Penal y la del numeral 6º de la misma disposición, "por cuanto el modo de ejecución del delito, dice el ad quem dificultó la defensa del ofendido".

No es cierto, como lo afirma el censor, que el Tribunal hubiera deducido en contra del procesado la circunstancia de mayor peligrosidad contemplada en el numeral 7º de la disposición últimamente citada y que consiste en "abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido, o de circunstancias desfavorables al mismo".

La modalidad agravante de la pena que el ad quem tuvo en cuenta, junto a la del numeral 3º del citado artículo 37, fue la del aparte sexto del mismo, o sea "el tiempo, el lugár, los instrumentos o el modo de ejecución del delito, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente".

Ahora bien: el hecho de que el tribunal popular hubiera negado tácitamente la existencia de características de asesinato al expresar en su veredicto que se trataba de un homicidio simplemente voluntario, no impedía tomar en cuenta la agravación punitiva que contempla el supradicho numeral 6º del artículo 37, por cuanto dificultar la defensa del ofendido no es una modalidad de asesinato ya que no está contemplada como tal en ninguno de los apartes del también mencionado artículo 363 del C. P.

En efecto: la circunstancia de mayor peligrosidad que se acaba de citar no equivale, como lo sostiene el demandante, a las características de asesinato contempladas en los numerales 5º y 6º del expresado artículo 363 del Código Penal, pues la situación de indefensión o inferioridad de la víctima que menciona el primero de esos apartes, supone una grave desigualdad entre éste y el agresor, creada por el último y en que aquélla se ve casi reducida a la impotencia. Así lo indican claramente los medios de acción que menciona esa norma, por cuanto la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento son modalidades de conducta verdaderamente proditorias, esto es, tienden a sorprender al sujeto pasivo o a engañarlo en forma tal que su acción defensiva viene a ser prácticamente anulada.

Y por lo que hace al abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido puede de-

cirse otro tanto ya que no se trata de cualesquiera defectos de éste, sino de aquellos que impidan o hagan muy difícil dicha acción de defensa.

En cambio dificultar ésta es algo distinto: no implica crear una ventaja decisiva en favor del agresor o aprovecharse de la ya existente, sino embarazar o poner inconvenientes a la defensa por un uso adecuado de los factores que menciona el numeral 6º del artículo 37, a saber, el tiempo, el lugar, los instrumentos o el modo de ejecución del delito.

Por lo tanto no obsta que el jurado niegue las características de asesinato en el hecho que se juzga para que el Juez de derecho pueda deducir la circunstancia de mayor peligrosidad que se viene mencionando.

Con mayor razón puede cargar al reo la que menciona el numeral 3º, pues la futilidad del motivo, esto, la carencia de importancia de los móviles de la acción no se menciona por ninguna parte en el artículo 363 del Código Penal como característica de asesinato.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Demanda del Fiscal Primero del Tribunal.

Primer cargo. Carece de fundamento en los autos la censura que, en este punto, dirige el recurrente a la sentencia al decir que en ésta solo se tuvieron en cuenta, para la fijación de la pena al procesado, circunstancia de mayor peligrosidad, pues basta leer aquella pieza procesal para ver cómo en ella se expresó claramente que no era posible aumentar cuatro años sobre el mínimo de la pena señalada en el artículo 362 del Código Penal, como lo hizo el Juez, por cuanto, dice el Tribunal, además de las circunstancias de mayor peligrosidad referidas, obran en los autos dos que indican una peligrosidad menor: la buena conducta anterior y la embriaguez en que se hallaba el procesado.

No se admite, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. El hecho de que el jurado rechazara la alegación de la defensa en la vista pública en el sentido de que Cepeda Herreño obró en legítima defensa putativa de su amigo Sigifredo Rendón al considerarlo, erróneamente, agredido por el occiso Ricardo Bermúdez no impedía en forma alguna, como lo asevera el censor, considerar que el motivo desencadenante de la acción punible era fútil, o sea, como ya se expresó, de poca importancia.

Porque lo que se negó por los jueces del pueblo al no acogerse los argumentos del defensor sobre este punto no fue la existencia del hecho sino su significación respecto a la conducta del procesado.

Por consiguiente nada impedía al Tribunal considerar como un agravante de la pena ese hecho sin que por ello estuviera violando, por indebida aplicación como lo estima el demandante, el numeral 3º del artículo 37 del Código Penal, pues tal cosa cabía dentro de su arbitrio legal como que es a los jueces de derecho a quienes compete deducir las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad.

En cuanto a la crítica que le hace el actor a la sentencia en este mismo punto sobre la indebida aplicación del numeral 7º del artículo en mención, ya se expresó al examinar el cargo anterior que el Tribunal no aplicó ese aparte sino el 6º, o sea que hay error del censor sobre este punto.

Tercer cargo. Este ataque del Fiscal a la sentencia es el mismo que le hace el procesado en el único cargo que le dirige, solo que el Agente del Ministerio Público del Tribunal lo ubica, no en la causal 2ª de casación, como lo hace aquél, sino en el primer cuerpo de la 1ª causal, esto es, como violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del numeral 6º del artículo 37 del Código Penal que considera es el mismo aparte 6º del artículo 363 del referido ordenamiento.

Ya al examinar el cargo que hace el procesado se demostró cómo no era esto así y a los argumentos allí expuestos se remite la Sala para fundamentar el rechazo de la presente censura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha venido refiriendo en la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Requisitos. Fallas técnicas en su elaboración, en la formulación y fundamentación de los cargos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 32 de 14 de agosto de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

El Juzgado Once Superior de Bogotá condenó a Benjamín Villamizar Rondón a la pena principal de cuarenta meses y trece días de presidio, como responsable del delito de falsedad en documentos públicos, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo del 20 de septiembre de 1974, con la modificación de que la pena que debe purgar el acusado se reduce a treinta y siete meses de presidio. Contra esta sentencia interpuso el defensor de Villamizar el recurso extraordinario de casación, y como están agotados los trámites procesales, la Corte procede a resolver sobre el particular.

Hechos y actuación procesal.

El Tribunal relata así las circunstancia que originaron el proceso:

"Los autos dan cuenta de que Benjamín Villamizar Rondón los días veintidós de agosto, tres y cinco de septiembre de mil novecientos setenta, compareció a los despachos de la Alcaldía Municipal y Juzgado Primero Penal Municipal, Segundo Penal del Circuito y Segundo Civil del Circuito de la ciudad de Honda, en donde se hizo inscribir como abogado titulado, valiéndose para que se llevaran a cabo tales inscripciones de una fotocopia de un documento en el cual se pretendía acreditar qué el interesado, mediante el Acuerdo número 82 de marzo 13 de 1963 había sido recibido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá como abogado titulado por la Universidad La Gran Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, el diez y seis de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, y lo autorizaba para ejercer dicha profesión, habiendo entonces actuado, como consecuencia de tales inscripciones, en procesos que cursaban en los despachos que con antelación se han relacionado".

Inició la investigación el Juzgado Segundo Penal Municipal de Honda el 30 de septiembre de 1970, y la perfeccionó el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal, por comisión que le fue conferida por la Dirección de Instrucción de Ibagué. Luego correspondió por competencia al Juzgado Primero Superior con sede en la mencionada ciudad de Honda.

Al calificar el mérito del sumario, el Juzgado, por auto de 17 de febrero de 1971, llamó a responder en juicio al sindicado por el delito de falsedad en documentos privados, consistente el cargo en haber usado indebidamente la licencia que contrahizo para ejercer la profesión de abogado (folio 275). Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Ibagué (folio 404), le impartió su aprobación, pero reformó la imputación, pues "surge aquí la típica conducta delictiva del particular (artículo 233 del C. P.), que comete en documentos públicos la falsedad prevista en el numeral 4º del artículo 231 del Código Penal, por faltar a la verdad en la narración de los hechos", y expresamente desestimó el cargo consistente en haber elaborado la fotocopia del supuesto acuerdo del Tribunal de Bogotá, o de haberlo usado a sabiendas de su falsedad (artículo 244 del C. Penal). Por Resolución número 433 de diciembre 30 de 1972, el Gobierno Nacional ordenó la radicación del proceso en el Distrito Judicial de Bogotá, y por reparto le correspondió al Juzgado Once Superior, despacho éste que,

como se dijo, dictó la sentencia de primera instancia, confirmada luego por el Superior con la modificación anotada.

La demanda.

El impugnante relata los hechos que se imputan a Villamizar Rondón y hace un recuento de las principales actuaciones procesales, para acusar la sentencia "con fundamento en la causal primera de casación del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Sostiene que "el fallo condenatorio de segunda instancia violó ostensiblemente la ley sustancial al condenar al señor Benjamín Villamizar Rondón a la pena de treinta y siete meses de presidio con aplicación a lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 231 del Código Penal y en armonía con el artículo 233 de la misma obra, cuando ha debido tener en cuenta la norma del artículo 244 ibídem, y toda vez que la presunta conducta delictiva del señor Villamizar Rondón se pudo ceñir en un todo a lo establecido en ese precepto: hizo uso de una licencia a sabiendas de su falsedad".

Se extiende el demandante en consideraciones en torno a las diferencias entre las figuras jurídicas tipificadas en los artículos 231 y 244 del Código Penal, afirmando que "no cabe duda alguna que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial penal por indebida aplicación de sus normas". Concluye la demanda, sin elaborar un nuevo cargo, pero de todas maneras contradictoriamente, sosteniendo que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, numeral 1º, el fallo que bien pudiera dictarse en el caso de autos, podría ser el de una sentencia absolutoria en favor del señor Villamizar Rondón, y por no estar reunidas a cabalidad las exigencias del artículo 215 del mismo Código". Para sustentar esta petición arguye que el propio Tribunal Superior de Ibagué expresó claramente que no existió delito de falsedad en la confección del acuerdo supuestamente expedido por el Tribunal de Bogotá, por lo que, si no era un documento falso, tampoco podía tener existencia el tipo descrito en el artículo 244 del estatuto penal.

Consideraciones.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que la circunstancia de que la demanda de casación se haya declarado formalmente ajustada a las prescripciones legales (artículo 576 del C. de P. Penal) no implica en absoluto que deba adentrarse en el estudio de fondo de la misma, si encuentra fallas técnicas en su elaboración, en la formulación y fundamentación de los cargos, en forma tal que haga imposible a la Corte la determinación precisa de los motivos de censura a la sentencia impugnada, y por consiguiente, del ámbito específico de su competencia funcional (artículo 581 del C. de P. Penal). Es lo que sucede en el caso sub-examine. *El actor invoca la causal primera del artículo 580 sin expresar claramente si se refiere al primero o al segundo cuerpo de la norma que cita, aunque en alguna parte de la demanda sostiene que se violó la ley sustancial por "aplicación indebida", situación ésta que hace inepta la acusación, porque la corporación está en imposibilidad de conocer el pensamiento del impugnante dada la ambigüedad de sus planteamientos, máxime si se tiene en cuenta que los dos motivos de casación a que se refiere el numeral 1º del artículo 580 no pueden coexistir en un mismo cargo. Tampoco se mencionan las normas que se consideran quebrantadas, ni se fundamenta adecuadamente el concepto de la violación.*

Como si lo anterior fuera poco, al precisar el alcance de la impugnación (artículo 583, numeral 1º del estatuto procesal), solicita que la Corte case la sentencia y en su lugar absuelva a Villamizar "por no estar reunidas a cabalidad las exigencias del artículo 215 del mismo Código", cuando acaba de sostener que el acusado violó el artículo 244 del Código Penal.

Claramente resulta de lo anterior que la demanda es contradictoria, imprecisa y vaga hasta el punto de que su examen se torna imposible.

Pero, además, el ataque se dirige contra aspectos procesales que expresamente fueron desestimados por el fallador como imputaciones delictuosas. El Tribunal sostuvo en la sentencia que la elaboración fotostática del acuerdo supuestamente expedido por el Tribunal de Bogotá, no constituye delito en cuanto no reúne los requisitos de un documento, por lo que su uso tampoco tipifica infracción a la ley penal. Villamizar Rondón fue condenado por falsedad bajo la imputación de haber faltado a la verdad en la narración de los hechos cuando en varias oportunidades y en diversos despachos judiciales se hizo inscribir como abogado. Son, pues, dos situaciones fácticas completamente distintas, separadas en el tiempo y en el espacio, las que se examinaron en este proceso. La sentencia condenatoria recayó sobre los hechos realizados por el imputado al inscribirse como profesional, y a estas circunstancias no se refiere para nada la acusación.

Tiene razón el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma que:

"La demanda de casación en su primer cargo, como ya hubo oportunidad de reseñarlo se refirió en forma exclusiva al acuerdo del Tribunal Superior de Bogotá y argumentó que la falsedad se cometió en ese documento y que por tanto debía darse aplicación al artículo 244 del Código Penal.

"Significa lo anterior, que el mandante en casación no dirigió la acusación a los documentos por los cuales se condenó a Villamizar Rondón sino al descartado en el auto calificatorio del sumario por considerarlo el juzgador de primer grado inocuo.

"De aceptar la tesis del actor, esto es, de condenar a Benjamín Villamizar Rondón por el uso a sabiendas de una licencia falsificada, sería un pronunciamiento en flagrante violación del artículo 26 de la Constitución Nacional porque ese cargo no se le imputó en el auto de proceder y de él no tuvo oportunidad de defenderse".

En lo que el colaborador Fiscal denomina el segundo cargo de la demanda, conviene precisar que realmente no es tal —ahí se ve la ambigüedad de la censura— sino que el actor en esa parte de su escrito se refiere a la sentencia que la Corte debería dictar, en el evento de que prosperara el recurso.

No prospera, por lo anterior, la impugnación.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

NOTIFICACIONES

La notificación personal del auto que ordena correr traslado al "recurrente" para que formule la demanda de casación, se debe hacer al procesado detenido cuando es él quien recurre personalmente o por medio de su defensor o de apoderado especial, pero en ningún caso a su procurador judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 32 de 14 de agosto de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Por auto de mayo 22 del año en curso, la Corte declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Aquilino Yate Villarreal contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 3 de agosto de 1974, y ordenó correr traslado al recurrente por el término legal (artículo 577 del C. de P. P.).

La decisión anterior se notificó personalmente al condenado (folio 3 C. de la Corte), y se corrió traslado al mismo el 12 de junio último (folio 4 vuelto).

El abogado Tomás Segundo Martínez Granados retiró el expediente de la Secretaría el 7 de julio y lo devolvió el 12 de agosto (folio 6), con un escrito en el cual afirma que como el auto mencionado no se le notificó "aún no ha empezado a correr para mí, como recurrente, el término de que trata el artículo 577 ya citado".

Agrega que:

"A lo anterior se suma, que, al retirar los autos de la Secretaría de la honorable corporación, una enfermedad me impidió formular la demanda de casación dentro del término que empesó (sic) a contarse en base a la notificación hecha al encausado, después de lo cual he considerado prudente solicitar se ordene a la Secretaría notifique el auto del 22 de mayo del cursante año (C. número 4, f. 2), en la forma legal, después de la cual deberá empesar (sic) a contarse el término para la formulación de la demanda de casación, conforme al artículo 577 del Código de Procedimiento Penal".

Se considera.

I. Cuando la ley ordena que se corra traslado al recurrente o recurrentes para que formulen las demandas de casación, se refiere inequívocamente a la parte que impugna, es decir, a quien por sí o por medio de apoderado sostiene una pretensión ante la Corte a través del recurso extraordinario de casación. De ahí que la notificación personal deba surtirse al procesado detenido cuando es él quien recurre personalmente o por medio de su defensor o de apoderado especial, y en ningún caso a su Procurador Judicial. Es esa la correcta interpretación, clara y obvia por lo demás, del artículo 577 del Código de Procedimiento Penal. Así lo confirma lo dispuesto por el artículo 373, inciso 1º del Código Judicial, aplicable en materia penal (artículo 8º C. de P. Penal), cuando ordena a la Corte "dar traslado (del expediente) a cada recurrente que tenga distinto apoderado..." por el término de treinta días para que formule la demanda. O sea, que si varios recurrentes están representados por un mismo abogado, a todos ellos se corre un solo traslado por el término ya mencionado. Significa lo anterior que el término "recurrente" se entiende procesalmente con referencia a quien acude en casación por sí mismo o por medio de apoderado, y que a éste último no hay que notificar personalmente el auto admisorio, salvo el caso previsto en el artículo 180, inciso 2º del estatuto procesal.

II. Es deber elemental de los abogados ejercer diligente vigilancia sobre los asuntos judiciales que les han sido encomendados, y en el ejercicio de sus poderes y representaciones, tienen la obligación de concurrir a las oficinas públicas para informarse de la marcha de los procesos que se les han confiado. Si por causa de su propia negligencia o descuido vencen los términos legales y precluyen determinadas facultades procesales, se trata ya de omisiones que pueden implicar faltas contra el correcto ejercicio de la profesión.

III. El defensor del procesado retiró, aun dentro del término para formular la demanda, el expediente y lo conservó largamente en su poder. Si por causa de enfermedad no pudo presentarla oportunamente, habría podido, en cambio, solicitar la prórroga del plazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo anterior, se rechaza la petición del abogado Martínez Granados y se declarará desierto el recurso.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la solicitud del abogado Tomás Segundo Martínez, y declara DESIERTO el recurso de casación por no haberse formulado la demanda en la oportunidad legal, con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION

Los elementos constitutivos del delito son: a) Un acto que implique constreñir o inducir a alguien a dar o prometer, al agente o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad; y b) Que esto se lleve a cabo mediante abuso del cargo o las funciones públicas que desempeña el culpable.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce (14) de agosto de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 32.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a revisar, por vía de apelación, la sentencia de quince de mayo último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso seguido contra Rogelio García Perdomo, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de San Vicente del Caguán (Caquetá), por los delitos de concusión, abuso de autoridad y detención arbitraria. La parte resolutiva de la sentencia apelada es del siguiente tenor:

"1º *Imponer* a Rogelio García Perdomo la pena principal de siete (7) meses de prisión por habérsele encontrado responsable de la comisión de los delitos de concusión y abuso de autoridad que definen y sancionan los artículos 156 y 172 del Código Penal.

"Rogelio García Perdomo es hijo de Secundino y Amelia, de 55 años de edad, casado, con cultura de bachillerato y se identifica con la cédula de ciudadanía número 2212329 expedida en Ibagué.

"2º *Condenar* a García Perdomo a sufrir las penas accesorias siguientes: Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, suspensión de la patria potestad si la tuviere, publicación especial de la sentencia y en abstracto la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados con la infracción.

"3º *Absolverlo* del cargo por detención arbitraria por el cual fue llamado a juicio.

"4º *Ordenar* la inmediata e incondicional libertad del procesado por haber cumplido en detención preventiva la pena mínima impuesta".

Los cargos.

Los reseña el *a quo*, en el auto de 25 de junio de 1974, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"Tratando de hacer una síntesis de los cargos según los documentos informadores y acusatorios antes relacionados, se deduce que contra el ex-juez García Perdomo surgieron las siguientes imputaciones: Omisión de ritualidades procesales por falta de notificación oportuna en el caso de la acción penal por hurto contra Isaac Sánchez; detención arbitraria por mantener con simple orden de captura por más del término legal y sin indagar en el caso de Hernando Cuéllar Murcia y María García Londoño; abuso de autoridad al conceder permisos ilegales a Manuel José Londoño, José Antonio Valencia Villegas, Eulogio Rodríguez y otros detenidos para pernoctar y trabajar fuera del establecimiento carcelario; abandono del cargo durante más de once (11) días en el mes de junio de mil novecientos setenta (1970); cohecho o concusión sobre Blasina Osso y Alejandro Sanceno al exigir, por intermedio del secretario, cierta suma de dinero para actuar favorablemente; negociaciones indebidas o concusión con Rafael Polanía y Elicio Molano, mientras se encontraban detenidos; abuso de autoridad al actuar como parte y juez en el denuncio contra el hijo de Blasimina Osso llamado Arnulfo del Basto y los señores María y

Marco A. García; usurpación de funciones públicas y falsedad en la acción de Angel Cardoso contra Miguel Montenegro Guevara y libertad ilegal de Euclides Guerra, al ordenarla telegráficamente ante la autoridad carcelaria sin dictar previamente la providencia que así lo dispusiera".

De estos cargos fue exonerado mediante sobreseimiento definitivo de los siguientes: "Abuso de autoridad por permisos ilegales; morosidad en la notificación de algunas providencias; concesión ilegal de la libertad; negociaciones indebidas; prevaricato; abandono del cargo; cohecho; usurpación de funciones públicas y falsedad", y llamado a juicio por los otros.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado Penal conceptúa, en síntesis, así:

"Satisfechos, en opinión de la Procuraduría Primera Delegada Penal, los requisitos señalados por el artículo 215 de C. de P. P., para dictar sentencia condenatoria, es de parecer el Ministerio Público que la sentencia apelada debe mantenerse en lo tocante a los delitos de concusión y abuso de autoridad y revocarse en la absolución por el injusto de detención arbitraria, toda vez que fue demostrada la responsabilidad de Rogelio García Perdomo en la comisión de tal delito".

Se considera.

Delito de concusión.

Relativamente a esta infracción se dice en la sentencia que se revisa:

"De otro lado, no hay lugar a absolución en cuanto a esta ilicitud, dado que como se observa en transcripción del testimonio de Elicio Molano hecho por la honorable Corte, no es cierto, como lo pretende el defensor, que la iniciativa del préstamo surgiera del procesado, pues es evidente que esta idea tuvo su origen en el Juez como se lee a continuación:

"...y el señor Rogelio García Perdomo, quien ejercía el cargo de Juez de este lugar, me dijo que le prestara la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00)...".

"Lo anterior indica que están reunidos contra García Perdomo su calidad de funcionario que tenía bajo su conocimiento así sea preventivo, la situación jurídica de los procesados Elicio Molano y Rafael Polanía; a su propia iniciativa solicitó el préstamo y entró en negociaciones con los mencionados procesados; obtuvo una ventaja económica al recibir cinco mil pesos ($ 5.000.00) que según se dice, fue a título de préstamo, pero con facultad para disponer de ellos como a bien quisiera y por último alcanzó una ventaja económica prevalido de su condición de funcionario y con perjuicio de los particulares y detrimento de la responsabilidad y seriedad que el Estado espera de sus funcionarios encargados de administrar justicia. Están, pues, reunidos los extremos exigidos por el artículo 215 del Código de P. Penal para sancionar".

Cumple observar que Elicio Molano, en su declaración jurada, expone:

"Faltaban como dos meses para echarme para Florencia a la cárcel y el señor Rogelio García Perdomo, quien ejercía el cargo de Juez de ese lugar, me dijo que le prestara la suma de cinco mil pesos POR INSINUACIONES de mi yerno Rafael Polanía para comprarle o para no mentir, no supe para qué sería y entonces yo se los presté y se los di a mi citado yerno Rafael Polanía". (Las mayúsculas POR INSINUACIONES son de esta Sala).

De suerte que no se haya probado en forma alguna que "la iniciativa del préstamo surgiera del procesado".

Dice el artículo 156 del C. P.: "El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años".

Los elementos constitutivos de esta infracción son: a) Un acto que implique constreñir o inducir a alguien a dar o prometer, al agente o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad, y b) que esto se lleve a cabo mediante abuso del cargo o las funciones públicas que desempeñe el culpable.

Constreñir, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa obligar, precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa. De modo que el constreñimiento envuelve el empleo de la violencia física o moral para vencer la voluntad de la víctima y determinarla a dar o prometer lo que de ella se persigue expoliar.

La violencia que está implícita en el constreñimiento de la concusión tiene por objeto inclinar la voluntad del sujeto pasivo a dar o prometer lo que se le pide. Por manera que éste se ve colocado frente a un dilema: acceder a dar o

prometer lo que se le demanda o sufrir el mal con que se le amenaza. Por lo cual en la concusión, como en la extorsión, es la violencia moral la constitutiva del constreñimiento característico de esta infracción.

El verbo inducir, *usado en el transcrito artículo 156 del C. P., tiene la acepción de instigar, persuadir, mover a alguien a dar o prometer lo que de él se quiere conseguir. La inducción se endereza al entendimiento de la víctima, con el fin de que, incidiendo en el error, determine a la voluntad a hacer la entrega o la promesa.*

Finalmente, el abuso del cargo o de las funciones, según Riccio, citado por el doctor Jesús Bernal Pinzón ("Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir", página 66), "comprende varias formas; pero solo cuando incide sobre la voluntad del sujeto pasivo, convirtiéndose en constreñimiento o inducción, constituye elemento esencial del delito de concusión. Por consiguiente, no el abuso en sí mismo, sino en cuanto representa coartación (y por tanto violencia o amenaza), o inducción (y por ello persuasión ilícita, insidia o artificio) se pone como elemento del delito".

En el caso sub júdice, *no se ha acreditado en modo alguno que el procesado Rogelio García Perdomo hubiera ejercido, abusando de su cargo o de sus funciones y con violencia moral o amenazas, presión sobre Elicio Molano para "alterarle el proceso formativo de la voluntad" y determinarle a que el nombrado señor Molano le diera en préstamo al funcionario acusado la suma de cinco mil pesos. Antes bien, se ha visto que Molano declaró que hizo tal préstamo "por insinuaciones" de su yerno Rafael Polanía.*

Tampoco hay prueba de que, abusando del cargo de Juez o de sus funciones, hubiera inducido a Molano a que le diera en préstamo la referida suma, haciéndole caer en error mediante persuasión ilícita, insidia o artificio o simples palabras mentirosas.

Fluye de lo expuesto que la Sala revocará la sentencia apelada en lo que respecta al delito de concusión y, en su lugar, absolverá al encausado García Perdomo.

Abuso de autoridad.

En relación con este delito se dice en la providencia que es objeto de la alzada:

"El funcionario en este caso particular no obró con el criterio altruista del Juez y el apostolado justiciero desprovisto de todo apasionamiento que se presume en el juzgador y que éste debe practicar, sino que actuó acicateado porque, al poner en libertad a la detenida por un delito antecedente, lo hizo de manera transitoria su amante y ésta aprovechó las circunstancias para despojarlo de las existencias en dinero fraccionario que reposaba en los bolsillos de García Perdomo. Este hecho lo destacó el Alcalde Arturo Reyes Cardozo, al folio 104 vuelto, del cuaderno número 2 cuando expresó:

"También pude constatar que a una detenida de nombre María Helena García, la puso en libertad para que se saliera a convivir con él, o sea con Rogelio, posteriormente llegó don Rogelio García a poner denuncio en la Alcaldía contra María Helena García, por el hecho de que esta señora le había sacado una plata de su bolsillo estando dormido con ella juntos en la pieza".

Resumiendo, el delito de abuso de autoridad que se le imputa a García Perdomo consiste en que "en sumario por hurto contra María Helena y Marco Antonio García Londoño, radicado bajo el número 849, figura como ofendido el propio Juez García Perdomo, quien en su doble condición de Juez y parte, inició el proceso dictando auto cabeza del mismo...".

Sobre este particular el Agente del Ministerio Público, en esta instancia, discurre con acierto así:

"'Es importante tener presente lo normado por el artículo 78 del C. de P. P., concordante con el artículo 88 ibídem, para concluir que en el incriminado concurría la causal 4ª que reza: 'Haber sido el Juez o Magistrado apoderado o defensor de alguna de las partes, o contraparte de cualquiera de ellas, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso'; tal situación hacía imperativo el que Garía Perdomo se declarara impedido, y al no hacerlo, omitió un acto al cual estaba obligado, adentrándose así en el terreno delictual consagrado por el artículo 172 del C. P.

"En el debate público, nuevamente el Fiscal y el defensor abogaron por la absolución, toda vez que 'los delitos de omisión se circunscriben a una simple desobediencia legal que mientras no lleven el sello claro del dolo, no son comportamiento punible...'; el defensor del reo, en síntesis, se remitió a la sentencia de la honorable Corte del 15 de diciembre de 1954 que reza: 'La declaración de impedimento por parte del funcionario es una cuestión que queda a su prudente juicio, y no comete delito el que no hace tal manifestación'.

"Como lo sostiene el fallador de primera instancia 'la jurisprudencia invocada por el distinguido togado fue rectificada por la citada corporación en el criterio que en caso exactamente igual se transcribió antes y el Tribunal comparte dicha posición doctrinal, porque no entiende cómo se les puede exigir a todos los ciudadanos residentes dentro de los límites que marcan el espacio físico de Colombia, el conocimiento de la ley, con presunción de derecho, y no se le pueda exigir responsabilidad al funcionario que como juez está aplicando ese conjunto de normas, para justificar la conducta de quien reúne en su calidad la condición de juez y parte por haber actuado como denunciante afectado y a la vez como instructor...' ".

Por eso la Corte confirmará el proveído apelado en lo que toca a ese delito de abuso de autoridad.

Detención arbitraria.

Atinente a esta infracción la Sala acoge íntegramente lo expuesto por el Agente del Ministerio Público en los siguientes términos:

"La inspección judicial practicada sobre el proceso adelantado contra María García por el delito de hurto, al igual que la visita especial realizada por funcionario de la Procuraduría, demostró categóricamente que los términos para recepcionar la indagatoria de la detenida se dejaron vencer ampliamente, encuadrando el sentenciado su conducta en el mandato del artículo 296 del C. P.

"Respeta, pero no comparte, este despacho los planteamientos esbozados por el a quo respecto a este punible, todo vez que aunque realmente existe la divergencia planteada por el Tribunal, no debe olvidarse que, según constancias procesales, María Helena García ingresó al establecimiento carcelario el 10 de junio de 1970, a las 18.00 siéndole recibida la indagatoria el 15 de los mismos mes y año.

"Nuevamente, tanto el Fiscal como el defensor solicitaron en la vista pública absolver a García Perdomo por considerar que faltaba el elemento subjetivo, representado en el ánimo de perjudicar a la procesada o favorecer con la tardanza a otra persona.

"A lo anterior se responde con la doctrina expuesta por la honorable Corte: 'Se advierte en la discusión de que fue objeto el artículo 296 del C. P. que su espíritu está informado en la idea de que en estos casos deja el funcionario de cumplir con las formalidades señaladas por la ley. Y se adivina dicho espíritu porque prolongar indebidamente la detención de una persona, a que hace referencia este artículo, por regla general constituye el incumplimiento de requisitos legales a que tiene derecho el ciudadano a fin de que su situación jurídica en el proceso que se le siga sea resuelta en debida oportunidad y todos aquellos términos que la ley de procedimiento señala para que se cumplan determinadas diligencias en la tramitación del sumario, no sean objeto de burla o violación alguna por parte del funcionario encargado de dicha investigación; que de ser de otra manera, podría ocurrir que la pretermisión de esas formalidades dejara al sindicado indefinidamente privado de su libertad, sin que tuviera medio alguno de evitar, o por lo menos, impedir que su detención se prolongue más allá de los justos límites que la ley señala" (Auto, 22 de junio de 1951, t., LXIX, 786).

En consecuencia, la Sala revocará la providencia apelada en lo que concierne a este delito de detención arbitraria y, en su lugar, condenará al procesado.

Se dice, acertadamente, en la sentencia que se revisa que el sindicado es acreedor a la pena mínima, porque es persona que no registra antecedentes penales y en su favor median solo circunstancias de menor peligrosidad "y los ilícitos por que se le persigue fueron cometidos por y con ocasión del servicio en un medio difícil de ejercer el cargo como es San Vicente del Caguán, por constituir puerto de llegada de los colombianos de las más diversas costumbres y extracciones morales".

El artículo 296 del C. P. señala una pena de arresto de un mes a un año y el 172 ibídem la de multa de diez a trescientos pesos.

Al procesado, por tanto, se le impondrá la pena de un mes de arresto y multa de diez pesos. Por consiguiente, se revocará la condena a las penas accesorias, pues solo el presidio y la prisión las comportan, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 y el artículo 54 del C. P.

Se observa que en detención preventiva ya cumplió el enjuiciado la pena privativa de la libertad.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, MODIFICA la sentencia apelada de la siguiente manera:

1º SE CONDENA a Rogelio García Perdomo a la pena de un mes de arresto por el delito de detención arbitraria.

2º SE CONDENA al mismo procesado a pagar una multa de diez pesos, moneda legal, al Tesoro Nacional, por el delito de abuso de autoridad.

3º SE LE ABSUELVE por el delito de concusión.

4º SE REVOCA la condena a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, de suspensión de la patria potestad y de publicación especial de la sentencia.

5º SE CONFIRMA la sentencia apelada en cuanto condena al procesado a indemnizar, en abstracto, los daños y perjuicios causados con las infracciones y ordenó su inmediata e incondicional libertad "por haber cumplido en detención preventiva la pena mínima impuesta".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DICTAMEN PERICIAL MEDICO LEGAL Y ELECTRO-ENCEFALOGRAMA

Cuándo se requiere para determinar las circunstancias del artículo 29 del Código Penal y cuándo la no práctica de dichos exámenes quebranta las formas propias del juicio y se incurre, por consiguiente, en nulidad constitucional.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 32 de 14 de agosto de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luz Cenith Rincón Ballesteros contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 1974, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por medio de la cual fue confirmada, con ligeras modificaciones, la proferida por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, en la que se impuso a la acusada la pena principal de ocho años de presidio y las accesorias del caso, como responsable del delito de homicidio.

Hechos.

Luz Cenith Rincón Ballesteros y Javier Serna sostenían relaciones amorosas desde hacía algún tiempo, cuando el último abandonó a la primera para enamorarse de la joven Aura Ninfa Carrascal, circunstancia que produjo hondo malestar a la acusada. El 28 de febrero de 1973, en las horas de la mañana y en la población de Aguachica (Cesar), donde los mencionados tenían sus domicilios, la sindicada se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes, y cuando al filo del medio día encontró a Aura Ninfa Carrascal en la lonchería "El Buen Gusto", ubicada en la calle principal del poblado, la acometió a golpes de cuchillo, y le infirió varias lesiones, una de las cuales le produjo la muerte casi en el acto y en el mismo lugar.

Actuación procesal.

Aunque Luz Cenith fue capturada inmediatamente después de ocurrido el hecho, la investigación solo se inició el 7 de marzo siguiente. Desde el momento de su declaración indagatoria la sindicada expresó que "de la cabeza sí he sufrido" y que algunos de sus parientes padecían trastornos mentales (folio 6), y luego pidió al Juez que solicitara su historia clínica al hospital Olaya Herrera de Gamarra, en donde alguna vez fue atendida. Practicada la prueba, de la "Unidad Operativa de Salud de Gamarra" enviaron el documento visible a folio 40, en el que se hace constar que Luz cenith (sic) Rincón Ballesteros, de 23 años de edad, ingresó para consulta el 22 de enero de 1973, por orden del doctor Egea, y que presentaba "ataques". Se le diganosticó "neurosis", y salió el 24 del mismo mes.

Con base en estos antecedentes se ordenó su examen psiquiátrico, y el 23 de julio del mismo año el Médico Jefe de la Oficina de Medicina Legal de Valledupar rindió dictamen así: la sindicada "en la actualidad no presenta signo ni sintomatología que hagan presumir enagenación (sic) mental, grave anomalía psíquica o intoxicación crónica producida por alcohol. Sus facultales mentales están funcionando normalmente én la actualidad. Debe solicitársele al señor Director de la Cárcel una observación permanente y cualquier anomalía que presente debe ser informada para su estudio. Ya que el examen somático y psíquico practicado en el día de hoy es normal" (folio 52).

Cerrada la investigación, al calificar el mérito del sumario, el Juzgado dictó auto de proceder contra la Rincón Ballesteros, bajo la imputación

de homicidio simplemente intencional o de propósito (folio 58), decisión que no fue impugnada. Tampoco se solicitó práctica de pruebas dentro del período correspondiente de la causa (folios 63, 64). Cuando se desarrollaba la audiencia pública, el defensor adujo que la procesada era anómala psíquica y pidió la nulidad de la actuación con el fin de que se le practicara un "ensaferograma" (sic), "para lo cual él está dispuesto a sufragar los gastos que esto ocasiona" (folio 76). El Juez suspendió el juicio e invalidó la actuación a partir del auto de cierre de la investigación (folio 79), y comisionó al Juzgado Primero Penal Municipal de Bucaramanga, "para que se sirva hacerle practicar a la procesada Luz Cenith Rincón los exámenes psiquiátricos que sean necesarios", a la vez que formuló el cuestionario pertinente, del cual conviene destacar lo siguiente:

"b) Si del examen psiquiátrico resultare que la sindicada fuere epiléptica, llévese al efecto un riguroso examen médico-legal, utilizando el método de la electro-encefalografía...".

A pesar de las promesas de la defensa, según el informe secretarial de folio 84, habían corrido casi dos meses desde que se decretó la nulidad, y nadie se había presentado al Juzgado para proveer a los gastos de remisión de la procesada y de los exámenes electro-encefalográficos, por lo que se ordenó "proceder oficiosamente". Por fin, el 1º de febrero de 1974, el doctor Rafael Azuero Riveros, Médico Legista de Bucaramanga, después de examinar a la imputada y conocer los antecedentes que constan en el proceso, rindió el siguiente dictamen:

"Luz Cenith Rincón Ballesteros, examinada en la oficina no presenta síntomas de enfermedad mental; el estudio del expediente y de los antecedentes manifestados por Luz Cenith no permite concluir que el delito que se le atribuye hubiera sido cometido bajo grave perturbación psíquica, sin embargo, como la detenida manifiesta haber padecido crisis de pérdida del conocimiento, se solicita de ese Juzgado que se ordene practicar a Luz Cenith Rincón un electro-cefalograma" (folio 105).

Insistió el apoderado de la sindicada en la práctica del electro-encefalograma en la ciudad de Barranquilla, "para lo cual sufragaremos los gastos necesarios" (folio 121), pero el Juzgado negó la aducción de esta prueba porque el término de instrucción se hallaba excesivamente vencido, y porque "del dictamen médico-legal practicado por el legista de la ciudad de Bucaramanga... se colige que en cuanto a sus facultades psíquicas, ellas son normales en la encartada y la práctica de electro-encefalograma en la sindicada, es a manera de sugerencia, que en nada enturbia el peritazgo allí consignado...". Ningún recurso se interpuso contra esta decisión.

Nuevamente se calificó el mérito del sumario con llamamiento a juicio en los mismos términos en que antes se había hecho (folio 129), y no fue recurrida la providencia vocatoria, ni se pidió la práctica de pruebas en el término correspondiente.

Concluida la audiencia pública, el jurado afirmó la responsabilidad de la sindicada, y sobre ese veredicto se dictó la sentencia de primer grado. Nuevamente insistió el defensor en que se practicara la prueba tantas veces mencionada, solicitud que fue denegada, y que se repitió ante el Tribunal extemporáneamente.

Por fin, la sentencia del Juzgado fue confirmada al ser revisada por vía de apelación.

La demanda de casación.

Después de relatar los hechos que dieron origen al proceso y los actos principales del mismo, el impugnante formula un solo cargo bajo el ámbito de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y lo enuncia diciendo que "el único cargo que puedo formular contra la sentencia debatida es la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional o sea la nulidad constitucional que la jurisprudencia y la doctrina nacionales han mantenido como una garantía al ciudadano colombiano frente al abuso de la ley o a su aplicación indebida", pero sin precisar en forma alguna cuál de las garantías que tutela esa norma considera violada.

Aunque discurre largamente en torno a una hipotética anormalidad mental de la sindicada, y a los esfuerzos realizados por la defensa dentro del proceso para demostrarla, no menciona ninguna norma legal que haya sido quebrantada, y concluye así:

"...la ausencia de la prueba científica el electro-encefalograma en la persona de mi patrocinada no permitió a plenitud el ejercicio del derecho de defensa, porque su presencia en el proceso era sustancial, ya que si la patrocinada al hacerse el examen presenta signos perturbadores de su salud, entonces su situación frente a la ley es distinta, porque es aberrante y contrario a lo sostenido por la Corte en diferentes oportunidades que mientras que Luz Cenith Rincón está en la cárcel sufriendo una enfermedad mental de origen desconocido se le haya condenado por un homicidio voluntario a la pena de ocho años de presidio".

El Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita la invalidación del proceso a partir del auto de cierre de la investigación, y para ello transcribe apartes de las sentencias dictadas por la Corte en octubre de 1970 y julio de 1973, y sostiene:

"La omisión de dicha prueba (el electro-encefalograma), dados los términos del dictamen, conduce a la nulidad por no haberse demostrado debidamente lo relacionado con normalidad mental de la procesada, con desconocimiento de las formas propias del juicio, pues faltó determinar en forma indudable dicho aspecto, de obvia importancia dentro del proceso y con consecuencias trascendentales dentro del mismo".

Consideraciones.

I. La Sala se aparta del criterio de su colaborador Fiscal porque encuentra que la demanda carece de claridad y consistencia. Nada se dice, como ya se anotó, acerca de cuál de las garantías que consagra el artículo 26 de la Carta Política se estima quebrantada, y apenas se insinúa que se violó el derecho de defensa de la sindicada, pero sin ensayar siquiera una demostración lógica del ataque, que por lo demás resulta imposible por este concepto. Tampoco se cita ninguna norma de derecho sustancial como infringida en la sentencia, de manera que conduzca al quebrantamiento del precepto constitucional citado, colocándose así en el ámbito de las instancias, puesto que no señala específicamente las cuestiones que la Corte debe analizar en la competencia propia de la casación, según los mandatos legales y las enseñanzas de la jurisprudencia.

De otra parte, aparece claro que el ataque a la sentencia ha debido ensayarse dentro del marco de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (violación indirecta de la ley sustancial), pues el motivo de la queja consiste en que el fallador dio valor de plena prueba a los dictámenes médicos practicados en Valledupar y Bucaramanga para demostrar la normalidad psíquica de la inculpada, cuando según el pensamiento del actor, para llegar a esa conclusión era necesario la práctica de un electro-encefalograma.

II. Luz Cenith Rincón fue sometida a dos exámenes psico-somáticos, practicados ambos por expertos médicos legistas nacionales. En ellos se afirma sin hesitación alguna la normalidad psíquica de la sindicada, y solo se recomienda, en el primero la observación de su conducta en la cárcel; y en el segundo la práctica del electro-encefalograma, pero únicamente como insinuación que surge, no de las dudas del perito, sino de las afirmaciones de la sindicada en el sentido de que ha sufrido "crisis de pérdida del conocimiento".

De lo anterior se colige que las sentencias de la Corte citadas por el Procurador se refieren a situaciones fácticas completamente distintas a la que se estudia. En ambos fallos existían dictámenes periciales en los cuales se afirmaba la existencia de anomalías del psiquismo en los procesados, sin precisar en uno (1970), la entidad del proceso mórbido ni su equivalencia o relación con las prescripciones del artículo 29 del Código Penal; en el otro (1973), había en el expediente una pluralidad de experticios contradictorios entre sí, pues al paso que los unos sostenían la enajenación, otros afirmaban la normalidad del imputado. Naturalmente frente a una situación de esta índole la perplejidad suscitada por los propios expertos no permitía definir razonablemente la normalidad o anormalidad de los sindicados sin el recurso a otros medios de prueba cuyo carácter objetivamente científico arrojaría resultados definitivos que permitirían al fallador un juicio adecuado a las normaciones legales.

Es verdad que cuando existen dudas fundadas en elementos probatorios acerca del estado de normalidad del sindicado, y el fallador decide, sin fundamento racional, convocar el jurado para el juzgamiento, se quebrantan las formas propias del juicio, y se incurre, por consiguiente, en nulidad constitucional. Pero conviene precisar que no basta la demostración procesal de la existencia de una entidad morbosa en el sujeto pasivo de la acción penal, para que su juzgamiento deba realizarse sin la intervención del jurado y para que, por ese solo hecho, se le deban aplicar medidas de seguridad en lugar de penas. Es necesario que la enajenación mental, la anomalía psíquica grave o la intoxicación crónica producidas por el alcohol o por otra sustancia estupefaciente existan en el momento de ejecutar el hecho delictuoso, y que entre esos estados patológicos y el delito exista una relación de causa a efecto para que pueda predicarse la inimputabilidad con todas sus consecuencias jurídicas.

Ciertamente los padres de la acusada afirman que era enferma, y está probado, además, que fue recluida brevemente en la Unidad Operativa de Salud de Gamarra en el mes de febrero de 1973, porque sufría de "ataques". Pero, aparte de la ambigüedad de esta palabra, es evidente que "ataques" pueden sobrevenir a una persona en virtud de causas simplemente orgánicas. En esa oportunidad se dijo que Luz Cenith padecía

"neurosis", sin describir ningún síndrome o cuadro sintomatológico. De otra parte, las neurosis o psicosis psicógenas se refieren a "aquellos procesos patológicos mentales que tienen un origen psíquico puro, cuyos síntomas cuantitativos y cualitativos carecen de un comienzo, evolución y terminación específicos y definidos, son pasajeros y terminan sin secuelas que alteren definitivamente la personalidad psíquica del enfermo" (Tratado de Medicina Legal de Leopoldo López Gómez y Juan Antonio Gisbert Calabuig, tomo II, página 517). De donde se deduce que aun en el caso de que la Rincón Ballesteros padeciera realmente de alguna forma de neurosis, no sería una entidad nosográfica de las contempladas en el artículo 29 del Código Penal.

Finalmente, se debe tener en cuenta que ninguno de los dos dictámenes fue objetado, ni de ellos se pidió ampliación dentro de los términos legales. Tampoco se solicitó prueba alguna en el período correspondiente de la causa. Las peticiones de la defensa fueron casi todas extemporáneas y, además, imposibles de realizar dentro de las disponibilidades materiales de la administración de justicia.

La conclusión de todo lo dicho es que en el juzgamiento de Luz Cenith Rincón no se quebrantó ningún derecho, y que en él se observaron las formas propias del juicio, motivo por el cual el cargo no puede prosperar.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar a que se ha hecho referencia en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR

La competencia para conocer de estos delitos, según el artículo 663 del Código de Procedimiento Penal, la tienen los jueces municipales de la residencia del titular del derecho, al momento de cometerse la infracción. El delito denominado de inasistencia familiar y que contempla la Ley 75 de 1968, es de carácter permanente, omisivo y de peligro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 33.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Procede la Corte, de plano, a resolver el conflicto de competencia negativa suscitado entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) y el Primero Penal Municipal de Calarcá (Quindío), para conocer del asunto que por un presunto delito contra la asistencia familiar se adelanta contra Olga Delgado de Duque.

Planteamiento de la colisión.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal, para sustentar su decisión, expone en providencia de dos (2) de junio del corriente año:

"No es el hecho de salir de cuatro paredes para vivir dentro de otras cuatro lo que la ley castiga; es la consecuencia de su actitud; inclusive se da con frecuencia este reato sin necesidad de abandonar físicamente la casa, como cuando el marido o la mujer se desentienden o 'sustraen' de sus obligaciones. Estas se encuentran diseminadas a lo largo del C. Civil, y la confusión se ha presentado quizá por la letra del artículo 178 de dicha obra que dice: 'el marido tiene derecho para obligar a su mujer à vivir con él y seguirle a dondequiera que traslade su residencia (...)'.

"Existen, sin embargo, otros deberes igualmente importantes y que el Juzgado que conoció en primer término ha pasado por alto: la obligación de 'socorrerse y ayudarse mutuamente', proteger a sus hijos (especialmente tratándose de dos niñas de nueve y tres años, que por ley también se encuentran al cuidado de la madre), etc. Todas estas obligaciones incumplidas lo fueron desde el mismo momento en que Olga, contra la voluntad de su marido (desafortunadamente demasiado débil), salió de la residencia de Barragán. El delito, pues, se ha configurado en un municipio ajeno a esta jurisdicción. A pesar de que en ampliación de denuncia Jorge Alonso manifiesta que le dio consentimiento a su mujer para viajar a Santa Rosa, lo cierto es que nunca estuvo de acuerdo y así se lo expresó; luego continuamente viajó a casa de la suegra tratando de recuperar a su esposa para sus hijas, pero los comentarios de que vivía con otro hombre y el hecho protuberante de llevarse los muebles de su hogar, le indicaban al frustrado marido las claras intenciones de su mujer, aunque él se negara a reconocerlo. Por esto y, además, porque se ha denunciado un delito contra la propiedad (al parecer hurto doméstico) el Despacho considera que no es competente en el presente caso...".

A su turno, el Juzgado Primero Penal Municipal de Calarcá, para decidir que no tiene competencia, luego de transcribir el artículo 663 del C. de P. P., se expresa así:

"Nos parece bastante clara la disposición anterior, y ella no se presenta a duda alguna. Miremos ahora dónde se cometió la infracción. Ella

tampoco se presenta (sic) a interpretación, porque ellos ocurrieron en la población de Santa Rosa de Cabal, donde la sindicada desde días atrás, por autorización expresa de su propio esposo se había trasladado llevándose consigo todos y cada uno de los enseres que tenía en la casa situada en la vereda de Barragán de esta comprensión municipal; mírese cómo es el mismo denunciante quien dice: '. . .mi esposa salió para Santa Rosa, el día diez y ocho de marzo, de mi casa ubicada en Barragán, encontrándome yo allí, y el día antes arregló el equipaje el día anterior manifestándome que se iba a ir para la casa de la mamá, por cuanto estaba muy aburrida... diciéndole yo que no me parecía ese proceder que se fuera de la casa, pero que si estaba muy aburrida que se fuera a ver qué era lo que iba a hacer...' Y el Juzgado le pregunta: '...diga si su esposa se fue sin su consentimiento ¿fue de Barragán; o de Santa Rosa, Risaralda, en donde dice residía con su suegra? Respondió: Ella se fue sin mi consentimiento fue de Santa Rosa, pues de Barragán la dejé ir para que en Santa Rosa descansara como antes dije...'.

"No hay duda alguna de que el ofendido dejó ir a su esposa a la ciudad de Santa Rosa y de que allí fijó su residencia, ya que el día antes empacó todos los objetos que tenía en su casa de Barragán en presencia de su mismo esposo. Entonces no fue en esta jurisdicción donde se produjo el abandono, sino en la citada ciudad, porque de allí fue donde decidió abandonar sus obligaciones para marcharse, al parecer con su amante Víctor Villarraga... y comoquiera que la acusada residía en Santa Rosa, por autorización expresa de su esposo, es a esa ciudad a quien le toca conocer de esta investigación por competencia".

Se considera.

Según el artículo 663 del C. de P. P., de los delitos contra la asistencia familiar conocerán, en primera instancia, los jueces municipales de la residencia del titular del derecho al momento de cometerse la infracción.

En el caso sub júdice, *es evidente que la residencia del denunciante Jorge Alonso Duque Marulanda, titular del derecho, así como el domicilio del hogar o de la sociedad conyugal, era Barragán, comprensión municipal de Calarcá, al momento de empezar a perpetrarse la presunta infracción, o sea cuando la señora Olga Delgado de Duque se ausentó de Santa Rosa de Cabal en compañía de su amante, según la denuncia, pues ella se encontraba en esta ciudad con la anuencia del esposo. Y se dice* al momento de empezar a perpetrarse *o cometerse, porque el delito denominado de inasistencia familiar y que contempla la Ley 75 de 1968 es de carácter permanente, omisivo y de peligro, por cuanto se comete durante todo el tiempo en que se dejan de cumplir los deberes de asistencia moral o alimentaria, debidos a las personas que enumera el artículo 40 del ordenamiento que se acaba de mencionar y, por otra parte, no es preciso que se produzca un perjuicio efectivo a esas personas, sino que se conforma con la posibilidad del daño.*

Además, la denuncia fue presentada en el Juzgado Penal Municipal de Calarcá (reparto).

En la obra citada en su providencia por el Juzgado Primero Penal Municipal de Calarcá, refiriéndose al delito contra la asistencia familiar y comentando lo que sobre el particular disponen legislaciones distintas de la colombiana, se dice:

"El carácter permanente de la infracción, suele involucrar diversos sitios, todos ellos propios al prolongado fenómeno de la consumación. Entonces, ¿dónde debió darse el cumplimiento de la obligación? Si, por ejemplo, los artículos 87 y 88 del C. Civil, imponen como domicilio de la mujer y los hijos el del esposo y padre, ¿es allí donde debe cumplirse la obligación? Y si, por causa del abandono, se trasladan y residen en otro lugar, ¿el juez competente será el del domicilio del jefe de familia, con evidente daño para los titulares del derecho? Y si el cónyuge del ejemplo, manteniendo su inasistencia, cambia de domicilio, ¿no incidirá esta mudanza en la determinación de la competencia? El terreno puede, así, resultar abonado para las polémicas.

"Mejor la fórmula colombiana, que al lugar del hecho agrega el lugar de la residencia del titular del derecho, con la exigencia de perdurar la situación de abandono. Estos titulares tendrán, entones, oportunidad de escoger, entre varios, el juez competente. La protección del sujeto pasivo es evidente... (Gustavo Gómez Velásquez, "Delitos contra la asistencia familiar", página 171).

En síntesis, en el caso presente la residencia del titular del derecho al momento de empezar a cometerse la presunta infracción era Barragán, comprensión municipal de Calarcá, y la denuncia fue presentada en el Juzgado Penal Municipal (reparto), de esta ciudad. No hay constancia alguna de que el titular del derecho hubiera cambiado de residencia con posterioridad.

Luego, de acuerdo con el artículo 663 del C. de P. P., el competente es el Juez Penal Municipal de Calarcá.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME el conflicto de competencia a que se refiere la parte motiva de este auto en el sentido de que el conocimiento de la denuncia en él mencionada corresponde al Juez Primero Penal Municipal de Calarcá, a quien se ordena remitir las diligencias, previa noticia al Juez Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal de lo aquí resuelto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD

Son aquellos que se llevan a cabo en ejercicio de las funciones o por razón de ellas, y cuando son cometidos por los jueces, su juzgamiento corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial, en primera instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, agosto veintiuno (21) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 33 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena la providencia de cinco de junio último, por la cual *sobresee definitivamente* en favor del doctor Juan Aníbal Royero Jiménez, ex-Juez Municipal de Mompós, acusado de supuesto delito de concusión.

Los hechos, según los refiere el denunciante, señor Donaldo Delgado Navarro, consisten en lo siguiente:

"Resultó que un hijo menor de edad, sin culpa y sin intención de lesionar y menos de truncar la vida a un primo hermano, también menor de edad, hijo y sobrino respectivamente de mi persona..." le causó la muerte a este último. Coaccionado por el abogado junto con otras personas, dentro de las cuales se encontraba o encontró un juez que administra justicia para su jurisdicción, fui llamado y atendiendo a la solicitud del doctor Pacheco Arquez, que debía transar el negocio para que por ese medio evitar se abriera la investigación, debería dar o entregar la suma de sesenta mil pesos, cosa que no accedí por ser persona pobre, pero que por un hijo uno es capaz de cualquier cosa y más estando frente a una persona de reconocida honorabilidad. Llegamos al acuerdo de que la transacción fuera por treinta mil pesos...", de los cuales "entregué cinco mil en efectivo, un cheque por cinco mil y firmé cuatro letras de a cinco mil pesos cada una...", cumpliéndose esto "en la oficina del Juez, doctor Royero, quien sugirió que el doctor Pacheco rebajara la suma a esos treinta mil pesos...".

Estima el juzgador *a quo* que no se tiene el delito de concusión en la conducta del ex-Juez Royero Jiménez, pues en la transacción cumplida entre el doctor Pacheco Arquez y el denunciante, obrando aquél en representación de la madre del menor cuya muerte se atribuye al hijo de Delgado Navarro, el doctor Royero no intervino en asunto que cursara en su despacho y por consiguiente su comportamiento es extraño a sus funciones de Juez.

En cambio, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, si bien considera que el funcionario sindicado no ha cumplido delito alguno de responsabilidad, esto es, de los que por llevarse a cabo en ejercicio de las funciones o por razón de ellas, su juzgamiento corresponde —tratándose de Jueces— al Tribunal Superior de Distrito Judicial en primera instancia, encuentra que en este proceso es nulo lo actuado, por incompetencia del Juez (artículo 210-1º del C. de P. P.), desde el auto cabeza de proceso, atendida la regla de competencia que trae el numeral 2º del artículo 33 de la obra citada.

Comparte la Corte el concepto del Ministerio Público, pues, como lo anota, cualquiera intervención que hubiese tenido el doctor Royero Jiménez en la transacción a que llegaron el denunciante y el doctor Pacheco Arquez, sobre posibles perjuicios civiles de la mandante de éste, lo era en asunto ajeno a las funciones de Juez del acusado, como que se trataba de cuestión penal de la competencia del Juzgado de Menores, sin que se diera litigio entre los personajes que cumplieron dicha transacción.

Y precisamente por esto último esto es, porque la transacción en que pudo dar consejo el doctor Royero Jiménez no se refería a cuestión plantea-

da judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley (demanda civil o denuncia criminal), un juicio o una controversia, es por lo que no se configura el delito de que trata el artículo 179 del C. Penal, que esta norma define así: "Los empleados del orden judicial o los Agentes del Ministerio Público, que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes, incurrirán en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término...".

La Corte, refiriéndose al precepto transcrito, dijo en auto de 14 de septiembre de 1955 (G. J., tomo LXXXI *página 272), que, con dicha norma, "la ley garantiza la independencia de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público en la administración de justicia, y establece una incompatibilidad o impedimento legal para ejercer dos o más funciones a la vez; la de empleado público, por una parte, y la de mandatario, procurador, vocero, abogado o simple consejero, por otra...". Y en otras providencias (auto de 5 de julio de 1948, G. J., t.* LXIV, *págs. 571 y 25 de septiembre de 1951, G. J. t.* LXXI, *pág. 179), anota que "para que la infracción del artículo 179 se configure, son indispensables las siguientes condiciones, sin las cuales no podía sancionarse: a) Que se haya planteado judicialmente, mediante cualquiera de los actos que determina la ley, demanda civil o denuncia criminal, un juicio o una controversia entre las partes, y b) Que en esa controversia o juicio, el funcionario 'abogue', esto es, que asuma su defensa o la de una de las partes y ejecute, por lo tanto, aquellos actos que puedan constituirla".*

Así, pues, de darse ilicitud punible alguna en los hechos denunciados y de los cuales se acusa al doctor Royero Jiménez, éstos, por ser extraños a las funciones judiciales que cumplió como Juez Civil Municipal de Mompós, no son de la competencia del Tribunal Superior de Cartagena, en primera instancia, ni de esta Corte —Sala Penal—, en segunda, y corresponde, por tanto, declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto cabeza de proceso, inclusive, a fin de que se envíen las diligencias al Juez Penal del Circuito correspondiente para que examine si es el caso o no de abrir investigación penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, REVOCA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, de que se hizo mérito y en su lugar DECLARA NULO lo actuado en este proceso a partir del auto cabeza del mismo, inclusive (providencia de 19 de agosto de 1974, folios 3 vuelto y 4), y se DISPONE que por el Tribunal Superior de Cartagena se remitan al Juez Penal del Circuito correspondiente las diligencias, a fin de que se examine si es el caso o no de abrir averiguación penal por los hechos denunciados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

FALSEDAD Y ESTAFA

Elementos estructurales de estas dos infracciones, en nuestro derecho positivo. Diferencias. Momento en que surge el engaño.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 33.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 31 de octubre del año pasado, confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado Quinto Superior de esa misma ciudad por medio de la cual se condenó a Vladimir Viatela Ramos a la pena principal de treinta y un (31) meses de presidio más las sanciones accesorias correspondientes como autor de los delitos de falsedad en documentos y abuso de confianza, cometidos en perjuicio de la "Cooperativa de Habitaciones de los Empleados Municipales de Cali, Limitada", hechos ocurridos entre los meses de abril y octubre de 1972 cuando desempeñaba el cargo de Tesorero de dicha entidad.

Contra esta sentencia interpuso el Fiscal Primero del Tribunal en tiempo oportuno el recurso extraordinario de casación que le fue concedido y declarado admisible por esta Sala que lo ha venido tramitando en normal forma hasta que, agotado el rito correspondiente, se procede a resolver.

Hechos y actuación procesal.

Fue el propio procesado quien, en audiencia pública hizo de aquéllos la siguiente narración:

"A mí se me sindica de haberme apropiado de unos dineros en la Cooperativa de Habitaciones de los Empleados Municipales de Cali, donde trabajé ahora último. Me permito confesar que yo en realidad sí me apropié de esos dineros, esto lo hice motivado porque yo me había conseguido una amante y ella me exigía en realidad más de lo que yo me podía ganar y yo pensando que podía reponer esos dineros después, me fui apropiando de ellos porque ella me argumentaba que iba a tener un hijo y que tenía mucho gasto y entonces yo lo fui haciendo. Así como hago esta confesión también me permito manifestar que me encuentro arrepentido de haber cometido este ilícito. Yo era Tesorero de la Cooperativa y entonces me aproveché de esa posición que tenía para apropiarme de ellos, lo cual negué en un principio porque me dio vergüenza ante mi familia y las amistades de que se dieran cuenta de que yo había hecho eso. Yo hacía unos vales a nombre de los socios de esa entidad a los cuales les ponía el nombre de ellos y hacía creer que determinado garabato era la firma de ellos, posteriormente los pasaba a la Gerencia y a la Contaduría quienes le ponían el visto bueno y luego con ese visto bueno de esos dos empleados yo elaboraba el cheque a nombre del socio y una vez elaborado el cheque hacía aparecer el nombre del primer beneficiario como endosándolo y lo cambiaba de la plata que llegaba en efectivo a la Tesorería por concepto de pago de cuotas por pagos de lotes y mensualidades de lotes".

El monto de lo apropiado en la forma dicha subió a ciento cuarenta y cuatro mil pesos, según lo expresó uno de los testigos, el contador de la Cooperativa Alfonso Narváez Mosquera, quien entregó, al rendir su declaración, una lista de las personas afectadas con los hechos sub júdice (folios 15 y 16).

También se anexaron a los autos en sus originales, varios vales de los que habló el procesado así como los cheques que se expedían a virtud de los mismos.

De unos y otros se hizo un examen grafológico en cuya parte conclusiva (folio 160), se dijo:

"Por lo anteriormente expuesto, el suscrito técnico grafológico dictamina:

"Que la persona que elaboró los vales distinguidos con los números 0750, 0774, 0811, 0797, 0808 y 0751, correspondientes a los folios 20, 42, 48, 51, 58 y 74, respectivamente, y los endosos visibles en los cheques foliados bajo los números 18, 19, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 45, 46, 47, 48, 54, 55, 56, 57, 61, 62, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 77, 79 y 80 fue Vladimir Viatela Ramos".

Cerrada la investigación, el Juzgado Quinto Superior al que le correspondió el conocimiento del proceso, dictó, con fecha 5 de enero de 1974 auto de llamamiento a juicio contra Viatela Ramos por los delitos de falsedad en documentos y abuso de confianza.

En uno de los apartes de dicha providencia se lee:

"Las normas violadas por el procesado Vladimir Viatela Ramos son los artículo 233, 240 y 412 del Código Penal en concurso del artículo 33 y cometidos en forma continuada según los mandatos del artículo 32 ibídem, que tratan en su orden 'de la falsedad en documentos' y 'del abuso de confianza y otras defraudaciones'. La lesión a la fe pública con documentos privados (vales) y con títulos-valores (asimilados a documentos públicos), fueron los medios de que se valió el procesado para agotar el delito contra la propiedad. Es delito continuado por cuanto se trata de la reiteración de un hecho punible que revela ser ejecución de un mismo designio criminoso" (folio 234).

De esta providencia apeló el defensor del procesado y el Tribunal decidió el recurso por medio de la suya de 22 de mayo del año mencionado, por la cual confirmó, sin modificaciones, la del inferior.

Examinando en dicho auto los argumentos del recurrente quien sostenía que solo se daba en el proceso el delito de estafa, pero no los de falsedad en documentos y abuso de confianza, el ad quem se expresó de la siguiente manera:

"De ahí que nuestro colaborador Fiscal de la corporación igualmente se encuentre de acuerdo con el auto que se estudia y de que no se configure por parte alguna el delito de estafa alegado por el defensor del incriminado. Eso es perfectamente correcto, ya que el presupuesto de ese delito es que quien lo padece sea sujeto con capacidad mental suficiente para ser inducido en error, que es un estado de la mente en relación con la verdad o bien para ejercitar un acto que por lo mismo supone esa capacidad, y en caso de autos no aparece por parte alguna deficiencia mental en los perjudicados con los delitos. Deficiente es lo que le falta algo, no lo que ha desaparecido por completo. Inducir en el sentido en que este vocablo se toma en el Código Penal, no es mover a otro físicamente como si fuera un autómata sino persuadirlo a ejecutar un acto, esto es, obligarlo con razones a creer en una cosa.

"Además, el delito de estafa es un delito de fraude y éste no puede efectuarse si quien lo sufre no es susceptible de ser engañado. Y es evidente que a un idiota no se le puede engañar porque el engaño indica o implica una falsa representación mental por parte de quien lo padece y es inducido a él.

"De allí que por este aspecto no se advierta la existencia de dicho delito porque el denunciante es una persona normal y no fue inducido a error o engaño, solo que se dio extrema confianza a su empleado hasta el punto de dejarle firmados cheques en blanco. Y los otros socios perjudicados sí que menos tienen que ver en el asunto todo lo contrario, ignoraban por completo que se estaban falsificando sus firmas para apropiarse de sus propios dineros depositados con toda confianza también" (folio 254).

Adelantada la causa se verificó la audiencia durante la cual, como se deja expresado, Viatela Ramos confesó la autoría de los hechos y relató la forma como fueron llevados a cabo.

El juzgador de primera instancia, en sentencia que lleva fecha 24 de agosto de 1974, condenó al procesado a la pena de treinta y un meses de presidio y al pago de los perjuicios así como también a la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a la publicación especial de la sentencia.

En los apartes pertinentes de esta providencia dijo el a quo:

"La falsedad en documentos privados individualmente considerados produjo su efecto antijurídico cuando, con base en ella —los vales fraudulentos— el procesado obtuvo que el gerente y el auditor firmaran los cheques que luego Viatela endosó fraudulentamente, consumándose en este último instante en forma independiente la falsedad en los títulos-valores, asimilados a documentos públicos.

"Los vales no fueron elaborados para proveerse el procesado del dinero en caja sino para que el contador elaborara a su vez los cheques y siguiendo el curso de la organización administrativa de la Cooperativa, obtener las demás firmas, para luego, mediante el endoso ilícito, hacerlos efectivos en la misma caja a cargo del procesado.

"Frente al contenido del artículo 31 del Código Penal, vemos que Vladimir Viatela Ramos,

en su discurrir delictuoso, violó los artículos 233 del Código Penal, al endosar falsamente los cheques; violó el artículo 240 ídem al confeccionar los vales suplantando a los socios de la Cooperativa y violó el artículo 412 de la misma obra al abusar de la confianza en él depositada por los directivos de la Cooperativa. Si Viatela Ramos no hubiera estado desempeñando el cargo de tesorero, mal podría atribuírsele la violación del artículo 412 que define el abuso de confianza" (folio 267 vuelto).

La providencia que se menciona fue consultada con el Tribunal Superior que en la que es objeto del recurso de casación la confirmó sin modificaciones, apartándose del concepto de su Fiscal Primero, quien pidió que se declarara la nulidad de lo actuado por haberse incurrido, según él, en error en la denominación jurídica del delito, pues, a su parecer, no se trataba del de abuso de confianza sino que el ilícito cometido por el procesado, junto con el de falsedad en documentos, fue el de estafa.

Sobre el particular expresó el ad quem:

"Además, igualmente expresó esta Sala en ese entonces (se refiere al auto que confirmó al de proceder) el delito de estafa es un delito de fraude y éste no puede efectuarse si quien lo sufre no es susceptible de ser engañado". "Y es evidente que a un idiota no se le puede engañar porque el engaño indica o implica una falsa representación mental por parte de quien lo padece y es inducido a él".

También desecha la alegación que la defensa hiciera en la vista pública en el sentido de que solamente hubo falsedad documental y no abuso de confianza (folio 237 vuelto).

Demanda de casación.

Solo un cargo hace el recurrente a la sentencia y lo formula con invocación de la causal 4ª de casación, esto es, por considerar que se dictó en un juicio viciado de nulidad la que hace consistir en errónea denominación jurídica del delito.

Luego de exponer las diferencias teóricas existentes entre el delito de abuso de confianza y el de estafa, expresa:

"Todo lo anterior se puede aplicar al caso en estudio para demostrar que lo que se consumó en concurso con la falsedad en documento público, fue una estafa, puesto que por medio de artificios o engaños Vladimir Viatela se hizo entregar de la Cooperativa varias sumas de dinero. En efecto: mediante la confesión de los vales de préstamo —falsedad en documento privado— logró la apropiación de los préstamos (medio engañoso) y la confección de los cheques (objetos entregados, con su valor incorporado) y para agotar el provecho falsificó los endosos. Es decir que a pesar de ser tesorero, la persona a la cual estaban confiados los fondos de la Cooperativa, no se los apropió en forma directa, conducta que hubiera sido constitutiva de abuso de confianza, sino que resolvió, por estar los dineros depositados en una entidad bancaria, hacer producir los cheques para hacerse entregar el dinero y así realizó maniobras engañosas, estiró la mano para que ingenuamente se le entregara el bien, agotando así el delito de estafa.

"Más claro: el hecho de ser tesorero de la Cooperativa no implica necesariamente que al apoderarse de dineros de la entidad el único delito que podía cometer era el de abuso de confianza, sino que el tipo agotado depende de la conducta que se describa en él, mediante el verbo rector que sirva de núcleo a esa conducta y por tanto, que el verbo apropiarse tiene una acepción restringida a la incorporación directa de la cosa recibida en confianza. Si la apropiación se hace en otra forma el delito será distinto. Aquí se realizó mediante maniobras o artificios que produjeron la entrega, verbo rector de la estafa.

"Resulta, pues, claro que los delitos cometidos fueron los de falsedad en documentos públicos y estafa y no falsedad y abuso de confianza, todo lo cual hace que se haya hecho una errónea calificación de la infracción, circunstancia que está constituida como causal de nulidad en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. Penal. Existiendo tal nulidad, la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, que está erigida como causal de nulidad y que es la invocada para solicitar se case la sentencia acusada".

La Procuraduría, al correrse traslado de la anterior demanda, para efectos de lo dispuesto en el artículo 571 del C. de P. Penal, manifestó que no hacía uso de la facultad que esa norma le concede para ampliarla.

Consideraciones de la Corte.

La censura dirigida por el recurrente a la sentencia y que se deja resumida en los apartes anteriores, está llamada a prosperar.

En efecto: *se ha incurrido en el presente proceso en la nulidad descrita por el numeral 5º del artículo 210 del C. de Procedimiento Penal en la parte que menciona como causal de aquélla "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".*

En este caso el yerro se cometió al llamar a juicio a Vladimir Viatela Ramos por el delito de abuso de confianza, cuando debió abrírsele causa por el de estafa a más del de falsedad en documentos.

Porque no cabe duda de que en el caso de autos la conducta del imputado fue eminentemente fraudulenta en el sentido de que para conseguir sus fines se valió del engaño utilizando los medios a su alcance para producir error en la mente de otras personas de donde se derivó un traslado patrimonial con provecho para el agente y perjuicio para la persona jurídica a cuyas órdenes trabajaba.

En el presente proceso parece haber guiado al Tribunal la consideración de que el procesado desempeñaba el cargo de tesorero de la Cooperativa de Habitaciones de los Empleados Municipales de Cali, Limitada, y en cierto modo tenía bajo su custodia y administración los fondos de la misma.

Pero su facultad de disponer de ellos estaba condicionada a que otros empleados de dicha entidad, a saber el gerente y el auditor, firmaran los cheques por medio de los cuales se retiraba dinero de los fondos que ella tenía en los bancos.

Entonces el acto de apropiación de esos fondos no podía hacerse de manera directa sino con la colaboración de esas personas que hubieran podido ser culpables en caso de ponerse de acuerdo con el tesorero para hacer esos retiros o inculpables si, como ocurre de autos, firmaran los cheques en la creencia de que se estaba haciendo una operación correcta.

Ahora bien: hay delitos, como el hurto, para solo mencionar un ejemplo, dentro de los que lesionan el patrimonio, que esencialmente solo requieren un comportamiento, el del sujeto activo, para su consumación aun cuando en algunas modalidades admiten actuaciones de otras personas cuyas conductas no son esenciales a la índole misma de este ilícito, comportamiento que, por lo general, lo agravan cuando se abusa de la confianza que el dueño de la cosa deposita en el agente (numeral 1º, artículo 398) o cuando se lleva a cabo por tres o más personas reunidas (numeral 5º ibídem).

Pero en la estafa la cooperación de la víctima es indispensable y el hecho de inducirla mediante actuaciones del agente a ejecutar un acto de disposición patrimonial en provecho de aquél o de un tercero y en perjuicio de ella caracteriza la conducta de tal manera que solo puede hablarse entonces del delito de estafa.

Siempre y cuando, claro está, que sea la víctima quien ejecute el último acto del proceso delictivo y que ya no se tenga que hacer más por parte del agente distinto a apoderarse de la cosa o a agotar de otra manera el ilícito.

Es esa nota peculiar del proceso comportamental consistente en obtener un provecho mediante el engaño en que se hace caer el sujeto pasivo de la conducta para inducirlo a disponer de un bien, a omitir un acto a que tiene derecho, a renunciar al ejercicio de una facultad jurídica propia, etc., lo que le da a la conducta una fisonomía inconfundible de estafa.

La diferencia entre el abuso de confianza y la estafa puede verse claramente observando el momento en que el sujeto activo de la conducta ilícita se apodera de un bien en aquellos casos en que se advierte la existencia de una conducta engañosa: si el engaño es anterior a la posesión del bien por el agente y la disposición patrimonial se produce a consecuencia de la maniobra engañosa, se tiene estafa. Si el engaño es posterior a la posesión se configura un abuso de confianza. Así si un individuo induce en error a la víctima que, con consentimiento viciado, le entrega una cosa, hay estafa. Pero si el sujeto pasivo de la conducta ilícita ha entregado el bien a título no traslativo de dominio y el agente, para no devolverlo, finge, por ejemplo, haberlo perdido, es decir, engaña al sujeto pasivo sobre la verdadera situación del bien, se tiene abuso de confianza.

Esta Sala, en reciente providencia, ha expresado la diferencia entre estafa y peculado por apropiación indebida, del modo siguiente aplicable al caso de autos:

"En la estafa, tal como afirma el demandante, la acción típica se rige por el verbo obtener, *cuyo significado es, obviamente, radicalmente distinto del de apropiarse. Obtener un provecho ilícito, en relación con bienes muebles o inmuebles, a través de artificios o engaños, quiere decir que quien procede en esa forma logra el consentimiento de su víctima para el despojo, o sea que realiza el ilícito con la colaboración de la misma. Hay, pues, en el proceso ejecutivo de la infracción una serie de maniobras, de artificios, de engaños, que se ejecutan* sobre *otra persona, a diferencia de lo que ocurre en el peculado, en el que la apropiación se opera directamente, sin interferencia, y sin el concurso del damnificado o de persona alguna". (Casación, agosto 6 de 1975. Proceso contra Edilberto o Manuel Kerguelen Argumedo y otro).*

La existencia del engaño, con las consecuencias sobre el tipo delictivo que se dejan señaladas, se hace incuestionable cuando el medio empleado es un documento falso.

La esencia de la estafa es una falsedad que consiste en hacer aparecer como verdadero algo que no lo es. La eficacia de los artificios y engaños que el artículo 408 del C. Penal menciona como medios para inducir en error a una persona, esto es, como elementos culturales del tipo de la estafa, son, en el fondo imitaciones de la verdad, falsas apariencias que se presentan en lugar de la realidad.

Eso mismo es la falsedad en sus diversas manifestaciones, particularmente la documental. Mediante ella se crea una falsa apariencia de verdad que induce a una persona en error.

De manera que la comunidad de algunos elementos esenciales entre la falsedad y la estafa lleva generalmente en la práctica a que aquélla sea empleada como medio de ésta.

Tal fue lo que ocurrió en el caso de autos. El procesado se valió de artificios consistentes en documentos falsos, como fueron los vales que hizo aparecer como firmados por miembros de la "Cooperativa de Habitaciones de los Empleados Municipales de Cali, Limitada", con el propósito de que el gerente y el auditor de dicha entidad creyeran que, en verdad, aquéllos estaban autorizando la deducción y entrega al gerente de parte de su sueldo.

Y luego de haber obtenido mediante este engaño los cheques correspondientes, falsificó el endoso de éstos para lograr su pago, lo que constituyó también una estafa.

No hay, en consecuencia, ninguna duda sobre la existencia de este delito junto al de falsedad documental.

Al calificar en el auto vocatorio a juicio como abuso de confianza lo que es, según se deja visto, estafa, el Tribunal incurrió en la causal de nulidad mencionada en el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. Penal que debe ser declarada.

Mas como se trata en el caso de autos de dos delitos conexos, la falsedad documental y la estafa, la declaratoria de nulidad del proceso no puede limitarse solamente al segundo de ellos ya que el nexo que une procesalmente los dos ilícitos hace que deba juzgárselos en un solo proceso.

Dijo la Sala sobre el particular en la sentencia atrás mencionada:

"Como se trata de delitos íntimamente vinculados entre sí por nexos de conexidad ideológica, pues la falsedad sirvió de medio instrumental para realizar el otro ilícito, la nulidad por errónea calificación jurídica del peculado afecta también la imputación de falsedad ya que el fenómeno jurídico de la conexión implica el juzgamiento en un solo proceso de los diversos hechos punibles (artículo 168 del C. de P. Penal). De no procederse en esta forma se afectarían sustancialmente los derechos de los sindicados, pues quedarían expuestos a la acumulación material de penas y se abriría la posibilidad a que se dictaran sentencias contradictorias".

O sea que, como ya se dijo, la nulidad debe abarcar en el presente caso ambos delitos pese a que la denominación que se dio a uno de ellos en el auto de proceder, el de falsedad en documentos, es correcta pero como lo advirtió la Sala en la sentencia que se deja mencionada, de dejarse en pie el procedimiento respecto al ilícito correctamente nominado no solo rompería la unidad procesal que la ley ordena observar en el caso de delitos conexos y que mira la economía en el juzgamiento sobre todo en casos, como el presente, en que los dos hechos delictuosos están ligados por una relación de medio a fin y en que, por tanto, existe una notoria comunidad de pruebas, sino que se correría el riesgo de menoscabar los derechos del procesado en cuanto esa unidad la facilita y también por lo que hace a la cuantía de la pena, pues en nuestro derecho la conexidad de delitos corresponde a las formas de concurso entre ellos y si se desconoce éste se daría lugar a la aplicación separada de sanciones, con menoscabo de lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal.

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

Resuelve:

CASA la sentencia a que se ha venido refiriendo la parte motiva de la presente y declara la NULIDAD de la actuación a partir del auto de 5 de enero de 1974 (folio 230, cuaderno principal), inclusive por medio del cual se calificó el mérito del sumario en el presente proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR DE DERECHO — ERROR DE HECHO

Sus diferencias. Cómo deben alegarse para que prospere en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 33.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Eduardo Ibáñez Nieto, contra el fallo de diez y seis de octubre último, proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual se le impuso la pena principal de dos años de prisión, y las accesorias correspondientes como responsable del delito de falsedad. La sentencia del Tribunal revocó la absolución que había impartido el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad.

El recurso se admitió por auto de doce de diciembre pasado, y dentro del término legal, el doctor Miguel Zornosa Falla, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley, mediante providencia del primero de marzo del corriente año.

Hechos y actuación procesal.

La señora Violeta Venske de Ilges acusó penalmente a Eduardo Ibáñez Nieto de haber adulterado el contrato de administración que sobre un inmueble habían firmado su propietario Luis Alez Vargas, con el procesado, dado que aquélla fue declarada heredera única en el juicio de sucesión que se abrió al fallecimiento de Vargas.

Se hace consistir la infracción en la adición, al referido documento, de una cláusula por medio de la cual Luis Alez Vargas declaraba deber a Ibáñez Nieto la suma de cuatrocientos veinticinco mil pesos ($ 425.000.00) moneda corriente, que pagaría en febrero de 1967, agregada por el sindicado, para, con base en ese título, adelantar proceso ejecutivo ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla.

El Juez Segundo Superior de esa ciudad envió el negocio en comisión y la etapa sumaria correspondió adelantarla al Tercero de Instrucción Criminal.

Luego de impartir varias comisiones al mismo instructor, el Juez Segundo Superior declaró cerrada la investigación por auto de 24 de abril de 1973.

Al calificar el mérito del sumario profirió sobreseimiento temporal en favor del procesado el 8 de junio del mismo año. Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Barranquilla llamó a responder en juicio ordinario al sindicado por el delito de falsedad.

Concluido el procedimiento propio de la causa, el Juez de primer grado absolvió al acusado, no así el de segundo, quien lo condenó a la pena de dos años de prisión, sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

La sentencia acusada.

Dice en sus apartes principales:

1: "*La falta de causa de la obligación.*

"Frente a la observación de la Sala sobre la falta de recursos económicos del procesado para hacer a Luis Alez Vargas un préstamo de dinero tan crecido, teniendo en cuenta el valor de la moneda colombiana en el año de 1966, el procesado Ibáñez Nieto se limita a mencionar de manera vaga varios servicios personales prestados a su acreedor y pequeños préstamos en varias ocasiones. La vaguedad de sus explicaciones contrasta con la magnitud de la suma adeudada. En verdad no se compadece de que un deudor que se encuentra ante la circunstancia de tener que explicar ante las autoridades judiciales, la causa

de una obligación tan cuantiosa, no pueda dar razón de ella.

"El asunto no es que no se pueda demostrar la inexistencia de la obligación, como alegó el señor defensor, sino que su cliente carecía en absoluto de medios económicos para dejar en poder de Luis Alex Vargas, suma de dinero tan crecida, que dado el valor adquisitivo de nuestra moneda en aquellos años, significaba una fortuna para él, dado el estado de pobreza que denuncian sus declaraciones de renta y él mismo cuando reconoció ante el instructor que carecía de bienes de fortuna. El hecho protuberante es el de que Ibáñez Nieto en ningún momento estuvo en condiciones económicas para hacer préstamos y prestar servicios personales por una suma aproximada al medio millón de pesos. ¿Cómo puede explicarse razonablemente el que Ibáñez Nieto con una renta bruta de $ 14.725.87 anuales y una renta líquida gravable de apenas $ 2.585.87 anuales, pudiera hacer préstamos y trabajar al servicio de Luis Alex Vargas por la cantidad arriba anotada? Entonces a qué horas trabajaba para sostener su familia el señor Ibáñez, y con qué dinero solventaba sus gastos si tenía que distraer su pequeño sueldo mensual para sostener prácticamente al señor Luis Alex Vargas, quien dicho sea de paso, era una 'persona pudiente' como lo reconoce el propio Ibáñez Nieto. ¿Puede explicarse razonablemente el que una 'persona pudiendo' como Luis Alex Vargas permita el sacrificio de una persona pobre como Ibáñez Nieto y, además, que éste nada hubiera hecho para recobrar su dinero?

2. "Ya se reconoció en el auto de proceder que lo intercalado en la segunda entrada en una máquina diferente a la que se escribió el contrato es: '$ 4 son cuatrocientos veinticinco mil pesos moneda corriente'. Este hecho relacionado con la posibilidad económica de Ibáñez Nieto de facilitar la crecida suma de dinero a Luis Vargas Alex, configura el cargo contra aquél, habida consideración de ser el beneficiario del instrumento falsificado.

3. "Por último, la Sala anota que durante el juicio, no se aportó al proceso una sola prueba que desvirtuara los cargos del auto de proceder, en el cual se concretó la responsabilidad penal de Ibáñez Nieto".

La demanda.

Causal primera.

Cargo primero. Se acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 240 del Código Penal, pues no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el 215 del estatuto procesal —exigencia de plena prueba para proferir sentencia condenatoria—. Esta violación es producto de errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos.

Ensayando la demostración del cargo el censor acude a los elementos de prueba en que basó el fallador de segundo grado la decisión impugnada, hace la crítica probatoria y transcribe de fallos de la Corte los siguientes pasajes:

a) "Un dictamen pericial de prueba grafológica puede contener un valioso aporte para determinar una responsabilidad criminal en la falsedad documental. Pero si está huérfano de otros elementos colaterales que sirvan de basamento en sus conclusiones ocurre que siendo un indicio no es susceptible que solo a él se le preste crédito como criterio de verdad. Puede constituir un elemento de juicio que unido a otros permita una cadena de incidencias útiles para formar la certidumbre. Pero, si estos hechos no se presentan entre sí para la corroboración requerida para formar toda una concatenación de circunstancias que desemboquen en una única solución, su mismo aislamiento y la existencia de contraindicios o contrapruebas, le restan fuerza y sobre ellos no puede constituirse una sentencia condenatoria, que exige la plena demostración de la responsabilidad, porque la duda es siempre favorable al incriminado. Casación de Graciela Acosta de González, G. J., números 2242 y 2244, págs. 386 y siguientes; Magistrado ponente, doctor Angel Martín Vásquez Abad. Procedencia: Tribunal Superior de Bogotá y Juzgado Sexto Superior;

b) "Reconocer un indicio no necesario no elevado a la categoría de presunción legal como plena prueba de un hecho de responsabilidad del procesado (artículo 217 del C. de P. P.); tomar como indicio un hecho deficientemente demostrado, según el artículo 223 ibídem; darle valor de prueba incompleta, a un documento público no tachado de falso, respecto a las circunstancias atestadas en él por el funcionario (artículo 251, ibídem); con una sola confesión (artículo 255); dar relievancia a un dictamen pericial emitido sobre el carácter habitual o profesional del delincuente (artículo 256, inciso 2º).

"En todas las anteriores hipótesis es preciso que la incorrección se refiera a un elemento probatorio importante, hasta el extremo de que por el error de hecho o de derecho en él cometido se haya llegado a la indebida aplicación de la ley sustancial".

La censura resume así sus planteamientos:

"El honorable Tribunal Superior de Barranquilla, que lo fue el sentenciador, incurrió en

errónea apreciación de la prueba indiciaria emanada del dictamen pericial, mediante el cual se afirmó la responsabilidad del procesado como autor del delito de falsedad en los términos del artículo 240 del Código Penal.

"El evidente error de hecho en que incurrió el honorable Tribunal Superior de Barranquilla cuando apreció erróneamente el dictamen del perito grafólogo, que en estricto derecho probatorio no alcanzaba a configurar el valor de indicio grave, condujo al sentenciador a aplicar en forma indebida el artículo 240 del Código Penal. Este tipo de violación de la ley sustancial tiene el carácter de indirecta".

Cargo segundo. El fallador al pasar por alto la ampliación del dictamen pericial incurrió en "evidente error de hecho en la falsa apreciación de la prueba, omisión que indudablemente condujo al sentenciador, a dar aplicación indebida a la ley sustancial".

La censura apoya este cargo, básicamente, en la presunción legal de autenticidad que a todo documento público asigna el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, y piensa que el contrato celebrado entre él y el señor Alex Vargas tiene tal carácter por estar rubricado por notario. Afirma, así mismo, que el fallador tomó como indicios graves algunos que lo eran simples, desechando, de otro lado, la presunción legal de inocencia que lo ampara legalmente, pues carece de antecedentes judiciales.

"El honorable Tribunal Superior de Barranquilla, al sentenciar al señor Ibáñez, violó en forma *indirecta* la ley sustancial y aplicó indebidamente la misma como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió, como se anotó en la presente demanda, extraído del informativo".

Causal cuarta.

Cargo único. Se enuncia por vía del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de transcribir conceptos de la Corte, el censor afirma:

"El honorable Tribunal Superior de Barranquilla, al dictar su llamamiento a juicio, violó en forma diciente y flagrante los numerales 2º y 3º del artículo 483 del C. de P. P., al considerar que existían diferentes indicios graves para proferir el proveído encausatorio, tal como lo ordena el artículo 481 del C. de P. P.", para concluir que se violaron, igualmente, los artículos 229, 230 y 234 del Código de Procedimiento Penal.

Se quebrantaron, así mismo, las prescripciones de los artículos 481 y 483 del Código de Procedimiento Penal, pues se calificaron los hechos, como delito de falsedad, con prueba inexistente, "lo cual se traduce en error en la denominación jurídica de la infracción...".

Concepto del Ministerio Público.

Examina en primer término la causal cuarta, "por cuanto de prosperar ésta, carecería de objeto examinar los restantes cargos".

Causal cuarta.

Cargo único. Los requisitos formales prescritos por el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal para el auto de proceder se cumplieron a cabalidad, si se examina la sentencia impugnada. Sin embargo, "la argumentación del recurrente no se dirige a alegar la observancia de la forma prescrita en la disposición referida..., sino a impugnar o desconocer el valor que le dio a tales pruebas para concluir que existía fundamento suficiente para llamar a juicio".

El análisis de la prueba en relación con esta causal, piensa el Procurador, debe referirse a plasmar la nulidad en que se incurrió, mas no para determinar la inexistencia de la infracción, si, de otra parte, no se señala la norma que debió aplicarse a los hechos. Solicita se deseche el cargo.

Causal primera.

Cargo primero. Analiza el colaborador Fiscal los indicios que sirvieron de soporte al Tribunal para dictar sentencia condenatoria, y estima que poseen calidad de graves, por lo cual solicita sean desestimados los cargos.

La escasa capacidad económica del procesado, demostrada con su declaración de renta, sumada al hecho de la ausencia de explicación satisfactoria en cuanto a la procedencia de la deuda, así como la ampliación del dictamen grafológico y no ser el documento de autos público, llevan al Procurador a hacer la solicitud mencionada, ya que fueron examinados por el Tribunal, sin aparecer, entonces, la violación indirecta y la falta de apreciación probatoria alegadas por el recurrente.

Cargo segundo. Hace hincapié el Procurador en el hecho de que el procesado, en sus varias declaraciones se exhibía en contradicción consigo mismo, lo cual resulta evidente de la comparación de aquéllas. En su indagatoria explicó que

"se puso la deuda y firmamos el documento —en la oficina del señor Castro— y lo llevamos a la oficina de la Notaría Segunda, donde se registró, quedando él, el señor Vargas, con la copia del documento, y yo me quedé con el original". Y posteriormente dijo, en ampliación de su indagatoria, que el documento originalmente redactado, sin las adiciones pretensamente falsas, fue corregido y adicionado en la notaría.

Y agrega el Procurador:

1. "Respecto a *la omisión en la apreciación de la ampliación del dictamen pericial* lo cual configuró error de hecho, determinantes de la violación indirecta, puede tenerse en cuenta lo anotado ya; y debe agregarse como se dijo, que aunque no se mencionara concretamente en el fallo, tal aclaración o adición no modificaba la situación, porque debe insistirse en que ratificaba dicha prueba; pues si expresa que la cláusula, sin la agregación que representa el número 4 y la frase última, se escribió junto con el resto del texto de la misma máquina, se infirma también por este aspecto la explicación del procesado y no confirma la duda que se dice existe.

"Se observa que no tiene incidencia el que esta aclaración no fuera conocida por el Tribunal al dictar el auto de proceder, porque si está de acuerdo con el dictamen, no puede considerarse que con base en la misma, se llegue a concluir la inexistencia de infracción, o duda en su favor; pues si no se podía pensar que fuera responsable de la falsedad en la totalidad de dicha cláusula como anota la demanda y de acuerdo con la indagatoria demuestra un acuerdo con el señor Vargas, no es suficiente para acreditar, por las razones indicadas, es decir, en vista de las pruebas obtenidas, que se hubiera hecho por toda la cantidad dicha y que no apareciera la alteración, configurativa de la infracción; sin que, por tanto, se produzca el error de hecho mencionado".

Y en cuanto al carácter de público, predicado por el recurrente, respecto del documento mencionado, el Procurador advierte:

2. "...considera este Despacho, que no puede considerarse como público, ya que no fue expedido con las formalidades legales por funcionario público, como lo define el artículo 261 del C. de P. P., norma invocada por el recurrente y así no cabe dentro de dicha clasificación; aunque esta diferenciación no tiene mayor trascendencia puesto que los documentos privados auténticos tienen el mismo valor que los públicos (artículo 279 del C. de P. C., artículo 8º, C. P. P.) y el reconocimiento ante el funcionario respectivo demuestra que fue aceptado por las partes, sí tiene efecto en cuanto al aspecto penal (artículos 231 y 240 del C. P.); esto no excluye la posibilidad de su posterior adulteración sostenida con base en las pruebas referidas y sin que, por tanto, por este solo hecho de la autenticación, pueda concluirse que no existió infracción, por ser verdadero en todas sus partes, ni que el dictamen carezca de todo valor; la ley admite la tacha de dichos documentos, por corresponder a situación posible y que por tanto es susceptible de demostrarse mediante los medios probatorios contemplados en la ley".

Se considera.

Causal cuarta.

Cargo único. Por lo que viene de verse, el actor hace consistir la nulidad invocada en este cargo en que el sentenciador lo condenó sin prueba suficiente, con violación expresa del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por error "en la denominación jurídica de la infracción".

Para fundamentar la censura el recurrente transcribe los siguientes apartes de una sentencia de casación, originaria de esta misma Sala, de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

"Evidentemente la Corte ha manifestado en repetidas ocasiones que el auto de proceder no es una providencia de redacción libre, sino que, por lo contrario, debe, en lo posible, ajustarse a las prescripciones del artículo 483 del Procedimiento Penal.

"Pero la redacción del auto de proceder, su forma, es algo bien diferente de los motivos que sirven al juzgador como fundamento de aquél.

"Lo que el recurrente pone realmente en cuestión no es que el sentenciador hubiese omitido las prescripciones a las que debió ajustarse la redacción del auto de proceder, en su forma, sino el valor que les atribuyó a las pruebas de cargo, sus alcances y méritos.

"Ciertamente esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta, al hablar de la independencia de las causales de casación recogió la jurisprudencia que sostenía que cuando la nulidad invocada por el recurrente se hacía derivar de la equivocada apreciación por el sentenciador del haz probatorio, corría a cargo suyo demostrarlo fehacientemente, invocando, como primero, el numeral segundo de la causal primera de casación —error de hecho o de derecho— y evidenciando la Corte, consecuencialmente, que la sentencia había sido dic-

tada en juicio viciado de nulidad, con invocación final de la causal cuarta.

"Lo anterior quiere decir que si el auto de proceder discutido en su validez por el recurrente se ajusta con rigor a sus prescripciones normativas y el censor pretende demostrar que la prueba que le sirvió de sustento fue mal calificada por el sentenciador, así ha debido hacerlo:

"a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente, o

"b) Que se procedió a calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario, o

"c) Que a una prueba que le correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, lo cual lo condujo a incurrir en la pretendida nulidad".

Si, por ejemplo, el sentenciador tiene como demostrada la violencia en el apoderamiento de un bien mueble ajeno, con prueba inexistente, comete, ciertamente, un error de hecho, pero, al tiempo, yerra en la denominación jurídica de la infracción, incurriendo por este modo en la causal quinta de nulidad taxativamente señalada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, censurable, en casación, por la causal cuarta".

Los tres supuestos contemplados por la Corte en los apartes de la sentencia citada por el censor, se refieren a casos en los cuales la nulidad puede darse como consecuencia de una errada calificación del sumario, proveniente de errores de hecho o de derecho, y en todas ellas es presupuesto de la posible nulidad, la existencia cierta de los hechos delictuosos, y que el impugnante en casación discuta solamente su inadecuada calificación por el Tribunal sentenciador.

En estas circunstancias, cuando la nulidad no aparece, ostensible y preponderante, de su solo enunciado, el recurrente debe hacer su demostración y decirle a la Corte en forma explítica y suficiente cuál es la calificación jurídica que a los hechos corresponde.

Cuando los motivos de casación se alegan en ámbito diferente del que más ajustadamente les corresponde, debe con mayor razón el demandante procurar demostrar su incidencia en la causal invocada, como en los casos ejemplificados por la Sala, de los que hace mérito la censura, que no dice cuál sería la calificación correcta del delito por el que fue condenado Eduardo Ibáñez Nieto, habiéndose limitado a cuestionar su existencia. Si, pues, el cargo ha debido formularse por otra causal, más apropiada a las pretensiones del impugnador, no está llamado a prosperar.

Cargos primero y segundo.

Los cargos primero y segundo se formulan al amparo de la causal primera de casación —inciso segundo— y se pretende demostrar que el Tribunal incurrió en errores de derecho en la estimación de la prueba indiciaria emanada del dictamen pericial por medio del cual se afirmó la responsabilidad del procesado recurrente, como autor de un delito de falsedad en los términos prescritos en el artículo 240 del C. P. Lo que habría ocurrido como consecuencia de los errores de hecho en que supuestamente incurrió el sentenciador cuando dio al dictamen del perito grafólogo —que en estricto derecho carecía de valor de indicio grave— el alcance de pleno valor probatorio, justamente, porque desconoció y negó el mismo valor de plena prueba a un documento público, o sea al documento escrito, autenticado ante notario, contentivo de la obligación que por la suma de cuatrocientos veinticinco mil pesos había reconocido el señor Alex Vargas a favor de Eduardo Ibáñez Nieto.

El recurrente no dice cuál es el valor probatorio que el legislador otorga a la prueba practicada por peritos. No podría decirlo. El legislador no asigna a dicha prueba valor específico, cuyo mérito abandona al racional convencimiento del juzgador.

El no haber otorgado el sentenciador pleno valor probatorio al documento escrito, autenticado ante notario, y posteriormente atestado por él, no sería error de hecho. Pues en no darle a una determinada prueba los alcances que el legislador le reconoce, o en otorgárselos más allá de sus precisiones legales, consiste precisamente el error de derecho. En este caso debe el actor señalar las normas reguladoras de la prueba, violadas por el sentenciador, que le sirvieron de medio para infringir indirectamente disposiones de carácter sustancial.

Y quizás no sobre recordar que el error de hecho es la omisión por el sentenciador de una prueba ostensible en el proceso, cuya consideración oportuna la habría mostrado preponderando en la sentencia favorablemente a las pretensiones del recurrente. O la suposición de un hecho o prueba, a ojos vistas ausente del proceso, cuya evaluación injustificada por el fallador se traduce en su imperio inequívoco en las decisiones del fallo.

En el error de derecho el juez aprecia la prueba aportada al proceso, pero le concede un valor superior o inferior al que le ha sido asignado legalmente. O considera una prueba allegada al proceso con violación de las normas reguladoras de su asunción. Pero la prueba existe y por algún modo es mal apreciada por el fallador.

En el error de hecho, el sentenciador aprecia y otorga valor dominante a una prueba materialmente inexistente, o pone fin al proceso, equivocadamente, con omisión inexcusable de una prueba, bien producida, de inobjetable valor imperativo.

Suponiendo, en gracia de discusión, que lo que el censor ha querido, en ambos cargos, es alegar errores de derecho en la apreciación de la prueba, como todo parece indicarlo, cabría anotar entonces que el valor de plena prueba reconocido por el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal a los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, admite en contrario la prueba por medio de la cual se acredite la falsedad del documento mismo.

En el caso cuestionado por el recurrente, los peritos grafólogos dijeron claramente que la cifra numérica $ 25.000.00, fue escrita en la misma entrada y en la misma máquina en que fueron escritos los quince renglones inmediatamente antecedentes. Y agregaron que el número 4 que precede a la cifra 25.000, y la frase mecanografiada son cuatrocientos veinticinco mil pesos, *que en el escrito sucede a la cifra numérica, fue escrita en distinta máquina y distinta entrada de los renglones anteriores.*

El Tribunal sentenciador tuvo en cuenta el dicho de los peritos, es cierto. Pero se refirió concretamente a la pobreza casi extrema que de acuerdo con sus declaraciones de renta y patrimonio aflige al sindicado y tuvo estos documentos como indicio de que en dicha circunstancia, Eduardo Ibáñez Nieto no podía ser acreedor del señor Alex Vargas, en tan cuantiosa suma. Todo lo cual sumado a las contradicciones ciertas que exhiben las distintas explicaciones que sobre el modo como fueron agregados al documento privado, pero auténtico, el signo numérico "4" y la frase mecanografiada "son cuatrocientos veinticinco mil pesos", *lo llevaron al convencimiento pleno de que el documento había sido falsificado, con el propósito de obtener el sindicado, para sí, un provecho ilícito.*

Como se observa, el sentenciador basó sus conclusiones en un complejo probatorio que no ha sido, como tal, demeritado por él recurrente, por lo cual, la censura no puede prosperar.

Con vista en las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida, de la fecha y origen que se dicen en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SECUESTRO DE MERCANCIAS Y ELEMENTOS DENTRO DEL DELITO DE CONTRABANDO

La figura del secuestro de las mercancías consideradas como de contrabando a que se refiere la Ley Penal Aduanera (artículo 71, Decreto 955 de 1971) coincide fundamentalmente con la contemplada en el Código Penal ordinario (artículo 308) sobre decomiso, 350 relativo al secuestro de los efectos e instrumentos del delito, y en cuanto a la entrega de las cosas secuestradas, la situación coincide con las previsiones del procedimiento ordinario (artículos 727 y 728).

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, veintidós de agosto de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 33 de agosto 21 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Por auto de mayo dos del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla sobreseyó en forma temporal, y por segunda vez, en favor del doctor Oscar Monsalve Mora, dentro del proceso que por el delito de falsedad en documentos públicos se adelantó, en su contra, por hechos realizados durante su desempeño como Juez Superior de Aduanas y, dispuso, en su parte resolutiva, que la decisión fuera consultada con la Corte, consulta que se resuelve mediante la presente providencia.

Antecedentes y actuación procesal.

El día 18 de septiembre del año de 1970 encontrándose el guardacostas "Carlos Albán" en su función de patrullaje en aguas del Océano Atlántico, fue retenida una embarcación denominada "La Piragua"; la mercancía retenida, conjuntamente con la tripulación fue puesta a órdenes del Juzgado Superior de Cartagena, funcionario que inició la investigación, la que se radicó posteriormente, en el Juzgado Superior de Barranquilla una vez decidida la colisión de competencias positiva propuesta por este funcionario.

El 14 de diciembre de 1970 el titular del Juzgado Superior de Aduanas, doctor Luis A. Barba Fontalvo, dictó la sentencia especial del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal y decretó la cesación de procedimiento en favor de los procesados y la consiguiente devolución de la mercancía decomisada. La providencia fue recurrida por varios de los interesados, y el Tribunal Superior de Aduanas, mediante providencia de 23 de junio de 1971 revocó la decisión apelada y dispuso "que se procediera nuevamente a investigar sobre la existencia real de los hechos, hasta ese entonces profundamente controvertida".

Para esta segunda etapa investigativa se hallaba frente al Juzgado Superior de Aduanas el doctor Oscar Monsalve Mora, quien mandó se obedeciera lo ordenado por el Tribunal y se practicaran las pruebas relacionadas en la respectiva providencia. Cumplidas estas diligencias, el apoderado de los sindicados solicitó al Juez la entrega de la mercancía, para que, conjuntamente con la embarcación fueran puestas en la zona libre de Panamá bajo la custodia de las autoridades aduaneras.

El Juez Oscar Monsalve Mora atendió la solicitud formulada por el apoderado de los sindicados, y mediante providencia de *27 de diciembre de 1971* decidió: decretar la cesación del procedimiento en contra de los sindicados *"por no existir infracción penal que se le impute"*; el desembargo de los bienes de propiedad de los sindicados; el reembarque de la mercancía retenida al igual que la embarcación "La Piragua"; el reintegro del producto líquido del remate por la

cuantía de $ 179.522.00; y, finalmente, "oficiar al señor Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana de Cartagena, para que se sirva dar cumplimiento a lo dispuesto por este Despacho".

La providencia concluye así:

"*Cópiese, notifíquese y si no fuere apelada, consúltese con el honorable Tribunal Superior de Aduanas*" (folios 33 y 34).

Las notificaciones ordenadas se cumplieron en forma legal: el Fiscal, personalmente, el día 28 de diciembre de 1971, y a las partes, por edicto, que se fijó entre el 30 de diciembre de 1971 y el 7 de enero de 1972, y para que se cumpliera con lo relativo a la *consulta,* se remitió el proceso al Tribunal el 1º de febrero de 1972 a donde llegó el 8 del mismo mes (folio 62 vuelto).

Pese a lo anterior, el doctor Oscar Monsalve Mora dirigió, so pretexto del cumplimiento de la providencia referida, y con fechas 11 y 31 de enero de 1972, sendos oficios, los distinguidos con los números 011 y 035, al Almacenista del depósito del Fondo Rotatorio de la Aduana Nacional, en el Distrito de Cartagena, y al Gerente del Fondo Fotatorio de la Dirección General de Aduanas y en ellos hizo la transcripción de la parte dispositiva de su decisión en la que se decreta la cesación de procedimiento en favor de los procesados y dispuso la entrega inmediata de la mercancía, omitiendo la circunstancia de que la providencia estaba sujeta a consulta con el Tribunal de Aduanas, e informando a los funcionarios que "*el proveído transcrito anteriormente se encuentra debidamente notificado y ejecutoriadó*" (folio 214).

La Oficina Jurídica del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas emitió concepto adverso a la solicitud de entrega de la mercancía, por cuanto entendió que "la transcripción que hace el señor Juez del conocimiento, mediante oficio 035 de enero 31 de 1972... no es suficiente elemento de juicio para definir la situación" (folios 97 y 215).

Por estos hechos el doctor Rafael Galán Medellín, en su condición de apoderado de los aprehensores, formuló queja ante la Procuraduría General de la Nación y posteriormente presentó denuncia de carácter penal contra el doctor Oscar Monsalve Mora en su condición de Juez Superior de Aduanas de Barranquilla por el delito de falsedad ya que en cuanto al contenido de los oficios referenciados anteriormente, y en lo relativo a la afirmación de la ejecutoria de la providencia, dice el denunciante, que "dicha afirmación es totalmente falsa, y por ese medio se burló la justicia y se delinquió, sin poder alegar el aludido Juez, que se trató de una errada interpretación de la ley, de una apreciación equivocada de la norma positiva. Absolutamente, señor Procurador. Al librar los citados oficios, en la forma antes dicha, lo hizo, con la plena intención de violar la ley, para favorecer cuantiosos intereses en juego, en tan delicado negocio, en torno al cual ya han sido asesinados dos ejemplares ciudadanos..." (folio 45).

Enviada la denuncia al Tribunal Superior de Barranquilla se abrió la correspondiente investigación penal por auto de 30 de junio de 1972.

En el curso de la investigación se comprobó la calidad de funcionario —Juez Superior de Aduanas— del doctor Oscar Monsalve Mora, así como del ejercicio del cargo para la época de la comisión del ilícito atribuido. Se trajo a los autos, original del oficio 035 de enero 31 de 1972, dirigido al Gerente del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas (folio 214). Se estableció, a través de una diligencia de inspección judicial que el Tribunal Superior de Aduanas, mediante providencia de mayo 9 de 1973 revocó la dictada por el Juez Monsalve Mora el 28 de diciembre de 1971.

En su indagatoria expuso el sindicado, al responder una pregunta del Instructor sobre la afirmación de ejecutoria de la providencia, contenida en los oficios dirigidos a las autoridades aduaneras, lo siguiente:

"Efectivamente para el día que se libraron los oficios 011 y 035, en los cuales se ordenaba la entrega de la mercancía entrabada, aún no se había surtido la consulta de la providencia que así lo disponía, pero al respecto debe entenderse que la consulta a que se hace mención solamente era relacionada con la cesación de procedimiento, y nunca con respecto a la entrega de las mercancías por lo siguiente es necesario que se entienda, que en tratándose de entrega de mercancías se debe estar a lo dispuesto por la parte final del artículo 68 del Decreto 955 de 1970 hoy artículo 22 del Decreto 520 de 1971, que al respecto expresa que cuando la providencia que ordena la entrega de mercancías o de su precio sea apelada no se ejecutará sino luego de decidido el recurso; en el caso que ahora nos ocupa, como se puede comprobar fácilmente en autos, hay constancia suficiente de que contra dicha providencia no se interpuso recurso alguno y menos el de apelación, por lo cual, interpretando honesta y cabalmente el texto del artículo citado era procedente librar el oficio ordenando la entrega de los bienes entrabados, pues se notificó a las partes legalmente, y por el hecho de no haber sido ésta apelada, obtuvo su ejecutoria en cuanto a la entrega de la mercancía podía referirse, dado el

caso que dicha entrega no podía quedar sujeta a la consulta por cuanto no existe norma concreta que así lo exprese... Otra cosa sería si existiera norma expresa en la que se dijera, que para proceder a la entrega de mercancías debería permanecer sujeto el procedimiento a que el superior decidiera sobre la consulta" (folios 85 y siguientes).

Ensaya el indagado una interpretación, muy suya, sobre el contenido del artículo 14 del Decreto 955 de 1970 "cuando dice que la declaratoria de que una mercancía es de contrabando es independiente de la responsabilidad penal del sindicado, y por tanto, de él se desprende fácilmente que la consulta del auto referido debía entenderse solamente respecto a la cesación de procedimiento y nunca a la entrega de la mercancía". Que, en síntesis, el ex-Juez consideró que la providencia estaba legalmente ejecutoriada y por tanto debía cumplirse, por las siguientes razones: a) Porque no se interpuso contra ella recurso de apelación; b) Porque de acuerdo con lo ordenado en el artículo 22 del Decreto 520 de 1971 "solo deja de ejecutarse la entrega de mercancías cuando la providencia que así lo ordena sea apelada" y en este caso, no lo fue; c) Porque el Juzgado entendió que la consulta se refería única y exclusivamente a la cesación de procedimiento (artículo 14, Decreto 955 de 1970), y d) Porque consideró que la norma contenida en el artículo 22 del Decreto 520 de 1971 es especial en cuanto hace al momento procesal en que se pudo ordenar la entrega de una mercancía, especialidad que obligaba a su aplicación de preferencia a la norma de carácter general sobre la consulta (Ley 57 de 1887, artículo 5º).

Finalmente, explicó, que de acuerdo con normas del estatuto penal aduanero (artículo 30 del Decreto 520 de 1971), "la entrega de la mercancía puede ordenarse mediante auto o providencia autónoma o independiente de cualquier otra relativa a la responsabilidad penal de los incriminados en el presunto delito de contrabando. Por tanto, la entrega de la mercancía no necesariamente debe estar contenida en el auto que ordena la cesación de todo procedimiento" (folio 86 vuelto). En la diligencia de ampliación de su indagatoria, el ex-Juez hizo varias afirmaciones, así: Primeramente, el indagado asumió la autoría intelectual de los referidos oficios y de su contenido, para satisfacer una duda que se planteó y que originó el primer sobreseimiento temporal. Luego, al preguntársele si la providencia de diciembre 27 de 1971 se dictó en forma independiente de la responsabilidad penal de los procesados, o al contrario, con fundamento en su inexistencia, y tal como lo manda el artículo 163 del C. de P. P., respondió: "Obviamente que el basamento jurídico del Juzgado fue el establecido en las normas aduaneras por tratarse este proceso precisamente de un hecho investigativo de ese orden, como es lógico se actuó interpretando las normas en el artículo 14 del Decreto precitado".

Al demandársele la razón por la cual resolvió dictar una providencia mixta "el cese de procedimiento en base al artículo 163 del C. de P. P., y la entrega de la mercancía en base en el artículo 29 del Decreto 520 de 1971", respondió: si verdaderamente el Juzgado hubiera pretendido en algún momento evadir cualquier responsabilidad, perfectamente hubiera podido hacer un pronunciamiento ordenando la entrega de la mercancía, providencia ésta que no era consultable" (folio 222).

Concepto del Procurador.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un minucioso examen del material probatorio, solicita a la Corte revoque el proveído consultado y en su lugar llame a "responder en juicio por el delito de falsedad en documentos públicos al ex-Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, doctor Oscar Monsalve Mora". La anterior solicitud la formula el Procurador con fundamento en las consideraciones que en seguida se examinan.

Dice el colaborador Fiscal, que en el procedimiento penal aduanero, la entrega de la mercancía puede disponerse en forma separada e independiente de la decisión que se tome con respecto a la responsabilidad de los sindicados del delito de contrabando, tal como está previsto en el procedimiento penal ordinario. Y se demanda al Procurador: "La entrega de la mercancía —en el caso *sub-examen*— ¿obedeció a una decisión especial o como consecuencia de la declaratoria de inexistencia del delito?" La respuesta es simple: dicha entrega fue la consecuencia lógica y jurídica de la declaratoria de inexistencia del delito; y fue con base en esa declaratoria de cesación de procedimiento como el Juez produjo los otros pronunciamientos contenidos en la parte resolutiva de su providencia de diciembre 27 de 1971.

Así las cosas, no siendo el pronunciamiento sobre la entrega de la mercancía, una decisión autónoma, debía sujetarse al curso legal de la decisión principal —casación de procedimiento— que estaba sometido, por mandato expreso de la ley, el especial grado de jurisdicción que se llama *consulta*. Por ello, no era lícito separar, casi en forma mecánica, los diferentes pronuncia-

mientos contenidos en la parte resolutiva. Que este reconocimiento, relativo a la íntima vinculación jurídica entre los diversos apartes de la parte resolutiva de la sentencia, lo reconoció el ex-funcionario acusado, cuando en la actuación disciplinaria, al contestar el pliego de cargos formulados por el Procurador Distrital de Barranquilla expresó:

"El Despacho a mi cargo hizo diversos pronunciamientos y *como consecuencia de la declaración de que el delito de contrabando no tenía existencia legal, se dispuso el reembarque de la mercancía al igual que la embarcación que la transportaba y el reintegro del producto líquido del remate*" (folio 77). Que, por cuanto en la parte resolutiva de la providencia de 27 de diciembre no hizo el ex-funcionario distinciones de ningún orden, relativas a la necesidad de la consulta o menos de dicha providencia "no era lícito, por tanto, consultar el proveído en cuanto al pronunciamiento principal y ejecutarlo de inmediato en las demás determinaciones".

Respecto al elemento psicológico —culpabilidad— que inspiró la conducta del ex-Juez, dice el Procurador, que ella emerge nítida, con la simple lectura de los oficios dirigidos a los funcionarios aduaneros, en los cuales se advierte que la *omisión* de algunos pronunciamientos, especialmente los que se refieren a la necesidad de la consulta, así como la modalidad positiva contenida en la afirmación de la ejecutoria de la providencia, estén a indicar, en forma indudable, la presencia de la conciencia de la ilicitud de la conducta del ex-funcionario. La conciencia de la ilicitud —afirma el Procurador— se revela a plenitud por estos dos comportamientos: no consignar en los oficios dirigidos al Fondo de Aduanas la orden de consulta y declarar paladinamente que el proveído de 27 de diciembre de 1971 se encontraba ejecutoriado.

Que, finalmente, por cuanto en el proceso se dan los presupuestos exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal debe producirse un llamamiento a juicio por falsedad documental en la modalidad prevista por el artículo 231, numeral 4º, del Código Penal.

Planteamientos de la defensa.

El Procurador Judicial del ex-Juez Monsalve Mora, en memorial dirigido a la Corte y presentado dentro de los términos legales, solicita para su defendido se dicte un sobreseimiento definitivo o en subsidio se confirme el temporal objeto de la consulta.

Luego de comentar los planteamientos del colaborador Fiscal se detiene en varias consideraciones cuyo resumen es el siguiente:

1º Que, por virtud de lo dispuesto en los artículos 73 y 71 del Decreto 955 de 1970, las mercancías aprehendidas como de contrabando, pasan al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, entidad que apenas si ejerce una función de mera *custodia* sobre las mismas, quedando, en todo caso, a disposición del Juez, que es el depositante, para que éste, cuando quiera, haga cesar el depósito, tal como lo disponen las pertinentes normas del Código Civil. Que, así mismo, y dada la calidad de mero depositario del Fondo de Aduanas, al Juez le corresponde "hacer cesar el depósito... sin que el depositario, en este caso el Fondo..., pueda disponer en contrario de lo decidido por el Juez", no estando facultado para "negarse a cumplir una orden judicial *legalmente producida*" (el subrayado es de la Sala).

2º De la misma naturaleza de simple custodio de esas mercancías, que el memorialista atribuye al Fondo Rotatorio, deduce, que la orden para hacer cesar ese depósito, no está sujeta a ninguna formalidad: "es decir, poco o nada interesa a un secuestre o a un depositario que la orden judicial de entrega se haya producido, por ejemplo, de un procedimiento nulo". Basta con que la orden judicial se haya producido... sin que sea dado a funcionarios no competentes para revisar la actuación, en cuanto a su legalidad se refiere". En cuanto a los oficios mediante los cuales se comunica por el Juez la determinación de la entrega de la mercancía, por ejemplo, afirma, que ellos no están sometidos a formalidades legales. Simplemente basta con que se expida la orden sin necesidad de que se expresen los motivos de la determinación que quedan en el proceso, pero no necesariamente deben ser transcritos en los oficios.

3º En relación con el momento procesal y la naturaleza de las decisiones que ordenan la entrega de la mercancía, sostiene el apoderado, que ello puede hacerse por dos procedimientos: uno, mediante la providencia que se refiere al artículo 30 del Decreto 520 de 1971, es decir, una vez que se ha demostrado que la mercancía aprehendida no es de contrabando. Para entonces, la providencia solamente se ocupará de esa situación. Puede el Juez también decretar la entrega de la mercancía, mediante la aplicación del artículo 163 del C. de P. P. En esta segunda hipótesis plantea la cuestión relativa a los recursos ordinarios, y al grado especial de jurisdicción conocido como la consulta y expresa: "Si las

partes se muestran conformes con el proveído y, desde luego, no apelan, hay casos especiales en que debe tramitarse una segunda instancia de la ley llamada consulta, *la cual está instituida en defensa de la ley y con el fin especial de hacer efectiva la función punitiva del Estado* que es, en el fondo, la esencia del derecho penal aduanero" (subraya la Sala).

Y más luego, escribe:

"Cuando se dicta un auto de casación de procedimiento debe ser consultado si no es apelado; porque puede haberse incurrido en error por parte del juez de primera instancia que, en defensa de la economía nacional y del bienestar social, debe ser enmendado. Otras resoluciones como la entrega de la mercancía que no afectan en verdad la esencia del proceso penal aduanero, no tienen consulta porque, no obstante revestir importancia, de ellas no depende la sanción que debe seguir el delito y que es el objeto del derecho penal".

4º No comparte el señor apoderado, el punto de vista expresado por el Procurador y relativo a la necesidad de la consulta de la providencia objeto de examen en este proceso, porque "si las distintas resoluciones se toman *mediante providencias aparte* y ninguna es recurrida, puede quedar firme la entrega y ser revocada la segunda" (subraya la Sala).

5º El delito de falsedad en documentos públicos quedaría eliminado, en sentir del memorialista, por cuanto "ninguna disposición exige que los oficios que para la entrega de la mercancía se dirigen, deba contener la reproducción de la parte resolutiva de la providencia. Simplemente el ex-Juez Oscar Monsalve se limitó en los oficios a transcribir lo que a juicio suyo era de importancia, absteniéndose de incluir comunicaciones que no interesaban a los destinarios". El ex-Juez Monsalve Mora, de otra parte, "no estaba en la obligación legal de incluir en su comunicación más de lo que era estrictamente necesario para que su orden se cumpliera", ya que "lo que obliga al funcionario administrativo no es el oficio *sino el auto del cual se da cuenta en el oficio,* basta con que la providencia judicial se produzca y se comunique para que deba cumplirse, sin que sea propio entrar a analizar aspectos que, aunque incluidos en el oficio, no sean de la esencia de tal comunicación (resalta la Sala). Finalmente, que debe tomarse en cuenta lo afirmado por el sindicado en su "confesión", pues se trataría de "una equivocación", que versaría sobre "una atestación inocua y desprovista de alcance jurídico".

Se considera.

Luego de las transcripciones de las diversas partes del proceso, de las alegaciones de las partes, como de la versión del sindicado, es incuestionable que el punto jurídico a decidir radica fundamentalmente en afirmar o negar la existencia de una falsedad en documentos públicos, que surgiría de la manera como el ex-Juez acusado fundamentó la orden de entrega de la mercancía aprehendida como de contrabando. No es necesario recalcar sobre la calidad de funcionario público en la persona del sindicado, en el ejercicio de la función pública coexistente con la actividad ilícita atribuida, ni menos con la naturaleza de documento público del oficio dirigido a las autoridades aduaneras mediante el cual disponía la entrega de la mercancía, y en el que se consignó la atestación que se afirma integra el hecho delictuoso. Todo esto se halla ampliamente demostrado en el proceso.

La cuestión se plantea sobre otros aspectos: unos, los consignados en los descargos y en la indagatoria del ex-funcionario; otros, en las alegaciones del apoderado; y, finalmente, los consignados en la providencia objeto de la consulta. Todos estos aspectos coinciden en sus lineamientos generales.

En cuanto a los argumentos de la defensa se harán las siguientes observaciones:

Es incuestionable que la figura del secuestro de las mercancías consideradas como de contrabando, a que se refiere la ley penal aduanera (artículo 71, Decreto 955 de 1971), coincide fundamentalmente con la contemplada en el Procedimiento Penal ordinario (artículo 308 sobre el decomiso; artículo 360 relativo al secuestro de los efectos e instrumentos del delito) y en cuanto al tema relativo a la entrega de las cosas secuestradas, la situación coincide con las previsiones del procedimiento ordinario (artículos 727 y 728). En ambos procedimientos la medida del secuestro de los objetos que provengan de la ejecución del delito, etc., es una medida cautelar de naturaleza jurisdiccional, que si bien en un principio se ejecuta por las autoridades policivas, como medida preventiva, luego que se comunica al funcionario, toma su naturaleza de medida jurisdiccional, con las consecuencias propias de una determinación de tal naturaleza. Mediante tal determinación, y por voluntad del Estado *se pone un límite al derecho de propiedad, límite con el que se inhibe temporalmente la disponibilidad de los objetos sometidos a secuestro, y se les somete a una custodia especialísima por parte de un órgano del Estado que lo es precisamente el Fondo Rotatorio de Aduanas. Con ese depósito, que*

se hace no por consentimiento del titular del derecho de propiedad o de cualquier otro real, sino por decisión de la autoridad, se opera la transferencia a esa autoridad del poder de disposición sobre las cosas materia del secuestro para que esos órganos del Estado ejerzan la necesaria custodia a los fines propios del proceso penal. Así, por ejemplo, la indisponibilidad de las cosas secuestradas se expresa concretamente en relación con la ilicitud de su enajenación mientras permanezcan en ese estado (artículo 409 C. P. que prevé una modalidad de la estafa).

De suerte que no se trata simplemente de una consignación o depósito que hace el propietario o quien tiene derechos vinculados a la mercancía, al Fondo de Aduanas, y a la orden del Juez o funcionario competente, para que éste la retire, cuando a bien lo tenga, y sin el lleno de ninguna formalidad. Ahora bien, si el secuestro de las mercancías dispuesto por el Juez debe tomarse mediante providencia motivada, y como acto de jurisdicción, no queda la menor duda de que el levantamiento de esa medida, y la entrega a quien demuestre tener derecho sobre el objeto, debe tomarse también mediante providencia motivada (artículo 30, Decreto 520 de 1971) y si la ley, expresamente se refiere a la motivación *de la providencia que ordena la entrega es porque la medida no debe considerarse como mero acto de capricho del Juez, como lo quiere la defensa, sino como determinación que consulta las evidencias del proceso, porque como claramente lo reconoce el apoderado, "lo que obliga al funcionario administrativo no es el oficio sino el auto", por lo que, debe comunicársele su contenido el que, de otra parte, debe ser reflejo de la verdad procesal con base en la cual se ha tomado la decisión respectiva.*

Es, igualmente incuestionable, y contrariamente a lo afirmado por la defensa, que el funcionario administrativo a quien se imparte la orden de entrega de la mercancía, puede y debe realizar un examen, así sea simplemente formal, sobre la legalidad de la orden. No debe olvidarse que el Fondo de Aduanas, no por ser entidad oficial, está exento de responsabilidad por pérdida, deterioro, e inclusive entregas abusivas de las mercancías sometidas a su custodia bajo la condición de secuestro judicial.

En cuanto al tema central del asunto sometido a decisión, o sea el relativo al momento procesal en que se puede ordenar la entrega de la mercancía de procedencia legítima, coinciden esencialmente, tanto el apoderado como el sindicado, al sostener ambos, que en el caso sub júdice no existió irregularidad alguna.

Conviene, para mayor inteligencia de la cuestión, examinar, así sea brevemente, las diferentes previsiones consignadas en la ley aduanera relativas a la declaratoria de contrabando de una mercancía, y a la responsabilidad penal por tal infracción.

El artículo 14 del Decreto 955 de 1970 dispone que "la declaración de que una mercancía es de contrabando es independiente de la responsabilidad penal del sindicado". Substancialmente igual es la disposición contenida en el artículo 61 ibídem, según el cual "la declaración de que una mercancía es de contrabando se hará en la sentencia, en el auto de sobreseimiento definitivo, en el que ordene el archivo del expediente o en la providencia que dispone la cesación de procedimiento, según el caso, siempre que esté plenamente demostrada la materialidad de la infracción".

Complementaria a las dos normas transcritas, es la del artículo 30 del Decreto 520 de 1971 que manda que "en cualquier estado del proceso en que se demuestre que una mercancía aprehendida no es de contrabando, el Juez, mediante auto motivado, ordenará su entrega o el precio de ella a quien demuestre tener derecho de propiedad sobre la misma". Con incidencia directa sobre la norma últimamente transcrita, debe considerarse la contenida en los artículos 21 y 22 del Decreto 520 de 1971 relativos al recurso de apelación, así: de acuerdo con el artículo 21, el recurso de apelación procede contra varias providencias, entre ellas contra la que "ordena la entrega de una mercancía o de su precio, si hubiere sido enajenada", con el aditamento fundamental, de que por virtud de lo mandado por el artículo 22 que reglamenta lo relativo a los efectos en que se concede el recurso de apelación y a las providencias susceptibles de tal recurso, dispone que el auto que ordena la entrega de una mercancía o su precio, si es apelado, no se cumplirá hasta tanto no se decida el recurso.

De acuerdo con lo anterior, se tiene, que en materia de proceso penal aduanero, pueden surgir dos hipótesis en cuanto a la posibilidad jurídica de la entrega de una mercancía a quien tiene derecho de propiedad sobre la misma: una, que la demostración de la procedencia legítima *de la mercancía se haga, independientemente de la responsabilidad penal del sindicado, por ejemplo, porque un tercero ajeno al proceso, compruebe la procedencia legítima de los objetos aprehendidos, y el derecho de propiedad sobre los mismos, situación que se define en forma nítida con la aplicación del artículo 30 citado, con la sola y única salvedad, de que la entrega no se*

cumple mientras no se resuelva la apelación, si ésta se propuso contra el auto que dispone la entrega.

Puede suceder, igualmente, y es ésta la segunda hipótesis, que la orden de entrega de la mercancía se produzca como consecuencia de la culminación del proceso penal aduanero mediante el pronunciamiento de una providencia de las enumeradas en el artículo 81 citado y como resultado del reconocimiento de que no existe responsabilidad del tipo penal. Es la situación prevista en el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al Proceso Penal Aduanero, por virtud de lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto 955 de 1970. Y al igual de lo que sucede en el procedimiento penal ordinario, por mandato del artículo 23 del Decreto 520 de 1971, tanto las sentencias absolutorias como los autos de sobreseimiento definitivo, y el de cesación de procedimiento, están sometidos a consulta, *cuando no se han apelado.*

En el caso presente, se tiene, que en el Juzgado Superior de Aduanas de Barranquilla, cuyo titular para la época de los hechos, era el doctor Oscar Monsalve Mora, cursaba un proceso penal por el delito de contrabando contra los señores Duver Senior Blume, José M. Moreno, Leoncio Fuenmayor y otros, y que en el curso de dicho proceso penal fueron embargados bienes de los sindicados y aprehendida una mercancía cuya legítima procedencia no se demostró de inmediato y dio origen, por lo mismo, a la apertura del correspondiente proceso penal. El Juez, mediante providencia del 27 de diciembre de 1971, dispuso: "Primero. Decretar como en efecto decreta la inexistencia del delito... Segundo. Ordenar como en efecto ordena la cesación de todo procedimiento en contra (aquí se enumeran los sindicados de contrabando favorecidos con la providencia). Tercero. Decretar como en efecto decreta el desembargo de los bienes de propiedad de los sindicados, los cuales se hallaban embargados en abstracto. Cuarto. Ordenar el reembarque de las mercancías retenidas... bienes éstos que deberán ser entregados a su legítimo propietario... Quinto. Ordenar como en efecto ordena que se reintegre al señor Duver Senior... el producto líquido del remate..., etc.".

Esta providencia, por su naturaleza es de las que están sometidas, por mandato de la ley (artículo 23, Decreto 520 de 1971) a consulta, y así lo dispuso el Juez en la parte resolutiva, lo cual significaba, y en obedecimiento de la norma del artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, aplicable al proceso aduanero, como se vio, que no se podía cumplir, hasta tanto no quedara ejecutoriada, situación que se presenta cuando contra la providencia "no se ha interpuesto recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada". Evidentemente, contra la determinación del Juez no se interpuso recurso alguno, pero, en cambio, era obligatoria su consulta.

Pues bien. Frente a esta situación que hacía imperioso el trámite de la consulta el Juez de Aduanas, doctor Oscar Monsalve Mora, decidió ejecutar su providencia, sin esperar a que se surtiera el grado de jurisdicción impuesto por la ley y reconocido por él mismo en su decisión. Y para ello elaboró dos oficios —los distinguidos con los números 011 de enero 11 de 1972 y 035 del 31 del mismo mes y año—, y en ellos hizo la afirmación que no correspondía a la verdad procesal que la providencia cuya ejecución ordenaba, se encontraba *debidamente notificada y ejecutoriada,* con lo cual consiguió que por lo menos una de las dos órdenes, la que dirigió al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cartagena, se cumpliera sin mayor dilación.

Tanto el apoderado como el sindicado, proponen en su defensa, el argumento de que la ejecutoria de la providencia únicamente se refería a la parte en que se ordenaba la entrega de la mercancía y no al aspecto del reconocimiento de la inexistencia del delito y a la consiguiente cesación de procedimiento, y que, como esa parte de la decisión no fue objeto de apelación, se podía ejecutar en obedecimiento a lo mandado por el artículo 22 del Decreto 520 de 1971, que ya se examinó.

No resisten un análisis severo los anteriores planteamientos, por la simple razón de lógica elemental, que no lo permite, que fuera posible jurídicamente, seccionar la providencia, dividiéndola en varias partes, para ordenar su cumplimiento fraccionada en etapas, y en momentos procesales diferentes.

En este caso, era improcedente desde todo punto de vista, dar aplicación a la norma contenida en el artículo 30 del Decreto 520 de 1971 que, como se anotó, se refiere a la entrega de las mercancías, cuando, en cualquier estado del proceso, se ha demostrado su legítima procedencia. Aquí, se estaba frente a un proceso penal aduanero en el cual figuraban unas personas como sindicadas de haber introducido ilícitamente mercancías de prohibida importación al país, con la consideración de que dentro de ese proceso penal, y como su consecuencia, se ordenó la retención de dichas mercancías cuya procedencia se calificó, para los efectos de la sindicación del delito, y para su retención, como de contrabando.

De consiguiente, si el Juez al decidir lo principal del proceso que era necesariamente el aspecto relativo a la responsabilidad de los incriminados, resolvió que éstos no habían cometido delito de contrabando, y así lo expresó en la forma más clara y terminante autorizada por la ley, a través de la declaratoria de inexistencia del hecho y la consiguiente cesación de procedimiento, la consecuencia lógica de tal decisión no podía ser otra, que la de ordenar la entrega de la mercancía, no precisamente porque se hubiera demostrado en el proceso, y aparte del reconocimiento de la responsabilidad de los sindicados, su procedencia legítima, sino precisamente, como consecuencia de esa decisión principal.

Y si el ex-funcionario reconoció expresamente que la providencia estaba sometida, para su ejecución, al grado de consulta, y así lo dispuso en la parte resolutiva, no se ve cómo podía legalmente ordenar su cumplimiento antes de que se atendiera tal requisito. Esa ejecución anticipada solamente podía hacerse, falseando la verdad recogida en el proceso, que es precisamente la conducta que se le atribuye como constitutiva del delito de falsedad documental cuya prueba, por el aspecto material, como se ha visto, está plenamente acreditada en el proceso.

Y no se diga, como lo pretende la defensa, que en el caso, se estaría en presencia de una "atestación inocua o desprovista de alcance jurídico", por la muy simple razón de que el ex-funcionario debía saber, y lo sabía, que para que en materia jurídica pudiera ejecutarse esta providencia, era requisito *sine qua non* que se hallo ejecutoriada; por manera que, la afirmación de su ejecutoria por ser mendaz, no es propiamente una atestación "inocua", sino que por el contrario, era esencial para que la orden adquiriera toda su eficacia jurídica.

Y en cuanto atañe al elemento subjetivo del ilícito debe afirmarse, que en el caso del hecho atribuido al ex-Juez Monsalve Mora, existió la conciencia y la voluntad de falsear la verdad al redactar los dos oficios en los que expresó circunstancias, con relievancia jurídica fundamental, que se apartaban de la verdad del proceso. Si el ex-Juez obró con conciencia y voluntad de hacer cosa falsa, y esa conducta se consignó materialmente en acto público, en ella debe considerarse inherente el dolo que colorea la conducta de la falsedad en documentos públicos, que como es sabido, no exige ningún móvil especial, ni menos finalidad distinta de la de producir un acto no verídico, o de la de atestar hechos contrarios a la verdad ya que de otra parte, no existen elementos de prueba que contradigan esta afirmación.

Si, además, se examina con atención el comportamiento del ex-Juez a través de sus descargos en el proceso disciplinario, y las explicaciones ofrecidas en las dos oportunidades en que rindió indagatoria, se advertirá, no precisamente ignorancia de la ley, dificultad en el análisis de las situaciones sometidas a su decisión de las cuales se pudiera deducir, como lo cree el Tribunal, que se trataba apenas de un simple "criterio de interpretación" de los textos legales, con efecto, en cuanto a la prueba del hecho y de su responsabilidad, para crear una duda sobre la cual descansa el sobreseimiento temporal, sino que, antes, por el contrario, se evidencia un conocimiento claro y suficiente sobre los alcances que le quiso dar, y le dio, a su determinación, que en forma alguna pueden calificarse como sano criterio de interpretación, sino simplemente, como manifestación evidente de que se estaba obrando contra la ley.

La infracción que se imputa al sindicado es la que describe el artículo 231, numeral 4º del Código Penal, puesto que en los oficios números 011 de 11 de enero de 1972, dirigido al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Cartagena y en el distinguido con el número 035 del 31 del mismo mes de enero del año de 1972, librado al Gerente del Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, ordenando el cumplimiento de la decisión a que se ha hecho referencia, faltó a la verdad en la narración de los hechos.

De todo lo anterior se deduce que están satisfechos a cabalidad los presupuestos de hecho y de derecho que para proferir auto de proceder exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, se revocará la resolución consultada, y en su lugar se dictará auto procesatorio, y se ordenará la detención provisional del sindicado (artículos 439 del Código de Procedimiento Penal y 231 del Código Penal).

El sindicado Oscar Monsalve Mora es natural de Chinácota (Norte de Santander), hijo de Reyes Monsalve y Beatriz Mora, de veintisiete años de edad, casado, de profesión abogado, ocupaba para la época de los hechos el cargo de Juez Superior de Aduanas de Barranquilla, y se identifica con la cédula de ciudadanía Nº 17110442 expedida en Bogotá.

Decisión.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nom-

bre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Se revoca el auto de sobreseimiento temporal sometido a consulta, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en favor del doctor Oscar Monsalve Mora.

2º Se llama a responder en juicio, por el procedimiento ordinario, al doctor Oscar Monsalve Mora, de las condiciones civiles anotadas, por el delito de falsedad en documentos públicos, que sanciona el Código Penal en su Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, de conformidad con los hechos y circunstancias descritos en la parte motiva de esta providencia.

Se decreta la detención preventiva del enjuiciado, doctor Oscar Monsalve Mora, sin que tenga derecho a excarcelación. Líbrense las correspondientes órdenes de captura.

4º Se notificará personalmente este auto al enjuiciado, y se le harán las prevenciones de ley (artículo 485 del C. de P. P.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS

Para determinar la existencia del concurso material de delitos y diferenciarlo del concurso ideal, no se debe tener en cuenta solamente la unidad o pluralidad de actos, sino también la naturaleza de los intereses jurídicos violados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 34.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal de Buga, fechada a 9 de agosto del año pasado, por medio de la cual se reformó la proferida el 1º de septiembre de 1973 por el Consejo de Guerra Verbal en el sentido de imponer a Marco Tulio Neira Loaiza (a. Chepe) y a Raúl Zuleta, la pena principal de once (11) años de presidio a cada uno, a Evelio Grajales, Humberto Ceballos Muñoz (a. Beto), Nelson Morales y Joaquín Moreno Valencia, la de nueve (9) años y tres (3) meses de presidio, también a cada uno, adicionó la del inferior para condenar en perjuicios y la confirmó en lo demás, interpusieron Uriel Pino, Nelson Morales y Joaquín Moreno Valencia, así como también el apoderado de los dos últimos el recurso extraordinario de casación que les fue concedido y declarado admisible por esta Sala, pero que solo sostuvieron, por medio de sus respectivos apoderados Morales y Moreno, por lo cual fue declarado desierto respecto a Pino.

Surtido el trámite de ley ha llegado el momento de resolver a lo cual se procede, previo el recuento de los hechos juzgados y del trámite dado al proceso.

Hechos y actuación procesal.

Los primeros fueron resumidos por el ad quem del modo que se consigna a continuación y que la Sala acoge por ser trasunto fiel de los mismos:

"El día ocho de agosto de mil novecientos setenta y tres los hermanos Luis Alberto y Jaime Aristizábal Fadul, a eso de las cinco de la mañana, emprendieron viaje desde la ciudad de Armenia hacia la hacienda La Guaira, situada en el Corregimiento de Paila Arriba, Municipio de Bugalagrande, con el fin de pasar un ganado que habían negociado con Emilio Estrada. Después de realizar sus labores, se dispusieron a regresar en su jeep marca Land Rover, color gris, distinguido con las placas número HV-0891 y emprendieron la marcha, la cual transcurrió en forma normal, hasta cuando llegaron a una puerta que existía cerca a un guadual, en terreno de la hacienda Guapi, en donde fueron interceptados por varios sujetos, de los cuales unos estaban vestidos con uniformes semejantes a los utilizados por los policías, quienes los hicieron bajar para practicarles una requisa y después de despojarlos de las armas que portaban los obligaron a subir nuevamente al jeep, y tomó el timón para conducir uno de los sujetos de la cuadrilla para emprender la marcha por la carretera que conduce a Chorreras, de allí al lugar denominado Colorada Baja, luego siguieron hacia el río San Marcos y cerca a un monte hicieron bajar a Luis Alberto Aristizábal, dejando dentro del vehículo a su hermano Jaime.

"Durante ese trayecto los delincuentes exigieron dos millones de pesos tratando de justificar su pedido con la manera como esto iba a repercutir sobre el no pago de impuestos, pero bien pronto bajaron a doscientos mil pesos las pretensiones de aquéllos y los hermanos Aristizábal Fadul convinieron en entregarles ciento cincuenta mil; como garantía de cumplimiento dejaron a Luis Alberto y pusieron en libertad a Jaime, para que fuera hasta Armenia a conseguir esa cantidad de dinero, indicándole la forma como volvería a efectuar contacto con ellos para reci-

birle la suma exigida y dejar en libertad al otro hermano.

"Cumplió Jaime Aristizábal lo convenido en gran parte, pero al tratar de regresar para entregar el dinero fue sorprendido por una patrulla de la Policía que se lo impidió, sin lograr rescatar a Luis Alberto, quien logró su libertad días después".

La investigación por los hechos que se dejan resumidos fue iniciada por el Juzgado 34 de Instrucción Penal Militar y con base en las pruebas reunidas por dicho funcionario, se convocó por Resolución número 072 de 15 de agosto de 1973, emanada del Comando de la Octava Brigada, a Consejo de Guerra Verbal en Sevilla, para juzgar a los ya mencionados y otros y que se inició en la ciudad mencionada el 15 de agosto de 1973 y concluyó el 5 de septiembre del mismo con la lectura de la sentencia respectiva en la cual, acogiendo el veredicto de los Vocales, condenando a los ya dichos y absolviendo a Guillermo Valencia Nieto, Jaime Tulio Molina Peláez, Gildardo Antonio Piedrahita Cardona (a. Lancho), Antonio María Román Mejía (a. Toño) y a Blanca Obeira Vallejo Carrillo.

De esta providencia apelaron el Fiscal Militar, el defensor de Gustavo Marín y los procesados Ospina Torres, Uriel Pino, Saúl Echeverri y Gustavo Marín.

Concedida ya la apelación, y llegado ya el asunto al Tribunal Superior Militar, se levantó el estado de sitio y el proceso fue enviado al Tribunal Superior de Buga que profirió la providencia materia del presente recurso.

En dicha sentencia el Tribunal desechó la solicitud del defensor de los procesados Nelson Morales Aristizábal y José Joaquín Moreno Valencia en el sentido de que se declarara nulo lo actuado por no haberse invalidado lo hecho por la justicia castrense, pese a haber regresado el proceso al conocimiento de los jueces ordinarios.

Luego de un pormenorizado análisis de las pruebas, el Tribunal llegó a la misma conclusión que el Consejo de Guerra en el sentido de que existen en los autos fundamentos suficientes para considerar viable el veredicto de los Vocales y condenar a los inculpados que aquéllos hallaron culpables.

"En este proceso, dice el ad quem, los integrantes de la cuadrilla que aprehendió a Jaime y a Luis Alberto Aristizábal Fadul, incurrió en un concurso real simultáneo de delitos de secuestro, por cuanto con una misma acción produjeron varios resultados objetiva y subjetivamente independientes, porque, al tomar a cada uno de ellos, limitarle la facultad para desplazarse, entrar a exigirle dinero a cambio de otorgarle la libertad, se consumó, en relación a cada individuo un delito de secuestro, tanto en su aspecto objetivo como el subjetivo.

"Concurso real de delitos que se integró, además, con el de robo para los procesados Marco Tulio Neira Loaiza (a. Chepe), y Raúl Zuleta, quienes aprovechando las circunstancias que se presentaron, en forma violenta se apoderaron de objetos de propiedad de los hermanos Aristizábal Fadul, previsto en la época de cometerse el delito en el artículo 9º del Decreto 1988 de octubre 9 de 1971, en armonía con el artículo 10 del mismo Decreto, por haberse cometido en despoblado y con armas".

"Sentado lo anterior, antes de proceder a revisar la graduación de las penas impuestas a cada uno de los condenados, es preciso anotar que en este proceso tiene aplicación el principio de la favorabilidad consagrado en el inciso 2º del artículo 26 de la Constitución Nacional y en el 3º del C. Penal, de allí que la sentencia de primera instancia, dictada cuando regía el Decreto 1988 de 1971, puede ser revisada teniendo de presente las normas contenidas en la Ley 21 de diciembre 3 de 1973, actualmente en vigencia, por reproducir casi todas las disposiciones contempladas en aquél, pero, además, en su artículo 4º, inciso 2º, consideró una rebaja de mínimo y máximo de pena en los delitos de secuestro, que al ser aplicado en el juzgamiento de estos procesados los favorece".

En seguida de lo cual pasa el Tribunal a revisar las penas impuestas a los procesados por el inferior llegando a la conclusión, que consigna en la parte resolutiva de la sentencia, de que a Marco Tulio Neira no le corresponden quince años de presidió, sanción impuesta por el juez, sino once y que la pena imponible a Evelio Grajales, Humberto Ceballos Muñoz (a. Beto), Nelson Morales y Joaquín Moreno Valencia es de nueve años y tres meses de presidio en vez de trece años de la misma pena a que habían sido condenados por el a quo.

Demandas de casación.

El apoderado de los procesados Nelson Morales y Joaquín Moreno Valencia formuló las demandas de casación correspondientes a cada uno de ellos.

Por contener los mismos cargos, la Sala las resumirá, en lo pertinente, a continuación y se referirá a ellas conjuntamente.

Primer cargo. Con invocación del artículo 26 de la Constitución Política, el demandante for-

mula a la sentencia, dentro del marco de la causal cuarta de casación, la censura de haber sido dictada en un proceso viciado de nulidad de carácter supralegal porque, en su concepto, se pretermitieron las formas propias del juicio al aplicar a los procesados la Ley 21 de 3 de diciembre de 1973, como lo hizo el Tribunal en la sentencia recurrida y el Decreto 1988 de 1971 que fue aplicado por el a quo.

Estima que en lugar de esas normas debió darse aplicación a lo dispuesto por el Código Penal.

"El error del Tribunal, dice el recurrente, consistió en haber aplicado al caso del procesado recurrente una ley posterior que no regulaba el proceso, pues ante la derogatoria del Decreto 1988 de 1971, por virtud del Decreto 2725 de 1973, la norma más favorable era el artículo 293 del Código Penal, por contener un mínimo de un año de presidio y no el mínimo previsto en el Decreto 1988 de 1971 o en la Ley 21 de 1973, y por ser disposición de carácter transitorio que regulan situaciones excepcionales de emergencia que están en contraposición con las normas sustanciales consagradas en el Código Penal ordinario que fueron transitoriamente suspendidas por las normas anteriormente citadas y que vienen a recobrar nueva vida jurídica al ser derogadas éstas por el Decreto 2725 de 1973. Al recobrar vigencia en razón de la derogatoria del Decreto 1988 de 1971, el camino a seguir no era otro que darle aplicación al procedimiento consagrado en el Código Penal ordinario por contener dicho estatuto normas de carácter permanente más favorables a la situación jurídica del procesado recurrente. En ninguno de los apartes de la Ley 21 de 1973 se habla de que las normas previstas en el Código Penal se suspendan para cuando entró a regir la mencionada Ley 21 de 1973, la que tampoco podía aplicarse al hecho que se juzga".

Segundo cargo. También lo presenta la demanda en el ámbito de la causal cuarta de casación porque considera que se generó nulidad en el proceso al infringirse el artículo 26 de la Carta, por no haber decretado el Tribunal, tan pronto como recibió el proceso de manos de la justicia castrense, la nulidad de lo actuado por ésta para que se siguiera el procedimiento ordinario que el recurrente considera más favorable a los intereses de sus representados que el que consagra el Código de Justicia Penal Militar.

Tercer cargo. "El Tribunal, dice el demandante, incurrió en evidente e indebida aplicación de la ley sustancial por haberle dado aplicación al artículo 33 del C. Penal".

Más adelante, para sustentar el cargo, expresa:

"La acción sicofísica llevada a término por los procesados resulta ser una misma, y aunque hayan sido dos los afectados por la acción criminosa, no se trata de dos delitos de secuestro, sino de uno solo, por cuanto que el delito en su objetividad jurídica se encaminaba a obtener un solo provecho ilícito como era la obtención del pago del rescate de los dos hermanos Aristizádal Fadul.

"Con este criterio del honorable Tribunal sentenciador se llegaba al absurdo de que por ejemplo, fueron cien las personas privadas de la libertad con el objeto de obtener el pago de un millón de pesos, se llegaría al absurdo que serían cien delitos de secuestro y por ese motivo se llegaría a la acumulación jurídica prevista en el artículo 33 del C. Penal. El desarrollo del iter criminis en el presente caso fue uno solo y la objetividad jurídica también una sola, luego resulta injurídico sostener que se configuraba un doble delito de secuestro con el fin de darle al artículo 33 del Código Penal, y por tal motivo, hacer más gravosa la situación jurídica de los procesados, omitiendo la aplicación de la ley más favorable a los procesados, con olvido manifiesto del motivo de casación previsto en el artículo 26 de la Carta que manda aplicar la ley permisiva y favorable en lugar de la restrictiva y desfavorable".

Al final manifiesta que hubo error de derecho por cuanto el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 33 del C. Penal "violación que para efectos de fundar la causal primera de casación tiene el carácter de violación indirecta de la ley sustancial".

Y termina diciendo: "En forma subsidiaria, acuso la sentencia en razón de que por error de derecho se llegó a la aplicación indebida de la ley sustancial, violándose en forma directa por parte del Tribunal el artículo 33 del C. Penal".

Concepto de la Procuraduría.

Solicita el Procurador Primero Delegado Penal que se deseche el recurso de casación a que se ha venido haciendo referencia.

Observa, en primer término, que la demanda adolece de graves errores técnicos que impiden entrar a fondo en el estudio de los cargos por cuanto el demandante ha confundido los presupuestos propios de la violación directa de la ley con los de la violación indirecta y así "no se sabe a ciencia cierta cuál es el pensamiento suyo ni cuál pudo haber sido el quebranto al ordenamiento penal sustancial que se produjo con la decisión del ad quem, vacío que, como reiterada-

mente está preceptuado en el cuerpo doctrinario de la honorable Sala de Casación Penal, no puede ser llenado oficiosamente por esta entidad".

No obstante lo anterior, el Ministerio Público examina los cargos detalladamente para llegar a la conclusión de que no tiene fundamento en orden a lo cual aduce razones que la Sala ha tomado en consideraación y que serán mencionadas en el lugar oportuno.

Consideraciones de la Corte.

Se examinarán a continuación, por separado, cada uno de los cargos formulados contra la sentencia.

Primer cargo. Es evidentemente errónea, como lo anota la Procuraduría, la formulación dentro del marco de la causal cuarta de casación, así se hable de nulidad constitucional, del cargo consistente en haberse dado aplicación, según el recurrente a una norma penal distinta a la que debía aplicarse.

Ese planteamiento, como es bien sabido, corresponde al esquema del primer cuerpo de la causal primera de casación (numeral 1º del artículo 580 del C. P. P.), ya que la eventualidad planteada vendría a corresponder a la hipótesis de aplicación indebida de una norma penal sustancial contemplada por esa disposición.

Pero, además de ese ostensible error de técnica que ya de por sí conduciría a desechar el cargo, se tiene que, como lo ha manifestado esta Sala por mayoría en diversas oportunidades, no puede invocarse el artículo 293 del Código Penal como disposición que, por contener normaciones más favorables al procesado, deba tomarse en cuenta en el tránsito de leyes que ocurrió cuando el Decreto 1988 de 1971, que había suspendido el artículo 293 del Código Penal, terminó su vigencia por virtud del Decreto 2725 de 1973 a virtud del cual se levantó el estado de sitio por cuanto la norma que entonces entró a regir el delito de secuestro no fue el mencionado artículo 293 del C. Penal, como afirma el demandante, sino el artículo cuarto de la Ley 21 de 1973 que estableció:

"Artículo 4º El artículo 293 del Código Penal quedará así:

"Al que secuestre una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, se le impondrá pena de presidio de seis a doce años.

"Si se dejare en libertad espontáneamente al secuestrado sin que se haya obtenido provecho o utilidad ilícitos, y siempre que no concurran las circunstancias de agravación establecidas en los numerales 3º, 6º y 7º del artículo 6º de esta Ley, al responsable se le impondrá pena de presidio de cuatro a ocho años".

El primer inciso de la norma transcrita, que fue el aplicado a los recurrentes, reproduce en forma textual lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 1988 de 1971.

Ahora bien, la Ley 21 de 1973 entró a regir el 12 de diciembre de ese año, fecha de su promulgación y derogó, como ella misma expresamente lo indica, las disposiciones contrarias, entre las cuales es necesario enumerar el artículo 293 del Código Penal.

O sea que cuando se levantó el estado de sitio la norma en vigencia sobre secuestro no era el artículo 293 del C. Penal, sino el 4º de la ley mencionada, que fue, como se deja dicho, el aplicado por el Tribunal.

No hubo, en consecuencia, violación directa de la ley, ni menos, nulidad por falta a las formas propias del juicio.

No prospera el cargo.

Segundo cargo. La pretensión que en esta parte de sus demandas formula el actor en el sentido de que debe casarse la sentencia por haberse incurrido por parte del Tribunal en nulidad que se dice consistió en no haber invalidado el proceso en todo lo actuado por la justicia castrense, es absolutamente infundada.

Basta tener en cuenta para llegar a esa conclusión que los hechos sometidos a juicio tuvieron lugar el 8 de agosto de 1973 dentro del estado de sitio declarado por el Decreto 250 de 26 de febrero de 1971, cuando por virtud del Decreto 254 del mismo año se había encomendado a las autoridades militares el conocimiento de los delitos de secuestro, extorsión y conexos y que la última actuación de la justicia castrense dentro de este proceso lleva fecha 2 de noviembre de 1973, es decir, fue anterior al levantamiento del estado de sitio que tuvo lugar el 29 de diciembre de dicho año.

Esto es, que la Justicia Penal Militar obró dentro del ámbito temporal y funcional de su competencia y que, por lo tanto, su actuación estaba amparada por las normas que regían mientras actuaba.

No cabía entonces aplicar la causal de nulidad que contempla el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal y por eso no se justifica el cargo que se examina y que se declara infundado.

Tercer cargo. El planteamiento en forma principal que de esta censura hace el demandante al considerar como una violación indirecta de la ley, carece de técnica por cuanto, según lo advir-

tió ya el Procurador Primero Delegado Penal, no se le puede formular en el segundo cuerpo de la causal primera, ya que nada tiene que ver con la apreciación de las pruebas.

Pero como la demanda lo presenta, así sea en forma subsidiaria, como una violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 33 del Código Penal, es necesario entrar a estudiarlo.

La demanda parte de la afirmación de que la acción psicofísica de los procesados fue una sola y que, por lo tanto, no se trata de dos delitos de secuestro sino de uno.

A este cargo se responde que *para determinar la existencia del concurso material de delitos y diferenciarlo del concurso ideal no se debe tener en cuenta solamente la unidad o pluralidad de actos sino también la naturaleza de los intereses jurídicos violados.*

Así se tiene que cuando éstos tienen carácter eminentemente personal, es decir, son derechos inherentes a la persona física o moral, por ejemplo la vida, la integridad física, el honor, la libertad, etc., que hacen parte de la esencia misma de la personalidad en forma que no se pueden ni aun conceptualmente separar de ella. Si se vulneran en varias personas, dan lugar a otros tantos ilícitos aun cuando se lesionen en un mismo contexto de acción.

Así lo reconoce Manzini al tratar del delito de secuestro de personas: "Si aun en el mismo contexto de acción, son privados de la libertad personal varios individuos, se tienen tantos delitos cuantos son los sujetos pasivos", dice este autor.

A esta misma conclusión puede llegarse considerando que los resultados de las acciones lesivas de derechos inherentes a la persona son perfectamente separables cuando se vulneran en varias de ellas que se haga sea en forma simultánea o sucesiva.

Porque cada individuo es el centro de una serie de derechos inseparables de la persona que forman, en su conjunto, lo que el autor mencionado llama "esfera jurídica subjetiva" y la lesión que de ellos se causa en cada individuo es distinta de la que se ocasiona en otros.

Sin que sea posible decir que ofenderlos con un mismo hecho indica una misma intención porque en la mayor parte de los casos el agente puede prescindir de vulnerar a determinada persona en esos derechos y si lleva adelante la acción contra varias significa que quiere lesionarlas todas.

En el caso de autos es evidente que los procesados pudieron prescindir de secuestrar a cualquiera de los hermanos Aristizábal Fadul. Empero no lo hicieron así sino que los retuvieron a ambos, privándolos de la libertad por un tiempo jurídicamente apreciable y ordenando luego a uno de ellos, Jaime, que fuera a traer el dinero del rescate, mientras ellos retenían a Luis Alberto como rehén.

Hubo, pues, pese a la unidad de acción un propósito concreto y autónomo de lesionar en cada uno de los ofendidos el bien citado lo que significa que el delito de secuestro se consumó por separado en cada uno de ellos y que, por lo tanto, existió el concurso material de secuestro señalado por el Tribunal.

No prospera tampoco este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REVISION

Debe conocer un juez distinto. — A desvirtuar la presunción de verdad protectora de la cosa juzgada, reparando el error judicial, tiende el recurso extraordinario de revisión, mejor y más técnicamente entendido como una acción de específicos contornos.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de septiembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 37 de 11 de septiembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

En demanda sometida al trámite de rigor legal el doctor Guillermo Calderón Vanegas ha solicitado a la Corte, con poder suficiente, la revisión del proceso en que el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, condenaron a Víctor Manuel Vergara Lara, mediante sentencias ejecutoriadas, a la pena principal de catorce (14) meses de prisión, como responsable del delito continuado de prevaricato.

Antecedentes.

a) "Víctor Manuel Vergara Lara, en su carácter de Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, concedió prórrogas a determinados contribuyentes para la presentación de sus declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los períodos gravables de 1955 y 1956, con ostensible violación de los requisitos previstos en los Decretos legislativos números 4074 de 1949 y 259 de 1950, o sea, sin cumplir con las formalidades de acompañar a la respectiva petición de prórroga el comprobante de consignación de una parte del impuesto liquidado sobre el total gravable al año a que se refiere la declaración cuyo aplazamiento se solicitaba, equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del anticipo calculado con base en la estimación aproximada de renta y patrimonio que presentaba el interesado, junto con la certificación de estar a paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios hasta la fecha de la petición y la relación detallada de los pagos o abonos hechos a personas naturales o jurídicas por concepto de intereses, arrendamientos, sueldos, salarios u otros egresos por servicios personales, con indicación del nombre, domicilio, dirección y cédula de ciudadanía de las personas a quienes tales pagos o abonos se hubieran llevado a cabo". (Relación de los hechos debatidos en el juicio original. Sentencia de segundo grado);

b) Adelantado el proceso correspondiente, el Juez del conocimiento, puso término a la primera instancia en fallo del diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), mediante el cual, como ya hubo de expresarse, Víctor Manuel Vergara Lara fue condenado a la pena principal de catorce (14) meses de prisión, más las accesorias de rigor, como también, *in genere*, al pago de los perjuicios causados con la infracción, fallo que el Tribunal Superior de Bogotá confirmó sin modificación alguna en el suyo de catorce (14) de abril de mil novecientos sesenta y uno (1961);

c) El referido fallo de segunda instancia, después de examinar el contenido probatorio del proceso, afirmando la presencia en el informativo de los requisitos que la ley exige para proferir sentencia condenatoria, resume su pensamiento sobre la responsabilidad penal del acusado.

"Dentro de este orden de ideas y frente a los presupuestos consagrados por el artículo 168 del estatuto represivo, que estructura el delito de prevaricato, no hay lugar a duda que la conducta asumida por Víctor Manuel Vergara Lara en relación con las resoluciones de prórrogas que con-

cedió a varios contribuyentes para la presentación de sus declaraciones de renta y patrimonio, fue manifiestamente contraria a la ley, por cuanto las profirió con omisión total de los requisitos previstos en los Decretos legislativos números 4074 de 1949 y 259 de 1950.

"Igualmente, aparece demostrado que Víctor Manuel Vergara Lara obró 'a sabiendas' de lo que la ley le vedaba y omitiendo lo que ésta le ordenaba cumplir, cuando concedió las prórrogas aludidas faltando al deber legal de exigir los comprobantes taxativamente señalados para ello, con la intención de favorecer y colocar en una situación de privilegio a los contribuyentes que las solicitaron, movido por factores de simpatía, que él mismo se permite destacar con sus propias palabras que consignó en su indagatoria, en el sentido de que las concedió 'por consideraciones especiales'.

"En estas condiciones, hubo, pues, una conciencia plena de violar la ley y faltar al cumplimiento de las obligaciones oficiales del cargo que desempeñaba, lo cual viene, ciertamente, a configurar el delito de prevaricato que, como es obvio, para su imputación no basta demostrar la simple incorrección jurídica de los actos que dicte o que cumpla, o la equivocada interpretación de la ley, o la deficiente concepción de un criterio doctrinario, sino que es necesario que exista el conocimiento expreso, notorio o manifiesto de que la medida oficial proferida obedece a una ostensible violación de la ley, plena e injusta, inspirada en estado subjetivo de simpatía o animadversión, considerado como un sentimiento contrario a la rectitud y honestidad que debe mantener y cumplir el funcionario en el ejercicio de sus propias labores.

"Así las cosas, no hay lugar a duda, pues, sobre la existencia del delito de prevaricato y la responsabilidad de Víctor Manuel Vergara Lara como autor del mismo, quien lo consumó dictando varias resoluciones de prórrogas en favor de algunos contribuyentes 'a sabiendas' de que las concedía por simpatía y con violación de los preceptos legales, injusticia, arbitrariedad y abuso de poder".

La demanda.

Después de determinar el proceso cuya revisión se solicita y de precisar el Juzgado y el Tribunal que hubieron de fallarlo, puntualizando el delito por el cual se adelantó la causa y la sanción que las respectivas sentencias impusieron al acusado, tal como lo indica la preceptiva del artículo 585 del Código de Procedimiento Penal, el demandante invoca las causales de revisión previstas en los numerales 5 y 4, en su orden, del artículo 584 ibídem.

a) *Causal quinta.* Estima el actor que después de la condenación de su poderdante han aparecido hechos nuevos, no conocidos al tiempo de los debates, que establecen la inocencia o irresponsabilidad de éste, o que constituyen siquiera indicios graves de tales estados.

"Consiste el hecho nuevo —afirma el demandante—, en que las órdenes para conceder prórroga en las declaraciones de renta y patrimonio a varios ciudadanos, no fueron impartidas por mi representado Víctor Vergara Lara".

Y constituye también hecho nuevo —según el libelo— la circunstancia de que las "resoluciones y autos en donde se les concedieron prórrogas a varios ciudadanos", tampoco fueron suscritas por el señor Vergara Lara.

b) *Causal cuarta.* Se sustenta con los siguientes argumentos:

"Las copias de las resoluciones que se dicen fueron ordenadas y dictadas por mi representado, Víctor Vergara Lara, como Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales sobre prórrogas concedidas ilegalmente a los contribuyentes no se encuentran firmadas por éste, aparecen solamente facsímiles o sea el sello donde se encuentra reproducida la firma de mi representado Vergara Lara.

"Por lo tanto, estos documentos no son pruebas contra mi representado para concluir que es responsable como autor del delito de prevaricato continuado. Es necesario aportar los originales para deducir de ellos la culpabilidad o falsedad de los documentos, o sean los autos o resoluciones".

Manifiesta, finalmente, el actor que "se quebrantó la ley apoyando una sentencia condenatoria en pruebas falsas y afirmaciones inexistentes, lo que habrá oportunidad de demostrar en el debate".

A la demanda acompañó el actor copias autenticadas de las sentencias condenatorias de primera y segunda instancias, dictadas en el proceso cuya revisión se impetra, con las respectivas constancias de notificación, y copia del fallo de diez y seis (16) de marzo de mil novecientos setenta y tres, mediante el cual esta Sala de la Corte negó, respecto del mismo proceso, el recurso extraordinario que ahora de nuevo se propone.

Dentro del término probatorio se recibieron los testimonios de los doctores Carlos Arenas Mantilla y José María Quintana Pereyra; se oyó

también la declaración del señor Víctor M. Vergara Lara y se obtuvo el concepto de la Academia Colombiana de la Lengua sobre determinadas locuciones, todo conforme a memorial de pruebas solicitadas por el actor.

Alegatos.

Con oportunidad de los traslados previstos por el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal se incorporaron al informativo de revisión los alegatos del Ministerio Público y del recurrente. El primero, suscrito por el titular de la Procuraduría Tercera Delegada, contiene un extenso y juicioso examen de las pruebas pedidas por la parte actora, realizado en función de las causales aducidas en la demanda. El extenso estudio, respecto de la causal 5ª, llega a las siguientes conclusiones:

"No puede, por tanto, considerarse demostrado que el señor Vergara Lara no autorizara tales actos; y en cuanto al hecho de que no fueran firmadas por éste, si bien los documentos agregados al proceso, aparecen solamente con su sello o facsímil, se aceptaron como auténticas por las oficinas de Hacienda, según el proceso y produjeron sus efectos, con conocimiento del entonces Jefe de Rentas, quien fue enterado oportunamente, como se desprende de lo dicho.

"Por otra parte, no se trataría de hecho nuevo, toda vez que las pruebas dichas obraron en el proceso, sin ser objetadas y el razonamiento referido solo conduciría a un nuevo examen de tales documentos, que no serían pruebas no conocidas y en forma que no correspondería a la naturaleza del recurso.

"En cuanto al dictamen de la Academia de la Lengua, como resulta de su texto, para establecer el significado concreto de las expresiones mencionadas, se requería examinar el contexto en que figuraban; y si bien indica el alcance que pueden tener con prescindencia de la frase completa, en el sentido de que la expresión 'esto se hacía' resulta más general, de acuerdo con lo expresado por el indagado, aparece aceptar el hecho y da explicación del mismo, como se interpretó por los funcionarios del conocimiento y debe insistirse en que se trataba de facultad legal y propia de su cargo, no atribuida a otros empleados.

"Así, se considera que por esta causal no prospera la revisión solicitada, pues no se demuestra la inocencia o irresponsabilidad del procesado a la existencia de indicios suficientes al respecto".

Y en relación con la causal 4ª invocada en segundo término por el demandante, responde el Procurador:

"Prueba secreta, como aparece de su significado y lo ha expresado esa honorable corporación, significa reservada u oculta; que no ha podido conocerse por el apoderado o defensor, pero que se ha tenido en cuenta para el fallo. No es esta la situación existente y si se relaciona con los documentos ya mencionados, esto es, con las resoluciones por las cuales se autorizaron las prórrogas, obraron oportunamente en el proceso, con base en las mismas y en los demás elementos probatorios se adelantó el proceso y se decidió, como aparece de lo expuesto".

Concluye afirmando que tampoco por esta causal puede prosperar el recurso y, consecuentemente, estima que debe negarse la revisión solicitada.

A su turno el actor reitera con énfasis los argumentos expuestos en la demanda respecto de las causales propuestas. Así, en relación con la causal 5ª sostiene:

"a) Consiste el hecho nuevo en que las órdenes para conceder las prórrogas en las declaraciones de renta y patrimonio a varios ciudadanos, no fueron impartidas por mi representado Víctor M. Vergara Lara. Esas órdenes, las dio el señor Ministro de Hacienda de ese entonces, doctor Carlos Villaveces;

"b) Consiste el hecho nuevo también, en que las resoluciones y autos donde se les concedieron prórrogas para declaraciones de renta a varios ciudadanos, no fueron firmadas por mi representado Víctor M. Vergara Lara".

Y asevera, luego de insistir una y otra vez en tales afirmaciones, que todo ello "se encuentra probado por la versión de los testigos por el indicio vehemente de no aparecer firma alguna de mi poderdante, Víctor M. Vergara Lara, como tampoco el reconocimiento de las copias por parte de Víctor M. Vergara Lara".

Así mismo, reitera el actor su criterio en cuanto concierne a la causal 4ª, pues arguye textualmente que "como consecuencia de la anterior, se infiere que existen los documentos falsos, por no aparecer firma alguna sobre las copias de las resoluciones y autos, bases de las sentencias de primera y segunda instancias".

Tras insistir sobre el particular en los párrafos subsiguientes del libelo, el actor pide, finalmente, que "se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva" a su poderdante.

La Corte considera.

1. Esta Sala ha tenido ya la oportunidad de recordar que la autoridad de la cosa juzgada *descansa, en último análisis, sobre la necesidad*

de preservar el orden jurídico establecido por las leyes del Estado, pues como lo observan los expositores y doctrinantes, entre ellos Manzini, si fuera lícito retornar indefinidamente, para intentar que se modificara o revocara, sobre el pronunciamiento jurisdiccional denominado sentencia, en que el juez, poniendo fin a la controversia, define la relación jurídico-procesal respecto de un caso concreto, la finalidad de los juicios sería inalcanzable, y la incertidumbre reinaría donde son necesarias la inmutabilidad y la certeza.

2. Y ha recordado también la Corte que cuando con posterioridad al proceso el órgano competente del Estado, a través de los medios legales preestablecidos, llega al conocimiento de datos suficientes y eficaces para deducir que la verdad real *es distinta de la declarada en la sentencia, debe prevalecer el supremo interés de la justicia. Al desvirtuar la presunción de verdad protectora de la cosa juzgada, reparando el error judicial, tiende el recurso extraordinario de revisión, mejor y más técnicamente entendido como una acción de específicos contornos.*

3. Mostrando notable coherencia con los principios generales expuestos, las normas procesales que en nuestro derecho positivo regulan el recurso de que se trata tienen la finalidad primordial de "tutelar la inocencia del condenado". Por ello para que la mencionada acción prospere —ha expresado la Corte de manera infatigable— es preciso demostrar que el hecho criminoso no existió, o que, habiendo existido, resulta a la postre que el condenado es inocente, o irresponsable, o que la condenación obedeció a pruebas secretas, o que provino de la imposibilidad del caso 1º del artículo 584 del C. de P. P.

4. Al analizar el fallo de segundo grado, en el proceso original, los elementos de juicio relativos a la responsabilidad penal del procesado, se hicieron las siguientes precisiones:

"La expresa y manifiesta violación de las disposiciones legales que regulan el régimen tributario, la notoria falta a los deberes propios al ejercicio de la función específicamente administrativa y el conocimiento pleno de haber obrado por simpatía en favor de los contribuyentes que fueron beneficiados con las prórrogas concedidas en forma contraria a la ley, está suficientemente establecido en autos, como hechos cometidos por Víctor Manuel Vergara Lara con intención dolosa, proveniente no solamente de haber incurrido en omisiones que no podía ignorar en razón de las mismas funciones inherentes a su cargo oficial, que le permitían tener información sobre la existencia y vigencia de los decretos reglamentarios de las solicitudes y concesión de aplazamientos para la presentación de las declaraciones de renta y patrimonio, cuya tramitación es de uso frecuente en la Jefatura a su cargo y que para facilitarla y hacerla más expedita existían formularios de proyectos de resolución impresos en el multilith, con la enumeración de los comprobantes que debían adjuntar los interesados, dejando espacios en blanco para llenarlos con los números respectivos, los que una vez anotados firmaba dichos formularios el acusado, sino también con la libre y espontánea confesión que este mismo se encarga de hacer en su indagatoria, en la cual afirma haber concedido las prórrogas mencionadas a los contribuyentes citados en condiciones excepcionales, algunas de ellas a Oficiales del Ejército en comisiones de orden público, y otras, una o dos, por 'consideraciones especiales', porque con ello no defraudaba al fisco ni causaba perjuicio de ninguna índole".

5. A pesar de que dentro del proceso original el ex-Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales acusado aceptó su intervención en los actos administrativos mediante los cuales se concedieron numerosas prórrogas a determinados contribuyentes para la presentación de sus respectivas declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los años gravables de 1955 y 1956, en estas diligencias de revisión el personero del recurrente ha aspirado a demostrar, al amparo de la causal 5ª, que aquél nunca impartió órdenes sobre el particular, ni dictó las resoluciones en que tales prórrogas fueron concedidas. En otros términos: que no realizó la conducta criminosa por la cual fue llamado a juicio y condenado.

6. Sin embargo, las pruebas aportadas ahora respecto de la referida causal carecen de la fuerza demostrativa necesaria para producir el resultado apetecido y, por tanto, para quebrantar las bases probatorias sobre las cuales descansan los fallos que definieron el proceso. En efecto, al preguntársele al señor Vergara Lara, economista y contador público juramentado, según él mismo lo afirma en declaración rendida el 12 de septiembre de 1974, si las consabidas autorizaciones las impartió el Ministro de Hacienda de entonces, doctor Carlos Villaveces, y si el encargado de otorgarlas era el señor Eduardo Barriga, a la sazón Secretario Privado del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, respondió afirmativamente, manifestando, además, que como por razón de su cargo viajaba constantemente a visitar las diferentes Administraciones del país, desde su primera ausencia supo que el Ministro había ordenado "que estas prórrogas no surtieran ninguna demora y que, por lo tanto, debía encar-

garse el que las venía tramitando. "Y agregó: 'A este respecto no recuerdo haber firmado sino tal vez haber sido informado posteriormente sobre las órdenes del Ministro, y el encargado era naturalmente el señor Eduardo Barriga S.' ", Secretario privado, a quien, por otra parte, el ex-Jefe de Rentas e Impuestos había autorizado para usar en las resoluciones y demás actos de su competencia el sello con el facsímil de su firma (la del señor Víctor M. Vergara Lara). De todo lo cual se desprende, con plena claridad, que aun aceptando esta versión, que no se adujo en el proceso original, ni cuando en anterior oportunidad se propuso el recurso de revisión respecto del mismo proceso, resulta incuestionable que el funcionario condenado cohonestaba las órdenes del Ministro y autorizaba el uso del sello en las resoluciones y providencias que concedían las prórrogas con pretermisión de las formalidades legales pertinentes, y que, en suma, nunca fue ajeno a los actos que se le atribuyeron. Se agregará que los testimonios de los señores Carlos Arenas Mantilla y José María Quintana guardan armonía, en su contexto general, con la reciente versión del recurrente.

En consecuencia, es preciso desechar la causal estudiada.

7. En cuanto a la causal 4ª, fundada por el actor en los hechos y argumentos aducidos para sustentar la 5ª, carece de las más elementales bases probatorias, pues en forma alguna se demostró que los fallos condenatorios de instancia se apoyaron en documentos u otras pruebas secretas, reservadas u ocultas, contra las cuales no hubiera podido defenderse el acusado. Por el contrario, fue amplio el debate probatorio, y las sentencias de primero y segundo grados abundaron en extenso y prolijo análisis de todos los elementos de convicción incorporados al informativo. Frente a tales circunstancias, tampoco puede prosperar la causal 4ª.

8. Se dirá, finalmente, por vía ilustrativa, que conforme al artículo 587, inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, si el fallo fuere favorable a la demanda, la Corte, al ordenar la revisión de la causa, señalará el Juzgado que deba efectuarla, distinto del que antes la tramitó y decidió, al cual le serán enviados todos los autos. Y será ese juez distinto *el que habrá de decidir el "nuevo juicio revisado", con la sola limitación de que si el fallo respectivo fuere condenatorio, no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia. (Artículo 589 del C. de P. P.). Lo anterior se recuerda porque el alegato de conclusión presentado en este caso finaliza con la solicitud de que "se revoque la sentencia condenatoria y se absuelva" al recurrente.*

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA LA REVISIÓN del proceso a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Bogotá, al Juzgado de origen, dejando en la Corte copia del fallo. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TERMINOS DE LA INVESTIGACION — NOTIFICACIONES

Consecuencias jurídicas que surgen de la falta de cumplimiento de los términos procesales de la investigación. — La falta de notificación personal al defensor, de las providencias no acarrea nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 37 de septiembre 12 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Cumplidos los trámites de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de doce de diciembre de 1974, por la cual le fue impuesta a Juan Gonzalo Lasso Díaz, la pena principal de ocho años de presidio más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio perpetrato en la persona de Zoila Rebeca Ortiz Palacios.

Síntesis del proceso y actuación procesal.

Juan Gonzalo Lasso Díaz y Zoila Rebeca Ortiz Palacios hacían vida marital desde hacía tiempo. De común acuerdo habían resuelto legalizar esa unión de hecho y para tal fin, fijaron la fecha del 28 de agosto de 1973 para llevar a cabo la ceremonia prevista, razón por la cual Zoila Rebeca se trasladó a casa de sus padres al "Alto del Obispo", en el Municipio de San Agustín. El domingo 27 del mes y año referenciados, llegó Juan Gonzalo a la casa donde estaba su prometida y la halló recostada sobre una cama por la razón de que se encontraba delicada de salud. Acompañaba a la enferma el señor Vitelio López, sentado al borde del lecho que ocupaba Zoila Rebeca. Frente a esta situación, el procesado se acercó a su compañera, y extrayendo un cuchillo le propinó varias heridas que le causaron la muerte más tarde.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva al resolver el recurso de apelación interpuesto por el sindicado y su apoderado, contra el auto de proceder dictado en su contra, por el Juzgado Segundo Superior de Garzón el 18 de septiembre de 1973, declaró nula la actuación cumplida por el Inspector de Policía de San Agustín, funcionario que había conocido, en principio, del proceso, y dispuso que la actuación fuera validada.

En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal se reinició la investigación por parte del Juez Noveno de Instrucción Criminal. Clausurada la etapa instructiva, nuevamente, el Juzgado Segundo Superior de Garzón, por auto de 5 de junio de 1974, llamó a responder en juicio, con intervención del jurado, al sindicado Juan Gonzalo Lasso Díaz por el delito de homicidio simplemente voluntario.

El proveído de vocación a juicio no fue protestado por las partes y el 27 de agosto del mismo año de 1974 se celebró la audiencia pública en la que el jurado afirmó, por unanimidad, la responsabilidad del acusado, por el cargo formulado en el auto de proceder.

Con fundamento en el veredicto, el Juez de la causa dictó la correspondiente sentencia condenatoria que confirmó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, y que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación que ha de resolverse ahora.

La demanda.

El apoderado especial del procesado, en escrito que se declaró ajustado en su forma a las exigencias de ley, impugna la sentencia de segundo grado, invocando como única causal, la cuarta de las previstas en el artículo 580 del C.

de P. P., y en torno de ella desarrolla contra la sentencia dos cargos, en su orden así:

Cargo primero. "Acuso la sentencia —expresa el recurrente— por el motivo cuarto de casación en materia penal, previsto en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado la sentencia acusada en un proceso viciado de nulidad constitucional con arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política. La nulidad supralegal invocada como fundamento de la demanda la hago consistir en que al procesado recurrente se le juzgó y condenó sin que en la tramitación del proceso, especialmente en la etapa sumarial, hubiera estado asistido por un abogado que hubiera cumplido con los deberes del cargo".

El censor hace consistir la falta de defensa en la etapa del sumario, en el hecho de que el apoderado de oficio, no solicitó la práctica de pruebas, e igualmente, en que se abstuvo de interponer los recursos de ley contra las providencias que comprometieron la situación del incriminado. Así mismo, afirma la existencia de nulidades que surgirían de la falta de notificación personal al apoderado, de algunas providencias que en su opinión, debían cumplirse con esa formalidad.

Cargo segundo. Lo plantea el demandante sobre la base de el "quebrantamiento de las normas procedimentales de rigurosa observancia cuando existe dentro del proceso persona privada de su libertad".

Las irregularidades anotadas en la demanda consistirían en el hecho de haber dispuesto el Juez del conocimiento varias comisiones con miras al perfeccionamiento de la investigación, a través de las cuales, según el censor, se "rebasaron los términos previstos en los artículos 317 y 472 del C. de P. P., en razón de que no fueron dos las comisiones, sino cinco las comisiones decretadas por el señor Juez del conocimiento, surgiendo en este caso la nulidad prevista en el artículo 214 del C. de P. P., por no haberse dado estricto cumplimiento a las disposiciones que gobiernan los términos del perfeccionamiento del sumario o a la ampliación de la misma, porque *todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el Juez, dice el artículo 188 del C. de P. P.*". (Resalta el memorialista).

De igual manera, se predica la existencia de una nulidad, por inaplicación de lo ordenado en el artículo 179 del C. de P. P., al no notificarse, en forma personal, al apoderado del sindicado varias providencias, entre otras, el auto por el cual se dispuso el cierre de la investigación; el que abrió a pruebas la causa, y el que señaló día y hora para el sorteo de jurados determinaciones que, en sentir del demandante, debieron notificarse en forma personal, no solo al procesado detenido (artículo 180 C. P. P.), sino también al apoderado, porque "como el derecho que tiene el procesado que estuviere detenido de conocer las providencias que regulan la situación jurídica se prolonga en el tiempo y en el espacio a su apoderado o defensor, se tiene que se quebrantaron los artículos 179 y 180 del C. de P. P. en perjuicio del procesado, pues su defensor no pudo pedir las pruebas indispensables para mejorar su situación jurídica en la etapa del juicio. De manera que se produjo la nulidad prevista en el artículo 214 del C. P. P. y también la prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional por falta de observancia de las normas propias del juicio criminal".

Con base en lo anterior, el recurrente solicita "que el fallo acusado debe quebrantarse para acceder a la declaratoria de nulidad invocada de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 583 del C. de P. P.".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal examina los cargos formulados al fallo condenatorio y concluye rechazándolos, para pedir a la Corte que deseche el recurso y ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Afirma el colaborador Fiscal, refiriéndose al primero de los cargos esgrimidos contra la sentencia, que ciertamente sería saludable y equitativo, además, que en la etapa del sumario el sindicado gozara de una asistencia técnica profesional altamente calificada, pero que la imposibilidad de lograr esa aspiración "no se ha erigido como nulidad legal, ni menos de jerarquía superior". Reseña, en seguida, algunas decisiones de la Corte sobre temas análogos al que se plantea ahora, para concluir, que en el caso de autos, no se dan los presupuestos exigidos por la ley, para decretar la nulidad del proceso. Los demás argumentos del Procurador se estudiarán adelante.

Consideraciones de la Corte.

Cargo primero. Abundante y reiterada ha sido la doctrina expuesta por la Corte relacionada con los alcances que debe darse a la previsión contenida en el artículo 26 de la Carta, y a los casos en que el desconocimiento de las llamadas *garantías procesales* puede engendrar una nuli-

dad de naturaleza constitucional. Así, por ejemplo, en sentencia de 27 de febrero de 1970, expresó esta corporación:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado".

Y en cuanto a la defensa de los intereses del procesado, dijo la Corte, tal como lo recuerda el Procurador que "lo deseable sería que, tratándose de persecución por infracciones, los defensores fueran especializados ya que así se llegaría a la extrema previsión exigible para la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona. Sin embargo, este desiderátum es difícil, al menos ahora, por causas que se comprenden llanamente. Tampoco sería deseable que la defensa técnica pasara a ser ininterrumpida, y que todo acto procesal, aun los de investigación previa, estuvieran bajo el control de especialistas en ciencias jurídicas. Pero realidades superiores lo impiden, y es así como no es posible exigir gestión del abogado para toda suerte de comunicaciones entre el presunto responsable y el Juez. De allí el que se le llame solo en ciertos momentos culminantes del proceso, como la indagatoria, la formulación del auto de proceder y el que antecede a la decisión definitiva".

En resumen, expresó la Corte, al concretar los cásos en que puede configurarse la posibilidad de una nulidad por falta o ausencia de defensa de los intereses del sindicado que "la nulidad supralegal que se genera por el abandono del procesado al arbitrio exclusivo del funcionario, solo se produce cuando la indefensión ha sido total, cuando se han negado las oportunidades anteriormente mencionadas y cuando de manera ostensible se han desatendido las peticiones del interesado" (G. J., tomo CXXXIV, números 2326, 2327 y 2328, páginas 279 y siguientes).

En el caso que se examina no se presenta, en forma alguna, la situación que plantea la jurisprudencia citada, por cuanto existen constancias en el proceso, según las cuales al sindicado Juan Gonzalo Lasso Díaz, sí se le prestó la asistencia que la ley exige para amparar sus derechos como sindicado en el proceso penal. Así, tan pronto como fue oído en indagatoria, en la segunda oportunidad, fue asistido por un abogado titulado designado por el Juez (folio 38, cuaderno número 3). Igual asistencia se le prestó en varias diligencias de careo decretadas por el funcionario (folios 111, 119, cuaderno número 3). De igual manera, durante la audiencia pública el defensor, designado por el procesado, intervino con la amplitud necesaria para plantear al jurado tesis en defensa de su patrocinado, con lo cual se afirma claramente la existencia de la defensa, que al contrario, el recurrente, hecha de menos (folio 169, cuaderno número 3).

El hecho de que el señor apoderado, posiblemente por estrategia de la defensa, no hubiera interrogado a los testigos, ni hubiera tenido una participación más activa en la diligencia de confrontación con los de cargo; ni hubiera interpuesto recursos contra las providencias que comprometían los intereses del procesado, en forma alguna pueden considerarse como situaciones capaces de generar nulidades. La forma como se ejerce la defensa en las diversas etapas del proceso, ha dicho esta Sala, es compleja, y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciadas de idéntica manera por todos los abogados". (Sentencia de 23 de enero de 1975).

Igual razonamiento debe hacerse en cuanto al auto que decretó la clausura de la investigación que le fue notificada en forma personal tanto al procesado como a su defensor (folio 123 vuelto, cuaderno número 3), y si éste consideró, por razones que escapan al examen del cargo, que no presentaba alegato alguno, esta circunstancia tampoco puede tomarse como capaz de producir una nulidad alegando falta o ausencia de defensa.

En relación al modo como se practicó la notificación de algunas providencias, y que por no haberse cumplido en forma personal, originarían, en opinión del recurrente, una nulidad, debe recordarse que de acuerdo con el estatuto procesal de 1938 (artículo 171), debían notificarse en *forma personal*, al defensor, las providencias relativas a estos aspectos del proceso: el auto que señala término para solicitar pruebas en el juicio; el que formula los cuestionarios al jurado; el que señala día y hora para el sorteo de jurados, y el que señala día para la celebración del juicio. Luego, y por virtud de la reforma introducida en el año de 1971, vigente (Decreto 409), se buscó fundamentalmente la agilización del procedimiento y se prescindió, por ello, de las notificaciones personales, entre otras, de las providencias que se enumeran en la demanda (artículo 180 del C. P. P.).

El cargo no prospera.

Cargo segundo. Ciertamente, y tal como lo recuerda el recurrente, la ley ha dispuesto que los actos del proceso deban cumplirse dentro del lapso señalado por la misma, o por el juez. Sin embargo, las consecuencias jurídicas que surgen de la falta de cumplimiento de los términos procesales son diversas, según sea la naturaleza de la decisión.

Para el caso que se estudia, se afirma que por cuanto la etapa de instrucción no se cumplió, según lo afirma el recurrente, dentro de los términos consagrados en el artículo 317 del C. P. P., por una parte, y porque se excedieron los treinta días de que habla la norma, y, además, no se dio aplicación al artículo 472 del mismo Código, en cuanto no se decretó la clausura de la investigación una vez cumplida la primera comisión se ha presentado una nulidad, al desconocerse el mandamiento del artículo 180 ibídem.

Todo el razonamiento del censor se funda sobre la base de que el Juez del conocimiento decretó cinco comisiones para el perfeccionamiento del sumario. Estando a las evidencias del proceso, se tiene, que no existieron las cinco comisiones de que habla el demandante, y que por lo mismo, no se rebazaron los términos en la forma como se plantea, con la consecuencia de haberse inferido lesión a los intereses del procesado. Evidentemente, una vez recibido el proceso por el Juez del conocimiento, y luego de decretada la nulidad por el Tribunal, se dictó el correspondiente auto cabeza de proceso y se impartió una comisión al Instructor (folio 36), para que dentro del término de treinta días, procediera a la práctica de las pruebas ordenadas, diligencia que debía cumplirse por fuera de la sede del Instructor. Posteriormente, se amplió el término de instrucción por quince días (folio 81), y se hizo la advertencia al comisionado de la obligación de cumplir la comisión dentro del término, bajo la posibilidad de aplicar las sanciones previstas en el artículo 316 del C. P. P.

Finalmente, y frente a la solicitud del propio sindicado de que se practicara la diligencia de reconstrucción de los hechos (folio 93), el Juzgado del conocimiento accedió a la práctica de esa prueba, y dispuso la prórroga del término por quince días más.

Las prórrogas solicitadas por el Instructor al Director Seccional de Instrucción Criminal se relacionan con aspectos puramente administrativos que no comprometen, por lo mismo, los plazos fijados por la ley para el cumplimiento de los actos procesales.

De otra parte, *debe considerarse que el artículo 472 del C. P. P. autoriza al Juez del conocimiento para ordenar la práctica de pruebas que a su juicio hicieron falta para el perfeccionamiento de la investigación, y que solamente el uso inmoderado de tal plazo, cuando hay sindicado detenido, podría dar lugar a la nulidad alegada, si se atiende, además, a lo dispuesto en el artículo 476 ibídem, que ordena la clausura del sumario inmediatamente después de cumplida la ampliación.*

Por lo demás, debe tomarse en consideración que las pruebas que se practicaron en las oportunidades en que el Juez de conocimiento prorrogó los términos de instrucción, no necesariamente iban encaminados a perjudicar los intereses del sindicado, porque de esto no existe constancia en el proceso. Tan cierto es esto, que fue el propio procesado quien solicitó la práctica de la reconstrucción de los hechos, posiblemente con el propósito de ofrecer a su apoderado mejores elementos de juicio para su defensa.

En cuanto a la segunda parte del cargo, la relativa a la norma de las notificaciones, ya se dijo, que de acuerdo con el estatuto penal vigente, se suprimió el formalismo de las notificaciones personales (artículo 180 C. P. P.), y que por lo tanto, es deber de los procuradores judiciales enterarse, por los medios legales, de la existencia de las providencias que se dicten en el proceso y que pueden interesar a los fines de la defensa de sus representados.

*Lo anterior contradice la tesis del censor, según la cual, para los efectos de la defensa, el apoderado y el sindicado formarían una sola parte, y su derecho a conocer las providencias haría necesario que se notificara personalmente también a éste. Dice De Marsico refiriéndose al modo como el imputado ejerce su actividad procesal, que ésta se cumple a través de "*LA INTERVENCIÓN*","*LA ASISTENCIA*" y "*LA REPRESENTACIÓN*". El primero es la comparecencia personal del incriminado; la segunda es la colaboración, asegurada por la ley al imputado presente, de un sujeto provisto de particulares requisitos de capacidad técnica; la última es la sustitución de un tercero, que tiene o no (según los casos) tales requisitos, al imputado en el ejercicio de determinados derechos o facultad. (Diritto Processuale Penale, Nápoles, 1966, página 95).* En ninguno de los tres casos enumerados, se da la comunión procesal a que se refiere el recurrente.

El cargo no prospera.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero

Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PODERES

Ante quién deben presentarse cuando hay auto de detención vigente. — No basta, con el simple acto formal, sin contenido ni significación alguna, de presentar personalmente el memorial-poder ante el funcionario que conoce del proceso, para continuar sustrayéndose a los efectos de las decisiones judiciales. Lo que quiere la ley es, precisamente, todo lo contrario. Es decir, que el procesado contra quien se ha dictado auto de detención, para ejercer la defensa técnica o formal en la persona que quiera designar, debe de todas maneras, someterse a la resolución cautelar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, doce (12) de septiembre de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 37.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir sobre el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Segundo Delegado Penal contra el auto de diez de julio último de esta Sala que declaró ajustadas formalmente a las exigencias legales las demandas de casación presentadas por los abogados Luis Zafra y Nicolás Bitar Yidi, el primero como apoderado de los procesados Luis Alejandro Bustos Soto y Rafael García Figueredo y el segundo como apoderado del procesado Jesús María Pedraza Moreno.

El recurso interpuesto por el Ministerio Público.

Arguye el nombrado Agente del Ministerio Público, para sustentar el recurso, que los poderes otorgados por los enjuiciados Bustos Soto y García Figueredo al doctor Zafra "desconocen lo dispuesto en el *artículo 120 del Código de Procedimiento Penal,* conforme al cual, cuando está vigente el auto de detención y el acusado no ha sido capturado '. . .no podrá designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio sino por escrito que presente personalmente ante el funcionario que adelante el proceso o conozca de él'.

"En consecuencia, los poderes de los señores Bustos y García han debido presentarse ante el Tribunal Superior de Cúcuta o ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, corporaciones judiciales que tenían el conocimiento del asunto para diciembre de 1974 y febrero de 1975.

"Como uno de los requisitos para formular la demanda de casación es la personería adjetiva y en este caso adolece de un vicio irremediable, atentamente solicito a la honorable Corte Suprema de Justicia *revocar* el auto del diez de julio de este año y *declarar desierto el recurso de casación* en cuanto corresponde a los procesados Luis Alejandro Bustos Soto y José Rafael García Figueredo".

En lo que respecta a la demanda presentada por el doctor Nicolás Bitar Yidi, conceptúa el Procurador que debe rechazarse por ser una copia de la formulada por el doctor Zafra y "que se trata de un acto que puede constituir falta a la ética profesional y, como ya se dijo, se limita a reproducir un escrito sin valor jurídico, por la circunstancia ya anotada".

Alegaciones de los demandantes.

El doctor Luis Zafra redarguye que es impertinente el reclamo del Agente del Ministerio Público por lo inoportuno, porque, si, en concepto del recurrente, los poderes debieron presentarse por los procesados Bustos Soto y García Figueredo ante el Tribunal Superior de Cúcuta o an-

te la Sala de Casación Penal, y no ante el Juez del conocimiento, "debió reclamar a tiempo el auto de fecha 20 de marzo de 1975, en que la honorable Sala me reconoció como apoderado de dichos señores, auto que le fue notificado personalmente al Procurador el 31 del citado marzo, y por estados el 1º de abril siguiente (folios 8 y 8 vuelto del cuaderno de la Corte). Transcurrió el término de la ejecutoria de tal proveído, sin que el Ministerio Público hiciera la menor objeción al respecto, con lo cual asintió plenamente a lo allí resuelto por la Sala.

"De suerte que —continúa el doctor Zafra— al tratar de revivir ahora el señor Procurador Segundo Delegado, con motivo de la notificación de una providencia de contenido muy distinto al del conocimiento de la personería adjetiva del apoderado de Bustos Soto y García Figueredo, un tema que ya quedó precluido con la ejecutoria del auto de 20 de marzo de 1975, es acudir a un recurso falto de seriedad y debe, por consiguiente, rechazarse".

Cita luego el doctor Zafra una sentencia de la Corte proferida el 24 de octubre de 1950 y según la cual "dentro del juicio penal las resoluciones ejecutoriadas obligan al Juez, no porque sean, como generalmente se dice, una ley procesal, sino porque el procedimiento que se cumple en el expediente, constituye una serie de actos vinculados entre sí que persiguen un fin común: el pronunciamiento de un determinado acto jurisdiccional que desate la cuestión de fondo suscitada; y esa concatenación de actos necesita, por lo tanto, firmeza y seguridad. En cambio, si el Juez pudiera revocar, modificar o alterar a su antojo un auto ejecutoriado y estar retrotrayendo la actuación, los juicios serían una burla a la justicia y a los intereses de las partes...".

"Sin embargo —concluye el alegante esta parte de su razonamiento—, cabe anotar que los poderes fueron bien presentados ante el Juez Primero Superior de Cúcuta, porque él era el Juez del conocimiento, a pesar de que el proceso se hallara entonces en la Corte Suprema de Justicia en recurso de casación. Y siendo dicho Juez el del conocimiento, se cumplió cabalmente el requisito exigido al respecto por el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal, que invoca el Procurador, pero que interpretó en forma por demás equivocada y restrictiva.

"En consecuencia, carece de todo apoyo legal este primer argumento del distinguido Agente del Ministerio Público".

En lo que toca a la "inadmisibilidad del libelo que presentó el defensor de Pedraza Moreno, por ser una copia de la demanda" formulada por el doctor Zafra a nombre de Bustos Soto y García Figueredo, expresa el alegante que "esta insólita tesis es muy fácil refutarla con solo recordar uno de los principios fundamentales que informan todo proceso —civil o penal—" y que el maestro Eugenio Florián denomina "principio de la unidad de resultados de las actividades de los sujetos procesales".

"Por otra parte —concluye el doctor Zafra—, no sobra anotar que los dos únicos casos en que procede la declaración de recurso desierto de casación, son: presentarse la demanda extemporáneamente y no reunir ella los precisos requisitos señalados en el artículo 576 del C. de P. P. (artículo 578, ibídem)".

El doctor Nicolás Bitar Yidi presentó también alegación, por cierto, extemporánea, es decir, ya vencido el término de fijación en lista.

Dice el doctor Bitar que la afirmación del Procurador de que la demanda por él presentada "puede constituir falta a la ética profesional", "constituye un ataque a mi honesta reputación de abogado en ejercicio y entraña por lo mismo una imputación injuriosa, conforme al artículo 337 del Código Penal. En consecuencia, el escrito ameritado del Agente del Ministerio Público es francamente irrespetuoso contra una de las legítimas partes que intervienen en el recurso extraordinario y debe, en consecuencia, ser devuelto a su autor en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 39, numeral 3 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 71, numeral 3, ibídem".

Se considera.

Para resolver cumplida y acertadamente el asunto que es materia del recurso interpuesto por el Agente del Ministerio Público, conviene recordar algunas decisiones adoptadas por esta corporación en achaques similares al presente.

Así se transcribe la parte pertinente del auto de 27 de julio de 1973, dictado por esta Sala:

"...Ahora bien, una de las principales obligaciones de un imputado, es la de comparecer personalmente al proceso.

"El ejercicio de la acción penal requiere la presencia de la persona inculpada, tanto en interés general de la justicia, a fin de que se puedan practicar las pruebas que exigen la asistencia del sindicado, y, sobre todo, para asegurar el sometimiento de éste a las decisiones del órgano jurisdiccional, como también del propio imputado, para que atienda a su defensa.

"Es tan perentoria esa imposición, que muchas legislaciones, como las de algunas provincias argentinas, no adelantan el proceso, sino que lo pasan a calidad de reservado, cuando no es posible obtener que el procesado se presente o sea capturado.

"Otras, en cambio, como la nuestra, recurren a una ficción, consistente en emplazar al acusado para que se presente y, si no lo hace, se le nombra un apoderado que lo represente y con el cual se adelanta el proceso. Es lo que se llama la 'presencia legal del inculpado'.

"Pero, de todos modos, esa presencia legal no elimina la obligatoriedad de la física, para conseguir la cual las legislaciones acuden a toda clase de medios generalmente coercitivos, como la captura, que constriñen al imputado a comparecer ante los funcionarios encargados del proceso...

"El latitante por fuga, por ocultamiento o por violación de las obligaciones contraídas al obtener la libertad provisional, no puede pretender que se ponga término a la ficción de su presencia legal en el proceso como reo ausente, representado por un apoderado de oficio, tratando de sustituir éste por uno designado personalmente.

"Sería un verdadero contrasentido que el Estado exigiera la presencia del inculpado y, al mismo tiempo, le permitiera actuar cuando ha violado las normas que gobiernan esa exigencia".

En auto de diez (10) de mayo último esta Sala expuso:

"El derecho de defensa que la Constitución y la ley otorgan al imputado de un delito se extiende, naturalmente, a la observancia plena de las garantías consagradas en el artículo 26 del estatuto político, que la Corte, en reiteradas sentencias, ha concretado específicamente, y al ejercicio de las facultades o derechos procesales consignados en el Código de Procedimiento Penal. Pero en forma alguna puede ir hasta sustraerse a las decisiones de la jurisdicción, que son, como es obvio, de obligatorio cumplimiento.

"La calidad de procesado constituye un gravamen que, si es verdad que otorga una serie de prerrogativas dentro de la tramitación procesal, impone también obligaciones determinadas como condición sine qua non *para que el derecho de defensa pueda ejercerse en la forma deseada por el sujeto pasivo de la relación procesal. Así para designar apoderado o defensor, es preciso que se someta a las medidas precautorias personales proferidas en el proceso, pues de no ocurrir así, la defensa técnica o formal se ejercerá por la persona que designe el juez.*

"Quiere decir lo anterior que la circunstancia de constituirse el imputado en contumacia o rebeldía, implica una extralimitación de las garantías procesales cercana al abuso del derecho, que necesariamente produce consecuencias, entre las cuales está la de no poder designar Procurador Judicial.

"No otro es el sentido preciso del artículo 120 del estatuto procesal, cuando dispone que 'el sindicado contra quien estuviere vigente auto de detención, y que no estuviere capturado, no podrá designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio, sino por escrito que presente personalmente ante el funcionario que adelante el proceso o conozca de él'. No basta, pues, con el simple acto formal, sin contenido ni significación alguna, de presentar personalmente el memorial-poder ante el funcionario que conoce del proceso, para continuar sustrayéndose a los efectos de las decisiones judiciales. Lo que quiere la ley es, precisamente, todo lo contrario. Es decir, que el procesado contra quien se ha dictado auto de detención, para ejercer la defensa técnica o formal en la persona que quiera designar, debe, de todas maneras, someterse a la resolución cautelar. Por ello resulta irrita la presentación personal del escrito dentro del país o ante autoridades diplomáticas nacionales en el exterior, para en abierto fraude a la ley continuar en contumacia".

Aplicando estas nociones al presente caso, se tiene que a los procesados Luis Alejandro Bustos Soto y Rafael García Figueredo se les dictó auto de detención preventiva (que está vigente) y no fueron capturados y se les declaró reos ausentes. En estas condiciones es nugatoria la presentación de los memoriales en que le confieren poder al doctor Luis Zafra para que sustente el recurso de casación interpuesto (folios 4 y 6 del cuaderno de la Corte); pues, como ha dicho esta corporación, el latitante "no puede pretender que se ponga término a la ficción de su presencia legal en el proceso como reo ausente, representado por un apoderado de oficio, tratando de sustituir éste por uno designado personalmente", y para que ejerza la defensa técnica o formal en la persona que quiera designar, debe, de todas maneras, someterse a la resolución precautoria.

Alega el doctor Zafra que los poderes "fueron bien presentados ante el Juez Primero Superior de Cúcuta, porque él era el Juez del conocimiento, a pesar de que el proceso se hallere entonces en la Corte Suprema de Justicia en casación", satisfaciéndose así las exigencias del artículo 120 del C. de P. P. Aun prescindiendo de lo expuesto, resulta que tales poderes no fueron bien pre-

sentados, pues la disposición citada estatuye expresamente que el sindicado no podrá designar apoderado para el sumario ni defensor para el juicio, sino por escrito que presente personalmente ante el funcionario que adelante el proceso o conozca de él, y en el momento procesal de la referida presentación la Corte conocía, como conoce, del proceso. A juicio de la Sala, la expresión "conozca de él" no alude al Juez del conocimiento sino al que está conociendo del asunto.

En cuanto al argumento de que "dentro del juicio penal las resoluciones ejecutoriadas obligan al Juez", la Sala se permite transcribir lo pertinente de un auto suyo del diez (10) de julio último:

"En virtud del recurso extraordinario de casación la Corte adquiere competencia funcional limitada y circunscrita, en cuanto su potestad se agota en un juicio de derecho sobre la legalidad de la sentencia, y solo por excepción le es permitido el examen de las pruebas (artículo 580 del C. de P. Penal, numeral 1, inciso 2º). En tal virtud, le está vedado examinar actuaciones procesales que se agotaron en las instancias, las cuales solo pueden considerarse en la sentencia. Pero, por vía de excepción, es imperioso verificar, antes del pronunciamiento de fondo, si se dan los presupuestos que la naturaleza propia del recurso exige aun para su simple tramitación. A más de los requisitos formales exigidos por el artículo 576 del estatuto procesal, es necesario establecer si la impugnación ha sido bien concedida, si es admisible, de conformidad con las normas que regulan la materia, si el actor tiene personería, si existe interés jurídico para recurrir, etc., circunstancias éstas cuya decisión no puede dejarse para la resolución de fondo. Finalmente, los autos irregularmente dictados, con pretermisión o quebranto de las disposiciones legales que disciplinan la tramitación del recurso, deben corregirse, indudablemente, en oportunidad. Por eso, con toda razón, en la clasificación de los actos procesales, enumera Leone los 'modificatorios', que son aquellos que 'modifican, temporal o definitivamente, la eficacia de un acto procesal; ejemplo: corrección de errores materiales de un acto procesal, declaración de nulidad de un acto procesal' ".

En lo atinente a la solicitud del doctor Nicolás Bitar Yidi, la Sala considera que no es procedente acceder a ella, pues lo pedido por el Procurador se halla en la órbita de las atribuciones del Ministerio Público. En efecto, el Procurador conceptúa que el escrito del doctor Bitar Yidi "debe rechazarse, por ser una copia de la demanda de casación presentada por el abogado Zafra no autorizada por su autor" y que "se trata de un acto que *puede constituir falta a la ética profesional*" (subraya la Sala). El caso es muy claro y huelgan las observaciones para concluir que el escrito del Procurador no es "irrespetuoso".

Tampoco se accederá a lo solicitado por este funcionario, pues no hay nada que constituya falta a la ética profesional, sobre todo después de la alegación del doctor Zafra a que se ha hecho referencia.

En conclusión, el abogado, doctor Luis Zafra, carece de personería para representar a los condenados Luis Alejandro Bustos Soto y Rafael García Figueredo, y, por consecuencia, las providencias que se la reconocieron se dejarán sin efectos. Como el término a que se refiere el artículo 577 del C. de P. P. se halla más que vencido, el recurso se declarará desierto.

Lo que apunta el doctor Zafra acerca del cambio de Procurador no es constitutivo de causal de nulidad.

Decisión.

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

1º INVALIDA los autos de 20 de marzo y 24 de abril del corriente año, en cuanto reconocieron al doctor Luis Zafra como apoderado de los procesados Luis Alejandro Bustos Soto y Rafael García Figueredo para sustentar el recurso de casación, y el auto de 10 de julio último, en la parte que declara formalmente ajustada a derecho la demanda de casación formulada por el doctor Luis Zafra, y DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto a nombre de Bustos Soto y García Figueredo y se condena en costas.

2º No repone el auto de diez de julio del año en curso en lo que respecta a la parte que declara formalmente ajustada a derecho la demanda de casación presentada por el doctor Nicolás Bitar Yidi.

3º No accede a rechazar el escrito del doctor Nicolás Yidi Bitarmi el del Procurador Segundo Delegado Penal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Para que se configure este delito debe existir dolo, no basta la negligencia ni la culpa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, septiembre diez y siete (17) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 37 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de oficio del doctor Alejandro Rincón Grazziani, Juez Primero Penal Municipal de Fusagasugá, contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de diez y siete de abril de 1972, por la cual llama a juicio al nombrado Juez por el delito de detención arbitraria y ordena su encarcelación preventiva (la que no se ha logrado), según hechos ocurridos entre el 16 y 18 de septiembre de 1970.

Se trata de la detención ordenada por el funcionario acusado de la señora Honoria Ladino de Rodríguez, sin que se hubiese proferido el auto de encarcelación preventiva correspondiente, señora aquella que estaba acusada por su esposo, Alvaro de Jesús Rodríguez, de los delitos de hurto y abandono del hogar.

Adelantado el sumario, así como cumplidas las diligencias del caso para aplicar sanciones disciplinarias al Juez Rincón Grazziani y al Secretario del citado Juzgado, señor Manuel Antonio Trujillo, se tienen los siguientes elementos de juicio:

1. Expresa el sindicado, doctor Rincón Grazziani, que elaboró en borrador el auto del caso para la encarcelación preventiva de la señora Ladino de Rodríguez, borrador que pasó a su Secretario, señor Trujillo, para que lo pasara en limpio. Que su subalterno, como era costumbre, utilizó una de las boletas de detención que previamente tenía firmadas el Juez como medida de precaución para evitar las dificultades que sus ausencias del Juzgado ocasionarían no proceder en esa forma, habiendo sido, así, detenida la señora Honoria; y que solamente después vino a verificar que si el empleado no había pasado en limpio la providencia encarcelatoria, lo que olvidó, igualmente, el Juez verificar si el Secretario había cumplido su orden, lo que llevó a que dispusiera la libertad inmediata de la nombrada Ladino de Rodríguez.

2. El escribiente del Juzgado, señor Alfonso Sarmiento Osorio, si bien con algunas contradicciones, da respaldo a la versión del Juez Rincón Grazziani, pues dice aquél: "Al otro día de los hechos a los cuales me he referido el doctor Rincón pidió el negocio de esa señora, lo revisó en el despacho y me dijo a mí que hiciera la boleta de libertad de ella, porque el auto de detención hecho por él no estaba en el sumario..." (folios 30 a 31).

3. Igualmente, el Secretario, Manuel Antonio Trujillo Montejo, no obstante que, como el testigo anterior, incurre en contradicciones, es claro en cuanto admite: "Como era necesario practicar algunas diligencias con la mencionada señora y en vista de que no se localizaba, se impartió una orden de captura y en virtud también de haberse allegado algunas pruebas más, el doctor Rincón le ordenó que se le dictara, dándome para ello o pasándome, mejor, un borrador que contenía el auto de detención contra dicha señora...".

Y para explicar el hecho de que antes no había declarado lo que se dejó transcrito, manifiesta: "Ese día que se me sometió a un interrogatorio me encontraba un poco afectado por unos tragos que me había tomado la noche anterior, puesto que estuve en una fiesta...".

Considera la Corte.

Los anteriores elementos de juicio permiten arribar a la conclusión de que el Juez Rincón Grazziani no cumplió la encarcelación de la se-

ñora Ladino de Rodríguez con conocimiento de que incurría en abuso de sus funciones, vale decir, en forma arbitraria, al dejar de proferir el auto de detención necesario, pues es el caso de aceptar que elaboró el borrador del mismo, para que su Secretario lo sacara en limpio.

Resulta evidente, sí, que su comportamiento fue por demás negligente, al no preocuparse por asegurarse de que la providencia había sido pasada en limpio y en firmarla. Como, de otra parte, resulta también imprudente su conducta, al dejar talonarios firmados, para que sus subalternos los utilizaran. Pero esas negligencia e imprudencia no son el elemento subjetivo que exige el delito de detención arbitraria, por ser esta infracción de tipo intencional.

De ahí que no se encuentra la ocurrencia del delito cuestionado, y se deba, como lo pide el defensor de oficio, sobreseer definitivamente en favor del sindicado.

Y da también respaldo a esta conclusión el hecho de que no aparezca en el informativo dato alguno que permita explicar el supuesto propósito del ex-Juez Rincón Grazziani, de encarcelar a la señora Ladino de Rodríguez, sin cumplir las exigencias del procedimiento que la ley señala.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, REVOCA la providencia de que se hizo referencia y en su lugar SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Alejandro Rincón Grazziani, en cuanto al cargo de detención arbitraria, por que rindió indagatoria. Así mismo, se revoca la orden de detención preventiva del nombrado y se DISPONE que por el juzgador de primera instancia se libren los oficios cancelando la orden de captura del nombrado doctor Rincón Grazziani.

No es el caso de ordenar copias para la aplicación de sanciones disciplinarias, si a ello hubiere lugar, respecto del ex-Juez Rincón Grazziani y de su Secretario, Manuel Antonio Trujillo Montejo, por haberse adelantado, ya el respectivo proceso disciplinario.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el informativo a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

PERJUICIOS CAUSADOS CON LA INFRACCION

Daño público y daño privado. El daño privado puede ser material y moral. Los elementos que componen uno y otro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 41 de 25 de septiembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

En sentencia del veintisiete de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, acorde con el respectivo Agente del Ministerio Público y reformando la de primer grado, resolvió condenar a Angel María Gutiérrez a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, y a las accesorias de rigor legal, como responsable del delito de peculado. La misma sentencia confirmó la de primera instancia en cuanto expresa que "como el condenado restituyó el dinero objeto de la denuncia, no se le condena al pago de los perjuicios".

Contra el referido fallo, en su aspecto absolutorio, interpuso el recurso extraordinario de casación el doctor Luis Alberto Nassar Pinzón, apoderado de la parte civil, debidamente constituida en el proceso, según consta en el cuaderno respectivo. Cumplido en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) Conforme a la denuncia, formulada el cinco de octubre de mil novecientos setenta y dos por el doctor Luis Alberto Nassar Pinzón, en su carácter de apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, los señores Alfonso Galvis M. y Angel María Rivas Andrade, Inspectores Administrativos de la referida entidad, realizaron una visita a la Estación de Ibagué el 9 de agosto del mismo año, en la cual establecieron un faltante de treinta y ocho mil trescientos cinco pesos con noventa y cinco centavos ($ 38.305.95) a cargo del señor Angel María Gutiérrez, quien había estado al frente de la Estación visitada, en su calidad de Jefe titular de la misma, hasta el 17 de julio anterior, fecha en que fue retirado de su empleo. Aceptó Gutiérrez el faltante a su cargo y con fecha 5 de agosto de 1972 reintegró las sumas de $ 9.000.00 y $ 6.000.00, mediante consignaciones hechas en la cuenta corriente de los Ferrocarriles Nacionales.

Debe agregarse que con el objeto de restituir el resto del dinero apropiado, el señor Gutiérrez autorizó a la entidad perjudicada para retener la suma correspondiente, deduciéndola de las prestaciones sociales causadas a su favor por los servicios prestados a la Empresa, según se desprende de los documentos visibles a folios 12, 12 vuelto y 111 del cuaderno 1º.

b) Promovida la investigación correspondiente, tras algunas incidencias de carácter procesal y previo el cierre de la misma, se calificó su mérito comprometiendo en juicio a Angel María Gutiérrez por el delito de peculado en cuantía de $ 38.305.95. Cumplido el trámite propio de la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia del veinticinco (25) de julio de mil novecientos setenta y cuatro (1974), lo condenó a la pena principal de dos (2) años de presidio, absolviéndolo, de otra parte, en cuanto a la indemnización de perjuicios, medida que fundó en la circunstancia de que el sentenciado había restituido "el dinero objeto de la denuncia", fallo que el Tribunal Superior de aquella ciudad confirmó, con las modificaciones ya anotadas, en el que ahora es materia, por su faz absolutoria, del recurso extraordinario de casación (folios 308 a 331, cuaderno 1º).

La demanda.

Después de sintetizar los hechos debatidos en el juicio y la actuación procesal, el actor hace breve referencia a los fundamentos del fallo recurrido, pasando luego a sustentar la acusación, tarea que cumple al amparo de la primera de las causales que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal primero: Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Dentro de tal esfera formula, en capítulos separados, tres cargos contra la sentencia recurrida. La primera de las tachas propuestas se halla enunciada de la siguiente manera:

"La sentencia al absolver, o negarse a condenar al acusado, al pago de perjuicios por haber restituido lo apropiado, confunde el concepto jurídico de perjuicio con el de simple daño privado que es apenas una parte del contexto del concepto jurídico de perjuicio, ya que el de simple daño privado es apenas una parte del concepto de perjuicios de que habla el Título IV del Libro Primero del Código Penal y en especial sus artículos 92 y 95, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil; normas que se ven violadas frente a esta errada interpretación".

En desarrollo del anterior planteamiento sostiene el demandante, en suma, que la sentencia impugnada, al confirmar sobre el particular la de primer grado, incurrió en el error de restringir el concepto de perjuicio a la simple pérdida económica, representada por la apropiación indebida de dineros oficiales, prescindiendo de otros factores, como el daño emergente y el lucro cesante, conceptos definidos por el artículo 1614 del Código Civil. Y haciendo abstracción, igualmente, del daño moral. Todo lo cual conduce a concluir que el fallo recurrido infringió directamente los artículos 92 y 95 del Código Penal, por cuanto la aplicación de las normas sobre condenación en perjuicios no es potestativa de los juzgadores de instancia, sino de obligatorio cumplimiento.

Los aspectos tratados separadamente como cargos segundo y tercero, en realidad no conforman tachas autónomas con virtualidad trascendente, sino argumentos complementarios de la impugnación sustentada dentro del cargo primero.

Concluye el libelo con la solicitud de que se invalide la sentencia acusada en cuanto, confirmando la de primer grado, se abstuvo de condenar al responsable al resarcimiento de los perjuicios causados con el delito, y, en su lugar, se le condene al pago de los mismos, los que habrán de tasarse conforme a las normas legales pertinentes.

El Ministerio Público.

En amplio estudio el Ministerio Público, representado por la Procuraduría Tercera Delegada, se refiere detenidamente a las incidencias procesales ocurridas a través del sumario y de la causa. Compendia luego el contenido de la acusación, destacando el carácter fundamental del cargo primero y expresando luego su identidad de criterio con el actor sobre el particular. Importa reproducir los siguientes pasos del mencionado alegato, porque ellos resumen el pensamiento del colaborador de la Sala sobre el aspecto cardinal de la demanda:

"El concepto de indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, conforme a las normas del Código Civil, a las cuales deben recurrirse para precisarlo; y el mismo estatuto define el daño emergente como '... el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente...' y por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de aportarse, a consecuencia del hecho. (Artículos 1613 y 1614, C. C.).

"En relación con el caso examinado, como lo anota el demandante, si bien se restituyó la suma apropiada, no se efectuó el resarcimiento o pago del lucro cesante, conceptos ambos que integran el concepto de perjuicios; por tanto, no puede considerarse que éstos se hubieran cubierto o indemnizado en su totalidad y que, consecuentemente, debiera absolverse o negarse condenación en cuanto al pago de los mismos en el fallo respectivo; y la norma antes transcrita exige la reparación o indemnización de todos los perjuicios causados". Alude el Procurador al precepto contenido en el artículo 92 del Código Penal, que estima directamente infringido por la sentencia acusada, razón por la cual considera que la acusación debe prosperar. Consecuentemente, solicita "casar la sentencia del Tribunal en lo relacionado con la absolución de perjuicios, para condenar en relación con los mismos y disponer su liquidación por las vías legales pertinentes". (Artículo 583, ordinal 1º, C. de P. P.).

La Corte considera.

1. Conforme a la preceptiva del artículo 92 del Código Penal, como se recordará, "en toda sentencia condenatoria de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica,

se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado". El artículo 93 agrega que el respectivo Agente del Ministerio Público deberá cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar la infracción, o intervenir por sí solo en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo. Dentro del mismo orden de ideas, el artículo 94 establece que si el delito no hubiere causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente, podrá el Juez, no obstante, imponer la obligación de pagar una suma hasta de mil pesos a favor del Tesoro Nacional. Y el artículo 95 expresa que cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos.

2. Una sistemática interpretación de las normas recordadas ha permitido a la jurisprudencia nacional, orientada por la Corte, alcanzar la conclusión de que cuando los perjuicios no han sido avaluados en el proceso penal ni se ha demostrado su cuantía, es preciso condenar in genere *o en abstracto al pago de aquéllos para que se hagan justipreciar por separado.*

3. La doctrina y la jurisprudencia han entendido, de otra parte, que el daño generado por el delito es susceptible de conformar un doble aspecto; el daño público, traducido por la sensación de inseguridad o alarma social frente al hecho delictuoso, y el daño privado, consistente en la disminución, detrimento o menoscabo que la infracción produce respecto de los bienes materiales y morales, en cuya preservación tiene interés el Estado. Propende a resarcir el daño público la facultad que la ley otorga al Juez para imponer la obligación de pagar una suma a favor del Tesoro Nacional, cuando el delito no hubiere causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente.

4. El daño privado puede ser material y moral. El material está representado por el detrimento económico que en los bienes produce el hecho criminoso, y comprende el daño emergente *(pérdida o deterioro generados directamente por la infracción) y el* lucro cesante *(ganancia, utilidad o provecho que deja de percibirse a consecuencia del delito). Radica el daño moral en el quebranto que el hecho punible causa en el ánimo del ofendido o perjudicado, y suele dividirse en daño moral objetivado, susceptible de ser económicamente apreciable y daño moral subjetivo, a cuya reparación se le ha llamado, un tanto peyorativamente,* pretium doloris.

5. Es preciso distinguir entre restitución, reparación *e* indemnización. *Consiste la primera en devolver al perjudicado los bienes de que fue privado por el delito. Mediante la segunda se le compensan al ofendido o perjudicado, con otros bienes, especialmente dinero, los perdidos o afectados con la acción criminosa. La indemnización tiene la finalidad esencial de resarcir al perjudicado el detrimento sufrido a título de daño emergente o lucro cesante, o por ambos conceptos. Constituye, en consecuencia, un fenómeno económicamente más amplio y comprensivo que la simple restitución.*

6. De todo lo anterior resulta que los sentenciadores de instancia estaban en el deber de condenar al procesado a la indemnización de todos los perjuicios causados con la infracción, y que al pretermitir tal decisión infringieron directamente los artículos 92 y 95 del Código Penal, como lo sostiene el actor. Prospera, en consecuencia, la causal primera invocada. Por tanto, conforme al artículo 583-1, habrá de casarse parcialmente el fallo impugnado, dictando en su lugar el que por tal aspecto deba reemplazarlo. Vale decir, condenando en abstracto al responsable, ya que los perjuicios no fueron determinados dentro del proceso penal.

Decisión.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA parcialmente la sentencia recurrida del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y, en su lugar, CONDENA al procesado Angel María Gutiérrez, en abstracto, al pago de los perjuicios causados con la infracción, los que serán tasados conforme a las normas legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO — FALSEDAD — CONCURSO DE DELITOS Y CRONICIDAD

Por mandato del artículo 59 de la Constitución Nacional, "la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre dos de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 42 de 30 de septiembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Cerrada la investigación y vencido el término a que se refiere el artículo 472, inciso 1º del Código de Procedimiento Penal, procede la Sala a calificar el mérito del sumario que se adelanta contra el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, Contralor General de la República, por los delitos de peculado y falsedad.

Hechos.

Gonzalo Villalba Wilches menor, hijo de la señora Ligia Wilches de Villalba, empleada de la Contraloría General de la República, como Revisora VI de Documentos en la Auditoría ante el Incora, sufrió el 10 de agosto de 1972 un gravísimo accidente. Al ingerir impensadamente ácido sulfúrico, padeció quemaduras y destrozos del tubo digestivo desde la boca hasta el píloro. El joven fue tratado de urgencia en clínicas de Bogotá y logró sobrevivir a la tragedia, aunque en condiciones penosas.

Como la salud de Gonzalo fuera todavía desesperada, la señora de Villalba habló personalmente con el Contralor, doctor Escallón Ordóñez, a principios del año de 1973, y el 22 de febrero del mismo año, le dirigió la siguiente comunicación:

"Ratificándole mi solicitud verbal sobre la necesidad que tengo de acompañar a mi hijo Gonzalo Villalba Wilches a los Estados Unidos para las intervenciones quirúrgicas y tratamiento a que se refieren los documentos que le he presentado en la fecha, comedidamente me permito solicitarle la legalización de mi situación, como empleada de la Contraloría en el cargo de Revisor VI ante el Incora, para poder efectuar el viaje y permanecer en el exterior por un tiempo aproximado de tres meses" (folio 341, cuaderno principal).

Producto de la situación así planteada fue una reunión del Contralor con sus inmediatos colaboradores, entre los cuales se hallaban Pedro José Díaz Garavito, Asistente; Héctor Name Terán, Secretario General de la Contraloría, y Josué Gómez, Jefe de Personal, con el fin de estudiar el asunto y procurar una solución. Parece que ya algo se había resuelto sobre el particular, y que la reunión solo tuvo por objeto concretar el asunto, porque inmediatamente la señora de Villalba fue autorizada por "las Directivas de la Contraloría" para que "yo pudiese seguir devengando mi sueldo como empleada, estando simultáneamente ocupada en cuidar de mi hijo gravemente enfermo en los Estados Unidos de Norte América", según dice la señora tantas veces mencionada en documento fechado el 21 de febrero de 1973, por medio de la cual autoriza a la señora Gloria Villamizar de Mariño para que "firme y retire los cheques girados a mi nombre" como empleada de la Contraloría, "a partir de la segunda quincena del presente año, y de ahí en adelante en forma indefinida, hasta que las circunstancias especiales que me rodean se hayan modificado y me permitan hacerlo personalmente" (folio 54, cuaderno principal).

Así, aunque posteriormente se pretendió inútilmente modificar la realidad histórica de los hechos, el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, de acuerdo con los colaboradores cuyos nombres se mencionaron atrás, y posiblemente con otros más, autorizó a la señora Ligia Wilches de

Villalba para trasladarse desde ese momento a los Estados Unidos y permanecer allí indefinidamente atendiendo a la salud de su hijo Gonzalo, sin desvincularse de su cargo de Revisor VI de Documentos en la Auditoría ante el Incora, y para continuar devengando el sueldo que a esa posición correspondía, y por consiguiente, para seguir apareciendo irrealmente en las nóminas, como si estuviera prestando sus servicios regularmente en el cargo para el cual fue nombrada y del cual había tomado posesión en legal forma. En ejercicio de esa autorización, la señora de Villalba se ausentó del país el 25 de febrero de 1973, y regresó el 15 de noviembre de 1974. Durante ese tiempo, por concepto de sueldos y primas como Revisor VI de Documentos de la Auditoría ante el Incora, le fue pagada la suma de ochenta y un mil trescientos veintisiete pesos con cincuenta centavos ($ 81.327.50) en episodios independientes y reiterados que se sucedieron cada quince días.

De igual manera, en numerosas nóminas se hizo figurar a la señora de Villalba como desempeñando sus funciones en el cargo atrás mencionado; los auditores certificaron que "el personal relacionado en la presente nómina, prestó el servicio en ella indicado"; el Jefe de la División Administrativa ordenó pagar el importe consignado en aquellos documentos, y numerosos funcionarios más testificaron la normalidad y legalidad de las nóminas en lo relativo a la presencia de la señora de Villaba en su cargo prestando los servicios que le estaban asignados reglamentariamente, cuando la verdad era que se hallaba en los Estados Unidos, como ya se anotó. Igualmente, otras personas, en la mayoría de los casos la señora Gloria de Mariño, firmaron unas en nombre de la empleada ausente, y las demás suplantaron su firma en esos documentos.

La Procuraduría Agraria realizó una investigación administrativa, recibió varios testimonios y recogió numerosos documentos, para luego enviar la actuación a la Corte. El diez y nueve de febrero del año en curso se dictó auto cabeza de proceso, y perfeccionada la averiguación debe verterse ahora la clasificación de fondo sobre el sumario.

Las pruebas.

El cuerpo objetivo de los delitos.

I. La calidad de Contralor General de la República de que se halla investido el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez está plenamente demostrada con la copia del Decreto 028 de 18 de enero de 1971 (folio 207, cuaderno principal), por medio del cual fue designado para el cargo en forma interina, y por el acta visible al folio 78 (cuaderno principal), en la cual consta que tomó posesión el 22 de enero del mismo año. Es verdad, como lo anota el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que no existe anotación alguna sobre ejercicio de las funciones, pero ello se deduce con inequívoca certeza no solo de las propias afirmaciones del inculpado en su indagatoria (folio 281, cuaderno principal), sino también de las de numerosos funcionarios de la Contraloría, lo mismo que de varios documentos suscritos por el doctor Escallón Ordóñez como Contralor o dirigidos a él.

De igual modo se ha demostrado que Ligia de Villalba desempeñaba el cargo de Revisor VI de Documentos ante el Incora con la Resolución de nombramiento número 00745 de abril 9 de 1970, con el acta de posesión del empleo (folios 62 y 63, cuaderno principal), y con la Resolución número 01248 de marzo 23 de 1972, en virtud de la cual se le otorgó el último ascenso.

II. Existe en el proceso prueba plena de que la señora de Villalba abandonó el país con destino a la ciudad de Boston desde el 25 de febrero de 1973 y permaneció allí hasta el 15 de noviembre de 1974, atendiendo a los requerimientos que la precaria salud de su hijo Gonzalo demandaba. Para el efecto, véanse las declaraciones de la mencionada señora (folios 139, 3, 146 y 273, cuaderno principal), de Gloria Celina Villamizar de Mariño (folio 50, cuaderno principal), Octavio Saavedra del Castillo (folio 440, cuaderno principal), Auditor Delegado de Colombia en las Naciones Unidas, y del propio Contralor, entre otras. Iguales elementos de convicción demuestran que durante el período de su ausencia le fueron pagados por concepto de sueldos y primas devengadas como Revisor VI de Documentos, la suma de $ 81.327.50. Así se concluye, sin duda alguna, de las nóminas en que aparece su nombre (folios 18 a 63, cuaderno número 4), las fotocopias de los cheques girados por la Contraloría General de la República contra la cuenta del Banco de Santander, a favor de Ligia de Villalba (folios 48 a 68, cuaderno número 3); todo ello verificado en las inspecciones judiciales realizadas en Contranal (folios 16 y 25, cuaderno principal) y en las oficinas del Banco de Santander (folio 67, cuaderno principal), lo mismo que de la declaración de la propia señora y de otras más que no es del caso enunciar.

III. Hay plena prueba en el proceso de que reiteradamente se hizo aparecer en las nóminas de la Contraloría, durante el largo período de su

ausencia, a la señora de Villalba, como si estuviera prestando sus servicios en forma reglamentaria en la Auditoría ante el Incora, de que se certificó, por varios funcionarios, esa circunstancia que no correspondía a la verdad, y de que terceras personas firmaron las nóminas en lugar suyo, o suplantaron su firma, como se concluye de la simple revisión de las fotocopias de las nóminas visibles a folios 1 a 47 del cuaderno número 3, y 18 a 63, cuaderno número 4.

IV. Finalmente, se debe advertir que por parte alguna aparece prueba documental indubitada, expedida con las formalidades legales, tendiente a demostrar que a la señora Villalba se le otorgó comisión para prestar sus servicios en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU, aunque, preciso es decirlo, existen algunos oficios y declaraciones varias que pretenden demostrar ese hecho, documentos que serán analizados en su oportunidad.

Prueba de incriminación.

A folio 54 se halla fotocopia del documento expedido por la señora de Villalba el 21 de febrero de 1973, debidamente reconocido en su firma y en su contenido (folio 273, cuaderno principal), cuyo texto íntegro conviene transcribir:

"*A quien interese.*

"Por medio de la presente, me permito autorizar a la señora Gloria Villamizar de Mariño, con cédula de ciudadanía número 20047198 de Bogotá, para que firme y retire los cheques girados a mi nombre, los cuales corresponden a mis sueldos como *Revisora de Documentos VI* de la Contraloría ante Incora, a partir de la 2ª quincena del presente año, y de ahí en adelante, en forma indefinida, hasta que las circunstancias especiales que me rodean actualmente se hayan modificado y me permitan hacerlo personalmente. *Estas circunstancias son del todo conocidas por las Directivas de la Contraloría, las cuales, en base a este conocimiento sobre tan dolorosos hechos que me rodean, acordaron en reunión de solidaridad y apoyo, para con mi pequeño hijo incapacitado, que yo pudiese seguir devengando mi sueldo como empleada, estando simultáneamente ocupada en cuidar de mi hijo gravemente enfermo en los Estados Unidos de Norteamérica. Las personas que asistieron a la citada reunión fueron las siguientes: doctor Julio Enrique Escallón, Contralor General de la República; doctor Pedro José Díaz Garavito, Asistente del Contralor; doctor Héctor Name Terán, Secretario General; doctor Josué Gómez, Jefe de Personal; doctor Tomás Vásquez Vélez, Auditor de la Contraloría y la interesada*" (Subraya la Sala).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 262 del Código de Procedimiento Penal, "el Juez apreciará el valor probatorio de los documentos privados, teniendo en cuenta si su autenticidad ha sido o no probada en el proceso y las normas de la crítica", es decir, que el fallador deducirá el valor demostrativo de tales documentos con base en la convicción racional, previo examen de las circunstancias en que fue expedido, de la personalidad del autor del mismo, de los hechos en ellos relatados, etc.

Tal como se anotó, está demostrada la autenticidad del documento suscrito por la señora de Villalba, y en estas condiciones, su contenido produce plena convicción de que a la signataria del mismo no se le otorgó ninguna comisión para trabajar en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU, sino que "por solidaridad y apoyo" se le concedió permiso para que viajara a los Estados Unidos y permaneciera en ese país indefinidamente, mientras se le continuaban pagando sus sueldos como empleada de la Contraloría. El escrito se elaboró cuando su autora estaba poseída por un psiquismo monoideístico dirigido exclusivamente a salvar la vida de su hijo, en un momento en que vertía su pensamiento sin aprehensiones, reticencias ni inhibiciones, por cuanto para ese entonces no estaba, en lo previsible, destinado a servir de prueba de un hecho diverso a la autorización que en él se confiere a la señora Gloria de Mariño para cobrar por ella su sueldo. Es, pues, suma expresión de la sinceridad, y en él se relatan hechos y circunstancias que habían sucedido en esos días. Como claramente puede observarse, nada se dice en él acerca de que va a trabajar en comisión en el exterior, ni se menciona siquiera la posibilidad de prestar ocasionales servicios en la Auditoría ante la ONU. No. Simplemente, tal como se describe, se trata de una manifestación generosa de solidaridad de las Directivas de la Contraloría, que le permiten abandonar su trabajo y continuar devengando su sueldo. Prueba de ello es que el regreso para recibir personalmente su cheque no se condiciona al cumplimiento de la comisión, o cuando lo ordenen sus superiores, sino a que "las circunstancias especiales que me rodean actualmente se hayan modificado...".

En el curso del proceso la signataria de este documento confirma la verdad de su contenido, aunque cada vez que declara de nuevo su natural sentimiento de gratitud la hace incurrir en inexactitudes claramente demostrables. Así, el 15

de enero comparece por primera vez ante el Procurador Agrario (folio 139, cuaderno número 3), y afirma, sin mencionar tampoco aquí la célebre comisión en USA, ni los servicios que allí prestó que: "*...viajé a la ciudad de Boston para buscar la vida de mi hijo que aún permanece en esa ciudad con problemas en su tráquea por haber tomado ácido sulfúrico*". Y para contestar a una pregunta, dice: "En vista de mis recursos tan escasos y sin tener otra fuente de ingreso para un acto tan grande de devolverle la vida a mi hijo ellos se conmovieron muchísimo, el doctor Escallón fue muy bueno y todos decidieron ayudarme. El doctor Escallón me dijo: Yo como padre y como jefe suyo no puedo desampararla y me autorizaba para que salvara a su (sic) pequeño y viajara porque el niño estaba desahuciado, que *yo continuaría como empleada de la Contraloría recibiendo mi sueldo y seguiría figurando en nómina*". Para entender la espontaneidad de esta declaración, y su veracidad indiscutible, es preciso tener en cuenta, como se anotó antes, que fue de las primeras que se recibieron dentro de la investigación administrativa adelantada por la Procuraduría Agraria, sin que todavía hubiera cundido la alarma y el escándalo que los medios de comunicación social urdieron en torno a todos los aspectos de la investigación penal.

Para la segunda declaración, interrumpida por el estado de emoción en que se hallaba la testigo, rendida el 21 de febrero ante la Procuraduría Agraria, empieza a tejerse la historia de la comisión ante la ONU, aunque todavía en forma vaga e imprecisa. Cuando se le pregunta si trabajó en el exterior, afirma: "Como en Boston no hay oficinas de Auditoría, pero sí hice algunos trabajos de mecanografía en español, relacionados con trabajos de la ONU y sin recibir cinco centavos; en varias ocasiones elaboré trabajos en mecanografía en las Naciones Unidas, solo corrijo, sin recibir sueldo, solo por seguir vinculada a la Contraloría General". Y luego: "*Los primeros meses de la gravedad yo no pude hacer nada, pero después cada vez que el señor Auditor me llamaba yo acudía, mensualmente yo iba dos o tres veces, no podía más; cada vez que él me llamaba yo iba*". Al preguntársele cuánto tiempo demoraba en Nueva York, contestó: "Dos y tres días" (folio 146, cuaderno principal).

Conviene advertir que las dos atestaciones anteriores fueron ratificadas por la declarante en su exposición de folios 273 del cuaderno principal, aunque en esta oportunidad trata de rectificar lo que había expuesto anteriormente. En efecto, cuando se le pregunta acerca de si se ratifica en lo dicho en la declaración que se le recibió el 21 de febrero, afirma que "manifiesto que no estoy de acuerdo plenamente con la ampliación de la declaración porque yo había dicho en vez de ser mensualmente es semanalmente y cada vez que el señor Auditor me lo impusiera". Este testimonio se recibió el 20 de mayo, y ya para esa época había tomado cuerpo la versión de que el Contralor había comisionado a la señora de Villalba para trabajar en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU, comisión que se habría conferido verbalmente al principio, y luego por medio de oficio. La declarante, como es humano en estos casos, trata por todos los medios a su alcance de eliminar la imputación, y de confirmar la tesis de la comisión, aunque sus explicaciones no son en absoluto convincentes, no solo en sí mismas consideradas, sino confrontándolas con lo que antes había expuesto desprevenidamente, tal como se vio en otra parte de esta providencia. Se expresa así, sobre la cuestión fundamental: "...me autorizó para trabajar en los Estados Unidos la mayor parte posible para que pudiera atender mi pequeño y al mismo tiempo no desvincularme de la Contraloría como Revisora VI de Documentos en la Auditoría General de Incora, se reunieron entonces el Jefe de Personal, Josué Gómez; el Secretario General, doctor Name Terán; el doctor Díaz Garavito, el doctor Vásquez Vélez, el doctor Bolívar Acosta, resolvieron que sí viajara y me suministraban un trabajo en las Naciones Unidas y le dieron instrucciones al Auditor que tendría que trabajar conmigo". Como es obvio, la relación de hechos y circunstancias que no había mencionado siquiera en sus declaraciones anteriores, y, aún más, contrarias a sus dos versiones iniciales, no merece credibilidad, por cuanto, de conformidad con las reglas sobre la crítica del testimonio, en su primera atestación, y en la versión documental de los motivos de su viaje, no jugaba papel alguno el afecto hacia el patrono, el sentimiento indudable de gratitud, y la relación de dependencia laboral, factores éstos que, por fuerza y según la experiencia humana, tornan sospechoso el testimonio. De otra parte, el ambiente en el cual ha de desenvolver su diaria rutina no es precisamente el más apto para que se le pueda exigir imparcialidad e independencia, pues resulta notoria en este proceso la tendencia de los empleados de la Contraloría para favorecer al inculpado.

A este múltiple testimonio de la señora de Villalba, producido en diversas circunstancias, distintos estados de ánimo y en épocas lejanas entre sí, se opone la declaración indagatoria del doctor Escallón Ordóñez, quien a folio 281, cuaderno principal, manifestó el 3 de junio último: ante la solicitud de la señora Ligia, se reunió

con sus asesores y "llegamos a la conclusión —dice— de que la única forma de hacerlo era la de comisionarla para que prestara sus servicios en los trabajos que en español se adelantan en la Auditoría Externa de Colombia ante las Naciones Unidas". Que esa circunstancia coincidía con la necesidad de reforzar el personal de la Auditoría, y agrega:

"Conviene aclarar que desde cuando Colombia es país miembro de la Junta de Auditores Externos de la ONU, desde el año de 1948, se ha comprometido, al igual que los otros dos países miembros de la Junta, a que en cualquier momento en que fuese necesario atender algunos trabajos con personal de planta de la Contraloría tiene que hacerlo. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Contralor General de la República puede comisionar a sus empleados por medio de resolución, oficio y aun verbalmente, procedí en el mes de febrero de 1973 a enviar un oficio al Auditor de Colombia ante las Naciones Unidas para que ocupara los servicios de esta empleada en los trabajos antes mencionados, mientras ella aprovechaba el tiempo libre para atender el caso de su hijo. Esta comisión se cumplió normalmente tal como lo informa y certifica el Auditor ante las Naciones Unidas, doctor Octavio Saavedra, en comunicación de noviembre de 1974... Es de aclarar también que el Contralor General de la República produce el acto administrativo de la comisión y de allí en adelante todos los trámites de elaboración de nóminas de certificaciones sobre el cumplimiento de los empleados en su trabajo y demás aspectos relacionados con pagos, no tienen ninguna intervención, por cuanto el Contralor no es funcionario ordenador ya que esta facultad dentro de la contraloría y tratándose del presupuesto de la misma, corresponde, por mandato de resoluciones orgánicas, al Jefe de la División Administrativa".

Agrega más adelante:

"Debo adicionar que la comisión conferida por oficio a la señora de Villalba era transitoria y no implicaba cambio de nómina. En cuanto a la forma de pago pueda que se le haya sugerido por esta misma razón que comisionara a alguien (Ligia de Villalba) *para recibir su cheque, pero como el Contralor no interviene en el proceso de pagos, no sé en qué forma dejó la autorización correspondiente".* (No son del texto las subrayas).

Aunque invoca razones humanitarias para el tratamiento excepcional que dio a la señora de Villalba, sostiene con energía que "para mí al comisionarla era primordialmente para trabajar en esa dependencia de la Contraloría".

Según la indagatoria, los puntos centrales de los descargos del señor Contralor se pueden concretar así:

1º Aunque se conmovió por la situación que vivía la señora Ligia de Villalba, para ayudarle en su problema, la comisionó por medio de oficio para que durante su permanencia en los Estados Unidos trabajara en la Auditoría Externa de Colombia ante las Naciones Unidas.

2º Los reglamentos de la Contraloría le otorgaban indiscutible competencia para comisionar a cualquiera de sus empleados por medio de resolución, por oficio y aun verbalmente.

3º La señora de Villalba prestó cabalmente sus servicios en la forma prevista, según constancias que existen en el expediente.

4º No se le pagaron sueldos en moneda extranjera sino en pesos colombianos, de conformidad con lo que se le había asignado como empleada de planta de la Contraloría.

5º La comisión otorgada a la señora mencionada era temporal. Por esa razón, y porque el Contralor nada tiene que ver con el proceso interno que sigue a la producción del acto administrativo, referente a la confección de nóminas, pagos, etc., ignora cómo y en qué forma se le pagaron sus sueldos.

Para una mejor evaluación de los hechos, la Sala estudiará todos estos planteamientos, confrontándolos debidamente con los elementos de convicción aducidos al proceso, tanto cuando tienden a corroborar lo afirmado por el doctor Escallón, como cuando se dirigen a infirmarlo.

De una vez ha de decirse que la versión del acusado no reviste los caracteres de verosimilitud y espontaneidad que exige el artículo 264 del Código de Procedimiento Penal para que pueda tomarse como indestructible expresión procesal de la verdad. Pero, además, dados los hechos que se investigan, sus peculiares modalidades, el ámbito estatal donde se realizaron, las relaciones jurídicas que ellos implican, etc., la confesión por sí sola no sería jamás, no podría ser, un medio suficiente para probar con eficacia las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la imputación. Ello, porque se trata de situaciones jurídicas, correctas o irregulares, pero que se crean y desarrollan en un sector de la Administración Pública, como es la Contraloría General de la República, que no pueden manejarse en forma caprichosa, bajo el impulso de los personales sentimientos de los directivos, sino dentro del orden normativo previamente establecido por la ley y por los reglamentos. De ahí que de toda actividad administrativa que cree una relación jurídica

personal, la modifique o extinga, o que cambie las modalidades de prestación de los servicios, deba quedar constancia escrita, puesto que tales actuaciones constituyen actos jurídicos que, aunque se hayan producido verbalmente en los casos autorizados claramente por la ley o reglamento, producen consecuencias no solo para la persona afectada por ellas, sino para el servicio y para la organización misma de la entidad, y son controlables por la jurisdicción contencioso administrativa.

Situación jurídica de Ligia de Villalba en la Contraloría.

¿Hubo realmente un acto administrativo ejecutado por el Contralor General de la República, por medio de oficio, en virtud del cual se envió a la señora de Villalba a los Estados Unidos con el fin de que prestara sus servicios en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU? A absolver este interrogante, medular en el proceso, a más de lo que atrás se dijo, tienden los comentarios siguientes:

Hay, evidentemente, en el expediente elementos de convicción que aparentemente demuestran esa circunstancia. En efecto:

En el folio 45 del cuaderno principal puede verse una carta, fechada en Bogotá el 23 de febrero de 1973, escrita en papel membreteado de las Naciones Unidas, "Board of Auditors", dirigida al doctor Octavio Saavedra, Auditor Delegado de Colombia ante las Naciones Unidas en Nueva York y firmada por el Contralor General, doctor Julio Enrique Escallón, en la que se anuncia a aquel funcionario el viaje de la señora de Villalba, las penosas circunstancias que vive por la enfermedad de su hijo, y se le comenta, además, que "consultando con mis asesores he llegado a la conclusión de que debemos ayudarla para salvar la vida de su pequeño hijo". Y en lo que se ha entendido que es un acto administrativo en virtud del cual se comisiona a la empleada, dice:

"En estas circunstacias, y atendiendo a la vez principios de elemental justicia humana, *solicito a usted colaborar con la mencionada señora para que pueda internar en el hospital a su hijo, así como también disponer preste sus servicios en la Auditoría a su digno cargo, en trabajos que se elaboren en español, a fin de que en ningún momento se desvincule como empleada de la Contraloría, ya que de lo contrario no se le podrían pagar los sueldos en los momentos en que más lo necesita.*

"No sobra agregar que ella continuará devengando su sueldo como Revisor de Documentos VI en moneda colombiana y no podrá pagársele gasto alguno con cargo al presupuesto del Auditaje Externo de la ONU, que como bien sabemos es reservado para cumplir específicamente tales funciones". (Subraya la Sala).

Al folio 346, cuaderno principal, se encuentra una carta fechada en Nueva York el 19 de noviembre de 1974, escrita en el mismo papel de las Naciones Unidas de la anterior, dirigida por el Auditor Externo, Octavio Saavedra, al doctor Julio Enrique Escallón, en la que se lee:

"Antes de regresar a Colombia la señora Ligia Wilches de Villalba, me solicitó enviarle a usted la presente carta, lo cual lo hago bastante complacido, ya que la señora de Villalba nos prestó sus servicios de mecanografía en español *cuando yo se lo solicité,* especialmente en la preparación de los documentos finales que usted tuvo oportunidad de utilizar como Presidente de la Junta de Auditores Externos de las Naciones Unidas en sus sesiones regulares de los años de 1973 y 1974". (Subrayas fuera de texto).

A folios 347, cuaderno principal, se puede leer un certificado expedido por el ya mencionado doctor Saavedra y autenticado ante notario de Nueva York el 14 de febrero de 1975, el cual fue elaborado a solicitud telefónica del doctor Escallón Ordóñez, según lo afirma su signatario en la declaración de folios 440 y siguientes del cuaderno principal, en el que se hace constar que la señora de Villalba "...prestó *servicios temporales* de mecanografía en español a la Auditoría Externa de Colombia ante las Naciones Unidas", y que estuvo permanentemente a disposición de esa entidad durante el período de febrero de 1973 a noviembre de 1974. Saavedra del Castillo ratifica y amplía esta certificación en el testimonio que rindió ante el Cónsul de Colombia en Nueva York, visible en el folio citado.

Aunque hay algunas referencias testimoniales, casi todas de última hora, sobre este mismo punto, carecen de importancia probatoria, como se verá más adelante.

Un examen simplista y superficial de los documentos que se vienen de mencionar llevaría a la conclusión de que su contenido es incontrovertiblemente cierto, pues, por haber sido expedidos "con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo" (artículo 261 del C. de P. Penal). Sin embargo, la cuestión es de más fondo, y requiere minucioso análisis:

a) La presunción de autenticidad y veracidad de un documento, y de los hechos de que da cuenta, expedido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, desaparece obviamente cuando quien lo ha elaborado es el sindicado en un proceso penal, y el documento está destinado a producir efectos jurídicos dentro del mismo, como medio probatorio, salvo los casos en que se trate de *documentos anticipados,* vale decir, producidos con anterioridad a la fecha del hecho imputado o de la iniciación del proceso, circunstancias éstas que deberán probarse plenamente. Igualmente, para que se den las condiciones a que se refiere el artículo 261 del estatuto procesal penal, se requiere, en otros casos, que aunque tales documentos se hubieren producido con posterioridad, la certeza de su fecha y de su contenido pueda controlarse y verificarse a través de los sistemas de anotación y registro de documentos o correspondencia (en este caso), que se utilizan, entre otros, con ese fin, en todas las empresas y entidades organizadas, ó de archivo de correspondencia, o por medio de sellos de correos, etc. Pero no puede sostenerse con razón que cualquier documento que produzca un funcionario acusado dentro de un proceso penal, o uno de sus subalternos directos, removible en su cargo a voluntad y sin requisito alguno, deba producir los efectos probatorios señalados en la norma precitada, pues si así se interpretara, querría decir que cualquier funcionario acusado de delitos contra la Administración Pública o la de justicia, etc., podría demostrar fácilmente su inocencia, a voluntad, mediante la expedición de documentos que tendrían pleno valor de convicción, así se defraudaran las normas legales y se quebrantara violentamente el orden jurídico. Y ya se vio que de los documentos cuestionados solo el certificado expedido por Saavedra del Castillo, con la constancia de que la señora de Villalba prestó *servicios temporales* en su Auditoría, tiene fecha cierta, indiscutible, por cuanto fue autenticado ante notario en el mes de febrero de este año. De otra parte, finalmente, ni el oficio del doctor Escallón, ni las constancias del Auditor ante la ONU indican en su contenido claramente que la empleada hubiera sido comisionada para trabajar en Nueva York, sino que en brumosas expresiones refieren que ella viaja a esa ciudad para atender a su niño enfermo, y subsidiariamente para prestar colaboración a la Auditoría, la una; y las otras, que sirvió temporalmente allí, sin que se exprese si cumplió las funciones de empleada, si tenía el régimen legal o reglamentario establecido para el cargo, etc.;

b) Existe en la Contraloría un completo y múltiple sistema de registro, anotación y archivo de correspondencia recibida y despachada, en virtud del cual todo oficio que llega o sale de la entidad queda, con sus anotaciones pertinentes, archivado en la sección respectiva y en planillas como las que se observan en los folios 307, 308 y 309 del cuaderno principal, y el sistema es el siguiente, según la diligencia de inspección judicial de folios 310, cuaderno principal:

"En relación con la correspondencia despachada se lleva un folder o legajadores de cada uno de los oficios librados por el respectivo funcionario de la Contraloría General de la República, que lleva la fecha en que sale, o sea la fecha de emisión y un número impreso con numerador automático, que va ascendiendo cronológicamente. Cada oficio que es despachado se anota también en una planilla en la cual va registrado el destinatario y el número que se le ha impreso a cada oficio por medio de numerador automático y firma y sello de quien recibe este oficio, bien sea personalmente o por correo".

En la misma diligencia procesal, después de un minucioso examen de todos los archivos, se concluye así:

"...del veintitrés de febrero (de 1973) del 852094 hasta el 852284, en esta fecha y revisados pormenorizadamente cada uno de los oficios comprendidos de la numeración del 852094 al 852284, hallándose la numeración en forma ascendente y continua *no se encontró ningún oficio que enviara el señor Contralor de la República al señor Auditor de las Naciones Unidas en Nueva York, doctor Carlos Saavedra del Castillo. Se revisó minuciosamente los legajadores hasta el 5 de marzo y no se halló ningún oficio que fuera enviado por el señor Contralor al señor Auditor de las Naciones Unidas en Nueva York. En el legajador en donde aparece la correspondencia despachada no aparece tampoco ninguna remisión para el Auditor ante las Naciones Unidas en Nueva York".* (Las subrayas no son del texto).

c) Dentro de la organización administrativa de la Contraloría General de la República hay una Sección denominada JEFATURA DE REGISTRO Y ARCHIVO DE HOJAS DE VIDA, en la cual se lleva la historia de cada empleado o funcionario, a partir de la solicitud de ingreso a la entidad, con anotación cronológicamente ordenada de todas las novedades que se refieren al mismo o lo afectan de cualquier modo, tales como promociones, vacaciones, comisiones, etc. Luis Antonio Cárdenas Arboleda, Jefe de esa Sección, afirma que sus funciones consisten en "recibir toda la correspondencia de Bogotá y de fuera de Bogotá que llega a la Contraloría *para ser adjuntada a las hojas de vida de cada uno de los empleados*

de esa dependencia" (folio 205, cuaderno principal), y Josué Gómez Rojas, quien fuera Jefe de Personal de la Contraloría, afirma que *"a la hoja de vida de cada funcionario van todos los documentos y papeles que en una y otra forma se refieren a él, a veces originales, a veces copia. Si en la hoja de vida no aparece tal autorización* (de la señora de Villalba), *es claro que no existe, no se le debió dar"* (folio 237, cuaderno principal). En las carpetas que contienen las hojas de vida se archivan, rigurosamente ordenados, todos los documentos relativos a cada empleado. Se ordenó el secuestro de la hoja de vida de Ligia Wilches de Villalba, que consta de 63 folios, y puede verse del folio 319 del cuaderno principal en adelante. En el *folio 22* de esa carpeta aparece, con fecha *febrero 22 de 1973* la ya conocida solicitud de la señora de Villalba al Contralor General para que le "legalice su situación" con el fin de viajar a los Estados Unidos. En el *folio 23* está el oficio número 008353, de *junio 13 de 1973,* dirigido al Capitán Josué Gómez Rojas, Jefe de Personal, por Ligia de Mariño, Secretaria de la Auditoría General ante Incora, por medio del cual "solicito a usted con toda atención, enviar a esta oficina una copia de la resolución o certificación, por la cual las directivas de la Contraloría concedieron el permiso a la señora Ligia de Villalba". A continuación, *folio 24* con fecha *diciembre 11 de 1974,* una información anual para hojas de vida suscrita por la señora de Villalba. *Al folio siguiente (25),* una constancia suscrita por Luis Arturo Cárdenas Arboleda, Jefe de Registro y Archivo, en copia, con fecha *31 de enero de 1975,* en la que se afirma que *"hasta la fecha no le aparece ninguna comisión del servicio al exterior"*. Y solo en los *folios 26 y 27,* desordenados cronológicamente, sin que se sepa cómo, cuándo y de dónde surgieron, aparecen el oficio dirigido por el Contralor General al Auditor Delegado de Colombia ante las Naciones Unidas, relacionado con el viaje de Ligia de Villalba, con fecha *febrero 23 de 1973,* y el enviado por este último funcionario al doctor Escallón Ordóñez, *el 19 de noviembre de 1974.* Al *folio 28,* la constancia o certificación expedida por el Auditor Saavedra del Castillo sobre el trabajo de la tantas veces mencionada señora de Villalba, autenticada en Nueva York, ante notario, el 14 de febrero de 1975.

Importa relievar, pues, cómo en la carpeta que contiene la hoja de vida de Ligia de Villalba, los oficios relacionados con su hipotética comisión para trabajar en los Estados Unidos solo aparecen incorporados con posterioridad al 31 de enero de este año, cuando ya se había expedido certificación sobre inexistencia de comisión alguna.

d) Tal como se anotó atrás, ninguna respuesta obtuvo la solicitud de Gloria de Mariño dirigida al Jefe de Personal el 13 de junio de 1973, para que se le enviara al Auditor ante Incora "copia de la resolución o certificación" en virtud de la cual se otorgó permiso o comisión a la señora de Villalba;

e) El 16 de enero de 1975, el Procurador Agrario solicitó al señor Contralor General de la República certificación sobre si en el lapso comprendido entre el 25 de febrero de 1973 y el 15 de noviembre de 1974 "...a la señora Ligia de Villalba le fue conferida alguna comisión en el exterior". Y por oficio número 946650, de enero 31 de 1975, firmado por Luis Enrique Plata Sánchez, Secretario Privado del Contralor, se le responde así: "Le estoy remitiendo con la presente una certificación de hojas de vida de Ligia Wilches de Villalba en donde consta que no le figura ninguna comisión al exterior" (folio 257, cuaderno número 4);

f) Cuando el Procurador Agrario formuló cargos al señor Contralor relativos al asunto del viaje al exterior de la señora de Villalba, éste, por medio de oficio de febrero 15 de 1975 (folio 210, cuaderno principal), para justificar su conducta expuso diversas razones, pero no mencionó siquiera que en ejercicio de sus facultades había otorgado una comisión a la dama mencionada para trabajar en la Auditoría ante la ONU;

g) Según puede verse en documentos y declaraciones que ya se registraron en esta providencia, la decisión de autorizar el viaje a la señora de Villalba a los Estados Unidos se funda casi exclusivamente en el propósito de ayudarle a superar las dificultades originadas en la enfermedad de su hijo, y solo marginal y tangencialmente se habló de aprovechar ese viaje para que prestara sus servicios en trabajos mecanográficos en español en la Auditoría Externa ante la ONU;

h) Los términos mismos del oficio de 23 de febrero de 1973, hipotéticamente dirigido por Escallón Ordóñez a Saavedra del Castillo, indican claramente que no podía tratarse de una comisión del servicio, pues resulta elemental que ella debe estar limitada por la forma (del acto administrativo), por el objeto y por el tiempo. La dirección de una entidad administrativa no faculta, ni con mucho, para proceder arbitrariamente. Por el contrario, todos los actos oficiales tienen que someterse al principio de la legalidad característicos de la Administración Pública, es decir, ajustarse a las prescripciones de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos. Y la Resolución orgánica 02261 de 24 de marzo de

1972, que disciplina lo relativo a las "comisiones que deben cumplir los funcionarios de la Contraloría General de la República, viáticos y gastos de transporte..." (folio 389, cuaderno principal), no autoriza para otorgar comisiones de servicio por medio de oficio, pues en tal caso (artículo 1º, parágrafo) "deberá dictarse la correspondiente resolución ordinaria para el reconocimiento y pago de los viáticos y demás efectos legales que deban surtirse con relación al régimen prestacional". De otra parte, el artículo 9º de la Resolución orgánica número 14 de 1966 aclara definitivamente este asunto, cuando dispone: "Artículo 9º *Todo lo relacionado con novedades del personal tales como nombramientos, traslados, encargos, retiros,* COMISIONES, *vacaciones, etc., será materia de resoluciones ordinarias,* que ocuparán el segundo lugar en el orden jerárquico y solamente podrán modificarse, sustituirse, derogarse o abrogarse por disposición de igual categoría" (V. compilación editada por Contranal, Bogotá, 1974). Significa lo anterior que no es cierto que el Contralor tenga competencia normativa para conferir comisiones a sus empleados por medio de oficio.

Además, los estatutos citados se refieren indudablemente al régimen de las comisiones otorgadas dentro del territorio nacional, según se deduce de sus preceptos, y lo dicen expresamente algunos (artículo 17, R. orgánica 02261 de 1972). Por lo demás, la resolución orgánica que se viene comentando no hace más que desarrollar las prescripciones que en materia de viáticos establece el artículo 5º del Decreto 3181 de 1968, como las reglamentó, para los demás empleados nacionales distintos a los de la Contraloría, el Decreto 559 de 1969, con referencia explícita a las comisiones conferidas "dentro del territorio nacional";

i) El Contralor General de la República no tiene competencia, por sí solo, para conferir comisiones a sus empleados para trabajar en el exterior. En efecto, el mencionado Decreto 3181 de 1968, "por el cual se reglamenta el pago de horas extras en el sector público y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo 6º que "*las comisiones al exterior solo podrán ser conferidas por los organismos de la Administración Nacional, con aprobación del Gobierno Nacional. Esta aprobación solo podrá otorgarse cuando los agentes diplomáticos y consulares de la República no puedan cumplir las funciones propias de la comisión.* En estos términos queda adicionado el Decreto 3306 de 1963". Esta disposición es apenas natural y obvia, por cuanto toda comisión al exterior debe estar sometida a mayores requisitos y controles, ya que por concepto de viáticos, gastos de transporte y sueldos se afectan las disponibilidades de divisas extranjeras (dólares) en la Tesorería General de la República que, como bien se sabe, son de restringida utilización. El artículo 3º del Decreto 127 de 1963, en efecto, dispone que siempre que el Gobierno u *otra entidad pública* "confiera comisiones en el exterior a funcionarios o servidores públicos, el Gobierno procederá a fijar para cada caso, por medio de decreto ejecutivo, una suma diaria por concepto de viáticos o gastos de viaje. Esta suma no podrá exceder de ochenta dólares (US$ 80.00) por día". Y el parágrafo dispone que: "En el mismo decreto el Gobierno autorizará los pasajes correspondientes, si a ello hubiere lugar".

Conviene precisar, además, que al Auditor Saavedra le ordenó el Contralor utilizar a la señora de Villalba para efectuar trabajos en español, sin señalarle término ni demás modalidades a la presunta comisión. Y Saavedra certifica que "prestó servicios temporales", sin especificación alguna. Finalmente, la señora de Villalba regresó al país y a su empleo por voluntad propia, cuando autónomamente creyó que debía hacerlo, y no por disposición de su superior, el señor Contralor, sin que se hubiera producido ningún acto administrativo para el efecto.

Quiere decir lo anterior, que cuando el señor Contralor Escallón Ordóñez y algunos de sus subalternos sostienen en este proceso que el primero de los mencionados tenía competencia legal y reglamentaria para conferir comisiones a sus empleados por medio de oficio y aun verbalmente, están faltando a la verdad, tal como se ha dejado demostrado. Con razón advierte Israel Bolívar (folio 37, cuaderno principal), refiriéndose a la situación de doña Ligia que "prácticamente sí fue un traslado, o lo que nosotros llamamos comisiones en servicio, lo que ocurre es que faltó el cumplimiento del requisito de remitir a la Auditoría copia de la resolución por medio de la cual se comisionaba a la señora Villalba a la Auditoría de la ONU, pero en el caso de ese traslado con ese requisito habría dejado de ser funcionaria ante la Auditoría de Incora y se habría operado su vacancia, como consecuencia exigible su pago en dólares, a más de los viáticos y gastos de comisión, incluido transporte aéreo de ella y sus familiares, por cuanto así se dice cuando se traslada a un funcionario de su sede habitual...".

También Josué Gómez Rojas (folio 237, cuaderno principal), dice algo sobre el particular:

"Me explico, hay centenares de casos de los cuales la revisión constata que el funcionario está en una determinada dependencia, pero realmente sus servicios no los está prestando allí, por

estar en comisión en otra dependencia. En este caso el jefe de la dependencia anota en la nómina tal circunstancia y el empleado tiene que presentar a la pagaduría un certificado expedido por el jefe de la dependencia en donde trabaja, requisito sin el cual no le entrega su cheque la pagaduría".

Pero, además, para abundar en el análisis, si de alguna comisión se hubiera tratado, en el supuesto de que legalmente pudiera conferirla para el exterior, para la tramitación de sus consecuencias han debido llenarse los formularios que se observan a folios 106 y siguientes del cuaderno principal, o alguno similar, pues no se explica cuál pueda ser la razón para que toda comisión conferida dentro del territorio nacional deba rituarse en esa forma, con una serie de requisitos y formalidades, mientras las que se lleven a cabo en el exterior se otorgan por medio de oficio. Y no solo esto, sino que mientras en las nóminas respectivas se hacen salvedades en relación con los empleados que en ellas figuran y que no asistieron a su trabajo, durante uno o más días, sistemática y reiteradamente se certifica que la señora de Villalba sí prestó sus servicios en la forma prescrita en los reglamentos;

j) Pero, además, legalmente el Contralor, aunque dice que existe un compromiso internacional al respecto, no podía enviar en comisión a ninguno de sus funcionarios para trabajar en la Auditoría Externa de Colombia ante la ONU. En primer lugar, debe relievarse la circunstancia aducida por el sindicado y por el Auditor Saavedra de que éste dizque telefónicamente había reclamado a su superior la necesidad de "reforzar" el personal de la oficina con motivo de ciertos trabajos en español que debían elaborarse. Resulta extraño de veras que las comunicaciones de estos funcionarios se realizaran por teléfono y no en virtud de oficios o memorandos, no solo porque se trataba de asuntos oficiales de indudable importancia, de los cuales debían quedar constancias, sino también porque evidentemente resulta un sistema mucho más económico. En segundo, que la Auditoría Externa es una oficina que, aunque depende del Contralor General de la República para efectos de orientar sus trabajos y de nombrar a sus empleados, se trata de una entidad electiva de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los gastos que demanda su funcionamiento se pagan con cargo al presupuesto especial de la misma organización, el cual no hace parte "en ningún caso de los arbitrios fiscales del Presupuesto Nacional del país a que pertenece el Auditor Externo", según se afirma en la Resolución orgánica número 04566 de junio 4 de 1974 (folio 395, cuaderno principal). O sea que el Contralor podía comisionar legalmente a uno de sus funcionarios para trabajar en cualquiera de las Auditorías de Colombia en el exterior, con el lleno de todos los requisitos legales, pero no para que con dineros del Estado colombiano prestara sus servicios, temporalmente como lo dice el doctor Escallón en su indagatoria, en una entidad que trabaja para las Naciones Unidas, con organización y presupuesto de esa entidad, y por todo el tiempo que el funcionario comisionado considerara conveniente permanecer en el exterior.

Del análisis que se ha vertido en relación con las pruebas, se deduce que la señora Ligia Wilches de Villalba viajó a los Estados Unidos y permaneció allí con el exclusivo fin de velar por la salud de su hijo, mediante una generosa concesión del señor Contralor, que le permitió no solo continuar figurando en las nóminas de la Contraloría durante todo el tiempo de su ausencia, sino también percibir el sueldo y las primas correspondientes, como si hubiera prestado sus servicios reglamentariamente. No hubo, ni siquiera irregularmente conferida por el aspecto formal, comisión alguna para que la señora mencionada prestara sus servicios en la Auditoría Externa ante la ONU.

La señora de Villalba no prestó servicios en la Auditoría Externa ante la ONU. Contra todo lo que se ha dicho en este proceso, es evidente que la señora de Villalba durante su permanencia en los Estados Unidos, no solo por no haber sido comisionada para desempeñar alguna función oficial, sino porque su estado anímico no se lo permitía, y porque, además, carecía de tiempo para hacerlo, no estuvo trabajando en la Auditoría ante la ONU. Ya se vio en el curso de esta providencia cómo es la misma dama quien en su solicitud al Contralor se refiere solamente a la necesidad de salvar la vida de su hijo. Y en su primera declaración relata simplemente sus gestiones para el mismo fin. En la segunda, afirma que durante los primeros meses de la enfermedad de su hijo en los Estados Unidos no pudo hacer nada. Y en la última, aunque dice que sí trabajó, relata circunstancias modales que ponen en duda esa labor. Si vivía en Boston, ciudad muy distante de Nueva York, y si, además, su pequeño debía permanecer en la primera de las ciudades mencionadas, sometido a intensivos cuidados, resulta prácticamente imposible que pudiera desplazarse hasta Nueva York tres días a la semana, abandonar a su hijo, y pagar, en muchos casos, diez dólares por el transporte en tren en cada viaje, cuando devengaba un poco más de tres mil pesos, y no contaba con primas, viáticos, gastos de representación ni ingreso adi-

cional alguno. Con toda razón Israel Bolívar Zapata (folio 37, cuaderno principal), Alvaro Elías Reyes Pardo (folio 46, cuaderno principal) y Tomás Vásquez (folio 43, cuaderno principal), altos empleados de la Contraloría, solo se enteraron de que la señora de Villalba había trabajado en la Auditoría ante la ONU y había sido comisionada para ello por el Contralor en el mes de marzo de este año, cuando ya se había iniciado la investigación penal. Y con anterioridad a este año, ninguno de los funcionarios de esa entidad, según puede deducirse de la simple lectura de todas las declaraciones aducidas al proceso, tenía conocimiento de ese hecho.

La cuestión de las nóminas.

Ya se dijo cómo en las nóminas que figuran del folio 1 al 47 del cuaderno número 3, varios Auditores y otros funcionarios certificaron que la señora de Villalba, aunque por esa época se hallaba en los Estados Unidos, prestó sus servicios en Bogotá, en la Auditoría General ante el Incora, como Revisor de Documentos VI, y ordenaron el pago de sus sueldos y las primas correspondientes. Con relación a este hecho, el doctor Escallón Ordóñez sostiene en su indagatoria que "el Contralor produce el acto administrativo de la comisión y de allí en adelante todos los trámites de elaboración de nóminas, de certificaciones sobre el cumplimiento de los empleados en su trabajo y demás aspectos relacionados con pagos, no tiene ninguna intervención, por cuanto el Contralor no es funcionario ordenador...". Pero, más adelante, es explícito, y para contestar a una pregunta afirma rotundamente: "*En primer lugar debo adicionar que la comisión conferida por oficio a la señora de Villalba era transitoria y no* implicaba cambio de nómina..." (folio 281, cuaderno principal), lo que indica con toda claridad que el doctor Escallón Ordóñez, desde el momento en que autorizó a la mencionada señora para viajar al exterior, sabía y había autorizado también para que figurara en la nómina ordinaria y para que se le continuara pagando su sueldo normal.

Pero no se trató simplemente de una autorización, según lo advierte el Contralor, sino de una orden, pues así lo relatan los Auditores que visaron esas nóminas, aunque tal orden no exime de responsabilidad a quienes la cumplieron. Israel Bolívar Zapata (folio 37, cuaderno principal), sostiene que "*todo se hizo mediante la orden que dio el Contralor mediante una manera verbal*". Alvaro Elías Reyes (folio 46, cuaderno principal), afirma que "...debo manifestar que según me informaron el caso concreto de la señora Villalba era orden del señor Contralor General impartida al Auditor de ese entonces, señor Noel Olano...". En sus descargos (folio 158, cuaderno principal), sostiene también que "había autorización verbal para que se certificaran las nóminas", otorgada por el Contralor, y que los Auditores no hicieron cosa distinta a cumplir con el deber de obedecer al superior. Igualmente, Rafael Iregui Borda (folio 186, cuaderno principal), en el oficio de descargos ante el Procurador Agrario, explica que había orden de certificar las nóminas y que "las órdenes de los superiores no se controvierten en cualquiera de los niveles...", y que "por tal motivo firmé y certifiqué en tales documentos haciendo figurar a la señora Ligia Wilches de Villalba como laborando en esta Auditoría, cuando en realidad se encontraba fuera del país". Noel Olano Rojas (folio 10, cuaderno Nº 4), expresó sobre este mismo particular que "...realmente no existe la disposición que permita remunerar a un funcionario que no está prestando sus servicios a excepción de las vacaciones o de enfermedad; sin embargo, en este caso en que el Auditor cumple las órdenes emanadas de las Directivas...".

Significa lo expuesto que el señor Contralor General de la República no solo tenía conocimiento de lo que sucedía con las nóminas de la señora de Villalba y del sueldo que se le pagaba sin prestar sus servicios, sino que dispuso u ordenó a sus subalternos que procedieran en esa forma, vale decir, que certificaran inexactamente que la empleada ausente sí había prestado sus servicios a la Contraloría, para que se ordenara el pago del sueldo, etc.

El Ministerio Público.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, después de analizar extensamente la prueba aducida al proceso, concluye así su concepto:

"Por tanto, el descargo presentado no puede considerarse suficiente; así, se produjo una irregular disposición de fondos públicos, pues se pagaron los sueldos correspondientes sin que se prestara el servicio; como esto fue autorizado por el acusado, cuya calidad de funcionario público se acreditó debidamente y en ejercicio de su facultad de ordenador, como aparece de lo expresado anteriormente y no obstante la delegación de dicha función, al permitir o autorizar dicha situación, debe concluirse que incurrió en peculado (Decreto 1858, artículo 3º).

"Es preciso anotar la finalidad noble de dicha actitud y conducta, pues se buscaba solucionar el grave problema familiar de empleada de

su dependencia, que se presentaba angustioso y sin otra forma de atenderlo por aquélla, por lo cual no se perseguía ni se obtuvo provecho personal en forma alguna: sin embargo, esto no hace desaparecer el carácter ilícito del hecho, dada la irregular disposición de fondos en la forma indicada.

"Desde otro punto de vista, para obtener los pagos se hizo necesario que se certificaran servicios, en forma contraria a la verdad, pues como se desprende del anterior análisis, éstos no se prestaron; se incurrió, por tanto, en falsedad, al certificar en las nóminas dicho hecho inexistente (artículo 231 C. P.).

"Como se expresó anteriormente, los funcionarios que dieron tales certificaciones, se fundaron en las autorizaciones y órdenes superiores; como éstas, según se concluye, provinieron del señor Contralor, quien conocía la situación existente y solo en virtud de las mismas se hizo posible esta irregular situación, debe responder también por falsedad, en cuanto determinó a cometer esta infracción a las personas citadas (artículo 19, Código Penal); y por otra parte, las nóminas en las cuales obran las certificaciones inexactas son documentos públicos.

"Así, debe solicitarse enjuiciamiento por tales infracciones, ya que se reúnen los requisitos previstos por la ley (artículo 481, Código de Procedimiento Penal).

"Por otra parte, debe tenerse en cuenta que opera en este caso el concurso material de delitos (artículo 33, Código Penal)".

La defensa.

El apoderado del doctor Escallón Ordóñez plantea extensamente diversidad de argumentos para sostener la inocencia total del mismo. Después de relatar las circunstancias angustiosamente penosas en que se hallaba la señora de Villalba, y el ánimo generoso del señor Contralor, afirma que obrando dentro de la competencia que le otorga la ley, le confirió comisión para trabajar en la Auditoría Externa ante la ONU, comisión que "se ajusta —dice— a lo previsto en la Resolución reglamentaria número 2263 del 6 de septiembre de 1963, de la Contraloría General de la República...". Sostiene que el doctor Escallón procedió con estricta sujeción a las normas legales, y dice que "ahora bien, 'quien puede lo más, puede lo menos', lo indica un conocido axioma con el cual no es aventurado el argumento de que si el señor Contralor General de la República tiene atribuciones para designar la planta de personal permanente de la Auditoría ante la ONU, puede designar una secretaria para reforzar labores de mecanografía, mediante una comisión especial, transitoria sin afectar esa planta permanente".

En otro lugar de su alegato afirma:

"El Contralor General de la República, en ejercicio de las funciones administrativas previstas en el artículo 59 de la Carta y de las leyes que de ella provienen, al proferir una resolución u oficio de comisión de su dependencia, realiza un acto administrativo propio de gobernante y no de funcionario de manejo y cumplimiento. Mediante tal acto crea una situación jurídica subjetiva, en beneficio o a cargo de una persona. Las funciones administrativas del Contralor, como las de cualquier otro gobernante en un acto similar, precluyen con la publicación y comunicación de su acto (decreto, resolución, orden u oficio); y de ahí en adelante, o sea, en lo que atañe a la ejecución de tales determinaciones gubernamentales, se generan otras obligaciones y responsabilidades que corren a cargo de personas o funcionarios que integran el cuerpo y orden de la Administración Pública, quienes de paso realizan también operaciones o actos administrativos completamente diferentes e independientes del acto proferido por el Contralor General. Tal es el hecho administrativo en virtud del cual se efectúa el pago de salarios o sueldo a un empleado de la administración. En la realización de esos actos nada tienen que ver las funciones del Contralor General de la República. Su actividad administrativa termina al dictar la correspondiente resolución o acto que genera la situación jurídica subjetiva, y en cuanto a la erogación del pago del empleado o funcionario que ha laborado son cuestiones que incumben a otros funcionarios distintos al Contralor General, quienes son los llamados a cumplir la legalización del pago".

Invoca luego la Resolución 02261 de marzo 24 de 1972, para concluir no solo que el Contralor no puede ser sujeto activo del delito de peculado, sino también que la comisión a la señora de Villalba se confirió dentro de las facultades normativas de que estaba investido.

Se apoya en la Resolución reglamentaria 651 de 1945, que adiciona las 645 del mismo año, por medio de la cual se dice que "corresponde al Jefe de la Sección Administrativa autorizar el pago de toda clase de cuentas de cobro, nóminas, comprobantes, etc., relativas a los gastos que se llevan a efecto con los fondos del presupuesto al servicio de la Contraloría General...", de donde colige que el Contralor no es empleado de manejo "... y por consiguiente no tiene a su cargo la

función de recaudar, pagar, administrar o guardar los caudales u otros bienes del Estado...".

Luego de transcribir algún aparte del concepto del Ministerio Público, el apoderado dice:

"Que no hubo en el caso de autos *apropiación indebida del Tesoro Nacional,* por parte del señor doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su carácter tantas veces citado, en provecho de su empleada Ligia Wilches de Villalba. Y como nadie, absolutamente nadie, se atrevería a decir, ni siquiera el más malévolo de los enemigos del doctor Escallón Ordóñez que éste se apropió para su propio beneficio de esos dineros que fueron pagados como contraprestación de sus servicios en la Auditoría Externa ante la ONU por la señora de Villalba, la sindicación por peculado contra el mismo doctor Escallón Ordóñez, por sustracción de materia, cae en el vacío".

Y más adelante:

"Indudablemente, honorables Magistrados, es verdad de Perogrullo, el delito de peculado requiere el dolo para las modalidades descritas en el artículo 150 como en el artículo 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951. Por lo mismo, no basta la doble concurrencia de los factores psicológicos de la representación de un resultado, que es punible, y de la voluntad dirigida a obtenerlo, sino que es indispensable tener, por parte del agente de la conducta, una conciencia de su ilicitud, que la haga reprochable, que permita una disonancia de su acto con la norma. Así es el delito en su más pura esencia, 'una disonancia armónica' de un conjunto de requisitos concordantes y estructurales del reato con el derecho y con la sociedad.

"Mas, se me ocurre, honorables Magistrados, que existe una consideración adicional que es también importante en la ciencia penal, en el juzgamiento de los actos humanos. Consiste, precisamente, en la humanización del derecho, que permita el dinamismo de la norma penal, su actualización, su ductibilidad para regular los actos humanos sin la rigidez de un sistema métrico. A la humanización del derecho se dedicaron toda una larga serie de doctrinantes del Derecho Penal, que hizo del derecho una ciencia más justa, más adecuada. No es cierto que el Derecho Penal sea patrimonio de los insensibles para juzgar a quienes han sabido vivir con sensibilidad social, altruista y noble. Es precisamente todo lo contrario.

"¿Qué motivó la comisión de la señora de Villalba, fuera de la necesidad del servicio en la Auditoría de la ONU? ¿Por qué razones se permitió un horario especial y una amplitud para laborar en lugar distinto al marco de un local de oficina?

"Un acto de humanidad, honorables Magistrados, de la más sensible y dignificante humanidad. La misma que permite a los jefes conceder permisos remunerados a su subalternos para que acompañen a sus seres queridos en las horas agudas de enfermedades graves, de sus accidentes fatales, de su agonía o de sus exequias, como de su nacimiento, sin incurrir por ello en ningún delito".

Después de describir las graves quemaduras que sufrió Gonzalo Villalba, afirma que "no hay censura cuando se procede *'conforme a la naturaleza humana'*, dentro de los límites tremendos de la *necesidad*".

Arguye que no existió la falsedad, y que "el hecho, de simple procedimiento, que no se hubiese manufacturado una nómina, separada para la señora Ligia de Villalba, con la constancia al pie expedida y firmada por el funcionario respectivo, de que esta empleada, en virtud de la comisión que le confiriera el Contralor General de la República, no estaba trabajando físicamente en la Auditoría del Incora en Bogotá, puede llegar a constituir una simple informalidad (y obsérvese que el vocero de la sociedad utiliza este vocablo con mucha frecuencia), pero jamás una causal de pleno derecho suficiente para anular —y menos fuera de la jurisdicción del órgano estatal respectivo— el acto administrativo promulgado por mi asistido, o sea el oficio comisorio, con arreglo estricto a la Resolución orgánica 02261 de 1972, atrás invocada".

Finalmente expone:

"Para concluir este capítulo, de la mal llamada falsedad documentaria, conviene dejar bien claro que el señor Contralor General de la República, doctor Escallón Ordóñez, no impartió órdenes sobre la manera como tenía que elaborarse la nómina o nóminas de su comisionada en la Auditoría Externa de la ONU, ya que esta no es función propia e inherente a su alta investidura. El acto administrativo se agotó en el momento mismo de estampar su firma... obró conforme a la ley para poder atender el cumplimiento de sus deberes internacionales como Contralor General de la República, siendo, conviene repetirlo hasta el cansancio, ésta la causa principal de su determinación, estimulada por una poderosa fuerza coadyuvante que estremeció a todas las clases sociales no solo de Colombia sino del mundo entero. Al resolver, honorables Magistrados, sobre este caso que tiene todas las características de la legalidad y jamás, por ende, del delito, el llanto de un niño separado dolorosamen-

te de su madre hoy en un hospital de Boston, de un pequeño compatriota que trata de vivir mediante su lucha cotidiana con la muerte, habrá de llegar a vosotros, como un anticipado mensaje de lo que quizá con el correr de los días ese infante pueda ser y representar para Colombia. Bastaría, honorables Magistrados, que él les contara a los adolescentes y más tarde a los hombres, lo que hizo por él, un varón de humilde extracción que en medio de un duro batallar, ha llegado, por sus propios méritos, sin padrinos protectores del gran mundo, a una de las más altas posiciones democráticas en nuestro país".

Muchos de estos planteamientos fueron ya desvirtuados cuando se estudió el aspecto probatorio del proceso, y a los demás se referirá la Sala en el examen de la cuestión jurídica.

El derecho.

I. Por mandato del artículo 59 de la Constitución Política, "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley". La misma norma dispone que "la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. Es decir, que dado el gigantismo notorio de esa entidad, el Contralor, autónomamente, ejerce importantes funciones de carácter administrativo, dirigidas a la organización del servicio de vigilancia fiscal, a la elaboración de sistemas de trabajo, a la distribución interna del mismo, y, en general, a la adopción y puesta en práctica de sistemas que permitan el mejor rendimiento y la mayor eficacia en la labor que la Carta Política le ha encomendado.

El artículo 1 de la Ley 42 de 1923 creó "como servicio nacional administrativo el Departamento de Contraloría, el cual será independiente de los demás departamentos administrativos. El Gobierno dictará en cada caso los decretos reglamentarios correspondientes". Y según el artículo 1º del Decreto 911 de 1932, "el Departamento de Contraloría estará bajo la dirección y vigilancia del Contralor General de la República, el cual será elegido por la Cámara de Representantes para período de dos años" (hoy 4 años, artículo 59 C. N.). En la vida nacional la Contraloría tiene una extraordinaria importacia, pues, como se vio, le corresponde la vigilancia y el control fiscal de la Administración Pública en su vasta complejidad y extensión, y por lo tanto, constituye un poderoso factor para la moralización de la gestión pública y de las personas que la desarrollan. Por esta circunstancia el Contralor y los demás empleados de la Contraloría, como es obvio, tienen el deber, que se deduce no solo de la ley, sino de la naturaleza misma de su función, de hacer cumplir las leyes que regulan la actividad fiscal del Estado, y de cumplir las que le conciernen rigurosamente, sin preterm isiones ni actitudes arbitrarias. Quienes son titulares, en diversas escalas, del poder de vigilancia fiscal, deben también manejar los dineros del Estado con escrupulosa exactitud.

I.—EL DELITO DE PECULADO

El artículo 3º del Decreto 1858 de 1951 define el peculado por apropiación así:

"El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos a seis años, cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor".

De conformidad con el anterior modelo legal abstracto, los elementos de la infracción son los siguientes:

a) Un sujeto activo calificado. Como bien sabido es, el peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, por cuanto su autor solo puede ser, por definición típica, un empleado o funcionario público, o un empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. Se trata de una calificación jurídica que en el caso sub examine *está plenamente demostrada, pues el sindicado era para la época de la ejecución de los hechos investigados, Contralor General de la República, tal como se dijo anteriormente.*

Se ha sostenido que como la Resolución reglamentaria número 651 de 1945, orginaria de la Contraloría, otorga competencia al Jefe de la Sección Administrativa de la entidad para "autorizar el pago de toda clase de cuentas de cobro, de nóminas, etc.", el sindicado, en su carácter de Contralor no era "funcionario ordenador", razón por la cual no podría legalmente ser autor del delito de peculado. Se afirma también que el imputado no es "empleado de manejo" para reforzar la opinión anterior. Aparte del análisis que sobre el particular se hará más adelante, y aunque el planteamiento no reviste importancia para los efectos de estructurar la infracción, con-

viene transcribir algunas disposiciones legales que desmienten clamorosamente estas argumentaciones. Ya se vio cómo por definición de la ley la Contraloría es un Departamento Administrativo "independiente de los demás (artículo 1º, Ley 42 de 1923) y de especial naturaleza y funcionamiento. El artículo 95 del Decreto 294 de 1973, "por el cual se expide el estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación", dice:

"Los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos y los representantes de los establecimientos públicos nacionales son los únicos que tienen autoridad legal para autorizar giros para el pago de las obligaciones con arreglo a los preceptos de este estatuto y a los reglamentos".

Como es apenas natural, entonces, el jefe o director de una dependencia tiene el poder de decisión y de ordenación de gastos. Y la sola circunstancia de delegar en un subalterno algunas de sus facultades, no le resta en forma alguna su potestad decisoria en todos los órdenes, y por consiguiente no excluye su responsabilidad. De otra parte, el artículo 157 del estatuto mencionado autoriza expresamente esa delegación en los siguientes términos: "La facultad de ordenar los gastos de los Ministerios y Departamentos Administrativos, corresponde al respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, quien podrá delegarla en el Viceministro, el Secretario General o los Directores Generales";

b) Que el sujeto activo, por razón de sus funciones, esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar caudales u otros bienes. Como bien se ve, se trata de un tipo legal que especifica varias circunstancias modales como razón o fundamento de la tenencia de los bienes. Resulta inútil y superfluo tratar de establecer diferencias capitales entre los diversos verbos que adopta el precepto penal, porque todas las actividades que ellos describen encajan perfectamente dentro del infinitivo "administrar", pues por tal se entiende una serie de acciones que consisten, entre otras, precisamente en cuidar, pagar, recaudar, organizar, etc. Dentro de este orden de ideas, el Contralor, por razón de sus funciones, tiene la facultad de administrar los dineros asignados a la Contraloría General de la República en el Presupuesto Nacional para cada vigencia fiscal. Es decir, tiene la disponibilidad mediata o inmediata de los caudales que debe administrar. Es que lo relevante para el Derecho Penal en relación con el delito de peculado no es que el sujeto activo sea "empleado de manejo", u "ordenador", en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir (recaudar) y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o empleado público tenga la disponibilidad material o jurídica, *o la posesión de la misma (tenencia), en sentido jurídico-penal, vale decir, entendida simplemente como "posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro, sea en virtud de una situación de hecho, bien a consecuencia de la función jurídica desarrollada por el agente en el ámbito de la Administración", como lo define Antolisei* (Manuale di Diritto Penale, *Vol.* II, *página 606). Así la posesión deba entenderse* nomine alieno, *es decir, como titular de una función administrativa, se concibe como un* poder autónomo *sobre los bienes, sin sujeción a otra potestad, para disponer de ellos, bien sea materialmente, como ocurre en muchos casos, o por medio de uno o varios actos administrativos creadores de una situación jurídica que concreta la apropiación de los caudales. Hay entonces una* facultad de custodia, *mediata o inmediata, que puede perfectamente desarrollarse a través de actividades reglamentarias. Así escribe también Bernal Pinzón, quien afirma que: "Contrariamente a cuanto se piensa por nuestros Magistrados y Jueces, no es necesario que los 'caudales u otros bienes', que constituyen —como se ha dicho y repetido— el objeto material del peculado, los tenga el funcionario con una tenencia material o directa, sino que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que por virtud de la ley tiene el funcionario público... Así, por ejemplo, un Ministro, un Gobernador, el Presidente de la República, etc., pueden ser sujetos activos de peculado, en relación con los bienes que forman el patrimonio de sus respectivas dependencias o entidades sin que sea necesario exigir que ellos tengan la administración material de las cosas; basta con que puedan disponer legalmente de ellas".* (Delitos contra la Administración Pública, *página 23). Tal ha sido, de otra parte, la doctrina de la Corte, reiteradamente expuesta. En sentencia de agosto 6 de 1975, expresó sobre este particular:*

"Tanto en el peculado como en el abuso de confianza, el sujeto activo tiene la posesión de los bienes, no en el sentido del derecho civil, sino en el de relación inmediata con ellos. La posesión en el peculado consiste no solo en la autónoma capacidad de disposición material de la cosa, sino también en la potestad jurídica sobre la misma, aunque no exista la tenencia material de ella".

No cabe duda, pues, que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, en su calidad de Contralor General de la República, tenía la disponibilidad jurídica de los caudales asignados a la entidad en el Presupuesto Nacional para el cabal cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

La expresión "por razón de sus funciones" que adopta la norma incriminadora, significa que los bienes o caudales deben estar bajo custodia del empleado o funcionario público por razón del cargo, en virtud de una relación legal o reglamentaria, en atención y por causa de la función pública que se le ha encomendado al titular del órgano administrativo, que es precisamente lo que ocurre en el caso que se estudia;

c) Que el empleado o funcionario público se apropie de los bienes o caudales. El verbo rector tiene una importancia capital en la estructura del tipo legal, porque define claramente la conducta o comportamiento del sujeto activo. En el peculado como en el abuso de confianza los bienes se hallan en poder del agente en virtud de una situación jurídica clara y consolidada. Pero mientras en el primero esa "posesión" se tiene por razón de una relación funcional que dimana de la Administración Pública, en el segundo la tenencia se funda en cualquier título no traslativo del dominio que excluye toda vinculación con los órganos de la Administración estatal. Pero en ambos la conducta es la misma, pues consiste en "apropiarse" de los bienes que se hallan bajo su custodia. El acto de apropiación se cumple, en muchos casos, mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente constatable, actividad que se traduce en la interversio possessionis, *y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño. Así, para Antolisei, "apropiarse" de una cosa significa comportarse en relación con ella* uti dominus, *es decir, ejercitar sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su posesión (ob. cit., página 608). En el mismo sentido escribe Giovanni María Flick: "...la hipótesis de la apropiación viene a tipificarse, en la economía del peculado y respecto a la distracción, en términos de personalización del poder conferido al agente, con evidentes características objetivas y subjetivas de univocidad; éstas no requieren una ulterior referencia al provecho y es suficiente para configurar una apropiación la superación en cuanto tal, de los límites del mencionado poder, mediante un comportamiento* uti dominus" (Il Delito di Peculato, *pág. 341).*

El Contralor tenía bajo la esfera de su custodia y vigilancia los caudales pertenecientes al Estado, los cuales debía administrar de conformidad con las leyes y reglamentos específicamente dictados para el efecto. En el momento en que decidió autorizar el viaje de la señora de Villalba a los Estados Unidos para que atendiera a la salud de su hijo, y para que continuara devengando su sueldo como empleada en la Auditoría ante el Incora, sin que realmente prestara sus servicios reglamentarios, modificó el título de esa tenencia, para comportarse frente a los caudales *uti dominus,* desplazando así la voluntad de la administración para sustituirla por la suya.

Es verdad, como lo anota el colaborador Fiscal, que no obtuvo beneficio personal alguno del acto que se le imputa. Pero es igualmente cierto que al utilizar los caudales que estaban bajo su administración uti dominus, *se apropió de parte de ellos en provecho de la señora, pues ésta obtuvo un beneficio económico personal en la cuantía anotada atrás, consistente en haber percibido sueldos y primas del Estado sin haber prestado el servicio correlativo. Soler resuelve en el mismo sentido un caso similar: "La confianza no se refiere, por lo tanto, únicamente a la tenencia material de la cosa, sino a la facultad de disponer de ella, ya que administrar no importa exclusivamente tener bajo custodia física. A consecuencia de esto, la malversación puede asumir la forma de las más variadas disposiciones. Supóngase, por ejemplo, que se haga un nombramiento con el expreso convenio de que el designado no desempeñará función alguna. Es evidente que cada vez que se paga el sueldo a semejante empleado se ejecuta un peculado dependiente del primitivo decreto y convenio, puesto que se hace pagar al fisco un servicio inexistente* ab initio". (Derecho Penal Argentino, *tomo V, pág. 204).*

Significa lo anterior que los argumentos consistentes en que el Contralor actuó en el caso que se estudia por medio de un acto administrativo que no ha sido invalidado, carecen de importancia, y son irrelevantes para demostrar la inexistencia del delito.

d) El objeto jurídico. El peculado es una infracción contra la Administración Pública y en su estructura típica se establece claramente que los caudales u otros bienes que están bajo el cuidado de un empleado o funcionario público, no tienen que ser de propiedad del Estado, pudiendo perfectamente pertenecer a cualquier ciudadano. Aunque en veces se lesiona con el hecho punible el interés fiscal del Estado, el daño desde el punto de vista del tipo consiste en la infidelidad del empleado con la función que se le

encomendó y con los deberes que tiene hacia la Administración y para con la comunidad social. Resulta, pues, completamente inexacta la afirmación de la defensa en el sentido de que si el Contralor no obtuvo provecho personal alguno, la imputación se cae por su base. La norma incriminadora tutela fundamentalmente el interés de la Administración Pública en sus manifestaciones de lealtad, fidelidad, eficacia, prestigio, etc. Antolisei sostiene que "objeto de la incriminación es no solo la tutela del interés estatal a la probidad y corrección de los funcionarios públicos, sino también la defensa de los bienes de la Administración Pública". (Ob. cit., pág. 604). En el mismo sentido expresa Soler que "...la expresión Administración Pública no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud... De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la "Administración", para referirse al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres Poderes. Ese es el bien jurídico protegido". (Ob. cit., pág. 99).

e) Culpabilidad. Entendida como vinculación psicológica entre el agente y su hecho, y como voluntad reprochable en cuanto se exteriorizó en forma contraria a las exigencias legales, la culpabilidad se manifiesta en el peculado como dolo genérico. Basta, pues, con el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, con la conciencia de que el comportamiento está en contraste con las normas penales, para que pueda predicarse la existencia del elemento subjetivo del hecho punible. El agente quiere y realiza un comportamiento que sabe prohibido por el ordenamiento jurídico-penal, sin que sea necesario requisito adicional alguno para que exista la culpabilidad. Los fines ulteriores a la ejecución de la conducta típica que el agente persiga son irrelevantes para el derecho, y no hacen parte, por consiguiente, de la estructura legal de la infracción. Surge claramente de las pruebas aducidas a los autos, que cuando autorizó a la señora Ligia de Villalba para viajar a los Estados Unidos y para pagarle sus sueldos por tiempo indefinido, quebrantando el ordenamiento jurídico en general, y claras normas legales y reglamentarias en particular, actuó con clara conciencia de que su proceder era antijurídico y prohibido por la ley.

III. Falsedad documental.

Ninguna duda existe para sostener que las nóminas cuestionadas que se relacionaron en otra parte de esta providencia, son documentos públicos al tenor de lo dispuesto en el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, pues tal como lo sostiene Romero Soto "funcionarios públicos son todos los ciudadanos que desempeñan funciones ejecutivas, administrativas, legislativas y judiciales dentro del Estado. Todo acto escrito ejecutado por un funcionario público, de cualquiera de esos órdenes, es un documento público" (La Falsedad Documental, página 63). De la simple observación de esas nóminas se deduce con claridad que están destinadas, dentro de la organización legal y reglamentaria de la Contraloría, a probar que los empleados que en ella figuran prestaron quincenalmente sus servicios en los cargos y funciones que les fueron asignados, con el fin de que se les pudiera pagar sus sueldos y primas, y con proyecciones futuras, como medio probatorio, para efectos prestacionales.

Ciertamente, en ninguno de tales documentos se produjo una *immutatio veritatis* en sentido material, pero en el proceso de su elaboración, los funcionarios públicos encargados de ello faltaron a la verdad en la narración de los hechos, pues cuando, como lo hicieron con otros empleados, han debido eliminar de esos documentos a la señora porque nunca estuvo trabajando en la Auditoría ante el Incora durante su permanencia en Estados Unidos, la incorporaron en ellos; igualmente, quienes debían ejercer los controles sobre la veracidad del contenido de las nóminas, certificaron, en forma contraria a la verdad, que la señora efectivamente había prestado sus servicios en los términos y en la forma allí descrita.

No corresponde a la Sala en esta oportunidad el análisis jurídico acerca de quiénes fueron los autores de la falsedad ideológica anotada, ni la determinación de su responsabilidad penal. Lo que importa es el conocimiento de que tales documentos fueron falsificados ideológicamente, y que la alteración de la verdad realizada con conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, era apta para lesionar intereses patrimoniales del Estado, aparte del quebrantamiento de la fe pública inherente a ese tipo de infracciones.

Resulta evidente que en su carácter de Contralor General de la República, no fue el autor de la falsedad antes descrita, en cuanto no realizó la figura típica descrita en la ley. Tampoco es coautor porque no concurrió con otros a la ejecución del modelo legal. Pero en cuanto era el director de la Contraloría, y en tal virtud, por mandato de la Constitución y de la ley era el responsable de su organización administrativa, tenía obligación de velar por el correcto funcionamiento de la entidad. Es apenas obvio concluir que conocía las normas que disciplinan el fun-

cionamiento interno de la institución y las que rigen el orden administrativo del Estado. De otro lado, tal como ya se demostró, el sindicado, en reunión celebrada con sus inmediatos colaboradores a mediados del mes de febrero de 1973, resolvió ayudar a la señora en el sentido de autorizar su viaje a los Estados Unidos para que allí permaneciera indefinidamente dedicada a velar por la salud de su hijo, y para que continuara figurando en las nóminas del personal que prestaba sus servicios en la Auditoría ante el Incora en Bogotá, y por consiguiente, devengando sueldos y primas a los cuales no tenía derecho. En esta forma se decidió falsificar ideológicamente esos documentos (las nóminas), tal como se deduce con toda claridad de las afirmaciones del Contralor en su declaración indagatoria; y por tratarse del personal directivo de la Contraloría, y concretamente del Contralor, que constitucional y legalmente tiene el poder de dirección de la entidad y el de nombrar y remover libremente sus empleados, se determinó a algunos de estos a cometer la infracción que tipifica el artículo 231 del Código Penal, ordinal 4º. En tal virtud, la responsabilidad se deduce de las normas legales mencionadas, y de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 del estatuto penal.

IV. Concurso de delitos y cronicidad.

No solo el peculado sino también la falsedad fueron realizados en diversos episodios que se prolongaron durante más de veinte meses, cada uno de los cuales autónomamente se adecuaba normalmente al tipo legal, en cuanto por sí mismo constituía un hecho típico, antijurídico y culpable. Sin embargo, en este como en pocos casos, aparece bien nítida la "unidad de designio" que los vincula, proyectada hacia el mantenimiento de la situación antijurídica en que se permitió estar a doña Ligia Wilches de Villalba. Tanto el peculado como la falsedad se cometieron, pues, continuadamente, en la forma descrita por el artículo 32 del Código Penal.

Igualmente debe tomarse en cuenta para los efectos legales, que las conductas atribuibles y que estructuran el delito de peculado son diversas de las que configuran la falsedad, y se ejecutaron separadamente, por lo que son aplicables las normas penales que disciplinan el concurso real de delitos (artículo 33, C. Penal).

V. Conclusión.

De todo lo expuesto hasta aquí se concluye que en el proceso existen los presupuestos que para dictar auto de enjuiciamiento contra el sindicado exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, por los siguientes cargos:

a) Peculado en la modalidad descrita por el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, consistente en haberse apropiado de la suma de ochenta y un mil trescientos veintisiete pesos con cincuenta centavos ($ 81.327.50), pertenecientes al Tesoro Nacional, que por razón de sus funciones como Contralor General de la República estaba encargado de administrar, en provecho de la señora Ligia Wilches de Villalba, hechos que sucedieron entre el 22 de febrero de 1973 y el 15 de noviembre de 1974 en la ciudad de Bogotá, en forma continuada o crónica, a través de conductas reiteradas cada quince días, durante el tiempo indicado;

b) Falsedad en documentos públicos, descrita en el artículo 231, ordinal 4º, del Código Penal, consistente en haber determinado a otros empleados de la Contraloría General de la República (artículo 19, inciso 2º, C. Penal), a faltar a la verdad en la narración de los hechos en las nóminas correspondientes a los empleados de esa entidad en la Auditoría ante el Incora, documentos visibles en fotocopias del folio 1 al 47 del cuaderno número 3, al incluir en ellas y certificar su trabajo reiteradamente y cada quince días (artículo 32, C. Penal), como si estuviera prestando sus servicios, a la señora Ligia Wilches de Villalba, a sabiendas de que se hallaba dedicada a otros menesteres en la ciudad de Boston, Estados Unidos. Estos hechos ocurrieron entre el 23 de febrero de 1973 y el 15 de noviembre de 1974 en la ciudad de Bogotá.

VI. Detención provisional.

Como se dan los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal para proferir medidas precautorias personales, se ordenará la detención provisional del sindicado.

Filiación.

El doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez es natural de Iscuandé, Departamento de Nariño, hijo de Benigno y Dolores, de estado civil casado, residente en esta ciudad en la carrera 37 número 57-44, de profesión abogado y economista, y actualmente Contralor General de la República.

Decisión.

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

Resuelve:

1º Llámase a responder en juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, de las condiciones civiles anotadas, actual Contralor General de la República, por el delito de peculado que sanciona el Código Penal Colombiano en su Libro Segundo, Título III, Capítulo 1, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

2º Llámase a responder en juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, de las condiciones civiles anotadas, actual Contralor General de la República, por el delito de falsedad en documentos públicos, que describe y sanciona el Código Penal Colombiano en su Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

El juicio se tramitará por el procedimiento señalado en el Libro Tercero, Título II del Código de Procedimiento Penal.

3º Decrétase la detención provisional del mencionado Escallón Ordóñez, sin que por el momento tenga derecho a excarcelación.

4º Solicítese a la honorable Cámara de Representantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 449 del estatuto procesal, la suspensión del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez del cargo de Contralor General de la República que actualmente desempeña, para efectos de hacer efectiva su detención provisional. Mientras se cumple la suspensión, adóptense las medidas prescritas en la norma citada.

Al enjuiciado se le harán las prevenciones de ley en relación con el derecho de defensa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CONSONANCIA ENTRE LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER Y LA SENTENCIA

La falta de consonancia entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia, no puede referirse a las circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad relacionadas con el delito o los delitos por que se llama a juicio, porque de manera expresa manda el último inciso del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal que la parte resolutiva, esto es, la que marca el ámbito del juicio y enmarca el de la sentencia, no se ocupe de las circunstancias que especifiquen el cargo o cargos sino que se citan los delitos sin determinar dentro del género del mismo las circunstancias a que pertenecen.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre nueve (9) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 44 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotado el trámite pertinente, pasa la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 29 de agosto de 1974, por la cual se le impuso al recurrente, Fabio Montoya Escobar, la pena principal de nueve años de presidio, como responsable de falsedad y estafa.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal acoge la relación que de lo ocurrido trae el juzgador de primera instancia, a saber:

"El veintiocho de febrero del presente año (1972) como a las tres de la tarde, se presentó a las oficinas del Banco de Bogotá de esta ciudad (Villavicencio), un sujeto que dijo llamarse Oscar Restrepo Mejía, y mediante una carta falsificada dirigida al Banco de Bogotá —Principal de Villavicencio—, se hizo entregar una chequera de la cuenta corriente número 0927, que corresponde a Carlos Bona Oropesa. El mencionado sujeto, quien no es otro que Fabio Montoya Escobar, procedió a decirle a María Hilda Zárate de Jiménez que llenara dos cheques, por la suma de diez y seis mil quinientos y trece mil quinientos pesos, respectivamente, cuestión que hizo la mencionada María Hilda Zárate, sobre dos cheques que le pasó en blanco Fabio Montoya Escobar, de la chequera que pocos minutos antes acababa de retirar, mediante carta falsificada del Banco de Bogotá. Con su puño y letra María Hilda Zárate de Jiménez llenó los cheques números 352981 y 352982, instrumentos que una vez elaborados..." por dicha mujer... "fueron firmados por Fabio Montoya Escobar, contrahaciendo la firma de Carlos S. Bona O. Minutos después, acompañado de María Hilda Zárate de Jiménez, los presentó al Banco para su cobro, estampando al dorso la firma de Oscar Restrepo Mejía, a quien habían sido girados y de quien Fabio Montoya Escobar portaba una cédula, también falsificada, con el número 2426767 de Bogotá. Pocas horas después, el señor Evelio Rojas Vera formuló denuncia penal contra Oscar Restrepo Mejía, que no es otro que Fabio Montoya Escobar y su acompañante. El veintiocho de febrero del corriente año (1972), es decir, tres días después de cometido el primer ilícito y demostrando en esa forma la capacidad de delin-

quir que tienen estos sujetos, se presentó al Banco de Bogotá el ciudadano que después fue identificado como Antonio Cenón Murillo Panesso y presentó por ventanilla, para su cobro, el cheque número 352983, es decir, el siguiente a la numeración de la chequera adquirida en forma fraudulenta, girado por ocho mil pesos al mismo Oscar Restrepo Mejía, y endosado por éste. El sujeto fue capturado por agentes del 'DAS', cuando ya había realizado todos los actos tendientes a lograr el pago de este último efecto negociable falsificado y pocos minutos después la policía capturó en el parque principal de Villavicencio a Fabio Montoya Escobar, a quien le encontraron algunos documentos falsificados, a María Hilda Zárate y a Isabel Montaña de Montoya''.

Calificado el sumario con llamamiento a juicio de Montoya Escobar, Murillo y la Zárate de Jiménez, por falsedad y estafa, en fallo de segunda instancia les fueron impuestas las penas principales, privativas de la libertad, de nueve años de presidio, un año de prisión y cuarenta y dos meses de presidio, respectivamente.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Propone el demandante, en representación del recurrente Fabio Montoya Escobar, las siguientes causales de casación:

a) *Cuarta.* ''Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad''.

Aduce el actor dos cargos, así: Que su mandante careció de defensa, y que se tomaron en cuenta, para agravar la sanción, circunstancias agravantes no señaladas en el auto de proceder.

b) *Segunda.* ''No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder...''.

Propone el demandante dos cargos, a saber: Que la sentencia tomó en consideración el artículo 33 del C. Penal, sin que a ese precepto se hubiera referido la providencia de vocación a juicio, y que, así mismo, en el fallo condenatorio se hicieron pertinentes circunstancias de mayor peligrosidad y la específica del artículo 410 del C. Penal, tampoco señaladas en el auto de proceder.

c) *Primera.* Ser ''la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea''.

Dice el personero de Montoya Escobar que el juzgador de segunda instancia incurre en el fallo en yerro manifiesto en la apreciación de las pruebas en que se apoya la condenación de su mandante, particularmente en cuanto a la confesión de la Zárate de Jimenez (primer cargo); con respecto al testimonio de Carlos Bona (segundo cargo) y en relación con el alcance indicador de la obtención de la chequera citada y del cobro de dos cheques por Montoya Escobar, como elaborador de tales documentos falsos.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de todos y cada uno de los cargos presentados a través de las causales de casación mencionadas, pide que se deseche el recurso de casación, por no hallar que prospere ninguno de los motivos de impugnación aducidos.

Considera la Corte.

En el mismo orden que trae la demanda entra la Corte a examinar los cargos que el actor le hace a la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, en cuanto a la decisión condenatoria del procesado, Fabio Montoya Escobar, por falsedad y estafa.

Causal cuarta.

No se ha pronunciado el fallo recurrido en un juicio viciado de nulidad y, por tanto, no prospera este motivo de casación.

En efecto, los dos cargos presentados no tienen demostración, pues el recurrente no careció del derecho de defensa que confiere la Constitución Nacional, si se tiene en cuenta:

1º Contó el procesado Montoya Escobar con la asistencia jurídica que le brindó un profesional de la abogacía, tanto en la primera como en la segunda instancia. De consiguiente, no le fue conculcada esta garantía que otorga la Carta.

2º Al nombrado Montoya Escobar se le llamó a juicio por falsedad y estafa, con estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 483 del C. de Procedimiento Penal. El ámbito de los cargos hechos al recurrente quedó claramente determinado, sin que ofrezca ambigüedad alguna. Y si de dos delitos fue acusado al ser llamado a juicio, resulta manifiesto que de un concurso de ilícitos penales se trataba, para el cual resultaban pertinentes los preceptos de la ley penal que se ocupan de su sanción, en el supuesto de una sentencia condenatoria, lo cual no podía ignorar el defensor del enjuiciado, como profesional de la abogacía.

El que no se mencionen en la parte motiva del auto de proceder las circunstancias que especifiquen el cargo, no lleva confusión a la defensa, pues precisamente ha querido la ley que la acusación que se hace al sindicado en la parte reso

lutiva del auto de vocación a juicio no lleve a precisar la especie del delito que se le atribuye. Si se determina su especie, ha dicho la Corte, la defensa quedaría circunscrita, delimitada previamente y sin ámbito.

De otra parte, en el presente caso, en la parte motiva se determinó la cuantía del delito de estafa y a la cuantía superior a diez mil pesos se refiere el artículo 410 del C. Penal para agravar la sanción. Por tanto, la posibilidad de aplicar este precepto, en el supuesto de una sentencia condenatoria, no podía ser ignorada por el defensor del recurrente, al conocer el auto de proceder.

Y, por último, no corresponde a la naturaleza del auto de proceder el ocuparse de las circunstancias genéricas de mayor y de menor peligrosidad, pues éstas no son especificadoras del hecho que se imputa al procesado y solamente a éstas se refiere el numeral 3º del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal, al indicar los requisitos formales del auto de proceder.

Ninguna infracción al derecho de defensa se cometió, pues, en razón de que en el auto de proceder proferido en este negocio no se citaron los artículos 33, 410 y 37 (numerales 5º y 9º), del C. Penal, que se ocupan del concurso material de delitos, de la agravación del delito de estafa por razón de la cuantía y de circunstancias genéricas de mayor peligrosidad.

Como se dijo, no prospera la causal cuarta de casación, por no tener comprobación los cargos que aduce el demandante.

Causal segunda.

No se tiene discordancia alguna entre el cargo propuesto al recurrente en el auto de proceder y la sentencia impugnada. En efecto, el supuesto desacuerdo entre las dos providencias citadas lo hace consistir el actor en que en la parte motiva del auto de vocación a juicio no se citaron, de manera expresa, los artículos 33 y 410 del C. Penal, como tampoco los numerales 5º y 9º del artículo 37 de la misma obra.

Se trata de la misma cuestión propuesta por el actor a través del motivo cuarto de casación y lo ya expresado por la Corte al rechazar los cargos aducidos con ese particular resulta pertinente para concluir en la falta de comprobación de los que aquí propone el demandante.

Además, la falta de consonancia entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia no puede referirse a las circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad, relacionadas con el delito o los delitos por que se llama a juicio, y que se manda que se citen en la parte motiva de aquel auto, porque de manera expresa manda el último inciso del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal que la parte resolutiva del enjuiciamiento, esto es, la que marca el ámbito del juicio y enmarca el de la sentencia condenatoria —de proferirse ésta— no se ocupe de las circunstancias que especifiquen el cargo o los cargos, sino que se citen los delitos o el delito, sin determinar dentro del género del mismo la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable. Y mucho menos puede suponerse tal discordancia entre el auto de proceder y la sentencia con fundamento en que en aquél —como cabe no hacerlo— no se examinan las circunstancias genéricas de menor y de mayor peligrosidad, pues de ellas solamente se ocupa el juzgador al proferir setencia condenatoria, para los efectos de la individualización de la pena (artículos 36, 39 y 40 del C. Penal).

En fallo reciente, de 22 de mayo del corriente año, la Corte estima que aun respecto de circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal, atenuantes o agravantes, puede pronunciarse el juzgador en las instancias en el correspondiente fallo condenatorio, aun cuando no se hayan citado en el auto de proceder, si alguna o algunas de ellas resultan comprobadas.

De la referida providencia —casación de Nohora Díaz v. de Duarte, por homicidio— corresponde transcribir lo siguiente, que tiene relación con la causal de casación que se examina:

"De otra parte, es evidente que esta tesis en nada afecta los intereses legítimos del procesado, ya que si es verdad que característica sustancial del principio de inmutabilidad de la imputación que rige nuestro procedimiento es el de que no se puede cambiar o modificar el thema decidendum, *este requisito se cumple a cabalidad cuando se advierte que por motivo alguno se puede ir en la veredicción más allá de la genérica calificación del hecho debatido. Ciertamente, el auto de proceder es la concreta formulación del cargo que el Estado hace al imputado, y la notificación de que dentro de esa imputación debe girar la actividad defensiva del mismo. Pero resulta imposible separar el hecho de las circunstancias que lo rodean y que normalmente no aparecen* ex-novo *en la causa, sino que por lo menos se insinúan en el conjunto de pruebas recogidas en el sumario. Por lo demás, en la audiencia, que debería ser un debate* inter partes, *habrá amplias oportunidades para que la controversia se desarrolle no solo en torno a la existencia del hecho o a la responsabilidad del procesado, sino también a todas las circunstancias y modalidades de la imputación".*

Además, como se dejó expresado atrás, en la providencia por la cual el recurrente fue llamado a juicio, se anota en la parte motiva que el delito de estafa fue cometido en cuantía superior a diez mil pesos y de que concurre con el de falsedad en documentos. Obviamente, se indicaron los hechos que fundamentan la agravante prevista en el artículo 410 del C. Penal y los que regulan la dosimetría de la pena en el concurso de delitos.

No prospera, según lo dicho, la causal segunda de casación.

Causal primera.

Sin precisar el actor si se trata de violación directa o indirecta de la ley penal, entra a señalar que no se tiene la plena prueba del delito de falsedad documental y resulta impertinente, para agravar la pena, el artículo 408 del C. Penal.

Con toda razón observa el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que "la violación directa supone aceptar los hechos que el fallador ha tenido como probados y la violación indirecta implica su desconocimiento, es decir, que parten de conceptos contrarios y que, por tanto, se excluyen...", por lo cual... "los cargos referidos deben ser rechazados, si se entiende que se formulan unos y otros independientemente, sin relacionarlos o presentar los segundos como consecuencia de los primeros, por representar conceptos excluyentes".

Es manifiesta en el actor la ausencia de técnica en el planteamiento de este motivo de casación, pues es sabido y lo ha dicho la Corte en numerosas ocasiones, que si se impugna la sentencia por violación directa de la ley penal, el actor no puede menos que aceptar los hechos en los que el fallo se fundamenta. Y si de infracción indirecta de la ley sustantiva penal se trata, a más de comprobar el demandante que se incurrió en manifiesto yerro en la apreciación de las pruebas, debe demostrar la relación de causalidad entre ese yerro y la decisión tomada en el fallo.

No prospera, por tanto, la causal primera de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

FALTA DE NOTIFICACION DE AUTOS EN EL PROCESO PENAL

La falta de notificación al defensor, del auto que ordenó la encarcelación preventiva del sindicado y del que señaló fecha para iniciar la audiencia pública, como también el que dispuso la fecha para la continuación de la misma, no constituye nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre nueve (9) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 44 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 22 de abril de 1974, por la cual le impuso a Luis Miguel Chala Acosta la pena principal de quince años de presidio, como responsable de homicidio.

Conoció en primera instancia el Juzgado Quince Superior de esta misma ciudad.

Hechos y trámite del negocio.

En la sentencia impugnada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Los esposos Luis Miguel Chala y Teresa García de Chala tenían un expendio de licores en la carrera 6ª número 6-95 de esta ciudad, el cual administraba la segunda. Más o menos a las seis y media de la tarde del día 22 de julio de 1971, se hallaban en dicho establecimiento la señora de Chala y las empleadas Olga María Avilés y María Inés Ramírez cuando llegó el procesado Luis Miguel Chala, quien luego de decir 'buenas noches mijita' disparó contra su cónyuge varios proyectiles de revólver, causándole graves heridas que determinaron su muerte pocas horas después en el hospital de La Hortúa".

Clausurada la investigación y llamado a juicio el procesado Chala Acosta por homicidio cometido en la persona de su esposa Teresa García de Chala, el jurado afirmó la responsabilidad de aquél, veredicto que acogido en las instancias dio lugar a la decisión condenatoria que motiva el recurso de casación.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Invoca el demandante la causal cuarta de casación y a través de ella propone los siguientes cargos:

1º Que se dejaron de practicar pruebas que el actor estima como conducentes a la defensa del procesado.

2º Que se tienen deficiencias en la notificación de la providencia que ordenó la encarcelación preventiva del sindicado y los relacionados con las fechas en que se celebró la audiencia pública.

3º Que se omitió señalar en la parte motiva del auto de proceder la circunstancia atenuante del artículo 28 del C. Penal, encontrándose probada.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen de las impugnaciones hechas a la sentencia recurrida, pide que se deseche la acusación, por no prosperar la causal cuarta de casación propuesta por el demandante.

A las razones del actor y del Ministerio Público habrá de referirse la Corte en seguida.

Considera la Corte.

No es el caso de invalidar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá objeto del recurso de casación, por cuanto los cargos que presenta el demandante no resultan comprobados, como pasa a demostrarse.

Primer cargo. Falta de práctica de algunas pruebas.

Dice el demandante que muy posiblemente el jurado denegó la pertinencia de la modificante de la responsabilidad de Chala Acosta en el homicidio cometido en la persona de su esposa, de que se ocupa el artículo 382 del C. Penal, por la falta de práctica de la diligencia de reconstrucción de los hechos y de la recepción de algunas declaraciones (algunas de los hijos del acusado),

así como de la ampliación de la indagatoria de aquél, para precisar mejor los móviles de su conducta.

Particularmente anota que se dejó de aplicar el artículo 337 del C. de Procedimiento Penal, el cual indica que el juez, "para comprobar si el hecho que se investiga ocurrió o pudo ocurrir de determinada manera... ordenará su reconstrucción, cuando disponga de los elementos de prueba necesarios".

Y estima que esta anomalía en el desarrollo de la investigación afectó el derecho de defensa que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, originándose así, una nulidad del proceso.

En su respuesta, el Ministerio Público observa lo que pasa a transcribirse:

"El señor Juez Quince Superior de Bogotá, en providencia calendada en junio 26 de 1972, 'por llenar los requisitos exigidos por el artículo 501 del C. de P. P.', ordenó la práctica de las pruebas solicitadas tanto por el señor Agente del Ministerio Público, como por el señor defensor del procesado, con alguna salvedad, por cuanto no se indicó en forma clara y precisa lo que se quería acreditar con ella. Se libraron los respectivos oficios al F-2 y al DAS para que hicieran comparecer a Luis Eduardo Mérida y José Bermúdez, declarantes solicitados por las partes. De igual manera se envió citación a través de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones a los hijos del procesado, a José Chala Bonilla, a Olga María Avilés, María Inés Ramírez y Luis Evelio García González para que comparecieran al despacho a fin de oírlos en declaración juramentada, acorde con el objeto perseguido por los solicitantes.

"De las pruebas referidas se evacuó gran parte de ellas, quizás las de mayor importancia, a criterio de este Despacho, para clarificar los hechos incriminantes. El resto de los elementos de certeza no fueron recogidos, en primer lugar, debido a que el término probatorio estaba agotado, según constancia o informe secretarial del folio 219 y, en segundo lugar, en atención a la solicitud del señor defensor, quien, pese a haberle solicitado al Juzgado del conocimiento que la prueba faltante se realizara durante la audiencia pública, luego manifiesta que 'estudiando mejor la prueba que falta por recoger, resulta que la única la inspección ocular ya no tiene razón de ser por las modificaciones que se han hecho en el inmueble, sobre el cual debía efectuarse..., no quedando, pues, otras pruebas por practicar de acuerdo con las que ordenó recibir el plenario, desisto de la petición anterior, y me reservo hacer uso del derecho discrecional que usted tiene en el debate' (folio 253), lo que es acogido por el Juzgado Superior.

"Se ve, pues, que el razonamiento con que se sustentó el primer cargo carece de todo fundamento, toda vez que fue el señor defensor quien renunció al derecho de completar la prueba que en un principio pidió y le fue decretada, sin que ello pueda tenerse como inobservancia de las formalidades propias del juicio, pues que éstas las respetó el Juez de la causa con su orden de engrosar el haz probatorio.

"Además, se debe tener en cuenta que la denominada reconstrucción de los hechos, oídas las voces del artículo 337 de la ley procesal penal, 'deberá realizarse en circunstancias de lugar, tiempo y modo semejantes a las en que probablemente ocurrieron los hechos...', condiciones que es el mismo defensor del procesado quien alegó no se satisfacían por haberse hecho reformas al inmueble donde ocurrieron los hechos delictuosos. Además, según el primer inciso del artículo en cita, tal diligencia se ha establecido para comprobar 'si el hecho que se investiga ocurrió o pudo ocurrir de determinada manera...', situación no presentada en el caso *sub júdice*, ya que las dos únicas testigos del uxoricidio por el que se juzgó al procesado, son acordes en la forma como él se realizó, sin que se desprenda de sus deposiciones ninguna imposibilidad lógica o, mejor, física, para que el condenado hubiera podido actuar en la forma descrita por ellas. Estas consideraciones serían suficientes para que no se tuviera como agravio del Juez a los derechos del procesado, aun en el supuesto caso de que no hubiera mediado la petición del defensor para no realizarse la predicha diligencia de reconstrucción de los hechos, no haberla realizado. Sirva lo dicho para solicitar el rechazo del primer cargo".

La Corte acoge el examen que hace el Procurador Primero Delegado en lo Penal para tener como no comprobada la primera tacha que presenta el actor, pues el mismo personero del sindicado solicitó que se prescindiera de la práctica de algunas diligencias, a fin de dar rapidez al juzgamiento, y, en tales condiciones, mal puede estimarse que se haya denegado al recurrente el derecho de defensa, por el motivo que aduce el demandante.

Segundo cargo. Falta de notificación al defensor del auto que ordenó la encarcelación preventiva del sindicado y del que señaló fecha para iniciar la audiencia pública, como también el proveído que dispuso la fecha para continuar la misma diligencia.

Es cierto, como observa el demandante, que las citadas providencias no fueron notificadas al defensor. Pero de ello no se desprende desconocimiento alguno de las garantías constitucionales que le asisten al procesado recurrente. En efecto, el que se deje de noticiar al apoderado sobre la encarcelación precautelativa de su mandante, no constituye desconocimiento alguno del derecho de defensa. Puede constituir una irregularidad, pero sin trascendencia tal que de ella se desprenda la nulidad del proceso; y, de la misma manera, tampoco se tiene ese alcance de nulidad constitucional el que no se notifiquen al defensor los proveídos que fijan la fecha de celebración de la audiencia pública o de su continuación, si oportunamente concurre a la misma y aun presenta peticiones para el desarrollo de tal diligencia, como sucedió en este proceso.

La ausencia de agravio alguno a los intereses del sindicado, en este supuesto, es la razón que igualmente toma en cuenta el legislador para señalar en el ordinal 3º del artículo 210 del C. de P. P. que el motivo de nulidad debido a la falta de notificación, en debida forma, del auto de proceder al procesado y a su defensor, desaparece, "si habiendo comparecido el reo al juicio, no la propone dentro de los quince días siguientes a a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal".

No resulta demostrado este cargo.

Tercer cargo. Que, no obstante contar con prueba suficiente la circunstancia atenuante de que trata el artículo 28 del C. Penal, ella no fue señalada en el auto de proceder.

Esta tacha tampoco resulta comprobada, pues aun en el supuesto de que la circunstancia atenuante a que alude el actor hubiese contado con prueba suficiente para que el juzgador en las instancias la hubiera consignado en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, el no haberla consignado allí no es motivo de nulidad procesal traído en la ley, pues el ordinal 5º del artículo 210 del C. de Procedimiento Penal únicamente menciona como causal de anulación el "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido".

De otra parte, en la misma hipótesis no se tendría nulidad constitucional, por desconocimiento de las garantías que para el acusado consagra la Carta en el artículo 26, puesto que bien puede el jurado, en los juicios en que interviene, tomar como existentes las circunstancias modificadoras de la responsabilidad que en conciencia encuentre acreditadas, así no se hayan señalado en el auto de proceder, las cuales así mismo puede tomar en cuenta para la dosimetría de la pena el juzgador en derecho, cuando acoge el veredicto y se trata de proferir sentencia condenatoria.

Esto, porque lo único que vincula la sentencia con el auto de proceder es la calificación jurídica de los hechos, indicada en la parte resolutiva del auto de vocación a juicio y no las circunstancias que lo especifiquen.

En la audiencia, la defensa planteó al jurado no solamente la circunstancia específica prevista en el artículo 28 del Código Penal (dolo de ímpetu), sino la especial de que trata el artículo 382 de la misma obra, ninguna de las cuales aceptaron los jueces de hecho, pues la respuesta al cuestionario consistió en afirmar que el procesado "sí es responsable".

Y en cuanto a esta tacha traída por el demandante, el Procurador Primero Delegado en lo Penal dice:

"El reclamo que se hace en la demanda por no haberse colocado al procesado bajo el amparo de la atenuante de responsabilidad que describe el artículo 28 del estatuto de los delitos y de las penas, no puede ser avalado de manera alguna por elemento de prueba legalmente producido, desprendiéndose tal estado pasional únicamente de lo expuesto en la indagatoria, lo que por haber sido desvirtuado por otros elementos de prueba, tales como los testimonios de los hijos del procesado y de las dos testigos presenciales del homicidio, principalmente, no se puede aceptar, como a criterio del actor, se ha debido hacer".

No está, según lo dicho, acreditado este último cargo.

La causal cuarta de casación invocada no prospera, como se dijo atrás.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CIRCULACION DE MONEDA FALSA QUE NO TENGA CURSO LEGAL EN COLOMBIA

La moneda falsa como el documento falso no reciben protección del Estado, y cuando se sanciona su uso no se hace por protegerlo sino por tutelar a la sociedad frente al daño o peligro que representan para la fe pública, en especial para el tráfico monetario, cuando se trata de moneda, y el jurídico cuando se trata de documentos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 44 de 9 de octubre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta).

Vistos:

La providencia consultada calificó el mérito de la presente investigación sobreseyendo definitivamente en favor de Manuel Antonio Gómez Rodríguez, por estimar que los hechos de que se le acusa en calidad de Juez Penal Municipal de Turbo no constituyen delito alguno, y dispuso enviar copia de lo pertinente al funcionario competente para que resuelva respecto del posible delito contra la propiedad. En el grado de jurisdicción anotado se procede a decidir.

Antecedentes.

a) En denuncia formulada el diez de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve afirmó Laureano Gómez Betancourt ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo, bajo la gravedad del juramento, que el domingo 7 del mes y año citados, le había comprado noventa dólares en el aeropuerto de esa población, al precio de diez y ocho pesos ($ 18.00) cada uno, a un señor que había visto en otras ocasiones. Agregó que poco después, en la misma fecha, se trasladó a un barco surto en el puerto con el fin de comprar un radio, oportunidad en la cual le dijeron que los dólares adquiridos eran falsificados. Posteriormente se informó de que la persona que se los vendiera, conservando otros billetes similares, era Antonio Gómez Rodríguez, Juez Municipal de la localidad;

b) Con fundamento en tales hechos el referido Juzgado profirió auto cabeza de proceso y adelantó algunas diligencias, pero el Tribunal Superior de Medellín —Sala Penal— declaró la nulidad de lo actuado en providencia de 18 de marzo de 1970, por incompetencia de jurisdicción, pues estimó que los hechos denunciados, dada la calidad del funcionario acusado, podrían generar un delito de responsabilidad, juzgable por aquella corporación;

c) Abierto y adelantado por el Tribunal el respectivo sumario, se calificó su mérito mediante la providencia consultada, respecto de la cual discrepó la Magistrada sustanciadora, doctora Bertha Zapata Casas, quien considera que se encuentran probados los delitos de falsedad documental y estafa, cuyo conocimiento concierne a la Sala de Decisión, en virtud de la conexidad que liga a las dos infracciones.

Resultado probatorio.

De los elementos de juicio legalmente producidos en la investigación se desprenden los siguientes hechos:

1. Manuel Antonio Gómez Rodríguez ejecutó los actos denunciados cuando ejercía el cargo de Juez Penal Municipal de Turbo. Así lo acreditan la constancia expedida por el Secretario del Tribunal (folio 66 vuelto), el acta de posesión (folio 68), y la manifestación del procesado en su indagatoria (folio 56).

2. Para la misma época cursaba en el Juzgado a cargo de Manuel Antonio Gómez Rodríguez un proceso por estafa contra Jenaro Rentería y

Francia Nelly Rivas. Del expediente respectivo formaban parte varios billetes de distintas denominaciones, cuyo conjunto sumaba la cantidad de ciento treinta dólares (US$ 130.00). El Juez Gómez Rodríguez ordenó a uno de sus subalternos del Juzgado que los desprendiera del informativo y se los entregara, so pretexto de guardarlos mejor, evitando así que "se fueran a perder". Testimonios de Tomás Nelson Lopera Zapata (folios 23 y 24); Ruth María Bejarano Gómez (folios 24 y 25), y Eduardo García López (folios 25 a 27), quienes a la sazón trabajaban como empleados en el referido Despacho Judicial.

3. La versión del denunciante Gómez Betancourt sobre la compra de los 90 dólares al Juez Gómez Rodríguez en el aeropuerto de Turbo está corroborada por los testimonios del comerciante Alberto Belmonte Román (folios 29 y 30), y de Lubín Agatón Beltrán, empleado de la Aduana Nacional (folios 32 y 42).

4. La inspección judicial practicada al sumario radicado bajo el número 267 en el Juzgado Penal Municipal de Turbo, por el delito de "estafa", contra Jenaro Rentería y otra, en perjuicio de José Alvarez R., estableció que la serie y numeración de los billetes negociados por el Juez Gómez Rodríguez coinciden exactamente con las especificaciones de los billetes que formaban parte del expediente que acaba de citarse (folios 28 y vuelto).

5. En su declaración de inquirir el ex-Juez Gómez Rodríguez no pudo dar explicación satisfactoria respecto al hecho demostrado de haber sido él la persona que vendió los dólares falsificados a Laureano Gómez Betancourt, billetes que, se repite, se habían incorporado al expediente contra Jenaro Rentería y Francia Nelly Rivas (folio 55).

La providencia consultada.

Reconociendo que los extremos anteriores se hallan plenamente acreditados en el informativo, considera la providencia de primer grado que el hecho de haber ordenado el Juez Gómez Rodríguez al subalterno que retirara del sumario contra Jenaro Rentería y otra los 130 dólares falsos, no configura la falsedad de que habla el artículo 231 del Código Penal en su ordinal 9º, ni ninguna de las otras que en tal norma se especifican. Y en desarrollo de esa tesis, después de recordar que "la destrucción, supresión u ocultación de un documento constituye falsedad cuando está destinado a probar determinado hecho jurídico", agrega:

"En el caso que ocupa a la Sala, como se vio atrás, los 130 dólares falsos, fueron desprendidos del proceso por estafa contra Rentería y otra. Si esos dólares se hubieran desprendido del proceso, sin haberse reconocido por peritos y con el ánimo de tergiversar la verdad procesal, parece evidente que se tipificara la falsedad por destrucción, supresión u ocultación. Pero se ha dicho, así se ha reconocido y está probado en el proceso, que los susodichos dólares fueron reconocidos y se estableció que eran totalmente falsos, ¿luego al desprenderlos el Juez del informativo, su intención sería falsear la verdad? Lógicamente deberá contestarse que no. Esos billetes falsos habían cumplido su cometido en el expediente, o así lo consideró el señor Juez, máxime cuando le ordenó al secretario que los desglosara (mal ordenada y hecha la diligencia), para guardarlos en su escritorio, lo cual, afirma el empleado en sus declaraciones y vio cuando los introdujo en el mueble anotado. ¿Podrá creerse que esa constancia dejada era con el ánimo de llevarse los billetes y falsear la verdad procesal? Debe contestarse que no. Suponiendo que desde que el funcionario ordenó y se llevó a efecto la separación de los dólares, su intención era la de apropiárselos, ¿se perfilaría la falsedad? Tampoco se configuraría. Se los apropió con el ánimo de ponerlos en circulación, sin embargo de saber su falsedad, pues ya se habían reconocido ¿qué delito o delitos pueden perfilarse?

"Cuando en un proceso por circulación de moneda falsa, ésta es decomisada y aparece en el sumario, una vez ha cumplido su cometido en el mismo o se han dictado ciertas providencias, se destinan a su incineración, si se tiene en cuenta lo que ha venido rigiendo desde el Decreto 1115 de 1940 y la circular número 1 de febrero de 1944, emanada de la Procuraduría General de la Nación, en atención a la cual, cuando esas especies no interesan al proceso, previa perforación de los billetes, se verifica un acta para depositarlos en una entidad oficial, después de lo cual, previa acta, se incineran. Como se ve, esos papeles espurios, están destinados a ser destruidos por no tener valor alguno. Si el Juez los utilizó después para venderlos, los puso en circulación, pero es caso distinto al cometido como funcionario. De conformidad con el artículo 231 del C. Penal, el Juez cometió un acto arbitrario al desprender esos dólares y apropiárselos, pero no se tipificó la falsedad por lo que se dijo".

Tampoco, en sentir del Tribunal, se perpetró el delito de peculado. Es cierto —expresa el auto de cuya revisión se trata— que el Juez incriminado realizó un acto arbitrario al apropiarse de los dólares falsos, pero como esa moneda extran-

jera "no tenía consideración de valor, no puede hablarse de peculado".

Ni se estructura, por otra parte, el abuso de autoridad previsto por el artículo 171 del Código Penal, porque el acto arbitrario cometido por el Juez no se produjo en perjuicio de una persona o de una propiedad. Si posteriormente se lesionó el patrimonio del comprador de los dólares, esa lesión patrimonial provino de un acto distinto, "desligado de la calidad de funcionario que tenía Gómez Ramírez".

Finalmente, el hecho de que el funcionario denunciado hubiese puesto en circulación esos billetes no constituye atentado contra la fe pública, por no ser moneda de curso legal en Colombia. Concluye la providencia sometida a consulta sentando la hipótesis de que pudo haberse perpetrado un delito contra la propiedad, que escapa a la competencia del Tribunal.

El salvamento de voto estima, acorde con la opinión del Fiscal, que los hechos comprobados configuran un concurso material de delitos: falsedad documentaria, porque el Juez suprimió parte de un documento público al retirar del tantas veces citado proceso los billetes que se hallaban incorporados a él; y estafa, porque induciendo en error a Gómez Betancourt, mediante artificios o engaños, obtuvo un provecho ilícito con perjuicio de aquél.

Concepto del Procurador.

Luego de referirse *in extenso* a los elementos de convicción obrantes en el informativo, a la tesis sustentada por la providencia a que se contrae la consulta y al criterio de la Magistrada disidente, el Procurador Primero concluye prohijando, en esencia, el pensamiento vertido en el salvamento de voto, pero opina, además, que "estando sindicado el funcionario público por dos o más delitos, de los cuales uno es calificable como propio, oficial o de responsabilidad, y el otro o los otros con calificación de comunes, es decir, que para su ejecución no necesita del sujeto calificado, el competente funcionario solo conoce del primero, quedando el otro u otros bajo la competencia ordinaria". "Por tanto —continúa— el presunto delito de estafa desprendible de la conducta del ex-Juez sindicado debe ser conocido por el ordinario competente, y la honorable Corte de la falsedad en documentos públicos en la modalidad expresada". Y con apoyo en tales conceptos, solicita a la Sala que revoque la providencia consultada y, en su lugar, llame a responder en juicio al sindicado por el delito de falsedad en documentos públicos y ordene lo pertinente para que "se inicie la investigación del delito de estafa por vía diferente".

Se considera.

La Sala estima correcta la decisión del Tribunal, criterio que funda en las razones que expone a continuación, examinando brevemente cada una de las hipótesis formuladas por el a quo y el Ministerio Público.

1. Falsedad en documentos. Tanto el Fiscal Cuarto del Tribunal, como la Magistrada disidente y el Procurador Primero Delegado Penal sostienen que se trata en el caso de autos de la hipótesis contemplada por el numeral noveno del artículo 231 del C. Penal en la forma de supresión de documentos por considerar tales los billetes sustraídos por el sindicado y que, según sostienen dichos funcionarios, hacían parte de un documento público, vale decir, de un expediente, donde tenían el carácter de pruebas.

Si bien no puede negarse que, en esencia, un billete es un documento, ya que tiene las características primordiales de éste, a saber, un texto de valor jurídico y un autor, es preciso advertir que la protección dispensada por la ley a esos elementos se basa no en su carácter documental sino en su naturaleza de moneda.

Por otra parte, si bien la ley protege los billetes de banco legítimos, no ocurre lo mismo con los falsos. La moneda falsa, como el documento falso, no reciben especial protección del Estado y cuando se sanciona su uso, no se hace por protegerlos sino por tutelar a la sociedad frente al daño o peligro que representan para la fe pública, en especial para el tráfico monetario, cuando se trata de monedas, y el jurídico cuando se trata de documentos.

Y no puede decirse que la ley protege un documento o un billete falsos por ser medios de prueba de un ilícito, cuando hacen parte de un proceso.

El valor probatorio que la ley tutela es el que el documento tiene para demostrar o contribuir a demostrar el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica. Y por lo que hace a la moneda, en especial la fiduciaria, la ley protege, a más de su valor económico, los signos de autenticidad que ostenta y que sirven para establecer su procedencia estatal.

El documento, el billete o la moneda falsos no son medio de prueba en sí sino objetos materiales del delito de falsedad y la falta de autenticidad o veracidad deben ser establecidas en los

procesos de falsedad, por medios de prueba de diferente orden.

Es decir, los elementos falsos antes que pruebas son objetos de la prueba en cuanto debe establecerse, por un medio de convicción apto, su carácter de falsos a fin de que demostrados los otros elementos del ilícito, pueda aseverarse que ha existido una falsedad documental o monetaria.

Por consiguiente sustraer un documento o un billete falsos de un expediente que contiene un proceso seguido precisamente para investigar y sancionar la falsedad de esos elementos, no es hacer desaparecer un medio de prueba, sino lo que, en lenguaje común, se denomina cuerpo del delito.

Si la conducta en mención es llevada a cabo por el funcionario encargado de custodiar, guardar o de cualquier modo mantener a disposición suya o de otros esos elementos, constituye ciertamente la violación de un deber funcional, pero nuestro código no contiene una disposición semejante al artículo 351 del italiano y de otros códigos que contemplan específicamente ese comportamiento como una modalidad de los delitos contra la Administración Pública.

Así, pues, el hecho examinado no es punible por sí mismo en nuestro derecho.

2. Peculado. Tampoco lo es a título de peculado, ya que este es un delito de contenido eminentemente patrimonial en que convergen el daño de carácter económico sufrido por el Estado y la violación de los deberes funcionales, si bien puede decirse que este último aspecto priva sobre el primero, lo cual no significa que pueda darse este delito en los casos en que no ocurre daño de la especie mencionada.

Y eso es precisamente lo que sucede en el de autos, ya que la sustracción de billetes falsificados no implica un daño patrimonial para el Estado debido a la carencia de valor económico de esos papeles.

3. Falsedad monetaria. Tampoco puede aseverarse que el hecho sub júdice constituye delito de circulación de moneda falsa, porque si bien es cierto que el sindicado traspasó los billetes falsos, comoquiera que el dólar no tiene curso legal en Colombia, no cometió el ilícito penal de que trata el numeral cuarto del artículo 214 del C. Penal, que se refiere al "que, a sabiendas, ponga de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas" norma que, como las demás contenidas en ese mismo artículo, a excepción del numeral primero, se refieren a la moneda nacional.

Cuando de moneda extranjera que no tenga curso legal en la República se trata, nuestra ley penal solo sanciona el hecho de fabricarla o alterarla, o bien introducirla al país, pero en este último caso se requiere que se conozca su falsedad o alteración.

El hecho de fabricar o alterar moneda extranjera que no tenga curso legal o introducirla a sabiendas de su falsedad subsume el de usarla por parte de quien la ha fabricado, alterado o introducido, pero no el uso que se haga de aquélla por otra persona que no haya concurrido a tales actos, acción que no está contemplada como falsedad monetaria.

En este caso podrá configurarse el delito de estafa o cualquier otro ilícito pero no el de falsificación de moneda.

4. Abuso de autoridad. Finalmente, se aludirá esta hipótesis para desecharla al igual que las anteriores, pues la forma activa que contempla el artículo 171 del C. Penal, único cuyo elemento comportamental semejante al hecho sub júdice, requiere, además de la ejecución de un acto arbitrario o injusto por parte del funcionario público, que tal conducta se dirija contra una persona o una propiedad, lo que no ocurre en el presente caso.

Decisión.

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada, de fecha y origen indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NOTIFICACIONES

El hecho de no dejar constancia, en la respectiva notificación personal, de la lectura de la providencia que se notifica, no ha sido elevada al rango de nulidad legal, ni menos de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, diez de octubre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 44 de octubre 9 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Surtidos los trámites de ley, procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado y su defensor contra la sentencia de veinte de febrero pasado proferida por el Tribunal Superior de Ibagué confirmatoria de la de primer grado, dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad el 29 de octubre del año de mil novecientos setenta y cuatro, que condenó a Jorge Rojas Rozo a la pena principal de quince años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Eleázar Vidal, según hechos que tuvieron ocurrencia en las horas de la tarde del día 11 de junio del año de 1973 en el área urbana de la ciudad de Ibagué.

El recurso se admitió por auto de nueve de mayo del presente, y el veintidós de junio siguiente se declaró ajustada, por el aspecto formal, la demanda presentada por el apoderado del sindicado.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron origen al proceso y a la posterior sentencia que es objeto del recurso de casación se resumen así:

El señor Eleázar Vidal Cárdenas desempeñaba el cargo de maestro de escuela en la vereda de Llanitos a donde concurrían como estudiantes, dos hijos de Jorge Rojas Rozo. Por cuestiones relacionadas con el desempeño de los dos jóvenes estudiantes, Vidal Cárdenas y Rojas Rozo patrocinaron una riña que originó el encarcelamiento del primero.

"Unos tres meses después de aquella reyerta, el lunes 11 de junio de 1973, a las cuatro y media de la tarde, más o menos, cuando el profesor Eleázar Vidal Cárdenas se hallaba frente a una tienda situada en el mismo sector... teatro del anterior incidente, fue sorprendido por Jorge Rojas Rozo, quien por la espalda y a quemarropa le propinó dos disparos con un revólver" que le ocasionaron la muerte momentos más tarde.

La investigación la inició el mismo día la Inspección Permanente de Policía de Ibagué, y posteriormente el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal y culminó en esta primera etapa con el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Tercero Superior el 13 de noviembre de 1973, mediante el cual se dispuso comprometer en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia a Jorge Rojas Rozo por el homicidio en la persona de Eleázar Vidal, con las agravantes previstas en el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal (insidia y alevosía).

El apoderado del procesado interpuso recurso de apelación contra el auto enjuiciatorio y el Tribunal Superior de Ibagué, mediante providencia del 13 de noviembre de 1974 confirmó en todas sus partes el auto objeto del recurso.

Celebrada la audiencia pública, al jurado se le sometió para su consideración un cuestionario (folio 271), conforme a los presupuestos del auto de llamamiento a juicio, el que fue contestado afirmativamente, y por unanimidad. Con fundamento en la respuesta del jurado, el Juzgado Tercero Superior dictó la correspondiente sentencia la que fue de condena, y sometida a consideración del Tribunal Superior por apelación, recibió, como ya quedó anotado, confirmación en todas sus partes.

La demanda de casación.

Al amparo de las causales cuarta y primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, el demandante formula tres cargos; dos con fundamento en la causal cuarta y uno con base en la causal primera, así:

Causal cuarta. Cargo primero. "Haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad. Las normas sustanciales que estimo infringidas son los artículos 26 de la Constitución Nacional, en armonía con los artículos 180 y 210 del Código de Procedimiento Penal".

Luego de transcribir una sentencia de la Corte relacionada con los alcances de las llamadas nulidades supralegales, el censor afirma que, en el caso de autos, se violó "el tercer grupo de garantías", o sea en cuanto a la "observancia plena de las formas del juicio" por cuanto, según su criterio, al cumplirse la notificación de las providencias relacionadas con el auto de llamamiento a juicio (folio 187 vto.), la de confirmación del mismo auto (folio 220 vuelto), la de la sentencia del Juzgado Tercero Superior así como la confirmatoria del Tribunal, se omitió el requisito de la lectura de esas piezas del proceso, tal como lo manda el artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, con lo cual se lesionaron los intereses del procesado, ya que, según lo estima el censor "el cumplimiento estricto de la norma es indispensable para que éste realmente conozca su situación jurídica, para que haga valer sus derechos".

Cargo segundo. "En una *segunda sección* del mismo capítulo —escribe el recurrente— planteó como violados, a más del artículo 26 de la Carta Fundamental, también en lo que hace a la 'observancia de las formas propias de cada juicio' el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 34 de la misma obra y con el 29 del Código Penal ya que, cuando cometió los hechos materia del proceso, Jorge Rojas Rozo padecía grave anomalía psíquica".

Sostiene el recurrente, para fundamentar los cargos formulados a la sentencia, que su patrocinado, en el momento de rendir indagatoria no recordó absolutamente nada de lo sucedido; que el funcionario que cumplía la diligencia, dejó expresa constancia de que el indagado presentaba "varias lesiones en la cabeza y en la frente que interesan el cuero cabelludo..., etc.". Que, en su injurada, expresó el sindicado Rojas Rozo que había estado recluido en varios centros de salud en el Líbano y en Bogotá, "por razón del uso del alcohol y por deficiencias nemotécnicas".

Finalmente, que tanto el Director de la Penitenciaría de Ibagué como el médico del mismo establecimiento, solicitaron que el sindicado Jorge Rojas Rozo fuera examinado por especialistas sin que jamás se hubiera cumplido con dicha petición. Por tanto, "hay nulidad en el proceso, porque el procedimiento a seguir para juzgar a Jorge Rojas Rozo no era el del artículo 519 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, sino el del artículo 34, ordinal 5º de la misma obra".

Causal primera. Cargo único. Sostiene el actor que en este proceso hubo violación directa del artículo 362 del Código Penal, por cuanto en la sentencia se aplicó a Jorge Rojas Rozo una sanción superior a la prevista en la norma citada que apenas si contempla una no superior a catorce años, y en este caso, la pena a imponerse no podía ser de más de ocho años, porque en favor del condenado operan circunstancias atenuantes.

Concepto del Ministerio Público.

En juicioso alegato examina el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, todos y cada uno de los cargos propuestos por el actor, para concluir con la solicitud de que se deseche el recurso. Los planteamientos del Procurador se examinarán caso por caso, al estudiar los cargos formulados contra la sentencia.

La Corte considera.

1.- Uno de los principios fundamentales que inspiran el proceso penal es el de contradicción *a través del cual se garantizan los derechos de quienes intervienen en el proceso, y fundamentalmente los del sindicado. A este principio obedece necesariamente la razón de las notificaciones mediante las cuales se hacen conocer a quienes intervienen en el proceso las providencias judiciales a efecto de que, enteradas de su contenido, puedan debatirlas por las vías que la misma ley prevé.*

La ley determina, así mismo, los diferentes modos como se puede hacer conocer a las partes, y principalmente al sindicado detenido, el contenido de las providencias que se dictan en el proceso.

Sin embargo, y tal como lo anota el Procurador, el hecho de que no se deje constancia en la respectiva notificación personal, de la lectura de la providencia que se notifica, no ha sido elevada al rango de nulidad legal (artículos 210 y 211) ni menos a la de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta. Para que una

irregularidad en los actos del proceso, ha dicho la Corte, importe sanción de nulidad, es indispensable que la ley normativa de la actuación conmine con nulidad la desatención de sus prescripciones, expresando que será nulo o no tendrá valor alguno o será ineficaz el acto que no se ciña a determinadas exigencias, y para el caso de la inobservancia que el recurrente afirma ser nulidad, no existe norma alguna que la conmine con tales efectos.

De otra parte, y tal como lo anota el colaborador Fiscal, la irregularidad, si es que así puede denominarse, consistente en no haber dejado constancia de la lectura de las piezas del proceso que se notificaron en forma personal al sindicado Rojas Rozo, en nada vulneraron sus derechos ya que de los autos se desprende que en el curso del mismo, siempre tuvo una asistencia profesional idónea que cumplió con sus deberes.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

2. En cuanto al segundo cargo, relativo a la "anormalidad psíquica" o a la "locura transitoria" de que habla el apoderado recurrente, la Sala se sorprende, tal como lo expresa el Procurador, al verificar que en este punto concreto, el demandante pretenda sustentar la censura a la sentencia, fundándose en citas inexactas y en hechos que no tienen ninguna comprobación en el proceso.

De los documentos visibles a folios 91, 92 y 93 del cuaderno principal no se desprende, en forma alguna, como lo insinúa el recurrente, la necesidad de practicar un examen psiquiátrico al procesado para detectar a través de él, la "anormalidad psíquica" o la "locura transitoria" que conduciría a la invalidación del proceso. Esos documentos indican, por el contrario, que no existió ninguna anomalía psíquica, sino que simplemente, por recomendación del médico de sanidad carcelaria, se hacía necesario practicar al recluso Jorge Rojas Rozo un examen *"de órganos de los sentidos"*, sin que por tanto, existiera duda alguna sobre su normalidad psíquica que por lo demás, no fue puesta en duda por la defensa en ninguna de las etapas del proceso.

Muy propias las conclusiones del Procurador en este punto, cuando afirma que "los hechos en que pretende apoyarse este motivo de impugnación se apartan de la verdad procesal y de otro lado, equivocadamente se da por sentado que Rojas Rozo padecía grave anomalía psíquica al momento de causar la muerte del profesor Vidal Cárdenas".

Por consiguiente, el cargo no prospera.

3. Frente al motivo de impugnación propuesto al amparo de la causal primera de casación, son igualmente valederas las críticas que formula el Procurador cuando expresa que debe rechazarse, por cuanto adolece de fallas que concreta así:

"De un lado por ausencia de la técnica propia de este recurso extraordinario, pues se ignora si la pretendida infracción ocurrió por falta de aplicación, por aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 362 del Código Penal. De otro lado, se trata de una proposición jurídica incompleta por omitirse toda referencia al artículo 363 del estatuto mencionado, disposición en la que se apoya la condena.

Y finalmente, porque el demandante acusa la sentencia de primera instancia y no la de segundo grado que, por lo demás, claramente se refirió al homicidio agravado, según puede comprobarse a folios 354 y 355 del cuaderno principal".

En consecuencia, el cargo no prospera.

En virtud de las consideraciones que se dejan expresadas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Delegada en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordena devolver el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ERROR EN LA DENOMINACION GENERICA DEL DELITO

El error en la denominación genérica del delito se refiere a una falla en el "nomen juris" que el juzgador da a los hechos y tiene lugar cuando los califica con el nombre que corresponda a otro género delictuoso, vr. gr. cuando llama hurto a lo que es robo o lesiones personales a un homicidio frustrado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 45.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 17 de enero del año en curso, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la dictada por el Juzgado Once Superior en que se condenó a Angélica Ante Gambino a la pena principal de quince años de presidio, al pago de los perjuicios y a las sanciones accesorias correspondientes como responsable por el delito de homicidio cometido en una menor de dos días de nacida, hija suya, hecho que tuvo ocurrencia en una casa distinguida con el número 26-33 de la calle 47 Sur de esta ciudad el día 7 de marzo de 1972, interpuso el defensor de la procesada recurso de casación que le fue concedido y que, admitido por esta Sala, se tramitó debidamente hasta que, agotado el rito legal, se encuentra el proceso en estado de decidir, a lo cual se procede por medio de la presente providencia.

Hechos y actuación procesal.

Aquellos fueron narrados por la procesada en la siguiente forma:

"...la niña muerta es mi hija... Yo cometí ese error... la niña nació el día martes como a las doce y media de la noche en el baño del restaurante, yo me la llevé para la pieza y la acosté a mi lado, pero la niña no lloraba, al otra día me estuve acostada todo el día, me sentía tan sola que no sabía qué hacer, ya que el papá de la niña, Hermes David, no me acuerdo su apellido, se fue para Armenia y yo lo quiero mucho, desesperada cometí ese error, el día jueves como a las cinco de la mañana, fui hasta la cocina saqué el cuchillo de abrir carne y maté a la niña, lavé el cuchillo y lo dejé allá, quiero que me ayuden estoy aburrida y desesperada...".

Con fundamento en los hechos narrados se abrió la correspondiente investigación que, después de cerrada, se calificó por el Juez Once Superior de Bogotá por medio de auto calendado a 4 de abril de 1973 (folio 54), en el cual se abrió causa criminal, con intervención del jurado, contra Angélica Ante Gambino por el delito de homicidio en su propia hija.

Bases del llamamiento a juicio fueron la confesión de la procesada y la diligencia de necropsia en la cual se da cuenta de que la menor, de dos días de nacida, fue muerta mediante decapitación a la altura de la segunda vértebra cervical, causada con arma cortante (folio 44).

En la providencia citada, el a quo desecha una versión distinta a la transcrita y que después de ésta diera la sindicada en el sentido de que la niña estaba muerta y que fue con posterioridad a la muerte de la menor cuando procedió a degollarla.

La parte motiva del auto vocatorio a juicio menciona como circunstancias de agravación del hecho las contenidas en los ordinales 1º y 6º del artículo 363 del Código Penal.

Dicha providencia se ejecutorió y la causa fue adelantada en forma normal hasta culminar en la audiencia pública que se llevó a cabo en los días 27 de agosto y 12 de septiembre del año pasado.

En ella se sometió a la consideración de los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"¿La acusada Angélica Ante Gambino, es responsable, sí o no, de haber dado muerte, con el propósito de matar, a su menor hija que acababa de nacer, mediante herida causada con arma cortante (cuchillo) y aprovechándose de la indefensión o inferioridad de la víctima, según hechos ocurridos el día siete (7) de marzo de 1972, en la carrera 47 número 72-70, comprensión de este Distrito Judicial?".

Los jurados respondieron:

"Por unanimidad se considera que sí hay responsabilidad de la sindicada. Su ignorancia, la falta de pruebas claras en lo tocante a la necropsia y posiblemente su estado anímico alterado, hacen que a conciencia no consideremos el caso como de extrema gravedad y por lo tanto solicitamos se tengan en cuenta estos atenuantes para una posible disminución de la pena.

"*Aclaración.* Como habida (sic) duda de una posible contradicción en el fallo de nosotros los jurados de conciencia, ratificamos por unanimidad que sí es responsable, pero con atenuantes".

Esta aclaración fue hecha por el "juri" a pedido del Juez de la causa ante algunas observaciones que el defensor de la procesada hiciera luego de escuchar la lectura del veredicto.

En su sentencia el a quo considera que el hecho de no decirse en la diligencia de autopsia que se hubiera practicado a la víctima la docimasia pulmonar hidrostática no es suficiente para descartar aquella prueba ya que para demostrar que la niña nació viva es suficiente la declaración en tal sentido, de su madre cuya segunda versión en el sentido de que la infanta nació muerta se hizo con posterioridad a la otra y cuando ya la procesada había estado en la cárcel donde pudo ser aleccionada sobre el particular, por sus compañeras de cautiverio.

Con base en esos mismos razonamientos, descarta el Juzgado la solicitud de la defensa en el sentido de que se declare contrario a la evidencia de los hechos el veredicto el cual considera plenamente aceptable y, con base en él, profiere la decisión de condenar a Angélica Ante Gambino a la pena principal de quince años de presidio, sanciones accesorias correspondientes y pago de los perjuicios causados con la infracción.

Contra la providencia en mención interpuso la procesada recurso de apelación que resolvió el Tribunal por medio de la que ahora es materia de la presente casación.

En ella el Tribunal acoge todos los argumentos del a quo y, al referirse al veredicto, expresa:

"En el mismo veredicto, el jurado popular considera que hay atenuantes para una posible disminución de la pena, pero esta apreciación del juri, como es de lógica conclusión no puede tener ninguna repercusión en su respuesta, toda vez que el que tiene que ver con la apreciación de que si hay agravantes o atenuantes es el Juez de derecho, quien es el encargado de graduar la pena al momento del fallo, esta segunda parte del veredicto no tiene eco alguno, que pueda hacer pensar que se está frente a una contraevidencia o de que el mismo sea contradictorio, máxime si se tiene en cuenta que los miembros del tribunal del pueblo no tienen suficiente fundamento jurídico para poder resolver o interpretar lo discutido en el debate público" (folio 12, 2º cuaderno).

Y luego de razonar sobre las bases probatorias del veredicto llega también a la conclusión de que éste no es contrario a la evidencia de los hechos. "El tribunal popular, dice el ad quem, en el fuero de su conciencia y para formar la certeza de su concepto, tiene derecho a creer más a un testigo que a otro, en una prueba más que en otra, siendo ello así, su veredicto es intocable mientras no aparezca que no tuvo prueba aceptable en qué apoyarse".

Con apoyo en esas consideraciones decide confirmar en todas sus partes la providencia apelada.

Demanda de casación.

Formula contra la sentencia recurrida los cargos que se sintetizan a continuación en el orden en que los expone el demandante:

Causal segunda. Primer cargo. Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto. Argumenta el recurrente que al haber reconocido el jurado en su respuesta que había falta de pruebas claras en lo tocante a la necropsia, no podía afirmarse que la criatura nació viva y que su madre le dio muerte, como lo hizo el Tribunal al considerar condenatorio, por homicidio, el veredicto.

Segundo cargo. Haber violado el ad quem el artículo 215 del C. de P. Penal ya que, como argumenta para sostener el cargo anterior, no se probó el cuerpo del delito. El Tribunal se equivocó al estimar que la respuesta del jurado daba por establecido ese elemento básico de la sentencia.

Causal primera. Primer aparte. Hubo, al decir del recurrente, violación directa del artículo 215 del C. de P. Penal y del artículo 26 de la Constitución. Del primero porque, con apoyo en

los razonamientos que hace para sostener los cargos anteriores, considera que se dio por el fallador aplicación a la norma mencionada, siendo así que no podía, según el actor, tomarse en cuenta ya que no estaba, en su concepto, demostrado el cuerpo del delito.

Y la segunda norma en mención fue violada, dice, porque, al aplicar el artículo 215 precitado, se negó al reo una forma procesal consistente en su derecho de que la duda que, según la demanda, existe sobre si la criatura vivía o no al momento de los actos juzgados, se resolviera en su favor.

Causal tercera. El cargo que dentro del marco de esta causal hace el demandante a la sentencia lo presenta como subsidiario de los anteriores y lo enuncia diciendo que la respuesta de los jurados fue contradictoria, pues de una parte reconocieron la existencia de la responsabilidad, "mientras que por otra parte (el jurado) establece otra situación jurídica excluyente de la primera, cuando indica que no se ha demostrado la vida de la criatura y por ende su supresión mediante esa conducta de que sí es responsable la enjuiciada".

Causal cuarta. Invoca esta causal también como subsidiaria a las anteriores. Dentro de ella formula dos censuras, así:

Primer cargo. Error en la denominación genérica del delito. Lo fundamenta en la misma premisa que ha venido sosteniendo a lo largo de la demanda, a saber: que no hubo demostración del cuerpo del delito en el presente proceso por no existir, en su concepto, pruebas que demuestren cómo los actos juzgados se llevaron a cabo sobre un ser vivo. Lo cual llevó al Tribunal, a decir del demandante, a la afirmación que considera igualmente errónea de que la muerte se produjo sobre una hija de la procesada y, además, en condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima.

Segundo cargo. Haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad constitucional. Señala como menoscabada la tercera de las garantías señaladas por el artículo 26 de la Carta, a saber, la observancia plena de las formas propias de cada juicio que estima fue violada por haberse considerado establecido el cuerpo del delito de homicidio, negándosele, dice el demandante, el derecho de defensa bajo dos aspectos: a) No informando a la procesada de la acusación que se le hacía, pues, según expresa, se le notificó un cargo carente de prueba, y b) Obligándola a defenderse de dicha acusación lo que invirtió la carga de la prueba e hizo más gravosa la situación de la procesada.

Concepto de la Procuraduría.

La Procuraduría Primera Delegada Penal, luego de hacer el relato de los hechos y reseñar el desarrollo del proceso, rebate, uno a uno, los cargos formulados en la defensa. Lo hace con argumentos de gran contenido jurídico que han sido tomados en cuenta por esta Sala para la decisión del recurso que se resuelve en un todo de acuerdo con el Ministerio Público quien, como conclusión de sus razonamientos, solicita que se desechen las pretensiones del demandante.

En la parte pertinente se hará referencia directa a los planteamientos de la Procuraduría.

Consideraciones de la Corte.

Pese a su dilatada extensión, o por eso mismo, la demanda demuestra un desconocimiento casi absoluto de la técnica de casación.

Empezando porque formula al final y como subsidiarios los cargos que debió presentar al comienzo y en calidad de principales. Se refiere la Sala a las censuras que el demandante expone al amparo de la causal cuarta de casación, esto es, por presunta nulidad en el proceso y que, como es bien sabido, son de planteamiento preferente y deben resolverse antes que cualquier otra acusación en que, si ellas prosperan, resulta superfluo examinar los cargos basados en las otras causales comoquiera que, salvo casos excepcionales, entre los cuales no se cuenta el presente, estarían refiriéndose a un proceso afectado de nulidad.

Por esa razón y tal como lo hizo la Procuraduría, llevada por las consideraciones que se acaban de exponer, la Sala habrá de comenzar el examen de los cargos por los formulados al amparo de la referida causal.

Causal cuarta. Cargo primero. Error en la denominación genérica del delito. *Basta leer los argumentos que presenta el demandante en este punto para darse cuenta de que están totalmente desenfocados. En efecto, el error en la denominación jurídica del delito se refiere a una falla en el "nomen juris" que el juzgador da a los hechos y tiene lugar cuando los califica con el nombre que corresponde a otro género delictuoso, v. gr., cuando llama hurto a lo que es robo o lesiones personales a un homicidio frustrado.*

Cuestión completamente distinta es la de que no se pueda llamar a juicio por determinado delito por no existir en el proceso los elementos de convicción que demuestren el cuerpo del mismo.

El error en la denominación supone la existencia de esas pruebas pero implica su equivocada valoración jurídica.

Esa situación no es la que el demandante plantea sino la de que, en su concepto, no existen pruebas para llamar a juicio por homicidio. Sin que diga por parte alguna por qué ilícito penal se debió hacer el enjuiciamiento.

Lo cual constituye una evidente falla en su argumentación por cuanto la causal de casación alegada requiere se demuestre que el hecho juzgado debió subsumirse en una norma correspondiente a un delito distinto al que se imputa al procesado.

No prospera esta censura.

Segundo cargo. No observancia plena de las formas propias del juicio. También aquí es grave el desacierto del demandante porque no censura el auto de proceder por el aspecto de su forma sino con base en su contenido, específicamente por el áspecto del examen de pruebas que considera inadecuado.

Las formas del juicio de que trata el artículo 26 de la Constitución no pueden ser, en ningún caso, los contenidos ontológicos de los diversos actos procesales, sino los cauces señalados por la ley para cada juicio, a fin de que por ellos discurra regladamente el proceso.

Una de esas formas son fundamentales o dominantes, como la oralidad o la escritura, que configura bien sea de modo predominante o ya de manera exclusiva, el modo de ser de cada proceso. Hay otras que se pueden denominar especiales porque rigen para cada acto procesal considerado en su especie, por ejemplo, las de los autos y sentencias, de las notificaciones, de las órdenes judiciales de carácter ejecutorio, etc.

Las primeras, o sea las que distinguen una clase de juicio de otro, son las llamadas propias de cada uno de ellos.

El juicio ordinario penal, por ejemplo, tiene formas sustanciales que le son propias como la división en dos etapas: el sumario y la causa, cada una de ellas con actos fundamentales de que carecen otros cómo el de cierre de la investigación, el que califica el mérito del sumario, el que abre la causa a prueba, etc. Así lo consideró don José María Samper al explicar el artículo 26 de la Carta: "Que se observe en el procedimiento la plenitud de las formas propias de *cada juicio* (rayas del autor), ora sea éste criminal ordinario o correccional o de policía, ora fiscal, militar o de responsabilidad; dado que cada forma de juicio tiene su propio y especial procedimiento". (Derecho Público Interno de Colombia, vol. II).

Cuando falta alguna de esas actuaciones que le den su fisonomía específica a cada juicio, se dice que no se ha llenado la plenitud de las formas propias del mismo.

Tal cosa no ha ocurrido en el caso de autos ya que el proceso se desarrolló con pleno ajuste al rito legal sin que faltara ninguno de los actos que caracterizan el juicio penal ordinario.

No prospera, en consecuencia, este cargo.

Causal segunda. Primer cargo. El hecho de que el jurado hubiera dicho en la aclaración del veredicto que faltaban pruebas claras en lo tocante a la necropsia, no equivale, como sostiene el demandante, a aceptar que la niña hubiera nacido muerta, ni da, por lo tanto, base para aseverar que la sentencia, al partir de la base de que la criatura nació viva, estuviera en contradicción con la respuesta de los jueces del pueblo.

La interpretación que el Juzgado y el Tribunal hicieron del veredicto es correcta por cuanto de manera muy clara afirmó el jurado, por dos veces en el mismo veredicto, la responsabilidad de la procesada. Esa aseveración aparece en forma rotunda tanto en la primera parte de su respuesta como en la aclaración que hizo de ella y si en esta última mencionó la falta de pruebas en lo tocante a la necropsia, no puede interpretarse esa aseveración como una negativa a reconocer que la criatura había nacido viva.

El jurado tiene dentro de sus facultades la de interpretar, según su leal saber y entender, esto es, en conciencia, las pruebas sometidas a su consideración, en particular las que no aparecen claras. Es esta una de sus más preciosas atribuciones.

Haciendo uso de ella y sin dejar de reconocer que no eran claras las pruebas referentes a la necropsia, interpretó el conjunto probatorio compuesto tanto por el acta de autopsia como por la declaración de la propia procesada, y los diversos testimonios aducidos a los autos sobre los hechos, en el sentido de que la menor había nacido viva. Esa interpretación cabía perfectamente dentro de los límites de la competencia del "juri" y la conformidad de la misma con los hechos fue reconocida por el Juez y por el ad quem que eran los únicos que podían declarar contraevidente el veredicto y no lo hicieron.

Segundo cargo. Se aparta fundamentalmente de la técnica de casación presentar en el marco de la causal segunda el cargo consistente en que se violaron, en forma directa, el artículo 215 del C. de P. Penal y el 26 de la Carta.

El quebranto de esta última debió ser alegado en el ámbito de la causal cuarta con invocación expresa de la garantía violada y a título de nulidad constitucional del proceso.

El de la primera no puede ser presentado en casación como violación directa ya que este recurso solo admite a examen tal tipo de quebranto cuando de normas sustanciales se trata (aparte primero del numeral primero, artículo 580 del C. de P. Penal).

Esa grave falta de técnica en el planteamiento del cargo impide entrar en su examen.

Causal tercera. La censura de haberse dictado la sentencia sobre un veredicto contradictorio, ya fue contestada al examinar el cargo formulado en el ámbito de la causal segunda.

Se dijo allí y ahora se repite, que el veredicto no es contradictorio pues para que lo fuera sería necesario que tuviera dos términos, uno de los cuales negara lo que el otro afirma.

Y en el caso de autos el veredicto fue uno solo, esto es, una sola respuesta a la cual se le añadió una aclaración, que, por ello, no podía considerarse como una proposición distinta sino como una parte subordinada del mismo.

En ella se afirmó, como se deja dicho, que no eran claras las pruebas pertinentes a la necropsia, pero se volvió a aseverar en la forma más clara la responsabilidad de la acusada.

No presenta, en consecuencia, ese veredicto, contradicción alguna ni en el fondo ni siquiera en la forma y por eso el cargo carece de fundamento.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el concepto de la Procuraduría, DESECHA el recurso de casación a que se refiere la parte motiva de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrro.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO - INEXISTENTE - NULO E IRREGULAR

Una cosa es que el cuestionario sometido al juri, por los términos en que está redactado sea completamente ininteligible, caso en el cual el veredicto emitido es totalmente inexistente, o que su contenido sea equívoco o ambiguo, en el sentido de que pueda interpretarse de varias maneras, evento para el cual surge la sanción de nulidad constitucional, y otra muy diversa en su esencia y en sus consecuencias, la simple irregularidad en la elaboración del mencionado cuestionario.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 45 de 17 de octubre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 31 de enero último por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Unico Superior de la misma ciudad, en la que se condenó a Luis Alfonso Luquez Carrillo a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal.

En las horas de la tarde del día 14 de agosto de 1973, y en las cercanías del sitio conocido como Puente Negro, Municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira, Luis Alfonso Luquez Carrillo dio muerte de un tiro de revólver a Luis Alfonso Gámez Ojeda.

Iniciada la investigación, pocos días después se dio captura al sindicado, se adelantó el sumario y se dictó en su contra auto de detención. Llegado el momento de calificar de fondo el asunto, el Juzgado Unico Superior de Riohacha dictó auto de llamamiento a juicio contra el acusado, para que respondiera por los delitos de homicidio agravado "en las circunstancias del ordinal 3º del artículo 363 del Código Penal", y robo. Impugnada esta resolución, fue confirmada por el Tribunal Superior el 21 de febrero de 1974.

La audiencia, con intervención del jurado, se realizó el 8 de octubre del año mencionado, y en tal acto procesal se sometieron a la consideración del tribunal popular los siguientes cuestionarios:

"República de Colombia. Departamento de la Guajira. Juzgado Unico Superior. Cuestionario número 1.

"¿El acusado, presente, Luis Alfonso Luquez Carrillo, de naturaleza y demás condiciones conocidas en el auto de proceder, es responsable sí o NO de haber causado leciones (sic) con arma de fuego (revólver) con el propósito de matar, de acuerdo a la autopsia, al señor Luis Alfonso Gámez Ojeda, con el fin de apoderarse del arma o revólver de propiedad o en tenencia del último de los nombrados, en hechos ocurridos el catorce (14) de agosto de mil novecientos setenta y tres (1973) en el sitio denominado Puente Negro, perteneciente al Corregimiento de Hato Nuevo, jurisdicción del Municipio de Barrancas, y comprensión del Distrito Judicial de Riohacha?".

El veredicto fue:

"Sí, es responsable, por homicidio".

"República de Colombia. Departamento de la Guajira. Juzgado Unico Superior. Riohacha.

"Cuestionario número 2.

"¿El acusado, presente, Luis Alfonso Luquez Carrillo, de naturaleza y demás condiciones conocidas en el auto de proceder, es responsable sí

o no del robo del revólver que portara el occiso Luis Gámez Ojeda, en hechos ocurridos en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que refiere el auto de proceder, el catorce (14) de agosto de mil novecientos setenta y tres (1973), en el sitio denominado Puente Negro, perteneciente al Corregimiento de Hato Nuevo, jurisdicción del Municipio de Barrancas y comprensión del Distrito Judicial de Riohacha?''.

Respuesta:

''No es responsable''.

Con base en los veredictos copiados, el Juzgado condenó a Luquez Carrillo a la pena principal de ocho años de presidio, a las accesorias de rigor y ''a la indemnización de todos los perjuicios causados con la infracción''. Al revisar esta decisión, el Tribunal la confirmó, con la adición consistente en absolver ''al procesado Luis Alfonso Luquez Carrillo en cuanto concierne al delito de robo del revólver de propiedad del occiso Luis Alfonso Gámez Ojeda...''.

La demanda de casación.

El impugnante relata los hechos que originaron el proceso y examina prolijamente las incidencias del mismo, incluyendo un análisis probatorio. Luego ataca la sentencia con base en la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y arguye:

''Dos formas de violación envuelve la causal invocada: una sustancial por violación del artículo 533 del C. de P. P., por la defectuosa presentación de los hechos en la redacción del cuestionario transcrito; y la segunda de carácter formal, relativa a la autenticidad del documento, por falta de indicación de la fecha de expedición del acto, con desconocimiento y violación del artículo 155 del mismo Código''.

Primer cargo.

Sostiene el demandante que se violó el artículo 26 de la Carta Política, pues no se observó la plenitud de las formas propias del juicio al desatender las voces del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, que señala la forma como debe redactarse el cuestionario sometido a la consideración del jurado. Explica que el tipo legal definido en el artículo 362 del C. Penal define el homicidio como el hecho de ''ocasionar la muerte a otro'' con propósito de matar.

Y expone así el motivo de la violación:

''De donde se desprende que, según la definición legal, la proposición rectoral del cuestionario debe estar integrada por el hecho de *ocasionar la muerte a otro con el propósito de matar*, para el delito de homicidio y para agravarlo debe añadírsele la circunstancia calificadora del asesinato, complementándolo, por ejemplo, con la expresión 'para consumar otro delito', sin especificarlo.

''De donde al preguntarse en el cuestionario Nº 1 sobre responsabilidad 'de haber causado lesiones con arma de fuego', en lugar de preguntar por haber ocasionado la muerte de Luis Alfonso Gámez Ojeda, se está prestando a confusión que puede insinuar la pregunta de un delito distinto al del homicidio voluntario, aunque se le agregue luego el propósito de matar. Esto es, que puede sugerirse que se esté preguntando, por ejemplo, por un homicidio tentado o frustrado; toda vez que ese cuestionario se puede integrar en esta forma gramatical: 'es responsable, sí o no de haber causado lesiones con arma de fuego al señor Luis Alfonso Gámez Ojeda, con el fin de apoderarse del arma'. Por otra parte, es claro que la frase explicativa 'de acuerdo a la autopsia' no ilustra el cuestionario porque no aclara el propósito de matar, ni tampoco completa la idea de haber causado lesiones con arma de fuego. Además, la inclusión completa del propósito último expresada en la frase 'con el fin de apoderarse del arma o revólver', al haberse negado la responsabilidad en el delito de robo, se presta a confusión en la interpretación del veredicto, y deja sin motivación, sin causación la consumación del homicidio''.

Sustenta este cargo en una transcripción tomada de la obra Práctica Jurídico-Penal del doctor Luis Carlos Pérez, que hace relación a la reiterada doctrina de la Corte sobre este particular.

Segundo cargo.

Lo hace consistir el actor en la circunstancia de que el cuestionario número 1 carece de fecha, e indica que ''por este aspecto, también se ha incurrido en violación de las formas propias del juicio, recayendo en causal de nulidad de tipo constitucional, que emana de la violación del artículo 26 ibídem''. Se apoya, para sostener su aserto, en reciente sentencia de esta Sala, proferida al desatar el recurso extraordinario de casación interpuesto por Orlando Rodríguez Aguirre, y anota que ''las formas propias del juicio se refieren también a las normas legales que regulan la autenticidad del acto, a través de la indicación del lugar en donde se produce, de la fecha y las firmas de los funcionarios correspondientes. Por faltar alguno de estos requisitos, se incurrió en nulidad de índole constitucional''.

El Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones de la demanda. Acepta que evidentemente la errónea formulación del cargo en el cuestionario, a la elaboración ambigua o contradictoria del mismo, quebranta sustanciales garantías tuteladas por el artículo 26 de la Constitución, pero replica que "el cuestionario concebido en los términos en que fue sometido a consideración de los jueces de hecho, contiene en esencia, los elementos estructurales de los delitos por los cuales se responsabilizó al procesado". Agrega que sus términos no son ambiguos ni contradictorios, ni se prestan a confusión de ninguna índole, y dice:

"Tan evidente es lo anterior, que en el acto de la audiencia pública, la acusación y la defensa se orientaron sobre la base inequívoca de que se juzgaba al acusado por un delito de homicidio agravado, haciendo sus planteamientos en tal sentido; y así lo entendieron los jueces de conciencia al producir su veredicto afirmando expresamente la responsabilidad por el homicidio y negándola por el agravante".

En relación con el segundo cargo, el colaborador Fiscal sostiene que no es requisito exigido por la ley el de indicar la fecha del cuestionario que se somete a la consideración del jurado, pues no está prevista su omisión como causal de nulidad "por la elemental razón de que dicho documento, como otros que pueden aportarse al plenario, es parte inseparable del acto de la audiencia pública, pues con su lectura, por parte del juez, se da a conocer a las partes y al jurado, en la fecha de iniciación del debate público".

Consideraciones de la Corte.

Primer cargo.

Es verdad que la Corte ha sostenido que la irregular redacción del cuestionario que se somete a la consideración del jurado popular, en forma tal que por la omisión de alguno o de varios de los elementos estructurales del tipo de delito por el cual se adelanta el juzgamiento, su cabal entendimiento se hace imposible para los jueces de hecho, quebranta las formas propias del juicio, y lesiona, por consecuencia, el artículo 26 de la Carta Política. Esta doctrina debe ser mantenida, porque tiende a la tutela de la integridad del procedimiento, y a la defensa de los derechos fundamentales que garantizan el debido proceso.

Pero una cosa es que el cuestionario sometido al juri, por los términos en que está redactado, sea completamente ininteligible, caso en el cual el veredicto emitido sobre él es totalmente inexistente, o que su contenido sea equívoco o ambiguo en el sentido de que pueda interpretarse de varias maneras, evento para el cual surge la sanción de nulidad constitucional, y otra muy diversa en su esencia y en sus consecuencias, la simple irregularidad en la elaboración del mencionado cuestionario. En el primer caso la nulidad es apenas natural y obvia, porque el jurado popular carece de los elementos de juicio necesarios para verter su veredicto, el que resulta a la postre producto azaroso de factores lógicos contingentes, contradictorios o incompletos, en forma tal que se pretermiten y lesionan las formas propias del juzgamiento. En el segundo caso, si a pesar de la presencia de errores en la elaboración del cuestionario, de las faltas de técnica que puedan afectarlo, el jurado puede emitir su veredicto sobre bases ciertas, es decir, teniendo en cuenta todos los elementos que tipifican la infracción por la cual se está procediendo, en la forma como se produjo el auto de proceder, resulta claro e indiscutible que el juzgamiento es correcto y no existen motivos para invalidarlo. Desde luego es preciso recabar de los jueces superiores suma prudencia y cuidado en la redacción de los cuestionarios, para que, en la medida de lo posible, se ajusten a los dictados de la técnica procesal y de las normas legales que regulan la materia.

En el caso *sub examine*, si bien se advierten incorrecciones e informalidades en la redacción del cuestionario número 1, es verdad también que en él se engloban todos los elementos que estructuran el delito de homicidio con la circunstancia calificadora, todo ello de conformidad con el auto de proceder. En efecto, allí se habla de la acción o comportamiento ("haber causado lesiones con arma de fuego"); del propósito homicida ("con el propósito de matar") y en lo relativo al resultado (muerte) y al nexo de causalidad, se hace expresa referencia a la diligencia de autopsia. Y en esta pieza procesal, visible al folio 5, se habla de un proyectil que penetró por la región parietal izquierda del ofendido y salió "por la parte inferior del hueso parietal derecho". Y después de describir los destrozos ocasionados por el proyectil en el cerebro, "se concluye por lo anteriormente expuesto que la muerte de Luis Alfonso Gámez Ojeda, *se debió a los destrozos de la masa insefálica* (sic)". En la audiencia pública (folio 190), inmediatamente después de la lectura del auto de vocación a juicio, y a solicitud de la defensa, se leyó también el acta de necropsia, hecho lo cual el juez dio a conocer a los miembros del jurado las dos cuestio-

nes sometidas a su consideración. Finalmente, es preciso relievar que en buena parte, la defensa sustentó su pretensión sobre el análisis y la crítica de la necropsia, tal como puede verse al folio 194.

Surge de lo anteriormente expuesto, que los cuestionarios sometidos a la consideración del jurado que juzgó al recurrente fueron mal redactados, sin que las anomalías que en ellos se observan alcancen a distorsionar u oscurecer su claro sentido, ni a crear dificultad alguna para su entendimiento por los jueces populares. Que ello es de esta manera, lo demuestra el hecho de que terminadas las intervenciones orales, el jurado afirmó simplemente el cuestionario número 1 (relativo al homicidio agravado) y negó la responsabilidad en el número 2 (por el delito de robo del revólver) y, pedida aclaración por la defensa sin explicaciones adicionales, los juzgadores de hecho entendieron fácilmente que existía una incongruencia, y agregaron a la frase afirmativa queya habían estampado en laprimera cuestión la frase "por homicidio", eliminando así la agravación por el propósito de cometer otro delito, en virtud de que precisamente se había negado la responsabilidad por este hecho.

No prospera, pues, este motivo de impugnación.

Segundo cargo.

Resulta conveniente para la buena marcha de la administración de justicia, que los jueces tomen todas las previsiones en orden a garantizar la autenticidad del veredicto. De ahí que sea conveniente que en los cuestionarios que deben absolver los jurados se indique el lugar, el nombre de la oficina, la fecha del acto procesal, y que, aun, producido el veredicto, el juez y su secretario certifiquen la autenticidad de las firmas de los miembros del jurado. Pero la simple omisión de la fecha en que fue redactado el cuestionario, cuando de otra parte su autenticidad es ostensible, puesto que contiene las precisiones que atrás se mencionaron, no viola ninguna norma legal ni principio alguno de derecho, tal como lo apunta el Procurador, máxime, si como se demostró, se le dio lectura en el momento de iniciarse los interrogatorios al procesado, y cuando esta circunstancia no tiene incidencia en su autenticidad, que no ha sido atacada razonablemente.

Finalmente, conviene advertir que la cita que de la doctrina de la Corte hace el recurrente es parcial y recortada, y no recoge la totalidad del pensamiento de la Sala sobre este particular.

Por este aspecto, tampoco puede invalidarse la sentencia.

Decisión.

Por lo visto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia recurrida, de fecha y procedencia anotadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

PREVARICATO

Este delito requiere para su estructuración típica, un dolo específico.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 45 de 17 de octubre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Cuando el proceso de ejecución que con su esposa adelanta contra la empresa Polymer, S. A., se hallaba al despacho del Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, doctor Guillermo Sánchez Pernett, para decidir varias impugnaciones, José Pérez Muñoz designó como su apoderado al abogado José María Castillo Castilla, quien inmediatamente procedió a recusar al Magistrado, con fundamento en la causal 9ª del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, e invocando, además, algunos antecedentes. El doctor Sánchez Pernett, con base en lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 143 del estatuto procesal civil no se declaró impedido, ni ordenó tramitar el incidente, ni decidió suspender el proceso. Igualmente, denegó una solicitud de reposición.

Con base en lo anterior, José Pérez Muñoz formuló denuncia criminal contra el Magistrado Sánchez Pernett, a quien imputa los delitos de prevaricato y abuso de autoridad, así:

"5º En vista de que el doctor Sánchez Pernett rehusó declararse impedido en el negocio que sigo contra 'Polymer, S. A.', mi abogado, doctor Castillo Castilla lo recusó por medio de memorial presentado al Tribunal el 28 de julio del presente año.

"6º La recusación fue resuelta por el propio Magistrado, doctor Sánchez Pernett, mediante auto de fecha 31 de julio del presente año, en el cual el recusado dispone lo siguiente: '... El suscrito Magistrado, no se declara impedido para conocer de este proceso, porque la causal que se ha invocado no es motivo de recusación. En consecuencia, tampoco se accede a ordenar la tramitación de la recusación formulada, en razón de que es improcedente, por no dar lugar a ello el cambio de apoderado de una de las partes, como sabiamente lo estatuye el inciso 3º del artículo 143 del Código de P. C.'.

"7º Con tal pronunciamiento, el doctor y Magistrado Sánchez Pernett viola flagrantemente y a sabiendas los incisos 3º y 4º del artículo 144 del C. de P. C....

"8º El Magistrado, doctor Sánchez Pernett ha incurrido, pues, en abuso de autoridad decidiendo por sí y ante sí una recusación que no le incumbe resolver...

"Las actuaciones del Magistrado, doctor Sánchez Pernett en el proceso que adelanto con mi esposa contra 'Compañía Industrial y Comercial de Polímeros, S. A.', constituyen claras violaciones de la ley penal, de conformidad con las previsiones y sanciones de los artículos 2º del Decreto número 2525 de 1963, que modificó el 168 del C. Penal, 172 del C. Penal".

La Sala ordenó practicar diligencias preliminares, y en su desarrollo se trajeron copias de toda la actuación en el proceso civil referenciado.

Se considera.

Dispone el artículo 12 del Código Penal que las infracciones de carácter criminal imputables a personas que no estén comprendidas en el artículo 29, son intencionales o culposas. De ahí que en cada acción hipotéticamente delictuosa sea imprescindible investigar la existencia de la culpabilidad, máxime cuando se trata de hechos punibles como el prevaricato que requiere para su estructuración típica un dolo específico. Por su parte, el delito de abuso de autoridad debe integrarse con caracteres normativos en su

elemento subjetivo, tales como los conceptos "arbitrario" e "injusto", que no son elementos simplemente descriptivos, sino cognoscitivos o valorativos. De ahí la dificultad práctica para demostrar la comisión de esos delitos. Los jueces, en su labor permanente de declarar el derecho a través de los actos procesales que ejecutan, disponen de un amplio arbitrio de la interpretación de la ley —que no es otra cosa que desentrañar el contenido de las normas jurídicas—, pueden equivocarse, y no es raro que ello ocurra, sin que por esta sola circunstancia pueda predicarse intención perversa o nociva, pues ésta debe probarse plenamente. Precisamente, para corregir injustos gravámenes que puedan irrogarse a las partes, se han instituido como garantía fundamental el principio de la doble instancia, y los recursos extraordinarios como suprema tutela del orden jurídico.

La Sala no discute si el Magistrado acusado se equivocó o no al decidir sobre la recusación que le formuló el abogado Castillo Castilla, pues no es precisamente eso lo que le compete resolver. Lo que sí puede afirmar, con base en las pruebas aducidas hasta ahora, es que por parte alguna se advierte siquiera la sospecha de una actitud torcida o perversa en su comportamiento dentro del proceso civil ya mencionado. Por el contrario, surge de esas mismas pruebas la actitud censurable del recusante, que, a sabiendas de que el Magistrado era su enemigo, y que a él, de manera insolente y antijurídica había pedido explicaciones verbales sobre el porqué de varios fallos que perjudicaban sus intereses "económicos y profesionales" aceptó el poder que le confirió el demandante, para proceder a elevar recusación contra el Magistrado. No otra cosa se deduce con nitidez del escrito mismo de recusación. Todo parece indicar, además, que lo que interesaba era lograr la separación del doctor Sánchez Pernett del conocimiento del proceso ameritado, propósito que finalmente lograron. De igual manera, conviene relievar el comportamiento procesal del abogado Roberto Mordecai Marrugo, quien en escrito de folio 98 del cuaderno de copias del Juzgado, lanza contra el juez a quo toda clase de suspicacias e insidias incompatibles con su calidad de colaborador de la administración de justicia.

No encuentra, pues, la Corte, mérito para abrir investigación penal contra el doctor Guillermo Sánchez Pernett, y por ello procederá, en consecuencia. Igualmente, se ordenará compulsar copias de lo pertinente, para que se investigue la conducta del denunciante, la de su apoderado Castillo Castilla y la del abogado Mordecai Marrugo.

Decisión.

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

Resuelve:

1º No es el caso de abrir investigación penal contra el doctor Guillermo Sánchez Pernett.

2º Expídase copia de lo pertinente para investigar el posible delito en que haya podido incurrir el denunciante José Pérez Muñoz, y

3º Expídanse copias para que, si las autoridades competentes lo estiman legal, se investiguen disciplinariamente los comportamientos procesales de los abogados José María Castillo Castilla y Roberto Mordecai Marrugo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D'Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

EL DOLO DE IMPETU, PROPIO DEL ESTADO DE IRA, ES INCOMPATIBLE CON LA PREMEDITACION. LA RIÑA Y LA PROVOCACION NO SON UNA MISMA COSA

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre diez y ocho (18) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 45 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Agotado el trámite pertinente, pasa la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de once de febrero último, por la cual se impuso al procesado recurrente Carlos Morales Villanueva la pena principal de diez y seis años de presidio, como responsable de homicidio y lesiones personales.

Conoció en primera instancia el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo del negocio.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal se refiere, al acápite citado, en la forma siguiente:

"Carlos Morales Villanueva y Jaime Sáenz Carmona mantenían una estrecha y permanente amistad y desafortunadamente la habían orientado hacia actividades oscuras, cuando no marcadamente delictivas. Era así como el uno seguía al otro por los lugares que habían escogido como el teatro de sus criticables aventuras, especialmente en las veredas de 'Ubanza' y 'Naval y Cruces', del Municipio de Moniquirá, de donde eran oriundos.

"La disipada vida de estos sujetos los comprometió en un delito de lesiones personales del que fue víctima el ciudadano Juvenal Sánchez, motivo por el cual duraron largos meses huyendo de la acción de la justicia. Precisamente a raíz de esta situación José Gerardo Pachón Blanco intervino con la policía para que fueran capturados y en esa forma respondieran ante los jueces por sus actos.

"José Gerardo Pachón prestó esta colaboración a las autoridades, en razón de que Jaime Sáenz Carmona quiso violar a una de sus hijas en forma por demás escandalosa y cínica, pues llegó a anunciárselo al padre.

"Como es obvio, la conducta de José Gerardo Pachón no fue del agrado de Carlos Morales Villanueva, en primer término, porque como se ha expresado, intentó procurar su captura, dándole informaciones a la policía, y en segundo lugar, porque dada aquella amistad con su compinche, lo que a éste ocurriera o se le hiciera, repercutía necesariamente en su ánimo. De ahí que mantuviera una latente y soslayada odiosidad para con Pachón, que no por disimulada dejaba de ser cierta.

"En la tarde del cinco de abril del año pasado, como siempre ocurría, se encontraban los dos por aquella vereda. A eso de las seis de la tarde entraron a la casa de Narciso Montes, donde, al parecer, funciona una tienda y desde allí divisaron la vivienda de José Gerardo Pachón Blanco, la cual está situada a muy corta distancia, al otro lado de la carretera. Morales Villanueva pudo darse cuenta de una discusión o alegato entre Temilda Sierra de Pachón y Rosa Evelia Narciso García, motivada en problemas de vecindad de antigua data. Sea porque Morales Villanueva quiso aprovechar esa circunstancia o porque su plan era otro, lo cierto fue que siguió hacia la casa de Pachón, llamándole la atención a gritos de que quería su amistad, que lo apreciaba porque era su amigo y que deseaba hablar con él para aclarar ciertas sospechas. Morales Villanueva que empuñaba una botella de cerveza, traspasó una cerca de alambre que guardaba la finca y ya dentro de los predios de Pachón le arrojó inesperadamente el líquido que contenía, mientras simultáneamente disparaba su pistola ante el desconcierto de la víctima, que solo acertó a coger un palo que portaba, en des-

esperado e inútil esfuerzo por atender su defensa.

"Como los disparos que recibiera Pachón fueran mortales, éste se desplomó, y su esposa que presenciaba el infame episodio, trató de defenderlo, pero el homicida enderezó su arma y la hirió de consideración.

"Eustaquio Pachón, padre del occiso, resultó también herido, posiblemente a piedra, en un ataque que se atribuye a Rosa Evelia Narciso García, Narciso Montes y Jaime Sáenz Carmona, quienes, a distancia, seguían el curso de los acontecimientos, respaldando por las voces que daban el proceder inaudito de Moralles Villanueva...".

Adelantada la investigación, anota el Ministerio Público en cuanto al desarrollo del negocio:

"...se dictó auto por el cual se llamó a responder a juicio a Carlos Morales Villanueva por homicidio en la persona de José Gerardo Pachón Blanco, agravado por la premeditación y la indefensión (artículo 363, numerales 2º y 5º del C. Penal) y por lesiones personales en Temilda Sierra de Pachón; se sobreseyó definitivamente en favor de Rosa Delia Narciso García, Narciso Montes y Jaime Sáenz Carmona, en relación con los hechos anteriores, y temporalmente en cuanto a los tres últimamente citados por las lesiones ocasionadas a Eustaquio Pachón. Apelada esta providencia por el Fiscal, fue confirmada por el Tribunal, salvo en lo relacionado con el sobreseimiento definitivo para Sáenz Carmona, a quien sobreseyó temporalmente en relación con los dos primeros delitos.

"Vencido el término probatorio, a petición del defensor del procesado Morales Villanueva, se decretó la acumulación a este proceso del adelantado contra el mismo y Sáenz Carmona, por lesiones personales, causadas a Juvenal Sánchez. En la audiencia pública, después de resueltas algunas incidencias presentadas en relación con la intervención del mismo defensor para los procesados Morales Villanueva y Sáenz Carmona, por intereses encontrados y posesión del mismo profesional como defensor de Sáenz Carmona, dentro del proceso acumulado, se propusieron al jurado los siguientes cuestionarios o interrogatorios, respecto a Morales Villanueva:

"'¿El acusado Carlos Morales Villanueva, hijo de Segundo Morales y Purificación Villanueva, mayor de edad por la época de los hechos, natural y vecino de Moniquirá, de estado civil soltero, de profesión agricultor, sabe leer y escribir, es responsable sí o NO de haber dado muerte con intención de matar a la persona que en vida respondió al nombre de José Gerardo Pachón Blanco, según hechos acaecidos el día cinco de abril de mil novecientos setenta y dos, en la vereda de Naval y Cruces, de la comprensión municipal de Moniquirá, y al consumar el hecho obrando con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad?'.

"Respondió el jurado: 'Sí, en riña provocada por el acusado, sin poner a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión'.

"En el segundo cuestionario se interrogó sobre las lesiones causadas a Temilda Sierra de Pachón, en la misma fecha y lugar y circunstancias, a lo cual respondieron los jueces de conciencia: 'Sí, sin premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad'.

"En cuanto a las lesiones ocasionadas a Juvenal Sánchez Abril, se respondió afirmativamente para ambos procesados.

".....

"Dentro de las causas acumuladas, el Juez del conocimiento profirió la sentencia ya mencionada, confirmada por el Tribunal mediante el fallo objeto del recurso de casación".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Dos motivos de casación propone el demandante, a saber:

1º *Causal segunda.* "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado".

Entiende el actor que el jurado negó la circunstancia agravadora del homicidio consistente en la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, pues nada dijo al respecto en la respuesta que dio al cuestionario; y, en cambio, agregó algo por lo cual no se le había preguntado: que el hecho ocurrió en una riña provocada por el acusado.

De lo anterior desprende el demandante que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del tribunal popular.

2º *Causal tercera.* "Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio".

Anota el apoderado del recurrente que de aceptarse la interpretación que el juzgador en derecho dio al veredicto de los jueces de conciencia, tal veredicto resultaría contradictorio, pues "la premeditación implica el propósito de dar muerte con ánimo frío y tranquilo, en forma

calculada para eludir con mayor seguridad las precauciones de la víctima, y la riña es una lucha súbita, en forma imprevista. En este caso, el procesado no pudo actuar simultáneamente con ánimo frío y también en riña".

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que los dos cargos que presenta el actor a través de las dos causales de casación citadas, no tienen comprobación y en consecuencia pide que se deseche el recurso.

La Corte habrá de referirse en seguida a los motivos aducidos por el demandante y el Ministerio Público para llegar a sus respectivas conclusiones.

Considera la Corte.

Está de acuerdo la Sala en que corresponde desechar el recurso de casación, como pide el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, pues evidentemente las tachas que el actor hace a la sentencia del Tribunal Superior de Tunja no están demostradas.

En efecto:

I. *Causal segunda.* Discordancia entre la sentencia y el veredicto.

Ninguna discordancia aparece entre la decisión del juzgador en derecho y la respuesta que el jurado dio al cuestionario en este proceso, en cuanto al recurrente Morales Villanueva, pues lo único que el tribunal popular no dio por cierto de la pregunta que le fue hecha fue lo relacionado con las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima. Agregaron sí los jueces de hecho, que la muerte de Pachón Blanco ocurrió en riña provocada por el sindicado.

Si al jurado se le preguntó si el recurrente era o no responsable de haber dado muerte, con intención de matar, al nombrado Pachón Blanco, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y "poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad", es obvio que al dar respuesta afirmativa admitieron que Morales Villanueva era responsable, en esas condiciones de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, pues expresamente no negaron la concurrencia de esta circunstancia especificadora de la responsabilidad. Y esto, porque en la respuesta que se dé al cuestionario quedan comprendidos todos los extremos contenidos en éste, si expresamente no se niega alguno o algunos de ellos.

Con toda razón anota el Ministerio Público que no "se produjo desacuerdo de la sentencia con el veredicto", pues la circunstancia de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos no fue rechazada por el jurado, ni cabe aceptar, como lo pretende el demandante, que los jueces de hecho sustituyeron esa circunstancia agravadora de la responsabilidad por la ocurrencia de una riña provocada por el sindicado.

Por no estar demostrado el cargo, no prospera la causal segunda de casación.

II. *Causal tercera.* Veredicto contradictorio.

Tampoco se tiene contradicción alguna en los términos del veredicto proferido por el jurado, en cuanto a la responsabilidad del recurrente en el delito de homicidio de que fue víctima Pachón Blanco.

Es cierto que el dolo de ímpetu propio del estado de ira, es incompatible con la premeditación, que implica, como lo observa el demandante, ánimo sereno para la mejor preparación del delito. Pero, si bien quien es provocado para que entre en riña con el provocador puede llegar a ese estado de ira, no corresponde aseverar lo mismo en cuanto a éste pues bien puede, dentro del frío y sereno cálculo de desarrollo del propósito delictivo, haber prospectado el agente la provocación de su parte para que la víctima se trabe en una riña para éste imprevista, dentro de la cual es la intención de aquél darle muerte a éste. Y ello, para buscar la apariencia de una eximente de la responsabilidad o de una circunstancia atenuadora de la misma (legítima defensa, riña imprevista), lo cual se aviene con lo que debe entenderse como preparación ponderada del delito, propia de la premeditación.

Con este particular, es del caso recordar que la Corte ha dicho que "la riña y la provocación no son una misma cosa. La provocación es la ofensa, la causa que genera el hecho de la riña. La riña es la pelea, la contienda, el intercambio de golpes entre dos o más personas. Quien se mezcla en una pelea, es porque es provocador o ha sido provocado. En tal caso el elemento provocación es la causa, el fulminante que determina el estallido de la ira" (G. J., t. LXIII, *página 435, sentencia de 27 de agosto de 1947 y otras).*

Luego, bien puede llegar el provocador de la riña en esa situación síquica que corresponde a la premeditación, como ya se dijo. Pues el estallido de la ira cabe ser aceptado, en todos los casos, en el provocado.

Y en el veredicto de que hace referencia, el jurado anota la ocurrencia de la riña, pero "provocada por el acusado".

De ahí que, igualmente, el Ministerio Público no encuentre contradicción alguna en los térmi-

nos del veredicto que se examina, y, que a ese respecto, anote:

"*...los argumentos del demandante procederían si se hiciera referencia y el jurado hubiera declarado que el acusado actuó en riña imprevista, lo que efectivamente supone algo súbito y sin meditación alguna. Pero si se dice que tal riña fue provocada por el acusado y que consecuentemente no existió la imprevisión, no se produce oposición alguna con relación a la premeditación, ya que aquélla fue la vía de que se valió el agente para suscitar el hecho y en relación con el cual había preparado los medios, como ocurrió en este caso*".

Como se había expresado, este cargo tampoco tiene demostración y la causal tercera no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

ERROR RELATIVO A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION POR QUE SE LLAMA A JUICIO

Es la época y no la fecha a la cual se refiere el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, octubre diez y ocho (18) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 45 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplido el trámite pertinente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de veintidós de enero último, por la cual impone al procesado José Conrado Murillo Osorio la pena principal de cuatro años de presidio, como responsable del delito de que se ocupa el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 17 de 1973 —almacenamiento de marihuana—.

Conoció en primera instancia el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales.

Hechos y trámite del negocio.

En la sentencia acusada se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"...en el informe que rinde el F-2, se dice que el primero de junio de mil novecientos setenta y cuatro, 'a las 17.20 hora', en la vereda de 'La Linda', camino de 'Piedra Azul', fueron aprehendidos Francisco y Roberto Emilio López Moreno, por cuanto al ser requisada su residencia fue 'encontrado un paquete de marihuana dentro de un colchón, en la pieza de la señora María Moreno de López, madre de los anteriores', habiendo dicho el primero de los nombrados, al ser interrogado, que 'él era el dueño de esa marihuana' y que la había comprado en el barrio 'Pío XII' a un señor de nombre Conrado Murillo, quien tiene un negocio de tienda y cantina en el citado barrio. Con este informe, los agentes se trasladaron al citado barrio, propiamente a la residencia de Murillo, en 'donde se practicó un registro minucioso en búsqueda de marihuana, y fue así como en los bajos de su residencia, en un zaguán que sale al solar, se encontró enterrado un porrón de vidrio lleno de marihuana, y al ser interrogado sobre la tenencia de la citada yerba, no quiso decir quién es el que lo surte de la misma' ".

Adelantado el sumario y calificado su mérito, dispuso el Juzgado Cuarto Penal del Circuito llamar a juicio al nombrado Murillo Osorio, por "almacenamiento de marihuana", de que trata la referida Ley 17 de 1973.

Concluido el juicio, se profirió la decisión condenatoria objeto del recurso de casación.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Propone el actor dos motivos de casación, así:

a) *Causal cuarta.* "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Estima el actor que se incurrió en la causal de nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 210 del C. de Procedimiento Penal, en razón de que la fecha señalada en el auto de proceder no corresponde a la del día de la ronda cumplida en la casa de Murillo Osorio.

Este cargo lo apoya el demandante de la siguiente manera:

"El auto de proceder dictado en contra de mi representado denominó jurídicamente la infracción en su parte resolutiva como almacenamiento de marihuana, de que trata la Ley 17 de 1973, hecho que tuvo ocurrencia, según el enjuiciatorio el primero de junio de 1974; el texto de la parte resolutiva del auto de proceder es del siguiente tenor: '...por las razones expuestas en la parte

motiva de esta providencia y por los trámites ordinarios, llámese a responder en juicio por el delito de almacenamiento de marihuana de que trata la Ley 17 de 1973, al sindicado José Conrado Murillo Osorio, de las condiciones civiles y personales anotadas al principio de esta providencia, hecho que tuvo ocurrencia en esta ciudad el día primero de junio del corriente año, y por estar satisfechas las exigencias del artículo 481 del C. de Procedimiento Penal...'.

"Pero, de acuerdo con las constancias procesales, mi defendido, el primero de junio del año pasado..." (1974) ..."no almacenaba la hierba, ni su casa había sido requisada...", aseveración que respalda con los datos del informe policivo que da cuenta de la ronda y con lo que refiere Murillo Osorio en la indagatoria.

"Se tiene como conclusión...", sigue diciendo el demandante... "que el primero de junio de 1974 fecha que según el auto de proceder, mi representado cometió el ilícito, ni siquiera mi poderdante había sido requisado, ni requisada su vivienda... En esa fecha y época se encontró marihuana en casa de los señores Francisco y Roberto Emilio López Moreno, y ya por la tarde, a las 17.20. En estas condiciones, en el auto de proceder se incurrió en un error relativo a la época en que se cometió la infracción y ello es causal de nulidad, de acuerdo con el artículo 210, ordinal 5º del C. de Procedimiento Penal".

b) *Causal primera.* "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Luego de expresar el demandante que "la sentencia es violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea y falta de apreciación de determinada prueba", aduce tres cargos, así:

1º Que se dejó de apreciar el testimonio rendido por Francisco López Moreno, quien rechaza la versión dada en el informe del F-2, sobre ser Murillo Osorio quien vendió la marihuana decomisada en la residencia de aquél, pues ese testigo expresa que "no conozco a ese señor...", refiriéndose al procesado recurrente.

2º Que se infringió el artículo 230 del C. de Procedimiento Penal, por cuanto en la sentencia acusada se tomó como prueba de la responsabilidad del recurrente el solo indicio de haber sido hallada, en los bajos de la casa ocupada por Murillo Osorio, la marihuana de que se ha hecho mención, sin tomar en cuenta que hasta quince días antes del hallazgo de tal marihuana esa parte de la casa estuvo ocupada por un individuo de nombre Oscar García, y de otra parte, ese sector de la residencia, no estaba amparado por cerca alguna, pudiendo cualquier persona llegar hasta allí.

3º Que no es indicio de responsabilidad el que el recurrente tenga antecedentes delictivos (violación de domicilio) y otras sindicaciones.

El Ministerio Público rechaza los cargos.

Considera la Corte.

Comparte la Corte el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, pues evidentemente las tachas que hace el demandante al fallo del Tribunal Superior de Manizales no tienen comprobación.

En efecto:

I. Causal cuarta.

No se tiene el motivo de nulidad de que trata el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con el error relativo a la época en que se cometió la infracción, por que se llama a juicio, pues si bien es cierto que la fecha mencionada en el auto de proceder proferido en este negocio no corresponde con la verdadera del día en el cual fue encontrada, en la casa de Murillo Osorio, la marihuana de que tratan estas diligencias, esa equivocación ninguna duda arroja sobre la época en que se cometió el ilícito, siendo a la época y no a la fecha a lo cual se refiere el citado ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Con razón observa el Ministerio Público lo siguiente, al ocuparse de este cargo:

"Ostensiblemente el señor demandante cae en confusión al interpretar el numeral 5º del artículo 210 de la ley procesal penal, pues identifica o iguala en su significado la época en que se pudo realizar el delito, con la fecha o día preciso en que se agotó. Y su error llama más la atención si se tiene en cuenta su insistencia en referirse a fecha o día preciso en que se dice en el enjuiciatorio fue decomisada la marihuana, cuando la causa de nulidad legal a que se alude habla únicamente de error con respecto a la época, siendo necio dar explicación alguna sobre la diferencia semántica de los vocablos día y época, pues que el primero, entre muchas acepciones que de él da la Real Academia de la Lengua, es 'tiempo que el sol emplea en dar aparentemente una vuelta alrededor de la tierra', siendo el segundo 'período de tiempo que señala por los

hechos históricos durante él acaecidos', o también 'temporada de considerable duración'...".

Y es ese el alcance que del motivo de nulidad examinado ha dado la Corte en varias providencias, las cuales menciona el Procurador Primero Delegado en lo Penal. En una de ellas (G. J., t, LXXXIII, *página 112, 1956) dice, en efecto, esta corporación: "No cabe sinonimia entre la palabra día y la voz época. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte; con la palabra época puede expresarse una temporada de considerable duración". Y en fallo publicado en la misma Gaceta Judicial (t.* LXXX, *página 528, 1965), se anota: "No es lo mismo —ha expresado la Corte— error en la época del delito que error en la fecha del mismo. El primer vocablo se emplea en su acepción corriente de 'período de tiempo que se señala por los hechos históricos durante él acaecidos, o 'por extensión cualquier espacio de tiempo'. Y fecha, en su significación corriente, equivale a la palabra latina* DATA *y es entonces 'la expresión del día, mes y año en que se ha verificado un suceso'. Pero la ley precisamente para evitar esa posible confusión entre fecha y día en que se realiza determinado suceso, que en muchas ocasiones puede ser de difícil señalamiento, usó la palabra época, para determinar el espacio de tiempo más o menos largo en el cual pueden tener ocurrencia ciertos actos de la vida humana; en contraposición a la fecha o tiempo concreto en que se realiza el hecho".*

El cargo, como se dijo, no aparece probado.

No prospera, en consecuencia, la causal cuarta de casación.

Causal primera.

Es manifiesta la deficiencia técnica del actor al proponer este motivo de casación, pues anuncia yerro del juzgador de segunda instancia, por interpretación errónea y, en cambio, los cargos se refieren a falta de estimación o supuesta estimación equivocada de algunos elementos de juicio.

En fin, que propone una supuesta violación directa de la ley sustantiva penal, por interpretación errónea y, en cambio, al formular los reparos que hace al fallo, se ocupa de supuesta violación indirecta de la ley sustancial, por yerro en la apreciación de las pruebas o supuesta falta de apreciación de las mismas.

Tiene, por tanto, fundamento el reparo que hace al demandante el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando observa:

"La técnica rectora del recurso extraordinario es desairada en forma ostensible por el señor demandante, lo que acusa desconocimiento de sus principios, razón más que poderosa que inhibe a la honorable Corte para estudiar a fondo los planteamientos que en la demanda se denominan como cargos, lo que da a tal escrito una fisonomía más propia de alegación de instancia, que libelo acusatorio en casación... Y no habiéndose individualizado el concepto de la violación a la ley sustancial, ni menos, obviamente, demostrado ni precisado con la claridad que le es propia el pensamiento del demandante, es imperativo el rechazo a los cargos...".

Como se dijo, la Corte comparte la conclusión a que llega el Ministerio Público y, por tanto, no tiene prosperidad la causal primera de casación invocada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el informativo a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA POR RAZON DE LA CONEXIDAD Y ACUMULACION

Tanto la competencia por conexidad como la competencia en general para conocer de un negocio, la adquiere el juez una vez que estén cumplidos los requisitos que la determinan, o sea la persona, la naturaleza del delito y el territorio en que se realiza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintitrés (23) de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 46.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el treinta (30) de enero del año en curso, por medio de la cual confirmó la de primera instancia, reformándola en el sentido de condenar a Marciano Elorza Córdoba a la pena principal de ciento doce meses de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de robo agravado.

Hechos.

Acertadamente se encuentran relacionados por el Tribunal Superior, así:

"José Arturo o José Antonio Eusse vigilaba, como celador un establecimiento denominado 'Estadero y Piscina Betty', en los alrededores de 'La Cruzada', jurisdicción de Remedios, cuyo propietario era el ciudadano luxemburgués René Marcelet.

"Al comenzar la noche del veintidós de agosto del año pasado, después de recibir instrucciones de su patrón y la suma de setenta pesos ($ 70), quedó solo; a las siete, aproximadamente, estuvo allí Orlando de J. Castrillón, en compañía de una dama y la familia de ésta, consumió golosinas y pronto se ausentaron.

"Al otro día, muy temprano, por informes de la menor Mercedes Vanegas Duque, el padre de ésta, Guillermo Vanegas, pudo percatarse que el cuerpo del celador yacía, en medio de una charca de sangre, cerca a la puerta de entrada del salón.

"Varias perforaciones causadas con arma de fuego en el cuerpo de la víctima fueron reconocidas más tarde por los peritos médicos, y éstos dijeron que la muerte había sobrevenido como consecuencia necesaria de una de esas lesiones.

"Al examen del cadáver, entre otras cosas, fueron encontrados cincuenta y dos pesos ($ 52) en los bolsillos; el patrono del occiso dice haber encontrado la suma de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) que correspondían, parte a lo que él dejó, parte a lo vendido antes de recibir muerte, según relación escrita dejada con el dinero.

"Del establecimiento, según lo manifiesta el dueño, se sustrajeron una radiola semi-portátil y una buena cantidad de rancho, cigarrillos y algún licor".

Actuación procesal.

Clausurada la investigación y oído el concepto del Agente del Ministerio Público, se calificó el mérito del sumario por el Juzgado Primero Superior de Medellín en providencia mediante la cual se llamó a juicio a Marciano Elorza Córdoba, por el delito agravado de homicidio y el de robo también agravado y se sobreseyó definitivamente en favor de algunos sindicados y temporalmente en favor de otros.

El procesado Elorza Córdoba interpuso apelación contra el auto de vocación a juicio y el recurso lo desató el Tribunal, confirmando el proveído impugnado, con la adición de extender el decreto de sobreseimiento definitivo que favorecía a algunos de los indagados a otro de ellos

cuya situación jurídico-penal no se había definido.

Abierto el juicio a pruebas, se practicaron algunas, y en la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado de conciencia las siguientes cuestiones:

"*Cuestión primera.*

"Señores del jurado.

"¿El acusado Marciano Elorza Córdoba (a. Chano), de las condiciones civiles conocidas en el proceso, es responsable sí o NO, de haber herido intencionalmente, con el propósito de matar, al señor José Antonio Eusse, con arma de fuego (al parecer pistola o revólver), para preparar, facilitar o consumar el delito de robo, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, lesiones que produjeron la muerte como consecuencia natural y directa, mediante hechos ocurridos así: las lesiones entre los días veintidós (22) y veintitrés (23) de agosto de mil novecientos setenta y dos (1972), en el estadero piscina denominado 'Betty', situado en el paraje 'Manzanillo', perteneciente al Municipio de Remedios y el deceso en el mismo establecimiento?

"Medellín, octubre 9 de 1974.

"*Cuestión segunda.*

Señores del Jurado:

"¿El acusado Marciano Elorza Córdoba (a. Chano) de las condiciones civiles conocidas en el proceso es responsable SÍ o NO de haberse apoderado, mediante violencia y amenazas a las personas, con ánimo de lucro y sin el consentimiento de su dueño, colocando al señor José Antonio Eusse en imposibilidad de obrar, de objetos pertenecientes al estadero piscina 'Betty'', avaluados en la suma de cinco mil ochocientos cincuenta y cinco pesos ($ 5.855), mediante hechos ocurridos entre los días veintidós y veintitrés de agosto de mil novecientos setenta y dos en el paraje 'Manzanillo', perteneciente al Municipio de Remedios?

"Medellín, octubre 9 de 1974" (folio 279).

A la primera cuestión respondió el tribunal popular así: "No es responsable por falta de plena prueba". Y a la segunda de este modo: "Es copartícipe del robo".

Con fundamento en tales veredicciones se dictaron los fallos de primera y segunda instancia, con acogimiento del veredicto absolutorio para el homicidio agravado y del condenatorio para el robo.

La demanda de casación.

A la sentencia impugnada le formula el demandante, al amparo de la causal cuarta del artículo 580 del C. de P. P., cuatro cargos, y uno dentro de la órbita de la causal primera ibídem.

Causal cuarta.

Primer cargo.

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se condenó al procesado Marciano Elorza Córdoba, fue dictada en un proceso viciado de nulidad procedimental prevista en el ordinal 1º del artículo 210 denominada incompetencia del juez...

"El procedimiento a seguir en este proceso ha debido ser el siguiente:

"Obtenido el veredicto del jurado en la forma como fueron respondidos los cuestionarios propuestos y conocidas las respuestas emitidas por los jurados, acoger el veredicto absolutorio por el delito de homicidio y dictar sentencia absolutoria tal como se hizo por el a quo y por el a quem (sic), pero como el cuestionario atinente al delito de robo la respuesta había sido afirmativa de la responsabilidad del procesado, una vez surtida la consulta ante el honorable Tribunal Superior remitirse el expediente al señor Juez Promiscuo Municipal de Remedios para que dictara la sentencia de primera instancia y la consultara ante el señor Juez Penal del Circuito respectivo. Como se omitió seguir este procedimiento, se violó el artículo 37 del C. de P. P. que le asigna la competencia para conocer del delito de robo en la cuantía establecida al señor Juez Municipal, y se quebrantó la legalidad de la jurisdicción al pretermitirse la primera instancia, ya que el señor Juez Superior carece de competencia para conocer y fallar el delito contra la propiedad en la cuantía de $ 5.855.00, pues habiendo desaparecido la conexidad de los delitos, resulta inaplicable el artículo 39 del C. de P. P. que le atribuye competencia al Juez Superior para adelantar el trámite del proceso hasta culminar con fallo de primer grado. Señalo como norma violada el ordinal 1º del artículo 210 del C. de P. P., denominada incompetencia del juez. También se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional en su previsión de falta de legalidad de la jurisdicción".

Segundo cargo.

"La sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional en su previsión de aplicación de la ley más favorable al procesado...

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual se condenó al procesado Mariano (sic) Elorza Córdoba a purgar la pena de ciento doce meses de presidio, por cuanto que a su caso se aplicó el Decreto 1988 de 1971, después de haber expirado su vigencia y que para el caso, no tenía carácter ultraactivo, ni se podía aplicar la Ley 21 de 1973, a un caso ocurrido antes de su promulgación. Dejó de aplicarse en la sentencia dictada por el honorable Tribunal sentenciador el artículo 404 del Código Penal que había recobrado nueva vida jurídica y por ser norma más favorable a los intereses del procesado.

"Se violó el canon constitucional en su forma de falta de aplicación de la ley permisiva o favorable de aplicación de la ley preexistente que gobierna el juzgamiento".

Tercer cargo.

"La sentencia dictada por el honorable Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condenó al procesado recurrente Mariano (sic) Elorza Córdoba, fue dictada en un proceso viciado de nulidad supralegal por ausencia de la plenitud de formas propias del juicio, violándose en esa forma el artículo 26 de la Constitución Política...".

Y es que, según el demandante, la prueba tenida en cuenta por el ad quem para confirmar el auto de vocación a juicio "no alcanza a configurar los varios indicios graves, previstos y concordantes que imperiosamente exige el artículo 481 del C. de P. P. para dictar en contra de un procesado el auto de proceder". Luego critica el censor los elementos de certeza, de índole indiciaria, evaluados por los falladores de grado como fundamento del proveído enjuiciatorio, para concluir negándoles todo valor, pues "se les dio una errónea interpretación por parte del juzgador de segunda instancia al dictar el auto de proceder, a algunas circunstancias que no se podían elevar a la categoría de indicios graves...".

Prosigue el demandante diciendo: "El jurado de conciencia exoneró al procesado Marciano Elorza Córdoba del delito de homicidio agravado. Ante esa realidad procesal, resulta por lo menos injusto que se le llame a juicio por el delito de robo calificado porque siendo los elementos constitutivos del delito de homicidio agravado los que se tuvieron en cuenta para calificar el delito contra la propiedad como robo agravado, desaparece esta modalidad criminosa para dar campo a otro delito, como el hurto, abuso de confianza o reducir, pero nunca como autor del robo agravado, pues si fue declarado inocente del delito de homicidio, no se le puede responsabilizar del otro delito por cuanto desaparecen todos los elementos tipificadores del delito de robo por el cual fue declarado responsable por el jurado".

Al no estar demostrada la responsabilidad del encausado por el delito de robo —concluye el actor—, "entonces surge la nulidad del auto de procesatorio (sic) por comisión (sic) de la prueba exigida por el artículo 481 del C. de P. P., para dictar auto de llamamiento a juicio, en razón de que los indicios analizados no están revestidos de la calidad de graves, precisos y concordantes para poder fundamentar sobre este medio de prueba un proveído encausatorio. Al incluir en el auto de proceder las circunstancias conocidas que especifiquen el hecho criminoso, tal como ordena el numeral 3º del artículo 483 del C. de P. P., se violó el sistema procesal en menoscabo del derecho de defensa del procesado".

Cuarto cargo.

"Impugno la sentencia proferida por el honorable Tribunal sentenciador de Medellín, en razón de que las pruebas decretadas por el señor Juez del conocimiento, encaminadas a demostrar la completa ausencia de su responsabilidad del procesado Marciano Elorza Córdoba en el delito materia del juzgamiento, y que el mismo Tribunal acepta a folios 205 que no se practicaron, a pesar de que previamente había sido decretada por el Juez calificador. Estimo que la norma quebrantada fue el artículo 26 de la Constitución Nacional en su modalidad o previsión de falta de observancia de la plenitud de formas propias del juicio penal.

"Como los cargos formulados a la sentencia acusada son sobre la base de la nulidad del proceso, considero conveniente recordar la sentencia de la honorable Corte sobre la nulidad del proceso penal sobre la base del artículo 26 de la Constitución Política, de fecha 4 de diciembre de 1974, acta número 49, en la que se dijo 'en presencia de una nulidad de carácter manifiesto, cuya evidencia excuse su demostración, no puede la Corte dejar de casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento...".

Causal primera.

Cargo único.

Dice el demandante que invoca la causal primera de casación "prevista en el artículo 580 del C. de P. P.", por ser "la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. En el caso de Marciano Elorza Córdoba, el Tribunal sentenciador aplicó indebidamente la ley sustancial por violación indirecta de la misma".

"Careciendo del valor probatorio de indicios graves los hechos analizados por el honorable Tribunal como indicios graves y necesarios en las consideraciones visibles a folios 204 del expediente, se tiene que el error de derecho en que incurrió el honorable Tribunal sentenciador fue el de haberle atribuido el valor de plena prueba a diversas circunstancias no elevadas a la categoría de indicios graves, violando por *error de derecho* el artículo 404 del C. Penal, y el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 y el Decreto 1988 de 1971, y la Ley 21 de 1973, por haberle impuesto al procesado la pena de ciento doce meses de presidio por el delito de robo.

"También resulta inaplicable al caso del procesado condenado el artículo 36 del C. Penal por cuanto que no estando demostrada su responsabilidad en la comisión del delito de robo, las circunstancias de mayor peligrosidad analizadas por el sentenciador no tienen aplicación al caso puesto que el aumento de dos años resulta excesivo.

"Al aplicar el aumento de veintiocho meses de presidio por la primera reincidencia, el honorable Tribunal sentenciador violó en forma directa el artículo 36 del C. Penal, violación en que se incurrió en forma directa por error de derecho. Pues en la primera sentencia cuyas copias obran dentro del proceso se dice que no es peligroso para la sociedad y que por tal motivo se le concede la condena condicional, circunstancias éstas que no fueron tenidas en cuenta en la sentencia objeto de la presente impugnación; motivo por el cual se violó el artículo 36 del C. de P. P. (sic), violación que tiene carácter de violación directa de la ley".

Termina su alegación el actor solicitando la invalidación del fallo acusado, "para que se dé en su lugar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 583, numeral 1º".

Concepto de la Procuraduría.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal pide que se deseche el recurso por la inanidad de los cargos que se hacen a la sentencia.

La Sala aprovechará algunos aportes del Ministerio Público.

Consideraciones de la Corte.

Causal cuarta.

Primer cargo.

Sería suficiente para rechazar este cargo citar el texto del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, que es de claridad meridiana, y cuyo tenor es el siguiente:

"Competencia por razón de la conexidad y acumulación. *Cuando en un mismo proceso deban investigarse y fallarse varios delitos sometidos a diversas competencias conocerá de él, hasta su terminación, el juez de mayor jerarquía. Si uno de los delitos está sometido al veredicto del jurado y el otro u otros no lo están, se seguirá el trámite que corresponde a aquél...*".

Mas, para mayor abundamiento, la Sala transcribe a continuación la parte pertinente de la sentencia de casación proferida por ella el 28 de noviembre de 1952 y cuyo pronunciamiento jurisprudencial ha repetido esta corporación infatigablemente:

"...tanto la competencia por conexidad como la competencia en general para conocer de un negocio, la adquiere el juez una vez que están cumplidos los requisitos que la determinan, o sea la persona, la naturaleza del delito y el territorio en que se realiza. Y adquirida la competencia, el Juez del conocimiento tiene potestad legal para pronunciarse sobre todos los actos jurisdiccionales que demande el desarrollo de la acción penal, hasta poner fin al proceso con la sentencia definitiva, sin que los resultados positivos o negativos de los hechos y los concernientes a la responsabilidad del autor o partícipe, o cualquier otra contingencia surgida en el curso del asunto, menoscaben en nada los poderes del funcionario competente. Esto es una pura consecuencia del principio de la indivisibilidad de la acción penal y de la jurisdicción, y de la unidad del proceso que, como conjunto que es de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, tiene que terminar mediante un fallo emanado del Juez competente.

"En virtud de esto, el funcionario del conocimiento puede condenar por un delito y absolver por otros de los que han sido materia de la conexidad, sin que el presupuesto de la competencia se destruya, ya que una cosa es la jurisdicción, y otra, muy distinta, los problemas jurídicos que haya de resolver el Juez con base en las pruebas allegadas, en las resoluciones de

los jurados, según el caso, y en las alegaciones de las partes. O, hablando con más claridad, no se debe confundir lo relativo a la jurisdicción y competencia con las facultades que éstas otorgan al Juez para fallar de acuerdo con lo demostrado en los autos.

"*Por eso se observa con frecuencia en los Juzgados Superiores que, enjuiciado un sujeto por homicidio y lesiones personales, por ejemplo, el jurado niega la responsabilidad por el primer delito, y la acepta en el segundo. Pues bien: el Juez absuelve al acusado por homicidio y lo condena por lesiones, aunque de éstas corresponda conocer generalmente a otros funcionarios. Y en ello no hay irregularidad alguna, puesto que la competencia se fijó en el Juez Superior por razón del vínculo de conexidad entre ambos delitos, y ese vínculo era, precisamente, el que le daba poder jurisdiccional, a través de todo el proceso, para resolver sobre cada una de las infracciones* su júdice". *(G. J., t.* LXXIII, *pág. 811).*

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Para dar respuesta a este cargo basta transcribir lo que expuso esta Sala por mayoría en sentencia de 11 de abril último y que dice así:

"Ciertamente que habiéndose dictado la Ley 21 de 1973 en estado de sitio y disponiendo ella que entraría a regir desde la fecha de su promulgación, en ningún momento volvió a surtir efectos el artículo 404 del C. P., suspendido en virtud del Decreto 1988 de 1971, siendo así que la referida ley reprodujo integralmente lo dispuesto por éste en lo que respeta a la penalidad para el delito de robo. No hubo, como expresa el Procurador, solución de continuidad entre la norma extraordinaria y la ordinaria. Por consiguiente, no opera el principio de la favorabilidad".

Ratificando y desarrollando estos principios, la Sala, en sentencia de 21 de julio del año en curso, expresó:

"El Decreto extraordinario 1988 se dictó el 9 de octubre de 1971 y con él, el legislador extraordinario *suspendió* normas del Código Penal en cuanto a la graduación de las penas mínimas previstas en él, para el delito de robo simple y para el circunstanciado. Luego se dictó la Ley 21 de 1973 hallándose el país en estado de sitio, o sea el 3 de diciembre, con vigencia el 12 del mismo mes y año, con la cualidad de esta ley, de no limitarse a la *suspensión* de las normas del Código Penal, como lo disponía el decreto legislativo, sino que expresamente las *derogó*.

"Entonces, se demanda: ¿era incompatible la Ley 21 de 1973 con la eficacia de las medidas sobre orden público tomadas por el ejecutivo a través del Decreto 1988 de 1971, siendo que la ley recogió en su articulado, substancialmente, la materia que contenía el decreto? Seguramente que no, porque, además, como lo recuerda el Procurador la ley reprodujo *in integrum* el texto del decreto, y en el tema que es materia de controversia, en nada se apartó de su espíritu y de su finalidad.

"Pero como no es jurídicamente posible la coexistencia, en el tiempo, de dos normas (el decreto y la ley), que regulen una misma materia, y por lo mismo, menos la de tres (el decreto, la ley y el código), es incuestionable, para evitar este caos jurídico que implica dicha coexistencia, que solamente una norma viniera a regular la situación jurídica que interesa, y esa norma no podía ser otra que la contenida en la ley, que expresamente derogaba las *suspendidas* del código.

"De suerte tal, que al igual que cualquiera otra ley ordinaria dictada durante el estado de sitio, que no sea incompatible con las medidas que el Gobierno hubiese tomado para su conservación, la Ley 21 de 1973 nació a la vida jurídica con plena validez y su vigencia, para los efectos legales que aquí importan, comenzó precisamente en la fecha predeterminada por la misma. Y es clara su ninguna incompatibilidad con las medidas gubernamentales encaminadas a la conservación del orden público, si como se ve, por la simple lectura de su articulado, reprodujo literalmente el texto del decreto legislativo en la parte que es materia de controversia.

"Entonces, siguiendo el orden cronológico de la producción de las diversas normas, se tiene que el Decreto extraordinario 1988 comenzó a regir el día en que fue dictado (9 de octubre de 1971) y su vigencia se prolongó hasta la fecha en que se levantó el estado de sitio (diciembre 29 de 1973), fecha en que dejó de producir efectos jurídicos (artículo 121 de la Constitución), en todo aquello que no hubiera sido recogido por una disposición de carácter permanente, para el caso, la Ley 21 de 1973 que *derogó* las normas del Código Penal que estaban suspendidas desde el 9 de octubre de 1971.

"De consiguiente, si las normas del Código Penal estaban suspendidas, o sea, no tenían eficacia jurídica, no producían ningún efecto legal, y estando en esa situación fueron *derogadas* por la ley, ¿en qué momento volvieron a nacer a la vida jurídica, siendo que tanto la suspensión como la derogación implican, como se ha dicho, la eliminación plena de sus efectos jurídicos?

"Todo lo anterior basta a significar que no es factible que se pueda sostener la tesis de la sucesión de leyes penales y que por lo mismo se sostenga que hubo violación de derechos reconocidos por la ley y la Constitución a los procesados. Es evidente que no existió solución de continuidad entre el Decreto 1988 que suspendió las normas del Código Penal y la Ley 21 que las derogó cuando estaban suspendidas...

"Para que se pueda plantear la aplicación del principio de favorabilidad de una ley, que implica excepción al de retroactividad, es necesario, como presupuesto lógico que exista diferencia de tratamiento jurídico entre una ley —la más favorable— y otra, que resulta en la práctica más onerosa para los intereses del procesado, situación que no se presenta puesto que en el caso existe identidad plena entre el contenido de las disposiciones del Decreto 1988 de 1971 y los de la Ley 21 de 1973, sin que, de otra parte, y como ya se anotó, pueda aducirse válidamente el resurgimiento de las del Código Penal, que fueron expresamente derogadas por la ley cuando se hallaban suspendidas por el decreto de estado de sitio".

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Tercer cargo.

Para responder este cargo, la Sala transcribe a continuación lo pertinente del concepto del Ministerio Público, por estimarlo ajustado a derecho y a la realidad procesal:

"El actor levanta el cargo sobre la inadmisible controversia evaluativa de la prueba seleccionada en las instancias para calificar el mérito del sumario, enfrentando su personal criterio de valoración de ella a la que dieron el Juez de la causa y el honorable Tribunal Superior, expuestos con claridad meridiana en las respectivas providencias enjuiciatorias.

"Ni ambigüedad, ni anfibología sobre la concreción de los cargos y sobre la denominación jurídica de las infracciones, se detectan en el vocatorio a juicio, oír circunstancias que conminaría con la sanción anulatoria este pronunciamiento jurisprudencial, uno de los de más respetable alcurnia en el proceso. La sentencia de la honorable Sala de Casación Penal a la cual pertenecen los acápites transcritos como refuerzo para la demostración del cargo, por cierto no interpretado su espíritu correctamente por el actor, fijó los parámetros que han de guiar al calificador del mérito del sumario para elaborar la demanda de cargos contra el procesado, respetados a plenitud, en el caso a estudio por los enjuiciadores. La potestad con que está revestido el Juez para hacer a los elementos de certeza disponibles en el sumario la crítica pertinente y darles la fuerza demostrativa propia, no puede ser puesta en tela de juicio y, por ende, desconocida por el crítico demandante, cuando ella fue activada para su funcionalidad normal por los mecanismos legales. De ahí la razón que ha acompañado a la honorable Corte para repetir que no es el enfrentamiento del criterio valorativo del demandante con el del sentenciador lo que se ha de tener en cuenta para dar recibimiento a la censura, sino la demostración, a cabalidad, de que la prueba sufrió lesión grave, ya en su asunción al proceso, o bien en su apreciación, al no haber sido producida o considerada con arraigo a los ordenamientos legales que la disciplinan.

"No se debe dejar pasar inapercibido (sic) el curioso planteamiento del señor demandante sobre que si 'el jurado de conciencia exoneró al procesado Marciano Elorza Córdoba del delito de homicidio agravado, ante esa realidad procesal resulta por lo menos injusto que se le llame a juicio por el delito de robo calificado porque siendo los elementos constitutivos del delito de homicidio agravado los que se tuvieron en cuenta para calificar el delito contra la propiedad como robo agravado, desaparece esta modalidad criminosa para dar campo a otro delito...' Tan oscuro e ilógico razonamiento es obstáculo para cualquier pronunciamiento al respecto, toda vez que hay que presumir que el actor sabe que la absolución o exoneración de responsabilidad para el cargo se produce con posterioridad al enjuiciamiento, lo que hace inexplicable el reclamo de la injusticia cometida contra el condenado Elorza por haberse llamado a juicio por el delito de robo, cuando él fue exonerado de responsabilidad por el de homicidio agravado. Necio es decirlo, que al momento de obligársele a comparecer a juicio por el delito contra la propiedad, aún no había sido decidida su responsabilidad por el otro punible, pues que ambas comprometían su responsabilidad para el instante del juzgamiento".

Por tanto, se rechaza el cargo.

Cuarto cargo.

La Corte ha dicho reiteradas veces que cuando se ejerce el derecho de defensa al amparo de la tutela constitucional, la demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales que consagra el artículo 26 de la Carta fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación y demostrarla, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede hacer la Corte, supliendo los vacíos del libelo, es efectuar diversidad de

apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla. Esa subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reitegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo, su aceptación solo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico...". (C. S. J., casación de 6 de marzo de 1970).

En el caso *sub júdice*, el actor asevera que "la norma quebrantada fue el artículo 26 de la Constitución Nacional en su modalidad o previsión de falta de observancia de la plenitud de formas propias del juicio penal"; mas no puntualiza el concepto de la violación, ni mucho menos la demuestra. Además, como observa el Procurador, el demandante está obligado a demostrar la relevancia jurídica de la prueba omitida, "más precisamente, de la incidencia que tal prueba habría producido, de practicarse, sobre la sentencia, cambiando los resultados adversos de ella, circunstancia, justamente, no comprobada por el censor en el caso sub examine, pues únicamente él afirma que las pruebas no realizadas estaban 'encaminadas a demostrar la completa ausencia de la responsabilidad del procesado...', sin haber completado su razonamiento con la demostración de lo afirmado".

Debe, por consiguiente, rechazarse el cargo.

Causal primera.

Cargo único.

Según reiteradas enseñanzas de la Corte, conforme a la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 580 del C. de P. P. —invocada por el actor—, el quebranto de la ley sustancial puede ser directo o indirecto. El primero se presenta cuando en la sentencia recurrida se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (la infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de violación directa de la ley, el recurrente que alega este quebranto en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o controvierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente el escogimiento de la norma hecho por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

La violación indirecta de la ley sustancial se da cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente en el sentido de demostrar que el Tribunal ha incurrido en error de derecho, o de hecho que aparezca ostensible y notorio en los autos. Trátase, por consiguiente, de una técnica precisa, establecida por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la ley sustancial se refiere el apartado primero del ordinal primero del citado artículo 580. Quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad, por ende, con los hechos tal como se hallan configurados en el fallo objeto de la censura, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando solo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el apartado segundo del referido ordinal. En esta infracción, el actor rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho, o de hecho que aparezca de modo manifiesto, en la estimación del acervo probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

Como lo ha dicho la Corte numerosísimas veces, es grave error, por tanto, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —según se ha expresado— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio ámbito de desarrollo, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin llevarse de calle el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como que no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley al amparo de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es con-

trario a la técnica y a los principios que rectoran la casación.

De ahí, pues, que en el caso *sub júdice,* al decir el demandante que la sentencia criticada "es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", al mismo tiempo que "el Tribunal sentenciador aplicó indebidamente la ley sustancial por violación indirecta de la misma", hace un planteamiento contradictorio, porque cuando se impugna un fallo por violación directa de la norma, se acogen explícita o implícitamente los supuestos de hecho de la decisión y los criterios del fallador respecto de la prueba, lo que no acontece cuando se propone la infracción indirecta, en la que se controvierten cabalmente las premisas factuales de la sentencia o se hace una estimación de la prueba con elementos opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo censurado.

En fin, no es procedente aducir la infracción indirecta en los juicios de competencia de los jueces superiors en que interviene el jurado y en los de Consejo Verbal de Guerra, en los cuales el fallo se tiene que dictar en consonancia con el veredicto, es decir, acogiendo la calificación que en conciencia den los jurados o vocales a los hechos sobre los que versare el debate.

Y es que, como lo ha sustentado la Corte reiteradamente (casación de 22 de agosto de 1969, de 6 de octubre de 1971, de 24 de febrero de 1972 y de 26 de junio del año en curso, entre otras), en la clase de juicios últimamente citados, los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas, según íntimo o moral convencimiento, y con su veredicción precluye la controversia sobre las mismas. Solo en el caso de que el veredicto sea manifiestamente contrario a la evidencia de los hechos probados, pueden los juzgadores de las instancias declararlo así y ordenar la convocatoria de un nuevo jurado o un nuevo Consejo Verbal de Guerra, cuyo dictamen es definitivo. Tal declaración es privativa de los falladores de las instancias y no puede, por tanto, plantearse al través del recurso de casación, que no genera una nueva instancia y que tiene que ser ejercitado sobre los precisos motivos consagrados al efecto en la ley, entre los cuales no figura la injusticia notoria del veredicto (artículo 580 del C. de P. P.).

Tampoco prospera este cargo.

De lo expuesto se colige que debe desecharse el recurso, de acuerdo con el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SUCESION DE LEYES PENALES

Se presenta solamente cuando entre una y otra ley existe diversidad de tratamiento sin que se presente la hipótesis de nueva incriminación o de abolición precedente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 46 de 23 de octubre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Federico Estrada Vélez).

Vistos:

Agotados como están los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado por el defensor de los imputados Rosendo Lozano Cardoso, Jorge Eliécer Torres Peña y Evelio Ortigoza contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 5 de marzo de 1975, por medio de la cual confirmó la pronunciada por el Juzgado Quinto Penal de la misma ciudad, con la modificación consistente en imponer a cada uno de los procesados la pena principal de ochenta y cuatro meses de presidio, en lugar de los cinco años con que habían sido sentenciados en primera instancia, como responsables del delito de secuestro.

Hechos.

El martes 7 de diciembre de 1971, cuando Ismael Díaz Gaitán se dirigía en un vehículo de su propiedad, conducido por Gilberto Solórzano hacia la hacienda "San Blas", situada en la vereda "Montecillo" del Municipio de Colombia, Departamento del Huila, fue violentamente interceptado por cuatro sujetos, dos de los cuales lo amenazaron con armas de fuego, y luego de conducirlo a un lugar cercano, lo dejaron allí privado de su libertad, mientras dejaban regresar a Solórzano con el encargo de dar aviso a los familiares de Díaz Gaitán del hecho que acababa de suceder. Mediante gestiones realizadas por su hijo, Ismael Díaz Lozano, cinco días después el secuestrado fue puesto en libertad no sin que antes hubiera tenido que pagar a los delincuentes la suma de trescientos mil pesos, parte de la cual fue concedida en préstamo por el Banco Ganadero de Neiva, cuyo gerente marcó los billetes con tinta visible solamente con luz ultravioleta.

Actuación procesal.

Inició la investigación el Juez 35 de Instrucción Penal Militar de Neiva, quien decretó la detención preventiva de los sindicados, y cuando la consideró perfecta, ordenó enviarla al Comando de la Novena Brigada. Mediante Resolución número 010, de mayo 29 de 1972, se ordenó la convocatoria de un Consejo Verbal de Guerra para juzgar a los imputados "por el delito de secuestro de que trata el Libro 2º, Título IX, Capítulo I, artículo 293 del Código Penal, modificado por el artículo 3º del Decreto 1988 de 9 de octubre de 1971". Realizado el juzgamiento militar, Evelio Ortigoza y Jorge Eliécer Torres Peña, fueron condenados a la pena principal de diez años de presidio, y Rosendo Lozano Cardoso y Ciro Peña, a nueve años cada uno. Recurrido el fallo por los condenados, el Tribunal Superior Militar decretó la nulidad de la actuación, pues "se incurrió en violación del artículo 576 del Código de Justicia Penal Militar...", y dispuso que el proceso regresara al juez de primera instancia. Convocado un nuevo Consejo Verbal de Guerra, por los delitos de secuestro y extorsión, los sindicados fueron absueltos por la extorsión y condenados por secuestro, lo que motivó la declaratoria de contraevidencia de los veredictos absolutorios.

Cuando el expediente se hallaba en el Tribunal Superior Militar en virtud de recurso de apelación, se levantó el estado de sitio y la Justicia Penal Militar perdió su competencia en este

asunto, por lo que ordenó enviar el proceso al Tribunal Superior de Neiva, corporación que declaró la nulidad de la actuación procesal a partir de la resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra, inclusive, y ordenó pasar el proceso al Juez del Circuito Penal de Neiva. Repartido que fue, le correspondió al Juez Quinto Penal del Circuito quien al calificar el mérito del sumario, resolvió:

"Primero. *Llamar a responder en causa criminal* como en efecto lo hace por los trámites ordinarios a Rosendo Lozano Cardoso, hijo de Epifanio Lozano y Tulia Rosa Cardoso, natural y vecino de San Marcos, de la jurisdicción del Municipio de Colombia (Huila), de estado civil soltero, de profesión jornalero, alfabeta, por el delito de 'secuestro' que define y sanciona con pena de presidio el Título XI, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 16 de 1969".

Exactamente en los mismos términos se llama a responder en juicio, por el mismo delito, a Jorge Eliécer Torres Peña, Ciro Peña y Evelio Ortigoza.

Realizada la audiencia pública, el Juzgado impuso a cada uno de los imputados la pena principal de cinco años de presidio, la que fue aumentada a siete por el Tribunal Superior, al revisar la sentencia por vía de consulta.

La demanda de casación.

Tres cargos, ubicados dentro de otras tantas causales de las previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, invoca el actor para acusar la sentencia, así:

Primer cargo.

Elaborado en el marco de la causal cuarta, por ser la sentencia, en sentir del recurrente, "violatoria de la Constitución Nacional, más exactamente del artículo 26 de la Carta Magna", se concreta, al parecer, en el quebrantamiento de la garantía del juzgamiento conforme a leyes preexistentes, pues, "sin lugar a duda alguna, el sentenciador de segunda instancia impuso una pena que consagra una disposición legal que no estaba vigente para la fecha en que se cometió el delito".

Y para fundamentar el cargo, sostiene:

"La situación en este sentido es muy clara: no podía el funcionario aplicar el artículo 4º de la Ley 21 de 1973, como que dicha disposición no era la vigente para la fecha en que los hechos tuvieron lugar.

"Por otra parte, no podía aplicar el Decreto 1988 de 1971, que estaba en vigencia cuando los hechos tuvieron lugar, como que dicha disposición no podía tener operancia sino durante el tiempo en que durara el estado de sitio.

"El Tribunal pretende sostener que, por una parte, la pena entre estas dos últimas disposiciones es la misma, y que, además, no podía aplicarse el artículo de la Ley 16 de 1969 porque no existió solución de continuidad".

Finalmente, arguye:

"Claro está que al expedirse la Ley 21 de 1973, quedaban sin vigencia, tanto las normas transitorias de estado de sitio, como las que estaban suspendidas, pero de conformidad con el principio de favorabilidad, para hechos ocurridos con anterioridad a la fecha del tránsito legislativo, obviamente debería aplicarse la norma vigente para la fecha en que los hechos tuvieron lugar, esto es, la Ley 16 de 1969, en su artículo 13 para el caso concreto".

Segundo cargo.

Planteado en forma subsidiaria bajo el amparo de la causal segunda del artículo 580, por no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder.

Sostiene el actor que el juzgador de primera instancia aceptó los argumentos de la defensa, y en consecuencia, el auto de vocación a juicio determinó que "la norma aplicable lo era el artículo 13 de la Ley 16 de 1969", decisión que quedó en firme. En desarrollo de ese acto procesal, la labor defensiva se dirigió hacia el análisis de la norma mencionada, pero el Tribunal "tomó por el camino de aplicar una norma más gravosa para los sindicados y que no se había considerado como violada en el auto enjuiciatorio, esto es, el artículo 4º de la Ley 21 de 1975".

Agrega que:

"...es necesario llamar la atención de la honorable Corte Suprema de Justicia en el sentido de que no se trata en la norma que aplicó el Tribunal, de la misma disposición o del mismo tipo penal de que trata la Ley 16 de 1969 que había sido aplicada por el Juez de primera instancia, sino que se trata de dos figuras diversas, como que la segunda, es decir, la aplicada por el Tribunal tiene un mínimo superior a aquélla, además de algunas circunstancias específicas que no contempla la Ley 21 de 1973".

Tercer cargo.

En el ámbito de la causal primera y con la misma argumentación expuesta para sustentar la primera censura, desarrolla el impugnante el ataque contra la sentencia, "dentro de una mejor técnica jurídica", por ser, en su sentir, "violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida", pues "se aplicó la Ley 21 de 1973, a una situación que no debe ser regulada por ella y porque, además, se dejó de aplicar el artículo 26 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Ley 16 de 1969". Reitera la acusación contra la sentencia por ser violatoria del artículo 26 de la Carta, que no se aplicó, lo mismo que del artículo 13 de la Ley 16 de 1969, "que también se dejó de aplicar, como se dejó consignado en el capítulo primero, cuyos razonamientos pido a la honorable Corte se digne tener en cuenta".

El Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del recurrente, y solicita a la Corte "rechazar la demanda a estudio; y ordenar la devolución del expediente al Tribunal de origen", con razones a las que se referirá la Sala en su oportunidad.

Consideraciones.

Causal primera.

I. Tal como lo anota el Procurador, no es explícito el demandante en la referencia al complejo institucional que tutela el artículo 26 de la Carta Política, pues aunque parece indicar que el quebrantamiento del precepto anotado dimana de la inobservancia de la ley preexistente a la comisión del delito, no menciona específicamente, como lo exige la reiterada doctrina de la Corte sobre el particular, cuál de las garantías considera violada.

II. También ha sostenido repetidamente esta corporación, que la censura fundada en la indebida aplicación de la ley penal, aunque en la demanda se hable de nulidad constitucional, no puede formularse en el ámbito de la causal cuarta de casación, sino con invocación del apartado primero del numeral 1º del artículo 580, pues es aquí donde, de conformidad con la técnica propia del recurso, despliega plena eficacia el ataque levantado sobre la violación directa de la ley sustancial.

III. La aplicación del artículo 4º de la Ley 21 de 1973 en la sentencia censurada, es correcta. En efecto: el secuestro fue cometido el 7 de diciembre de 1971, es decir, cuando desde el 9 de octubre anterior se hallaba en vigencia el Decreto legislativo 1988 de ese año, cuyo artículo 3º dispuso:

"Artículo 3º El artículo 293 del Código Penal quedará así:

"Al que secuestre a una persona con el propósito de conseguir para sí o para otro un provecho o utilidad ilícitos, se le impondrá pena de presidio de seis a doce años".

Este precepto, como claramente puede observarse, reprodujo fielmente el mismo tipo penal que sanciona esta infracción en el artículo 13 de la Ley 16 de 1969, y la sola diferencia entre los dos consiste en el aumento del mínimo y el máximo señalados para el delito. A su vez, la norma suspendida por el decreto legislativo reprodujo el tipo que estructuraba el Código en su artículo 293, pero aumentando el mínimo de la sanción imponible de uno a cinco años de presidio, y el máximo de siete a diez. A su vez, el mencionado artículo 4º de la Ley 21 de 1973 copió el tipo básico, para otorgarle carácter de permanencia, descrito en el artículo 13 del Decreto 1988 con sus precisos elementos estructurales y con idéntica sanción en sus límites mínimo y máximo.

Quiere decir lo anterior que cuando se ejecutó el ilícito estaba vigente la ley sustancial que se aplicó en el juzgamiento, si bien bajo un aspecto formal diverso, pues aunque es verdad que los efectos legales del decreto promulgado bajo la competencia que otorga al Gobierno Nacional el artículo 121 de la Constitución, cesaron cuando se levantó el estado de sitio el 29 de diciembre de 1971, cuando esto sucedió ya estaba en vigencia la Ley 21 de 1973, publicada en el "Diario Oficial" de 12 de diciembre de ese año, que por medio de su artículo 4º subrogó el 293 del Código, o sea el mismo 13 de la Ley 16 de 1969. Significa lo anterior que no hubo solución de continuidad de ninguna índole entre los momentos en que terminó la validez temporal del precepto de estado de sitio y en que empezó su vigencia el similar de la ley mencionada. Al proceder en esta forma, el sentenciador observó rigurosamente el principio de legalidad o de reserva, sin que hubiera quebrantado ninguna de las garantías tuteladas por el artículo 26 de la Carta, ni hubiera aplicado indebidamente ninguna normal legal.

Conviene agregar que en el caso sub examine no hubo sucesión de leyes penales, pues desde el momento de la ejecución delictual hasta el del juzgamiento en segunda instancia, el tipo legal

abstracto fue siempre el mismo, como fue idéntica también la sanción imponible.

Tal como lo apunta el colaborador Fiscal, esa es la reiterada doctrina que por mayoría ha sostenido la Corte. En sentencia de 21 de julio último, expresó sobre el asunto que se discute:

"Además, hay que tomar en cuenta, que la sucesión de leyes penales, en la modalidad en que la ley nueva sea apenas modificativa, se presenta solamente cuando entre una y otra ley, exista diversidad de tratamiento sin que se presente la hipótesis de nueva incriminación o de abolición precedente. En el caso de autos, ¿cuál modificación se puede alegar entre las disposiciones contenidas en el Decreto 1988 de 1971 y las de la Ley 21 de 1973 que en cuanto al tema de su aplicación al caso sub examine *son exactamente iguales? ¿Cómo se puede afirmar que se ha violado el principio de la estricta legalidad (artículo 26 de la Carta), si cuando los hechos imputados a los procesados Rincón y Escobar estaban reglados por el Decreto 1988 de 1971 que consagraba exactamente la misma clase y cuantía de las sanciones impuestas en la sentencia recurrida? ¿Acaso en el proceso de autos, no se dio estricto cumplimiento a la aplicación de la ley que regía en el momento en que se cometió el delito? El principio* tempus regis actum *tuvo, por lo mismo, plena aplicación".*

No prospera, pues, el cargo.

Causal segunda.

Por mandato de la ley la sentencia debe dictarse en consonancia con los cargos deducidos en el auto de proceder. Pero esta exigencia legal se refiere a la imposibilidad en que se halla el juzgador para desbordar los límites del tipo penal por el cual se llamó a juicio, para dar vida en la sentencia a una figura delictiva diversa. Dentro de la denominación genérica de la infracción el fallador puede moverse ampliamente para tomar en cuenta circunstancias que en el vocatorio no se estimaron como probadas. Pero el problema que se plantea en la censura contra la sentencia no es ese precisamente, sino el que se refiere a la estructura del tipo. Alega, en efecto, el impugnante, que la sentencia se vertió sobre un tipo penal diverso al que se imputó a los procesados en el auto de vocación a juicio. Pero, si como se ha dicho por los doctrinantes, el tipo penal es antijuridicidad codificada, o también, la suma de los elementos estructurales de la infracción, resulta claro que en el caso *sub examine*, no existió desarmonía de ninguna índole entre el acto de llamamiento a juicio y el de la sentencia, puesto que el tipo básico que originó el proceso y por el cual se condenó a los imputados ha permanecido inmutado desde la norma incriminadora plasmada en el Código Penal, a través de las sucesivas reformas, que no han hecho otra cosa que variar la penalidad imponible.

Con razón el Procurador sostiene que:

"Las estructuras básicas del tipo no fueron variadas por ninguna de las dos leyes, añadiéndose que tampoco se hizo por el Decreto 1988 de 1971, lo que equivale a afirmarse que la tipificación de dicha delincuencia que traía el artículo 293 del C. P. se ha mantenido inmodificable en cuanto a sus dos sujetos, a la conducta y al objeto, columnas sobre las que está edificado el injusto. La única variación introducida en sus varias modificaciones fue referente a la penalidad imponible, con la variante introducida por la Ley 21, consagratoria de la atenuante en ella facturada".

No prospera, por lo dicho, el cargo.

Causal tercera.

Explícitamente el recurrente advierte que se trata del mismo motivo de censura que planteó bajo el amparo de la causal cuarta de casación, que ya fue ampliamente examinada no solo desde el punto de vista de sus implicaciones en relación con el artículo 26 de la Carta, sino también en el marco del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Con base en los razonamientos expuestos al analizar ese cargo, se debe concluir que no puede prosperar tampoco mirado desde este ángulo.

Decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, NO CASA la sentencia impugnada, de fecha y procedencia conocidas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CASACION

La causal 1ª de casación es, sin duda alguna, la que ha gozado de un detenido y reiterado estudio por parte de la Corte... "como son protuberantes los fallos en lo atinente a la técnica del recurso".

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, noviembre seis (6) de mil novecientos setenta y cinco.

Acta número 48 de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez).

Vistos:

Cumplida la tramitación del caso, pasa la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de diez de marzo último, por la cual le fue impuesta al procesado José Edgar Pulido Cardoso la pena principal de quince meses y veinte días de prisión, como responsable de abuso de confianza.

Conoció en primera instancia el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos y desarrollo procesal.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se refiere a estas cuestiones en la siguiente forma:

"La causa materia de estudio, fue originada por la denuncia formulada por el señor Hugo Rodríguez Robayo el 17 de noviembre de 1973, ante el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Pereira. En aquella diligencia dijo el denunciante que, el día 16 de noviembre anterior, se presentó a las oficinas de la agencia del Expreso Bolivariano, con orden de la Gerencia General, con el objeto de practicar visita a la Agencia de Pereira, la cual estaba a cargo del señor José Edgar Pulido Cardoso. Dijo que practicado el arqueo, encontró inicialmente un faltante de $ 22.597.90, según acta de visita que agregó a su denuncia, acta que aparece firmada por Hugo Rodríguez Robayo, contador de la empresa, por Elías Ramírez, Jefe de Personal y por Gilberto Flórez quien se encargó de recibir las oficinas para reemplazar a Pulido y por Jorge Edgar Pulido Cardoso, quien hacía entrega de la oficina. Agregó el denunciante que al preguntarle a Edgar Pulido por el faltante, dado que no existía el dinero en efectivo, ni había sido consignado en el banco, respondió que él había tomado inicialmente la suma de $ 30.000.00, y que ya había abonado la diferencia. Dijo también el denunciante que en su calidad de contador procedió a revisar los originales de las remesas de encomiendas y que como faltaban aproximadamente unas sesenta remesas, la señorita encargada de la bodega informó que ella entregaba los originales a Pulido y que preguntado Pulido, no supo dar explicación a este faltante. Rodríguez Robayo, en su denuncia, dijo que fuera de los faltantes de las remesas, Pulido había dejado de consignar $ 2.213.00; que encontró en varios cajones, en libros, dentro de la papelería del archivo, y en otros escritorios, despachos no relacionados en las cuentas, ni consignados, por la suma de $ 42.826.70, más la suma de $ 696.80, que corresponde a venta de pasajes y a la reserva por seguros de viajeros, según se deduce de 49 duplicados originales de los libros de viaje. Por otra parte, anotó el denunciante que, según las notas de débito por faltante en despachos de buses, no relacionados, en meses anteriores la diferencia ascendía a la suma de $ 63.127.00 y que tampoco dichos faltantes habían sido consignados por Pulido. El denunciante estimó la cuantía del delito de abuso de confianza en la suma de $ 131.498.05 y afirmó que Pulido 'confesó que se había apropiado para sí, según acta de visita que se anexa por el suscrito'. Según la inspección judicial hecha a los libros de contabilidad del Expreso Bolivariano, el valor del faltante que se atribuyó a cargo de Edgar Pulido fue de $ 136.125.05, empero, después de las deducciones hechas por la Sala en el momento de la confirmación del llamamiento a juicio hecho a Pulido, el cargo formulado, como cuantía de él, fue de $ 115.354.90".

"..."

"El pliego de cargos fue apelado, recurso desatado por el Tribunal Superior, impartiéndole confirmación plena.

"Rituada la causa con observancia plena de sus formalidades legales, se dictaron los fallos de primera y de segunda instancia aludidos anteriormente.

Demanda y repuesta del Ministerio Público.

El actor invoca la causal primera de casación y se ocupa, al determinar los cargos, de supuestos errores de derecho en la estimación de los elementos de juicio, determinantes de la sentencia condenatoria impugnada, y también de yerro en la aplicación de la norma contenida en el artículo 412 del Código Penal, pues "el procedimiento a seguir era en este caso el establecido por el artículo 216 del C. de Procedimiento Penal, violando este último por haberlo dejado de aplicar, al igual que violando lo estatuido en el numeral 2º del artículo 483 del C. de Procedimiento Penal.

El Ministerio Público pide que se deseche el recurso, pues los defectos técnicos de la demanda no permiten el estudio de los reparos que aduce el demandante.

Considera la Corte.

Acepta la corporación la solicitud del Ministerio Público de que se deseche el recurso que se examina, en razón de las deficiencias de la demanda presentada y comparte el concepto que, al respecto, ha enviado el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Dice el Procurador Delegado, luego de observar que "la causal primera de casación es, sin duda alguna, la que ha gozado de un más detenido y reiterado estudio por parte de la honorable Corte...", como son "protuberantes las fallas en lo atinente a la técnica propia del recurso...", lo cual "impide hacer estudio a fondo de la censura. No se plantea o propone cuál de las dos modalidades de violación a la ley penal sustancial se produjo, es decir, si lo fue en forma directa, o, bien, en la indirecta. Muy por el contrario, en los resúmenes y conclusiones de los cargos, el actor anuncia desconocimiento de los principios rectores del recurso, pues da a entender que para él no hay diferencia alguna entre el quebranto directo y el indirecto de la ley penal sustancial, como tampoco existir diferencia entre error jurídico y el fáctico, todo lo cual, obviamente, es obstáculo insalvable para analizar si el fallo recurrido produjo alguna violación al ordenamiento sustancial".

Y ciertamente no puede la Corte, dentro del recurso extraordinario de casación, salvar aquellas deficiencias de trascendencia tal, que impiden precisar a qué motivo de violación de la ley penal sustantiva se refiere el actor, y a cuál de las causas de esa violación, pues conocido es que muy diferente es la técnica del recurso, en tratándose del motivo primero de casación, cuando los cargos se refieren a infracción directa de la ley pena, respecto a las tachas que tienen como apoyo error manifiesto en la apreciación de las pruebas, del cual se deduce esa violación, aquí indirecta, de la norma sustancial aplicada, o dejada de aplicar.

Este criterio ha sido mantenido por la Corte, como se desprende de las providencias de 19 de febrero de 1949 y de 4 de junio de 1952, entre otras, en las cuales se anota:

"Es grave error dar al recurso de casación el carácter de una nueva instancia; la casación es una verdadera acusación; un recurso extraordinario que difiere esencialmente del de apelación, y en el cual la Corte no puede fundamentar oficiosamente sus fallos en causales que no hayan sido alegadas o que no están previstas por la ley, o en motivos distintos de los que alegan los recurrentes, sino que debe ajustarse estrictamente a los términos de las demandas y de sus ampliaciones y a las causales que la ley enumera taxativamente. Si se tratara de una tercera instancia, bastaría que se interpusiera el recurso, sin que se expresaran sus fundamentos; en tal caso, esto último podría considerarse como conveniente para ilustrar el criterio de la Corte, mas no como indispensable para que pudiera prosperar el recurso".

Debe, pues, como se anotó, aceptar la petición del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Alvaro Luna Gómez, Gustavo Gómez Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

NULIDADES

Se ha dicho que la circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori debe procederse así.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, trece (13) de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 48.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Agotado el trámite correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, de diez de abril último, que modificó la del Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito en el sentido de condenar a Mario Tejada Cárdenas a la pena principal de seis años de presidio, en lugar de la de siete que le fue impuesta, como responsable de los delitos de falsedad en documento y peculado, y la confirmó en lo que respecta a las sanciones accesorias.

Hechos.

Los que dieron origen a este asunto los sintetiza el Procurador Segundo Delegado Penal, encargado, ciñéndose a la realidad procesal, así:

"El 28 de diciembre de 1972, el Auditor Fiscal ante las Fuerzas Armadas en Córdoba practicó visita fiscal al Almacén de la Industria Militar que funciona en el Batallón de Infantería 'Voltígeros', acantonado en Montería, a cargo de Mario Tejada Cárdenas y dedujo un faltante en su contra por la suma de $ 70.153.73, correspondiente a la venta de armas y municiones pertenecientes a la Industria Militar durante el segundo semestre del mencionado año. También comprobó la alteración de varios documentos por parte del cuentadante para apropiarse de dichos valores; hechos éstos que puso en conocimiento de la justicia ordinaria".

Actuación procesal.

Mediante auto de 3 de julio de 1973, el Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Montería llamó a juicio al sindicado Tejada Cárdenas por los delitos de falsedad en documentos y peculado. Interpuso apelación el procesado contra este proveído, que confirmó el Tribunal Superior del nombrado Distrito.

El mismo Juzgado, en sentencia de 30 de diciembre de 1974, condenó al acusado a la pena principal de siete años de presidio como responsable de las infracciones por las cuales fue comprometido en juicio. Apelada la sentencia, la confirmó el Tribunal Superior de Montería con la modificación puntualizada.

La demanda de casación.

Dentro del marco de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal impugna el demandante la sentencia, "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad".

Aduce el actor que fueron violadas "las siguientes normas sustanciales: El artículo 26 de la Constitución Nacional, como ya está dicho, en la segunda de las garantías que él consagra, conforme a la interpretación transcrita de la honorable Corte, es a saber: en cuanto consagra la *legalidad de la jurisdicción*, en armonía con los artículos 1º, 7º, 13, 177, 233 y 307 del Código de Justicia Penal.

"Evidentemente: Estos artículos indican las materias que regula el citado Código, particular-

mente en lo que hace a los delitos y sanciones en general, a los delitos y penas militares y a la jurisdicción, competencia y organización de la Justicia Penal Militar, y al procedimiento en que ella se sigue.

"Tal Código enumera las personas a quienes es aplicable teniendo en cuenta la calidad del agente, la naturaleza de la infracción y el lugar en donde ésta se cometió.

"En el ordinal 5º del artículo 307, citado, expresamente consagra que están sometidos a la jurisdicción Penal Militar, 'los civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas'; y ya hemos visto cómo es cierto que Mario Tejada Cárdenas, al cometer la infracción o infracciones materia del proceso, era un civil que formaba parte de las Fuerzas Armadas y que la infracción o las infracciones se cometieron en una dependencia militar.

"Por consiguiente, dentro de este razonamiento, no es la justicia ordinaria la competente para juzgarlo sino la Justicia Penal Militar, tanto más cuanto que los artículos 177, 232 y 233, citados, del Código de Justicia Penal Militar, consagran como delitos militares la falsedad documentaria y el peculado, que son los atribuidos al procesado.

"En esta forma queda alegado y demostrado que a Mario Tejada Cárdenas no podía juzgarlo la justicia ordinaria sino la militar, porque está enumerado entre los ciudadanos ajusticiables por la Justicia Penal Militar, como por haber cometido un delito militar.

"Y si Mario Tejada Cárdenas fue juzgado por jueces que, conforme a la ley, no tenían potestad de administrarle justicia, es obvio que, por las razones expuestas, su sentencia es nula, por incompetencia de jurisdicción, por ilegalidad de ésta...".

Concepto del Procurador.

El Procurador Segundo Delegado Penal, encargado, representante en esta oportunidad del Ministerio Público, después de analizar el cargo que formula el demandante concluye que "la Corte, en casación, no puede suplir oficiosamente las deficiencias y vacíos de la demanda para ocuparse de una nulidad que ni siquiera fue insinuada en desarrollo de la tacha formulada a la sentencia".

Consideraciones de la Corte.

En verdad, la Corte ha sostenido siempre que cuando actúa en sede de casación no puede estudiar una causal extraña al libelo de impugnación, ni suplir el pensamiento del actor, colmando los vacíos o subsanando las deficiencias de la demanda, porque ello desvirtuaría la naturaleza técnica del recurso extraordinario de que se trata. Criterio que en manera alguna ha impedido a la corporación una postura intelectual compatible con el proceso evolutivo de la jurisprudencia. Prueba de este aserto se halla en el siguiente paso doctrinario: "La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo". (Casación de 26 de junio de 1953, tomo LXXV, *número 2130, pág. 473).*

Cierto es, como anota el Agente del Ministerio Público, que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, mediante sentencia del 4 de octubre de 1971, declaró inexequible el ordinal quinto del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, que confería competencia a la justicia castrense para conocer de los delitos cometidos por "civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas". Y precisamente es ésta la norma sustancial que el demandante reputa infringida, pues hace consistir la nulidad alegada en que Mario Tejada Cárdenas, en vez de ser juzgado por la Justicia Militar, lo fue por la ordinaria, siendo, cuando cometió las infracciones imputadas, un civil al servicio de las Fuerzas Armadas y porque "los delitos por los cuales fue juzgado y condenado se perpetraron en una dependencia militar".

Mas acontece que cuando se cometieron tales infracciones, todo el territorio nacional se encontraba en estado de sitio con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 250 del 26 de febrero de 1971. De suerte que, habiendo la Corte declarado exequible, en virtud de la referida sentencia del 4 de octubre de 1971, el ordinal 2 del artículo 308 del estatuto penal militar, que da competencia a la Justicia castrense para conocer de los delitos cometidos en tiempo de guerra, conflicto armado, o turbación del orden público, por militares en servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, es obvio que el juicio contra Tejada Cárdenas está viciado de nulidad, de acuerdo con el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por incompetencia del juez, y consecuencialmente, por transgresión del artículo 26 de la Carta Política en la segunda de las garantías procesales que consagra, vale decir, la legalidad de la jurisdicción.

Por tanto, el recurso debe prosperar.

Podría redargüirse que el motivo en que apoya el demandante la causal cuarta invocada es distinto del que corresponde al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar y que, por consiguiente, la impugnación debe rechazarse. Mas a esto se responde que el actor acertó invocando la causal conducente de casación y puntualizó con tino la garantía procesal violada de las consagradas en el artículo 26 de la Constitución (la legalidad de la jurisdicción). Cierto es que incurrió en error señalando como norma sustancial traspasada la contenida en el ordinal 5º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, declarado inexequible por la Corte; pero si se ha dicho que la circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori *debe procederse así y acoger la impugnación cuando el error estriba no en la invocación de la causal, sino en el motivo o motivos en que ésta se fundamente, y cuando la demanda da lugar a que, al simple examen del juzgador, se ponga de manifiesto, con realidad fulgurante, una nulidad absoluta y de carácter insubsanable, como ocurre en el caso* sub júdice.

En consecuencia, el cargo prospera y, por ende, ha de procederse conforme a lo establecido en el numeral tercero del artículo 583 del C. de Procedimiento Penal.

En mérito de lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida a que se refiere de modo expreso la parte motiva de la presente providencia y, por tanto, INVALIDA la actuación procesal a partir, inclusive, del auto que declaró cerrada la investigación y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen para que éste lo remita a la Justicia Penal Militar competente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO. SU INTERPRETACION

Cuando el Jurado contesta: "Sí es responsable pero con el atenuante de la ira de las injurias recibidas" y por la defensa se pide la aplicación de la ira o el intenso dolor causado por grave e injusta provocación, así debe entenderse el veredicto y en consecuencia el fallador debe aplicar el artículo 28 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, catorce (14) de noviembre de mil novecientos setenta y cinco (1975).

Aprobado: Acta número 49.

(Magistrado ponente, doctor Mario Alario D' Filippo).

Vistos:

Mediante sentencia de primero (1º) de abril del año en curso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó la de primer grado, proferida por el Juez Segundo Superior de la misma ciudad el treinta (30) de enero de este mismo año y en la que condenó a Francisco de la Cruz Delgado a la pena principal de ocho (8) años de presidio, a las accesorias correspondientes y al pago, en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción, como autor responsable del delito de homicidio.

Contra el fallo del Tribunal el defensor del procesado interpuso recurso de casación, que habiendo sido sustentado dentro del término legal, corresponde a la Corte decidir ahora, agotado como se halla el trámite de rigor.

Hechos y actuación procesal.

Los hechos que dieron lugar a este proceso los condensa el Juzgado Segundo Superior de Pasto, ciñéndose a la realidad procesal, de la siguiente manera (folios 249 y siguientes, del cuaderno principal):

"En la población de San Lorenzo, en la noche del 24 al 25 de octubre de 1971, varias personas se habían reunido en la casa del señor Didio Hildebrando Ortiz Gómez, con el fin de pasar unos momentos de diversión, entre los que se encontraban, el dueño de la casa David Realpe Pantoja, Pedro Cabrera, Alejandro Montero, Manuel Burbano, todos los cuales, se dedicaban a oír música e ingerir algunas copas de aguardiente. Más o menos a las once de la noche llegó a dicha casa el señor Francisco de la Cruz Delgado algo embriagado y tuvo su discusión con David Realpe, con el que se agarraron, pero sin mayores consecuencias, mas como De la Cruz siguiera discutiendo, el dueño de la casa le llamó la atención y con Alejandro Montero trataron de sacarlo, en cuyo intento le rompieron la ruana, pero una vez en la calle, siguieron tocando música y tomando aguardiente. Nuevamente Francisco de la Cruz se presentó a la casa con ánimos de entrar y entonces trataron de impedirlo, los mismos Hildebrando Ortiz y Tulio Alejandro Montero, con quienes se trabó en lucha, pero llevó la peor parte el señor Montero, porque recibió una herida en la parte superior de la tetilla izquierda, propinada por De la Cruz, con arma corto-punzante y que le causó la muerte en forma inmediata, cuyo deceso se produjo, más o menos a las doce de la noche de la misma fecha".

El Juzgado Segundo Superior de Pasto, en providencia de 17 de junio de 1972, llamó a juicio a De la Cruz Delgado por homicidio voluntario, enjuiciamiento que fue confirmado por el Tribunal Superior en auto del nueve (9) de agosto del mismo año.

En la segunda audiencia pública fue propuesto a la consideración del jurado de conciencia el cuestionario que obra al folio 242 del cuaderno primero y el tribunal popular dio respuesta a él en los siguientes términos: "Sí, es responsable, pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas".

Este veredicto así pronunciado por los jueces populares, lo consideró el juzgador de primera

instancia como condenatorio sin atenuantes, porque los falladores en conciencia no expresaron "claramente la condición del atenuante, es decir, el estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación", no dándose, por tanto, los requisitos del artículo 28 del Código Penal que aminora la pena o sanción, por lo cual resolvió condenarlo, reconociendo sí la menor peligrosidad, a la pena mínima señalada para el delito de homicidio.

El fallador de segundo grado, como ya se vio, confirmó la sentencia condenatoria, descartando de paso también la atenuante contenida en el artículo 28 del Código Penal, e interpretando la veredicción o analizándola detenidamente, para concluir que el fallo del tribunal popular se acomoda más dentro de las circunstancias previstas en el numeral tercero del artículo 38 del mismo Código, con lo cual se tiene que se trata de "una mera circunstancia demostrativa de que el actor no es tan peligroso".

La demanda de casación.

El apoderado constituido especialmente por el procesado para sustentar el recurso y quien también actuó como defensor dentro de la secuela del juicio, invoca contra el fallo la causal segunda del artículo 580 del C. de P. P., con formulación de un cargo único.

Causal segunda.

El motivo de la impugnación, fundado en esta causal, lo hace consistir el actor en el desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, y al efecto dice:

"El jurado popular, convocado para la segunda audiencia de juzgamiento, contestó al cuestionario propuesto por el Juzgado Segundo Superior de Pasto, con el siguiente veredicto: 'Sí, es responsable, pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas'.

"El Tribunal Superior de Pasto, en la sentencia acusada, confirmatoria de la de primera instancia, dijo en su parte resolutiva: 'La pena imponible, según el artículo 362 del Código Penal, es la que el aquo (sic) justamente le impuso, o sea la mínima de ocho años de presidio...'.

"El jurado, en su veredicto, reconoció la atenuante del artículo 28 del Código Penal, de que el hecho fue cometido en una circunstancia modificadora de la responsabilidad.

"La sentencia del Tribunal, en desacuerdo con el veredicto del jurado, no reconoció la provocación y condenó a Francisco de la Cruz Delgado a la pena principal de ocho años de presidio..., según el artículo 362 del C. P.

"Por tanto, el Tribunal aeró (sic) al aplicar el artículo 362 del Código Penal, y al no aplicar el artículo 28 del mismo estatuto. Y produjo una sentencia en desacuerdo con el veredicto, lo que motiva esta acusación".

Para ahondar en la censura contra el fallo recurrido, considera pertinente transcribir los razonamientos hechos por el Tribunal *ad quem* y al efecto consigna el siguiente paso de la sentencia acusada:

"El jurado contestó: 'Sí, es responsable, pero con la atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas'.

"El veredicto anterior da por resultado dos proposiciones, a saber:

"Primera. El encausado es responsable.

"Segunda. Con la atenuante provocado (sic) por la ira de las injurias sufridas.

"Por cuanto a la primera, no es necesario hacer ninguna aclaración, porque en ella va envuelta la culpabilidad que el juri encontró en el sindicado como autor del homicidio.

"La segunda invoca la ira ocasionada por las injurias sufridas, con lo cual motiva el jurado una atenuante. Surge entonces la disyuntiva:

"O se trata del artículo 28 del C. P.

"O se refiere al numeral 3 del artículo 38 del mismo estatuto.

"Si es lo primero, debe tenerse en cuenta que la aminorante establecida por esa disposición legal exige como notas indispensables la gravedad y la injusticia de la provocación. Pero la verdad es que el tribunal popular se cuidó de atribuirle a la ira del inculpado una causa de tal entidad, es decir, le suprimió lo grave y lo injusto, con lo cual la modalidad del artículo 28, instituida para casos excepcionales, no le fue acomodada al evento que se examina.

"Queda por exclusión lo segundo, vale decir, una circunstancia de menor peligrosidad que la disposición pertinente la enuncia del siguiente modo (aquí su texto).

"Ante este planteamiento, la calificación del veredicto la 'atenuante' de que trata, no es una modalidad modificadora de la responsabilidad, sino una mera circunstancia demostrativa de que el actor no es tan peligroso".

Luego dice el censor que el Tribunal en su sentencia "no reconoció como aceptada por el veredicto la provocación del artículo 28, ya que el jurado no afirmó expresamente la gravedad

y la injusticia de la misma. En cambio, agrega, por exclusión se concluye que el jurado popular aceptó una circunstancia de menor peligrosidad, la consagrada en el artículo 38, numeral 3 del Código Penal".

En párrafo siguiente el actor compendia los argumentos aducidos para sustentar las razones de la violación del siguiente modo:

"A) El primer aspecto para considerar, frente al planteamiento del Tribunal, es el de indagar cuáles fueron las tesis debatidas en las sucesivas audiencias de juzgamiento. Como se puede leer en las actas, tanto en la primera, y con mucha más amplitud e insistencia en la segunda, la defensa planteó al jurado de conciencia que se aceptara, como tesis subsidiaria, que el hecho fue cometido en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación. Así se señala expresamente en las actas que corren a folios 215 y 248 del cuaderno original.

"En el segundo debate oral, expresamente el Agente del Ministerio Público trató de refutar, por anticipación los argumentos que podrían fundamentar la provocación. Y la defensa sustentó expresamente las circunstancias del artículo 28.

"En ningún momento ni el Ministerio Público ni el defensor plantearon la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el artículo 38 del C. P. No fue ésta, ni podía serlo, una alternativa para que el jurado decidiera.

"Se establece asó (sic) que en el desarrollo de la audiencia pública se debatió la atenuante del artículo 28; y que esta tesis fue planteada como alternativa para que la acogiera el jurado, como subsidiaria a la tesis principal de no responsabilidad".

Y vuelve el impugnador a sostener que "comete un error el Tribunal al decir que el jurado escogió entre dos tesis, la contemplada en el artículo 28 y la establecida en el artículo 38, numeral 3 del C. P. En primer lugar, porque en audiencia únicamente se debatió la provocación del artículo 28. Y, en segundo lugar, porque las circunstancias de menor peligrosidad son de exclusiva apreciación del Juez de derecho con el objeto de dosificar la pena, fenómeno al que es totalmente extraño el jurado de conciencia".

Y más adelante agrega:

"En el caso presente, al contestar el jurado Francisco de la Cruz Delgado 'sí, es responsable, pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas', tuvo que tener como referencia la atenuante alegada por la defensa. Si bien es cierto que no dijo expresamente que el hecho fue cometido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación, la verdad es que al decir que aceptaba la 'atenuante' se refería a la del artículo 28 del C. P., que era la que subsidiariamente se puso a su consideración. Y que al decir 'atenuante', comprendió todos y cada uno de los elementos integrantes. De otra manera no hubiera usado la expresión 'atenuante' ".

Cita algunos apartes de la doctrina de la Corte contenida en la casación de Misael Antonio Román Palacio, en que esta corporación decidió un caso similar al presente, para concluir el actor que "cuando el Tribunal afirma que el jurado negó en su veredicto la atenuante modificadora del artículo 28, cometió un error de interpretación, que lo llevó a proferir una sentencia que —al aplicar el artículo 362 del C. P.—, está en desacuerdo con el veredicto del jurado, quebrantando la unidad procesal que debe existir entre el veredicto y la sentencia".

Termina el demandante solicitando que se invalide parcialmente la sentencia recurrida, y en su lugar se dicte la que deba reemplazarla.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de amplio examen del libelo, manifiesta que el reparo hecho a la sentencia está llamado a prosperar, fundando su criterio en razones que consigna de la siguiente manera:

"*Primera.* Es verdad, como lo afirma el demandante y lo ha reiterado la jurisprudencia nacional, que en los juicios con intervención de jurado compete a éste pronunciarse sobre la aminorante de responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal, cuando ha sido sometida a su consideración, siendo incompetente para tomar determinaciones respecto de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad reservadas al juez de derecho.

"También lo es que en las mismas causas corresponde privativamente al jurado calificar los hechos 'verdad sabida y buena fe guardada' y determinar la responsabilidad del procesado.

"*Segunda.* En el presente caso, como lo advierte el actor y resulta de autos, en el debate público, el representante del Ministerio Público se ocupó de modo preferente en el análisis de la 'atenuante' de la provocación por ira o intenso dolor para descartarla por anticipado solicitando al jurado una respuesta afirmativa al cuestionario. El defensor esgrimió como tesis central la no responsabilidad del acusado por haber cometido el hecho en estado de enajenación mental

transitoria ocasionada por embriaguez aguda y planteó como subsidiaria la de que el delito había sido cometido 'en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación'.

"Es decir, entre las tesis extremas de la acusación y la defensa se planteó al jurado como única alternativa la atenuante de la provocación.

"En ningún momento se insinuó siquiera que el hecho se hubiera perpetrado en la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el artículo 38 del Código Penal.

"*Tercera.* El veredicto, 'sí es responsable, pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas', emitido en esta causa con fundamento en los planteamientos hechos por las partes en el plenario, afirma la responsabilidad del procesado por el delito de homicidio agregando que el hecho se cometió con la atenuante de la provocación, pues de otra manera no se explica que el jurado, después de declarar la responsabilidad haya empleado la conjunción 'pero' —adversativa— para calificar las circunstancias en que consideró se había cometido la infracción.

"El agregado 'pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas', si bien no contiene expresamente los presupuestos de gravedad e injusticia que califican la provocación, sin embargo, compendia en esencia los elementos de esta figura modificadora de la responsabilidad.

"Como bien lo afirma el recurrente, el juri al referirse a la 'atenuante' de la provocación se remitió necesariamente a la aminorante de responsabilidad contemplada en el artículo 28 del estatuto penal, única alternativa puesta a su consideración como paliativo entre las tesis extremas debatidas en la audiencia pública.

"Significa lo anterior que el Tribunal Superior de Pasto interpretó erradamente el veredicto que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 362 del Código Penal y a dejar de aplicar el artículo 28 de la misma obra, produciendo un desajuste o desarmonía entre la sentencia y el veredicto".

Y con tales argumentos el Procurador llega a la conclusión de que "prospera, pues, el cargo formulado".

Se considera.

Si, como lo afirma el demandante durante la audencia pública fue sostenida por él como defensor del acusado, la tesis subsidiaria de que el hecho se había cometido en "estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación", la que naturalmente quedaba sometida a la consideración de los jueces populares, al pronunciarse éstos sobre el cuestionario que se les formuló para juzgar a Juan de la Cruz Delgado, afirmando su responsabilidad, con el agregado "pero con el atenuante provocado por la ira de las injurias sufridas", no hicieron otra cosa que reconocer la aminorante de la responsabilidad contenida en el artículo 28 del Código Penal, así no se hayan expresado en términos léxicos sacramentales.

Por eso la Sala encuentra ajustados a derecho y a la realidad procesal los razonamientos del Ministerio Público, cuando sostiene que el Fiscal durante el debate público "se ocupó de modo preferente en el análisis de la atenuante de la provocación por ira o intenso dolor para descartarla por anticipado", a la vez que el defensor adujo como tesis central la no responsabilidad del acusado por haber cometido el hecho en estado de enajenación mental transitoria ocasionada por embriaguez aguda y planteó "como subsidiaria la de que el delito había sido cometido 'en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación' ", o sea que entre las tesis "extremas de la acusación y la defensa se planteó al jurado como única alternativa la atenuante de la provocación", sin que, de otro lado, en ningún momento se insinuara siquiera "que el hecho se hubiera perpetrado en la circunstancia de menor peligrosidad contemplada en el artículo 38 del Código Penal".

De suerte, pues, que al referirse el jurado a la atenuante de la provocación se remitió necesariamente, como ya se dijo, a la aminorante de la responsabilidad consagrada en el referido artículo 28 del Código Penal, como única alternativa que fue puesta a su consideración entre las tesis extremas que se debatieron en la audiencia pública.

Se concluye, por tanto, que el Tribunal Superior de Pasto interpretó de manera errada el veredicto, lo cual condujo a la aplicación indebida del artículo 362 del Código Penal y a dejar de aplicar el artículo 28 del mismo estatuto, para producir un fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Y así se tiene entonces que prospera la causal invocada.

En consecuencia, se procederá conforme al numeral primero del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, casando parcialmente el fallo recurrido y dictando el que deba reemplazarlo. Tal decisión implica reducir la sanción a

treinta y dos (32) meses de presidio, a que queda rebajada la condena de ocho (8) años impuesta por el Juzgado y confirmada por el Tribunal, en razón de la aminorante contenida en el artículo 28 del Código Penal que le fue reconocida al acusado por el jurado de conciencia. Y como según datos que obran en el proceso, el procesado Francisco de la Cruz Delgado ha cumplido tal pena, pues lleva en detención preventiva más de cuarenta y ocho (48) meses, se ordenará su libertad sin condiciones.

Decisión.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida de fecha y origen indicados expresamente en la parte motiva, y, en su lugar, CONDENA a Francisco de la Cruz Delgado, cuyas condiciones civiles y personales son conocidas en autos, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Tulio Alejandro Montero, según hechos ocurridos en las horas de la noche del día 25 de octubre de 1971, en la población de San Lorenzo, Departamento de Nariño. En lo demás, rige el fallo impugnado.

Como el sentenciado ha cumplido la sanción aquí impuesta, según se dijo anteriormente, ordénase su libertad incondicional. Líbrense a quien corresponda las comunicaciones telegráficas pertinentes para tal fin.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El abuso de autoridad requiere un actuar doloso, pero no culposo, para su estructuración.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 50 de 20 de noviembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 15 de noviembre del año próximo pasado, recurrida en apelación por el defensor, doctor Pablo Salah Villamizar, impuso a Carlos Eduardo Ramírez Rivera, la pérdida del cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco y multa de diez pesos, como responsable del delito de abuso de autoridad en perjuicio de Magdalena Morales Granados (folios 101 a 111).

Esta corporación, cuando se revisó el auto de cargos, tuvo ocasión de puntualizar los hechos, los aspectos probatorios y fijar los puntos de apreciación jurídica que incidían en la conducta del Juez Ramírez Rivera. Valga ahora su reproducción al menos para encuadrar la cuestión en sus aspectos de controversia.

Antecedentes.

"En escrito dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de abril de 1971 la señorita Magdalena Morales Granados formuló denuncia penal contra el doctor Carlos Eduardo Ramírez Rivera, a la sazón Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco, porque el sábado 3 de ese mes, dos individuos que se identificaron como agentes del F-2 de la Policía Nacional, cumpliendo órdenes del referido funcionario, irrumpieron en el dormitorio de la denunciante, situado en la Escuela Normal Departamental, y tras requisar la habitación la condujeron, bajo amenazas, al hospital municipal, en donde fue sometida a examen médico para establecer si en ella se había causado un aborto.

"Ratificada bajo juramento la denuncia, el Tribunal abrió la correspondiente investigación, comisionando para adelantarla al Juez que designara la Dirección Seccional de Instrucción Criminal. Clausurada la etapa sumarial, y obtenido el concepto del Ministerio Público el juzgador de primer grado calificó el mérito de la misma, como ya hubo de expresarse, mediante la providencia que en ésta se revisa.

"Resultado probatorio.

"En el curso de la presente investigación se han establecido los siguientes hechos:

"a) El agente número 1458 del F-2 informó en las primeras horas del 2 de abril de 1971 al Juez Carlos Eduardo Ramírez que en la quebrada denominada 'La Guilita', dentro del perímetro urbano de San Juan de Rioseco, se había encontrado un feto, y el funcionario dispuso de inmediato la diligencia de levantamiento, la cual se cumplió en presencia de dos peritos (folios 18 y 19).

"b) En la misma fecha el Juez Ramírez dictó auto cabeza de proceso, en cuyo apartado e) dispuso:

"Solicitar al Comandante del Distrito Polinal sean llevadas al hospital San Vicente de Paúl, todas las mujeres que estuvieran próximas a dar a luz, a fin de que sean examinadas como también se practiquen rondas y allanamientos a las casas sospechosas a fin de descubrir a los autores del ilícito' (folios 19 y 20)..

"En desarrollo de tal orden el funcionario dirigió el mismo día al Capitán Comandante del Quinto Distrito de la Policía Nacional el oficio número 113, que en lo pertinente expresa:

" '...atentamente solicito a usted se sirva ordenar al Comandante del F-2, despliegue toda actividad en orden a hacer una redada en todo el poblado y establecer qué mujeres se encontraban próximas a procrear, conducir a todas hacia el hospital de la localidad a efecto de que se hagan los exámenes de rigor, y para que se retiren de la casa donde se sospeche o se establezca que haya ocurrido *aborto,* todos los objetos que hayan sido utilizados en la comisión del ilícito... Se conceden facultades legales a los agentes de la comisión para llevar a efecto las rondas y allanamientos que consideren necesarios' " (fl. 20);

"c) En oficio número 040 del 3 de abril de 1971, el Director, encargado, del hospital de San Juan, informó al Juzgado que se trataba de un feto de sexo femenino, de seis meses de gestación, aproximadamente, cuya muerte se había producido unas ocho horas antes de aquélla en que fue recibido en el hospital. Expresó, además, el informe que los traumatismos patentes en el feto habían tenido la finalidad de producir el aborto (folio 21);

"d) Respecto de la comisión que les confiara el Juzgado Municipal, los agentes del F-2 números 1440 y 30071 informaron el domingo 4 de abril al Comandante del Distrito de Policía lo siguiente:

" '...dando cumplimiento a este oficio se condujo al hospital para un examen correspondiente a la señorita Magdalena Morales, ya que recaían sospechas sobre la antes mencionada. Adjunto el informe copia del examen practicado por el médico de turno a la señorita en mención, la cual es profesora de la Normal de Señoritas de esta ciudad...' " (folio 23).

"El dictamen anunciado dice textualmente:

" 'Por medio de la presente le informe que en examen médico efectuado a la señorita Magdalena Morales, no se evidencia en forma alguna dato positivo que indique la posibilidad de que en ella se haya producido un aborto, siendo el examen ginecológico, completamente normal' " (folio 23);

"e) Gabriel Angel Serna, agente número 30071, declaró, en esencia, que recibida la orden del Juzgado, preguntó en las droguerías de la localidad quiénes habían adquirido alguna droga que sirviese para producir abortos, y como resultara sospechosa la mujer de un embolador de apellido Pava, allanaron su casa y la llevaron al hospital para el examen médico, que resultó negativo.

"En cuanto a la señorita Magdalena Morales —según el mismo deponente— se le condujo al hospital porque se supo que en días anteriores se había hecho aplicar unas inyecciones, y porque las referencias de una señora desconocida para el deponente la señalaban como sospechosa. Agregó que la habitación de la señorita Morales fue registrada con el asentimiento de ésta, '...ya que al mostrársele el oficio aceptó que le fuera rondada la habitación, habiendo encontrado en lo que se relaciona a droga, unas inyecciones de calcio sin haber hallado más elementos usados en los casos de aborto' " (folios 26 y 40).

"De acuerdo con la misma versión, la señorita Morales rehusó en principio dejarse conducir al hospital, manifestando que en la orden que se le mostraba no aparecía su nombre, pero a la postre accedió habiéndose trasladado en compañía de otra profesora y de los agentes del F-2.

"f) La declaración anterior está corroborada, en sus líneas esenciales, por el testimonio de José Enelín Medina, agente Nº 1440, quien afirmó que '...por decires de la gente...' se señaló a una profesora de la Normal como posible autora del aborto, pues se decía que en días anteriores había estado enferma y aplicándose inyecciones. Añadió que en un principio la señorita Morales se había negado a ir al hospital, haciendo notar que el oficio no se refería a persona determinada, pero convino luego ante la insistencia de los agentes (folios 61 y 62);

"g) La señorita Gilma Valencia Bernal, compañera de habitación de la señorita Magdalena Morales, explicó circunstanciadamente los hechos. Abrió la puerta del dormitorio y recibió a los agentes del F-2, quienes exhibieron la orden del Juzgado, en la cual no se mencionaba a persona determinada. Requisada la habitación, acompañó a Magdalena hasta el hospital. Posteriormente las dos informaron a la Directora sobre todo lo acontecido, y ésta protestó ante las autoridades por el atropello de que había sido víctima la profesora Morales. Manifestó, además, que durante la noche del 2 al 3 de abril Magdalena había estado en un baile en compañía de profesoras, profesores, alumnos de último año de la Normal y otras personas, habiendo regresado a acostarse a las seis de la mañana del sábado, día de la diligencia relatada (folios 32 a 38);

"h) Martha Serna (folio 34), Jaime Luna (folio 36), Blanca Elvira Sedano (folio 41), Luis Emilio Téllez (folio 42), Blanca González (folio 45), Cecilia Mantilla Cabrales (folio 46), Marlene Díaz Rodríguez (folio 47), Práxedis Hernández de De la Cruz (folio 48), Inés Zorro Vargas (folio 49), profesores de establecimientos docentes de San Juan, y Ofelia Barrero de Serrano (folio 44), madre de dos alumnos del

sexto año de la Normal, declararon que Magdalena Morales, Directora del curso, fue la organizadora del baile, y permaneció en la casa donde éste se celebró toda la noche del 2 al 3 de abril, habiéndose retirado solo en las primeras horas de la mañana del sábado;

"i) Yesid Chabur Rubio, Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán, en Círculo con el de San Juan, después de referirse a la diligencia de levantamiento, manifestó que el Juez Ramírez Rivera adelantó averiguaciones respecto a la autoría del referido delito de aborto el viernes 2 de abril, prosiguiendo en ellas en la mañana del sábado y con fundamento en unos datos obtenidos en una droguería practicaron requisa a la habitación del ciudadano Aristóbulo Ortiz, cuya concubina fue llevada al hospital, en donde le practicaron examen médico, que resultó negativo. Continúa el deponente relatando una serie de detalles vagos e incoherentes, de los cuales infirió el Juez que la señorita Morales era persona 'sospechosa' respecto del ilícito cuya investigación se iniciaba. Y afirma, que cuando se encontraba en el Juzgado; el agente Serna le informó al Juez que iban a conducir a la señorita Morales al hospital, pero que no tenían el oficio que había enviado el Juzgado. El doctor Ramírez les facilitó entonces, con carácter devolutivo, la copia de la comunicación que reposaba en el archivo del despacho;

"j) El Juez inculpado explica su conducta diciendo que la comunicación a la Policía se fundó en las disposiciones legales por entonces vigentes; Decretos 1717 de 1960; 1726 de 1964; 1667 de 1966; 271 de 1967 y 1385 de 1970; que los agentes de Policía 30071 y 1440, con base en las pesquisas por ellos realizadas, estimaron como presunta autora del aborto a la señorita Magdalena Morales, y en cumplimiento de su deber la condujeron al hospital para que le practicaran examen médico, única forma de establecer la verdad; que conforme al artículo 294 del Código de Procedimiento Penal a la sazón vigente, él, como funcionario de instrucción, estaba autorizado para practicar diligencias investigativas para que el delito no quedara impune. De otro lado, las averiguaciones realizadas por los agentes del F-2 proporcionaban base suficiente para practicar examen médico a la profesora Magdalena Morales. Reconoció que cuando libró la comunicación a la Policía ninguna persona en particular aparecía señalada como autora o cómplice del delito. Agregó que el día siguiente uno de los agentes le había manifestado sospechas contra una profesora. Y al preguntarle de dónde había sacado tales datos, sin darles nombres le contestó que 'le habían contado unas señoras' 'En vista de este informe general —dice— le manifesté que obraran de acuerdo al oficio que les había entregado'. Finalmente se refiere a las diligencias relativas a la mujer de Antonio Pava;

"k) La calidad de Juez Promiscuo Municipal de San Juan, concurrente en el doctor Carlos Eduardo Ramírez para la época de los hechos investigados en el presente proceso se halla también acreditada mediante los documentos que obran a folios 31, 55 y 59 del informativo".

Opinión de la Procuraduría.

Coincide ésta con las censuras que la Corte señaló a espacio en la confirmación del auto de llamamiento a juicio de Ramírez Rivera. En su parte pertinente dice:

"Para solicitar la confirmación de la sentencia recurrida, este Despacho desecha la buena fe aducida por el sindicado y su defensor, pues para que ésta pueda ser aceptada como causal de inimputabilidad, debe ser 'determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia' como lo dispone el numeral 2 del artículo 23 del Ordenamiento Penal Positivo, y el doctor Carlos Eduardo Ramírez no puede alegar en su defensa ninguna de ellas porque se refieren a su profesión y sobre todo, a cuestiones sencillas, nada complicadas, de elemental sentido común.

"La artificial versión que el acusado ofreció en la audiencia contribuye a robustecer la prueba de cargo por el indicio llamado de la mala justificación de los hechos, pues recurre a insinuaciones y suspicacias ausentes de todo respaldo probatorio y que con anterioridad había callado.

"Si bien el doctor Ramírez estaba facultado por la ley para disponer el adelantamiento de diligencias tendientes a esclarecer el delito de aborto acaecido en la localidad, parejamente estaba obligado a respetar y proteger las garantías consagradas en la Constitución Nacional en favor de los ciudadanos. Faltó a sus obligaciones no solo al librar el oficio para ante la Policía en los términos tan amplios e indiscriminados como lo hizo, sino al facilitarles la copia del mismo a los agente Serna y Medina cuando al pase de la profesora Morales por cerca a ellos, determinó a los agentes seguirla a su domicilio, penetrar en él, requisar la habitación y tras amenazarla, obligarla a acudir al hospital para someterla a reconocimiento médico. Esta actitud inequívoca del

doctor Ramírez, testimoniada por su Secretario Yesid Chabur, no contradicha por él y proveniente de persona que la presenció directamente, deja sin piso la tesis de la ausencia del elemento subjetivo, pues ya individualizada la persona contra quien se debía proceder, les facilitó la copia de la orden para que se consumara el atropello''.

Nueva apreciación de la Corte.

El aspecto sobre el cual gravita la responsabilidad deducida al procesado Carlos Eduardo Ramírez, se concreta en la generalizada orden que, desde el auto de apertura de la investigación, impartiera para procurar la revisión de ''todas las mujeres'' en situación de próximo parto. Esta abstracta e ilimitada determinación, comunicada al Comandante del Quinto Distrito de Policía Nacional, ejecutada en Magdalena Morales y en la concubina de Aristóbulo Ortiz, por los agentes 1440 y 30071, se viene valorando como actividad manifiestamente injusta y arbitraria. Se apoya este criterio en la falta de sucesivo control de quienes actuaban como Policía Judicial, ya que la intervención del Juez supeditaba la colaboración de aquellos y le hacía asumir, por entero, todas las consecuencias de sus pesquisas. De otro lado, en terreno tan delicado, la investigación debía orientarse de modo prudente y con cerrado apego a las normas legales, para evitar graves perjuicios en la honra de las personas afectadas. Pero el procesado, y en este punto se ha insistido lo suficiente, procedió, cuando su orden iba a cumplirse en la profesora Magdalena Morales, sobre la base de simples ''sospechas'', que no indicios, y sin exigir precisión sobre las fuentes de información a que aludían los citados agentes del F-2.

Un nuevo y final análisis de estos aspectos, llevan a la Corte a variar su inicial criterio, expuesto en la providencia de confirmación, en parte, del llamamiento a juicio.

En efecto, la interpretación de la conducta del procesado Carlos Eduardo Ramírez Rivera, debe corresponder al tiempo de su ejecución e integrarse con todos los momentos de su desarrollo. Porque fraccionar su comportamiento y rigorizarlo a posteriori, equivale a un grave desenfoque que olvida las vicisitudes propias de una investigación y el verdadero propósito de los actos cumplidos.

Es así como la criticada orden aparece excesivamente amplia y vaga en principio, pero luego se condiciona y limita por razón de partos ocurridos de modo extraño. No se dirige la medida a ''toda mujer'' sino a las que por especiales condiciones fisiológicas y la forma como evolucionara médica y socialmente su embarazo, podían insinuar alguna vinculación con el delito de aborto. Conviene destacar aquí que la indagación no se inicia con Magdalena Morales, ni la tolera el Juez sin recibir de los agentes del F-2 una información sobre ella.

A esta noticia policial se la tilda de simple ''sospecha'' y huérfana de toda comprobación. Pero el ordenamiento procedimental, en esto de las averiguaciones preliminares, no estimula un rigor lexicográfico. De ahí que se refiera a informes, notoriedad pública o cualquier otro medio (artículo 318 C. de P. P.), serios motivos (artículo 355), antecedentes (artículo 381), fundado motivo (artículo 377), etc., para auspiciar la práctica de diligencias de muy significativa importancia.

Además, al entregar la copia de la comunicación que abría paso al cuestionado examen médico, no eximía a sus ejecutores de la necesaria prudencia, discreción y seguridad en las confidencias recibidas.

El Ministerio Público, en orden a fijar responsabilidades, distingue la intervención de la Policía Judicial si acontece antes o después de iniciarse el proceso. Esto le permite radicar en el Juez Ramírez Rivera todo el peso de la falta de lealtad de los agentes del F-2, en sus informaciones, o el abuso y extralimitación que éstos imprimieron a sus pesquisas.

En este punto también disiente la Corte, porque la Policía Judicial no pierde iniciativa ni puede dejar de responder por la forma como realiza sus funciones o cumple las órdenes impartidas por un Juez, en razón de actuar dentro de un proceso. Es por esto que la precipitación y ligereza de los agentes al entrar en contacto con Magdalena Morales, cuenta más decisivamente para ellos que para el propio Juez Ramírez Rivera.

Casi nada dice el Código de Procedimiento Penal en cuanto a registros o exámenes vinculados con actividades sexuales. Parece ser un tema que, por su reconocida escabrosidad social, prefiere dejar librado a un arbitrio que, como en el caso sub júdice, suele atraer, ejérzase como se ejerza, reacciones y compromisos de indeseado afrontamiento. En cambio, es más amplio en lo concerniente a los delitos contra la propiedad, la vida o la integridad personal, la fe pública, etc. Muy incierto resulta, entonces, señalar limitaciones estrictas y deducir juicios adversos por diligencias que en un principio tuvieron razón de ser,

pero a la postre, como suele acontecer en tantos pasos de las investigaciones, no produjeron los efectos esperados.

El comportamiento del Juez Ramírez Rivera, puede objetarse por ligereza, por falta de tacto, por olvido de elemental prudencia o por excesiva credulidad en informantes que no tuvieron ni certidumbre en los datos recogidos ni moderación en el cumplimiento de sus funciones. Esto constituiría, a lo sumo, un actuar culposo, pero no intencional. La figura delictiva por la cual se le llamó a juicio, no admite la primera modalidad y exige siempre la segunda. Concurren en favor del procesado aspectos no desatendibles que propician el reconocimiento de un factor de inculpabilidad (no de inimputabilidad como equivocadamente lo glosa el Ministerio Público), suficiente para imponer como decisión de justicia un fallo absolutorio.

No resulta forzado acreditar en favor del Juez Ramírez Rivera, un comportamiento presidido de modo constante por la buena fe, la misma que determinó en él un error no proveniente de negligencia. Como si fuera poco relacionar esta situación con la idea que tenía de sus atribuciones y de las de quienes actuaban como Policía Judicial, cabe agregar la actitud de estos últimos para promover la intervención de aquél, muy propicia al desacierto, y el prevalente dominio que los aludidos agentes del F-2 imprimieron a su acción contra Magdalena Morales.

Lo expuesto, es suficiente para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el Ministerio Público, REVOQUE el fallo indicado ya en su fecha, origen y naturaleza y en su lugar ABSUELVA al doctor Carlos Eduardo Ramírez Rivera del cargo de "abuso de autoridad", originado en denuncia presentada por Magdalena Morales Granados y por actuación suya como Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD Y FALSEDAD

El auto de proceder, en cuanto al auto de cargo de falsedad documental, indicó los instrumentos negociables sobre los cuales se había operado la inmutación de la verdad, y fijó la intencionalidad de ésta, su aptitud para producir los fines buscados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 50 de 20 de noviembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Vistos:

Actuación procesal.

El Juzgado Primero Superior de Ibagué, en auto de nueve de abril de mil novecientos setenta y tres, sobreseyó definitivamente en favor de Silvio Zapata Mera, en cuanto a la sindicación de "falsedad en documentos públicos" y ordenó compulsar las copias de rigor para ser enviadas al funcionario competente para conocer del presunto delito de "abuso de confianza", infracciones que tenían por ofendido a "Tiberio Jaramillo Restrepo" (folios 254 a 273).

El Tribunal Superior de Ibagué, en proveído de diez de octubre del citado año, residenció en juicio criminal a Silvio Zapata Mera, para responder del primero de los mencionados cargos y, en cuanto al segundo, sobreseyó temporalmente (folios 295 a 309).

Esta misma entidad, en fallo de seis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, confirmó la pena de dos años, cuatro meses de presidio impuesta por el Juzgado Superior de la referencia (folios 358 a 371).

El defensor de Zapata Mera, doctor Germán Alvarado Pantoja, ha recurrido en casación.

Hechos:

Silvio Zapata Mera, en el período comprendido entre el año de 1966 y el 28 de febrero de 1971, se desempeñaba como director de los almacenes "Tiberio Jaramillo R.", gozando de tan amplia confianza que sobre el mismo no se ejercía constante y escrupuloso control. Solo al producirse su renuncia y verificarse un arqueo general de caja brotaron las múltiples actividades delictuosas que le permitieron un ilícito aprovechamiento próximo a los trescientos cincuenta mil pesos ($ 350.000.00).

El procedimiento fue variado. Unas veces tomaba las sumas correspondientes a cobranzas, otras las cantidades entregadas por concepto de abonos a cuentas corrientes, o recibía el dinero de ventas y omitía cursar las facturas correspondientes. Como complemento de esta actividad, giraba cheques, para sustituir esas cantidades, de su propia cuenta o utilizaba la que correspondió a la firma "Jaramillo - Posada", para ese entonces sin uso. En unos y otros hizo figurar como giradores a quienes realizaban los bonos o efectuaban las compras (Euclides Valencia, Cipriano Paz, Luis A. Ruiz y Carmen Sánchez).

La demanda.

El recurrente invoca las causales 1ª (aplicación indebida de la ley sustancial) y 4ª (juicio viciado de nulidad), del artículo 580 del C. de Procedimiento Penal.

En cuanto a la primera, indica, después de aceptar que Silvio Zapata Mera fingió firmas en títulos valores para ocultar la ilícita apropiación de dineros, que la pretendida falsedad documental resulta inocua. Cuando este comportamiento escriturario surgió, ya el perjuicio estaba causado, ofensa patrimonial que solo podía predicarse

del posible delito de abuso de confianza. De ahí que, como varias veces lo ha reiterado la Corte, no pueda constituirse el atentado a la fe pública, pues la asimilación del artículo 233 al 231 del C. Penal, es quoad poena y no ad substantiam.

El impugnador recuerda, como tesis dominante en la doctrina y la jurisprudencia, la exclusión del delito de "falsedad" cuando se constituye en medio único de ocultación de otro delito. Así dice: "Si el daño ya se había ocasionado con la ilícita apropiación, la falsedad realizada posteriormente es inocua, pues ya la finalidad propuesta por el sujeto agente se hallaba agotada... El dolo en el delito de falsedad no consiste en la intención de alterar la verdad, sino que exige un propósito de daño. Pero no de daño a la fe pública sino a los derechos individuales. Cuando esa intención no existe, no puede decirse que hay delito de falsedad".

En cuanto al cargo segundo, afirma como demostración del vicio de nulidad que se advierte en este proceso, lo que a continuación se copia: "...se predicó la existencia de un delito *medio* y de un delito *fin*. O mejor, se dijo, por parte del Tribunal, que la *falsedad* se había verificado para ocultar otro delito: el de abuso de confianza. A pesar de lo anterior, el Tribunal, desde el momento de la calificación del proceso, consideró que no estaba demostrada jurídicamente la existencia del abuso de confianza y en consecuencia, sobreseyó temporalmente... No existe jurídicamente hasta el momento procesal, el delito de abuso de confianza. Se estructuró el delito de falsedad. El delito de falsedad se cometió para ocultar el de abuso de confianza. Entonces, es obvio que las afirmaciones que contiene el auto de proceder son excluyentes, pues no se puede decir que se cometió un delito para ocultar otro, pero que el ocultado no tiene existencia jurídica. Se crea, pues, en el auto de proceder, una confusión que se traduce ya en la sentencia y que da lugar a la nulidad constitucional de que se habla".

El concepto de la Procuraduría.

El aspecto de la imprecisión del cargo en el auto de proceder, obstáculo de adecuada defensa, se desestima porque la conducta del procesado fue autónoma en su ejecución y consecuencias, dando lugar a dos infracciones distintas, una de las cuales se estableció en forma nítida, y es fundamento de la impugnada sentencia condenatoria, y la otra, por la imperfección sumaria, tuvo que dilatarse en su averiguación. Además, "si por considerar debidamente demostrada la emisión de los cheques con la adulteración anotada, se llamó a juicio por este delito y se adelantó el proceso en relación al mismo, no puede decirse que el cargo resultara impreciso o que no tuviera la defensa suficientemente delimitado el campo o acusación contra la cual debía dirigir su impugnación para favorecer los intereses del procesado... la apropiación de los dineros por parte del acusado se cumplió o se hizo posible, no solo a través del medio indicado, sino en otras formas, como giro de cheques suyos sin fondos y otras modalidades anotadas, sin que se llamara a juicio por dicha infracción, por considerarse imperfecta la investigación".

La violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación de la norma concurrente a la definición del caso, es refutada por el Ministerio Público, anotando: "Los instrumentos negociables o títulos valores, conforme a la ley se presumen auténticos, sin necesidad de reconocimiento o formalidad alguna, dado el efecto que se les atribuye en las relaciones comerciales, para facilitar las cuales han sido reconocidos por la ley con dicho valor o autenticidad; en razón de ésta y el pleno valor probatorio que se les reconoce en las correspondientes relaciones jurídicas, se equiparan a documentos públicos en todo aspecto —pues tienen el mismo valor probatorio— y no solo para los efectos de la pena, como lo expresa el señor apoderado, cuyo criterio no comparte este Despacho; y de ahí que la norma pertinente (artículo 233 C. P.), contemple la falsedad en cuanto a los mismos, en una misma norma y consecuentemente, con la misma sanción que respecto a la cometida en "...escrituras, documentos públicos u oficiales...".

Porque los cheques se expidieran para ocultar apropiaciones ilícitas de dinero, no por esto puede considerarse "que dejaran de existir, ni carecieran de valor, dada su condición de efectos destinados a circular, sin que por tanto pudiera entenderse que carecían de valor; y precisamente por tenerlo, se admitieron en la entidad perjudicada y se trató de hacerlos efectivos por estimar que cubrían las sumas correspondientes, causadas en favor o pertenecientes a la entidad respectiva. Por otra parte, se destinaban a ocultar una falta de dineros que sin su existencia, se habría descubierto de inmedito e impedido al agente del delito, y procesado, continuar en su actividad ilícita; desde este punto de vista, como tampoco por las razones anteriores, podían considerarse inocuos en sus efectos. Además, no resulta suficientemente establecido que los cheques se expidieran posteriormente a la apropiación de las cantidades respectivas, sino simultáneamente; por cuanto, recibido el dinero y efectuada la apropiación al mismo tiempo se entregaba el

cheque, destinado a reemplazar aquél y a impedir que se conociera la irregular situación: así, no resulta valedera la afirmación de que no se requerían tales documentos para permitir la apropiación de los dineros, dada la modalidad o forma adoptada por el procesado".

Considera la Corte.

De la sentencia proferida en juicio viciado de nulidad.

El censor, para poder invocar esta causal, tiene que dar por demostrado que la actividad de Zapata Mera, en cuanto al giro de los cheques constitutivo del delito de falsedad, se proyectó exclusivamente a un fenómeno de ocultación de otra infracción inexistente, o sea, el abuso de confianza. Y que esta situación vino a crear confusión en el auto de llamamiento a juicio, dudándose si convenía o no cuestionar la realidad del abuso de confianza y extender la crítica más a éste que a la falsedad documental.

Si se advierten las varias modalidades del comportamiento de Zapata Mera y las precisiones del auto de proceder, claramente se nota que el vicio a que alude el recurrente no tiene esa adjudicada característica. En momento alguno el juzgador de la primera instancia vaciló en cuanto a posibilitar la existencia de un atentado contra la propiedad ajena. Siempre reconoció la realidad de esta consecuencia, pero, y en esto también enfatizó, las imperfecciones de la averiguación no daban margen para apreciar de modo integral la múltiple conducta de Zapata Mera. Debe destacarse que, precisamente, entre los objetivos de dilucidación estaban los relativos a las exactas funciones del procesado; o si el retiro del dinero se efectuaba una vez entrado éste a caja o antes de pasar por este control, y al cabal conocimiento que pudo tener esta empleada en cuanto a la operación ilícita que aquél ejecutaba.

La inexistencia a que alude el impugnador solo toma cuerpo en su demanda, pero no en las explicaciones y decisiones del a quo.

Tampoco puede aceptarse de modo absoluto que la actividad desplegada por Zapata Mera, se redujera a un secundario fenómeno de ocultación de otro reato. Al analizarse la causal de la indebida aplicación de la ley sustancial, se tendrá oportunidad de señalar el fundamento de este aserto.

El auto de proceder, en cuanto al cargo de falsedad documental, indicó los instrumentos negociables sobre los cuales se había operado la inmutación de la verdad, y fijó la intencionalidad de ésta, su aptitud para producir los fines buscados, entre los cuales sobresalía la producción de un daño. Que se insistiera más de lo debido en emparentar este comportamiento con un propósito de ocultar otro delito, no implicaba desconocer la existencia de éste ni menos confundir los dos ilícitos en uno. Sobre este último aspecto debe señalarse que el a quo tuvo ocasión de aportar razones propias y de la doctrina, para apoyar la independencia de las dos infracciones.

No se insinúa siquiera una dificultad de defensa por obra de la defectuosa redacción del auto de formulación de cargos. Este, por el contrario, presenta especificaciones de tanta claridad que la defensa, en ese entonces y ahora, puede ubicar los aspectos conceptuales que atraen el disentimiento.

No procede la causal invocada.

De la indebida aplicación de la ley sustancial.

Otra vez el recurrente tiene que acudir a un especial miramiento de la conducta de su representado. *Lejos de considerar ésta como múltiple y variada la unifica y la hace converger hacia un solo objetivo. Supone, de otro lado, que la figuración de algunos clientes de la firma "Tiberio Jaramillo R.", en formatos de chequeras ajenas en un todo a ellos, no les ocasionaba daño distinto al ya sufrido, como tampoco a la sociedad comercial ofendida, por razón de esta falsedad escrituraria. Pero la realidad procesal señala alternativas bien diferentes. Ya se dijo, en la exposición de los hechos, que Zapata Mera tomaba el dinero para propio provecho, bien de ventas directas, bien de abonos realizados en forma personal o por intermedio de los agentes del almacén, y que esto sucedió en múltiples ocasiones, espaciadas ellas en varios años. El comportamiento no fue único sino compuesto y dirigido a varios objetivos y mediante la utilización de variados procedimientos. De ahí que afectara unas veces a la crédula y confiada clientela de "Tiberio Jaramillo R." y otras a esta compañía.*

Si Zapata Mera hubiera utilizado su propia cuenta corriente acudiendo a sus facultades de girador legítimo, seguramente la calificación de su conducta no habría tomado el rumbo de la falsedad documental. Pero cuando fingió la rúbrica o nombre de algunos de los clientes que estaban en obligación de cancelar o abonar sus respectivas cuentas, aparecieron éstos como deudores morosos como personas que emitían cheques sin responsabilidad (cuenta cancelada, in-

suficiencia de fondos, registro de nombre diferente) y con los cuales debían emplearse sistemas diferentes.

Esos clientes cumplieron rigurosamente con sus compromisos, pero la actividad de Zapata Mera, que no se contentaba con la apropiación de sus dineros sino con la elaboración, a nombre de ellos, de cheques obligadamente rechazados, les hizo aparecer en condiciones bien diferentes y adversas. Además, como bien lo anota el Ministerio Público, Zapata Mera pudo extender su acción punible sin darse oportuno descubrimiento, porque la emisión de esos cheques desplazaba la autoría de la conducta hacia los deudores de la compañía.

De modo, pues, que la falsedad escrituraria de Zapata Mera no resultaba inocua. La revistió de potencialidad y produjo sus queridos y buscados efectos dañosos. Que éstos tuvieran nexos con las apropiaciaones realizadas y con otras acciones en las cuales no se acudía a la elaboración de cheques fraudulentos, son cuestiones que no desvertebran el ilícito de falsedad documental, al menos en el terreno de una tan indebida aplicación de la ley penal como para hacer que prospere la invocada causal de casación.

El ánimo doloso que inspiró el comportamiento de Zapata Mera, no se detuvo a una simple e intrascendente inmutación de la verdad (giradores fingidos) sino que estuvo acompañada de permanente propósito de causar perjuicio, ya a los clientes de "Tiberio Jaramillo R.", ya a esta sociedad.

Estas consideraciones indican, de otro lado, que no se está tratando de asimilar ad substantiam la protección debida a los títulos valores y la que reclama el documento público, tesis que, contra la realidad, se sigue cuestionando como aspecto fundamental en la legislación y se pretende dilucidar a base de pronunciamientos jurisprudenciales. Conviene anotar, en relación a esto último, que la controversia buscaba impedir, en las hipótesis del artículo 233 del C. Penal, particularmente en el ámbito de los títulos valores, que falsedades inocuas, sin consecuencias perjudiciales, divinieran en punibles. Pero dándose una sólida y reiterada doctrina que exige la producción del daño aun en los documentos de más sobresaliente estirpe pública u oficial, la cuestión comentada ha perdido toda utilidad e interés jurídicos.

La causal tampoco prospera.

Decisión.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto a nombre del procesado Silvio Zapata Mera, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el seis de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro, y en la cual se le impuso por el delito de falsedad en documentos, dos (2) años, cuatro (4) meses de presidio, así como a las accesorias pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES. CUANDO Y COMO DEBEN DECRETARSE

Se ha dicho que la circunstancia de que el demandante se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori debe procederse así y acoger la impugnación cuando el error, no en la invocación de la causal, sino el motivo o motivos en que ésta se fundamenta y cuando la demanda da lugar a que al simple examen del juzgador se ponga de manifiesto, con realidad fulgurante, una nulidad absoluta de carácter insubsanable, como ocurre en el caso sub júdice.

Corte Suprema de Justicia:—Sala Penal.—Bogotá, D. E., noviembre 27 de 1975

Aprobado: Acta número 50.

(Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero).

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por los procesados Alberto Mendoza Bermúdez y Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, contra la sentencia del 17 de diciembre último, proferida por el Tribunal Superior de Cali, que confirmó la de primer grado dictada por el Consejo Verbal de Guerra convocado en la Tercera Brigada de esa ciudad e impuso a los procesados las penas principales de veintiocho (28) y veinticinco (25) años de presidio, respectivamente, por los delitos de asesinato, robo agravado y tentativa de extorsión.

El recurso se admitió por auto de diez de abril último, y dentro del término legal, el doctor José Adolfo Caicedo Yusti, con personería reconocida, presentó demanda de casación que se declaró ajustada a los requisitos formales de ley, mediante providencia de veintiséis de julio del presente año.

Hechos y actuación procesal.

El Juez de primera instancia, el recurrente y el Ministerio Público hacen de ellos la siguiente presentación:

"El primero de abril de 1972 en las horas de la mañana arribaron al aserrío El Jardín en la ciudad de Buenaventura, dos individuos procedentes de Tuluá con el propósito de entrevistarse con Alberto Mendoza Bermúdez, no encontrándose en ese momento, el señor Leonardo Horacio Muñetón Díaz, quien llegó más tarde aproximadamente a las diez de la mañana. Poco después José Mora Betancourt se dispuso a preparar el almuerzo con pescado que Mendoza había traído del centro de la ciudad; a Tulio Eladio García, quien se encontraba presente lo hicieron retirar por sugerencia de Mendoza, saliendo aquél a hacer algunas diligencias para regresar a eso de las dos de la tarde, extrañándole el hecho de no encontrar a ninguna persona dentro del aserradero. Transcurrieron varios días sin que aparecieran los señores Muñetón y Mora, motivo por el cual Tulio Eladio García inquirió a Mendoza sobre la persistente ausencia de dichos señores a lo cual le respondió que los sujetos que habían venido de Tuluá les habían dado muerte y habían obligado a Mendoza a enterrarlos en el mismo aserrío, que ante la gravedad de los hechos era mejor que se callaran porque de lo contrario podrían correr la misma suerte que los occisos. Corridos unos 25 días aproximados, el sindicado Tulio Eladio García observó que dentro del aserrío, cerca de los rieles de la sierra, junto a dos pequeños estacones, salían hormigas en gran cantidad y se notaba la tierra un poco movediza presumiéndose que allí había sido el lugar donde sepultaron a los desaparecidos que en un momento se creyó estaban secuestrados, resultando a la postre ser cierta la presunción, por cuanto se procedió a la exhumación de los

cadáveres que resultaron ser los correspondientes a los señores Horacio Muñetón y José Mora, coligiéndose por la necropsia que habían sido vilmente asesinados a golpes, cuchillo y hacha, no sin antes haber procedido los incriminados a amordazarlos. El mismo procesado García aseveró que en días posteriores al primero de abril, es decir luego del desaparecimiento de los señores Muñetón y Mora, llegó al mencionado aserradero un camión Ford, modelo viejo, colores verde y marfil, procedente de Tuluá, y que en este vehículo llegó un individuo, que el primero de abril lo había visto García conversando con Mendoza y Muñetón, cerca a una palma que queda en la parte posterior del aserrío y que había oído cuando éstos lo mencionaban con el nombre de Gabriel, que entre éste, García y Mendoza cargaron varios implementos y máquinas del aserradero hacia el camión para seguidamente dirigirse a la ciudad de Tuluá con el propósito de ofrecerlos en venta. En el diligenciamiento se comprobó eficazmente que varios objetos se hallaron en poder del sujeto Gabriel Antonio Gutiérrez, quien los tuvo en su residencia encaletados. Por otra parte, añade García, que el día de la muerte de Muñetón y Mora, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos despojó al primero de algunas de sus pertenencias tales como una papelera, un reloj de pulso, un anillo, varias llaves, un revólver y otros elementos, que en el portafolio de Muñetón le fue enviado a su hermano pocos días después, con el fin de exigirle a don Pablo la cantidad de trescientos mil pesos a cambio del rescate de don Leonardo (quien para tal época ya estaba muerto), suma que fue exigida mediante llamadas telefónicas y varios escritos anónimos hechos a mano y a máquina de escribir, suscritos dizque por el Ejército de Liberación Nacional, pero no fue desembolsada por don Pablo, quizás por múltiples factores, entre ellos por dificultades de orden económico".

El Juzgado Quinto Penal Municipal de Buenaventura inició la investigación con base en la denuncia formulada por José Pablo Muñetón Díaz y decretó la detención preventiva de algunas personas, luego de practicar diversas pruebas.

Fue designado el Juez Sexto de Instrucción Criminal para que continuara la investigación, funcionario que envió el negocio al señor Comandante de la Tercera Brigada de Cali, ya que se declaró turbado el orden público, asignándose a la justicia castrense el conocimiento de los ilícitos investigados.

Culminó la averiguación, por comisión que impartiera el Comandante de la Brigada de Cali, el Juzgado 45 de Instrucción Penal Militar.

Cerrada la investigación y oído el concepto del Ministerio Público, se convocó a Consejo Verbal de Guerra, por resolución del 7 de diciembre de 1973, emanada de la comandancia de la Brigada, y en ella se designaron Presidente y vocales para el juzgamiento de los particulares Alberto Mendoza Bermúdez, Heriberto Mendoza Bermúdez, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, Tulio Eladio García y Carlos Julio Taborda Sáenz.

Por providencia del diez y siete de diciembre de 1973 fueron condenados Alberto Mendoza Bermúdez y Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, a las penas corporales que se indicaron y a Carlos Julio Taborda —reo ausente— a 25 años de presidio, decretándose absolución para los restantes procesados, decisión que fue confirmada en su integridad, mediante sentencia que es objeto de este recurso extraordinario.

La demanda.

Al amparo de las causales cuarta y primera de casación los recurrentes formulan varios cargos contra la sentencia acusada.

Causal cuarta.

Primer cargo. La sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad con quebrantamiento de los artículos 441, ordinal 1º del Código de Justicia Penal Militar, y del artículo 210 (1º) del Código de Procedimiento Penal, por "incompetencia del Juez". Se violaron directamente los artículos 330 y 547 del Código Militar, por cuanto el Comandante de la Brigada carece de facultades para delegar en sus subalternos la Presidencia del Consejo, como sucedió en este caso, mediante la resolución que convocó al Consejo Verbal de Guerra. El Presidente del Consejo, al tiempo Juez de primera instancia, debió serlo el Comandante de la Tercera Brigada, con sede en la ciudad de Cali.

Segundo cargo. Se presenta en el proceso la causal de nulidad que el censor denomina "incompetencia de jurisdicción", pues el Tribunal Superior de Cali, una vez levantado el estado de sitio por Decreto 2725 de diciembre de 1973, debió declarar la nulidad de lo actuado y enviar el expediente a los jueces ordinarios a quienes, por virtud de la citada disposición, se les adscribió nuevamente el conocimiento de los delitos comunes cometidos por los particulares. Y como la sentencia del Tribunal de Cali se dictó cuando el país se encontraba en estado de normalidad jurídica, la ha debido proferir el juez ordinario

y no el militar, con base en el principio de favorabilidad.

Tercer cargo. Se hace consistir en la causal de nulidad que consagra el ordinal 2º del artículo 441 del Código de Justicia Penal Militar y el 210 (5º) de la legislación procesal ordinaria, o sea, "error en la denominación jurídica de la infracción". Sustentando el cargo la censura afirma que de acuerdo a la declaración de Tulio Eladio García, la sustracción de los bienes de propiedad de uno de los occisos se realizó días después de la muerte violenta de Muñetón y Mora, por lo que el hecho ha debido calificarse como delito de hurto. Argumenta así el actor: "Una vez muerto Horacio Muñetón Díaz y José Mora, el delito de homicidio se agotó y la apropiación ejecutada por los delincuentes con posterioridad al delito de homicidio, fue ejecutada sin violencia, circunstancia tipificadora del delito de robo, pues para llevarse los bienes muebles en el camión que vino de la ciudad de Tuluá, lo hicieron los delincuentes sin haber encontrado obstáculo alguno".

Cuarto cargo. En el acto de juzgamiento de los procesados recurrentes se violó ostensiblemente el artículo 26 de la Constitución Política, pues el defensor de Alberto Mendoza Bermúdez aceptó, durante su intervención, la responsabilidad penal de aquél. "Cuando el defensor se transforma en un acusador como en el presente caso, se produce una nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Constitución en su modalidad de falta de plenitud de las formas propias del juicio penal", concluye el actor.

Causal primera.

Cargo único. "Por evidente error de derecho que aparece de modo manifiesto y notorio en los autos, el honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente los artículos 33 y 45 del Código Penal al imponer a los sentenciados las penas de 28 y 25 años de presidio, respectivamente, habiendo excedido el límite fijado por el artículo 45 del Código Penal que es de 24 años de presidio aunque se juzguen varios delitos".

Respuesta del Ministerio Público.

Causal cuarta.

Primer cargo. Luego de analizar las normas que prescriben la competencia en los Consejos de Guerra Verbales y ordinarios, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal concluye que en estos últimos el "Presidente está revestido de la potestad de Juez de primera instancia, y no, como lo plantea el señor demandante, que lo es el Comandante de la Brigada en cuya jurisdicción se hayan cometido los delitos juzgados". Pueden, pues, los Comandantes de las respectivas Brigadas, dentro de los procedimientos propios de los Consejos de Guerra Verbales, designar su Presidente, quien es, al propio tiempo, Juez de primera instancia. Solicita se deseche el cargo.

Segundo cargo. Igualmente debe desestimarse porque, "es inimaginable el profundo caos en que sucumbiría el ordenamiento jurídico del país si se aceptara el planteamiento del demandante sobre que, desaparecida la vigencia de una ley que señalaba el procedimiento a seguir en el juzgamiento de los delitos en general, o de algunos en particular, todo lo actuado bajo ella debería declararse nulo, porque normas procedimentales nuevas o revividas legalmente, entrarían a regir en su lugar".

Tercer cargo. El día de la muerte de Muñetón y Mora, según palabras del testigo Tulio Eladio García, arrebataron a aquéllos varios objetos, que luego sirvieron —llaves— para sacar del inmueble otros bienes, configurándose así el delito de robo agravado, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3º del artículo 404 del Código Penal. Tampoco puede prosperar este cargo.

Cuarto cargo. No es cierto, como lo afirma el recurrente, que el defensor del procesado Alberto Mendoza Bermúdez hubiese hecho caso omiso de sus funciones. Dada la situación probatoria contraria a los intereses de éste, su defensor solo podía tratar de disminuir su responsabilidad, imposible negarla, como en efecto lo hizo, por lo que el derecho de defensa no se vulneró, haciéndose necesario desechar la censura.

Causal primera.

Cargo único. La forma en que éste se presenta, impide su examen, pues "al afirmar el actor que 'por evidente error de derecho que aparece de modo manifiesto y notorio en los autos, el honorable Tribunal sentenciador aplicó indebidamente los artículos 33 y 45 del Código Penal. .', está entreverando elementos de la violación directa de la ley sustancial, con los que son propios del quebranto indirecto de la misma, situación creada que impide el estudio del nuevo cargo, toda vez que a la postre no se sabe cuál es el pensamiento del actor y la censura al fallo recurrido, sin que pueda el Ministerio Público, ni la honorable Corte suplir tal vacío, o enderezar el antitécnico planteamiento".

Consideraciones.

Del estudio atento de los cargos formulados por el recurrente a la sentencia acusada, comenzando, como es tradición de la Corte, por los ofrecidos a su consideración al través de la causal cuarta, se observa que el actor, en todos ellos censura al sentenciador haber dictado sentencia en juicio viciado de nulidad, y en el cuarto, la violación del artículo 26 de la Constitución Política, por inobservancia de las formas propias del juicio.

Esta Sala de la corporación dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1974 —casación de José Ramón Castro y Ramón de Jesús Castaño Agudelo— "que el auto de proceder no es una providencia de redacción libre, sino que, por el contrario, debe, en lo posible, ajustarse a las prescripciones del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal.

"Pero la redacción del auto de proceder, su forma, es algo bien diferente de los motivos que sirven al juzgador como fundamento de aquél.

"Lo que el recurrente pone realmente en cuestión no es que el sentenciador hubiese omitido las prescripciones a las que debió ajustarse la redacción del auto de proceder, en su forma, sino el valor que les atribuyó a las pruebas de cargo, sus alcances y méritos.

"Ciertamente esta Sala de la Corte, en sentencia de fecha quince de diciembre de mil novecientos setenta, al hablar de la independencia de las causales de casación recogió la jurisprudencia que sostenía que cuando la nulidad invocada por el recurrente se hacía derivar de la equivocada apreciación por el sentenciador del haz probatorio, corría a cargo suyo demostrarlo fehacientemente, invocando, primero, el numeral segundo de la causal primera de casación —error de hecho o de derecho— y evidenciando a la Corte, consecuencialmente, que la sentencia había sido dictada en juicio viciado de nulidad, con invocación de la causal cuarta.

"Lo anterior quiere decir que si el auto de proceder discutido en su validez por el recurrente se ajusta con rigor a las prescripciones normativas y el censor pretende demostrar que la prueba que le sirvió de sustento fue mal calificada por el sentenciador, así ha debido hacerlo:

"a) Con la prueba evidente de que la errada denominación jurídica de la infracción —de suyo causal de nulidad— obedeció a que se tuvo como demostrado un hecho con prueba inexistente, o

"b) Que se procedió a calificar los hechos con desconocimiento de una prueba ostensible en el sumario, o

"c) Que una prueba a la que correspondía un determinado valor legal, el sentenciador le otorgó otro diferente, con exageración o menoscabo de sus verdaderos alcances, *lo cual lo condujo a incurrir en la pretensa nulidad.*

"Si, por ejemplo, el sentenciador tiene como demostrada la violencia en el apoderamiento de un bien mueble ajeno, con prueba inexistente, comete, ciertamente, un error de hecho, pero, al tiempo, yerra en la denominación jurídica de la infracción, incurriendo por este modo en la causal quinta de nulidad taxativamente señalada en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, censurable, en casación, por la causal 4ª.

"Es más. Cuando la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder implica nulidad —tal sería el caso de exceso en el veredicto por exceso en los cuestionarios— debe, igualmente, invocarse la causal cuarta, con absoluta independencia de la segunda, ya que las nulidades dentro del régimen de casación obedecen a normas y procedimientos específicos y sus motivos no pueden discutirse al amparo de ninguna otra causal, pues aun los errores de hecho y de derecho solamente pueden alegarse con propiedad dentro del ámbito de la causal primera de casación, en su inciso segundo, cuando por su naturaleza no son constitutivos de nulidad.

"La consecuencia de lo dicho en los párrafos anteriores no es otra sino que la nulidad debe ser alegada siempre como tal y demostrada en idéntica forma, cualesquiera sean las causas que la originan. Porque de tenerse en dicha condición los motivos del numeral 1º, inciso 2º de la causal primera del recurso extraordinario, en la hipótesis del recurrente, la prosperidad del cargo, así invocado, convertiría a la Corte en sentenciador de instancia para los efectos de reemplazar con la suya la sentencia acusada, consecuencia imposible si se trata de nulidad, pues en este caso la norma procesal pertinente ordena al Juez, en sede de casación, instituir el procedimiento desde el momento mismo en que se produjo el acto procesalmente nulo. Lo que demuestra palmariamente que la causal cuarta de casación es independiente y abierta a los diferentes medios de prueba, pero exigente, como las demás, en su técnica y demostración.

"Todas estas razones justifican que la jurisprudencia haya construido la doctrina según la cual las causales de casación no se estudian en el orden de su presentación por el recurrente sino con la preeminencia que la lógica otorga a la causal cuarta y porque es de natural entendimiento que, si el cargo prospera, sobre lo absolutamente nulo no cabe raciocinio jurídico distin-

to de su declaratoria judicial para que se reponga el procedimiento.

"Por imperativos idénticos la nulidad que la Corte declara en el proceso en favor de uno de los afectados con la sentencia, cobija por igual a los no recurrentes, cuando la situación procesal invocada es común a todos ellos.

"No obstante las consideraciones anteriores, parece conveniente advertir que en presencia de una nulidad absoluta de carácter manifiesto, *cuya evidencia excuse su demostración,* no puede la Corte omitir casar la sentencia y ordenar su reenvío al Tribunal de origen, indicando en qué estado queda el procedimiento, siempre que los hechos constitutivos de la nulidad se hubiesen ofrecido a su consideración aun con el propósito de fundar el demandante una causal diferente de la cuarta, o sea en forma indirecta. *Así lo exigen razones superiores de jerarquía legal que devienen imperativo categórico la obediencia debida por la Corte a los mandamientos constitucionales que prescriben las garantías fundamentales de la defensa, entre las cuales adquieren especial relevancia las contenidas en sus ordenamientos 26 y 28 que regulan la legalidad del delito, de la pena, del procedimiento, y el principio de favorabilidad, cuya suma es el debido proceso.*

"Si esto es así y si justamente el haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad es causal de casación, resultaría inopinadamente absurdo que precisamente el Tribunal instituido para conocer de ese recurso extraordinario, estuviese obligado a desatarlo a sabiendas de que, al hacerlo, dicta sentencia en juicio viciado de nulidad.

"No se trata, como es obvio, de que la Corte, de oficio y obligatoriamente deba, en cada caso, examinar el proceso para comprobar si adolece sustancialmente de vicios de formación. Pero si al estudiar una de las causales aducidas por el recurrente, la Corte encuentra que los motivos alegados para su demostración configuran de suyo, *ostensiblemente,* nulidad *insubsanable,* de las que taxativamente enumeran, con dicho carácter, los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las garantías fundamentales de la defensa y de las formas propias del juicio, prescritas por los artículos 26 y 28 de la Carta Política, no podría, como ya se dijo, dejar da casar la sentencia acusada solo porque no fue mencionada la causal cuarta de casación".

En sentencia de seis de noviembre último —recurso extraordinario de casación de Mario Tejada contra la sentencia pronunciada en su contra por el Tribunal del Distrito Judicial de Montería—, la Corte, con el voto unánime de los miembros integrantes de su Sala Penal, asumió con plenitud el antecedente jurisprudencial contenido en los apartes inmediatamente anteriores, como pasa a verse a continuación:

Dijo la Corte, en las consideraciones de ese fallo:

"En verdad, la Corte ha sostenido siempre que cuando actúa en sede de casación no puede estudiar una causal extraña al libelo de impugnación, ni suplir el pensamiento del actor, colmando los vacíos o subsanando las deficiencias de la demanda, porque ello desvirtuaría la naturaleza técnica del recurso extraordinario de que se trata. Criterio que en manera alguna ha impedido a la corporación una postura intelectual compatible con el proceso evolutivo de la jurisprudencia. Prueba de este aserto se halla en el siguiente paso doctrinario: 'La circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente no debe estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo' (Casación de 26 de junio de 1953, tomo LXXV, número 2130, página 473).

"Cierto es, como anota el Agente del Ministerio Público, que la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, mediante sentencia de 4 de octubre de 1971, declaró inexequible el ordinal quinto del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, que confería competencia a la jurisdicción castrense para conocer de los delitos cometidos por 'civiles que formen parte de las Fuerzas Armadas'. Y precisamente es esta la norma sustancial que el demandante reputa infringida, pues hace consistir la nulidad alegada en que Mario Tejada Cárdenas, en vez de ser juzgado por la Justicia Militar, lo fue por la ordinaria, siendo, cuando cometió las infracciones imputadas, un civil al servicio de las Fuerzas Armadas y porque 'los delitos por los cuales fue juzgado y condenado se perpetraron en una dependencia militar'.

"Mas acontece que cuando se cometieron tales infracciones, todo el territorio nacional se encontraba en estado de sitio, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 250 de 26 de febrero de 1971. De suerte que, habiendo la Corte declarado exequible en virtud de la referida sentencia del 4 de octubre de 1971, el ordinal 2º del artículo 308 del estatuto penal militar, que da competencia a la justicia castrense para conocer de los delitos cometidos en tiempo de guerra, conflicto armado o turbación del orden público, por militares en

servicio activo o por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, es obvio que el juicio contra Tejada Cárdenas está viciado de nulidad, de acuerdo con el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por incompetencia del Juez, y, consecuencialmente, por transgresión del artículo 26 de la Carta Política en la segunda de las garantías procesales que consagra, vale decir, *la legalidad de la jurisdicción.*

"Por tanto, el recurso debe prosperar.

"Podría redargüirse que el motivo en que apoya el demandante la causal 4ª invocada es distinto del que corresponde al ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar y que, por consiguiente, la impugnación debe rechazarse. Mas a esto se responde que el actor acertó invocando la causal conducente de casación y puntualizó con tino la garantía procesal violada de las consagradas en el artículo 26 de la Constitución (la legalidad de la jurisdicción). Cierto es que incurrió en error señalando como norma sustancial traspasada la contenida en el ordinal 5º del artículo 307 del Código de Justicia Penal Militar, declarado inexequible por la Corte; pero si se ha dicho que la circunstancia de que el demandante se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori *debe procederse así y acoger la impugnación cuando el error estriba no en la invocación de la causal, sino en el motivo o motivos en que ésta se fundamente, y cuando la demanda da lugar a que, al simple examen del juzgador, se ponga de manifiesto, con realidad fulgurante, una nulidad absoluta y de carácter insubsanable, como ocurre en el caso* sub júdice".

Las causales de casación y las de nulidad son taxativas. Ni unas ni otras quedan al arbitrio del intérprete. Obligan por igual a los jueces. Las causales de casación tienen como destinatarios a los jueces del recurso extraordinario, y las nulidades a la totalidad de los jueces, sin excluir a los de casación.

Cuando el artículo 581 advierte a la Corte Suprema de Justicia que no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de las que hayan sido expresamente alegadas por las partes, previene que deben ser invocadas y sustentadas por ellas y prohibe a la Corte obrar de oficio en la materia. Pero uno es tomar en consideración causales de casación distintas a las expresamente alegadas por las partes, y otro, declarar la Corte las nulidades que advierta, al estudiar el recurso de casación, y ordenar reponer el procedimiento desde que se presentó la causal pertinente, para que se subsane el defecto, como lo manda perentoriamente el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal. La nulidad lo es y vicia el procedimiento independientemente de que haya sido reclamada por las partes y puede, válidamente, ser alegable en las instancias, y posteriormente solo en el recurso de casación. Esto porque, con la ejecutoria, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada y contra ella cabe solamente el recurso de revisión, por causales igualmente taxativas.

Las nulidades que, advertidas por los jueces, deben decretar, son precisamente las que no han sido reclamadas por las partes. Y es redundante afirmar que tienen como finalidad principal conservar en su integridad la estructura del proceso, y que los artículos 212 y 213 del Código de Procedimiento Penal proveen a un doble control de legalidad. El primero, de carácter obligatorio, a cargo de los jueces, en cualquier momento del proceso. Abandonando el segundo al buen criterio de los litigantes y a su rigurosa demostración.

No todas las nulidades se manifiestan con el mismo carácter de ostensibles. Las hay que requieren análisis severo y aguda penetración como aquellas que siendo de suyo errores manifiestos de hecho, devienen nulidades por cuanto inciden en la denominación errónea de la infracción. Como cuando el sentenciador tiene como probada la violencia en la sustracción de bien mueble ajeno, sin estarlo, y califica robo el hurto, y en otros casos, igualmente difíciles, cuyo reparo oficioso entraña embarazos y contrariedades que impiden su inmediato entendimiento, a cuya claridad contribuye ciertamente la actividad de las partes.

Nadie sería osado a poner en duda que el recurso extraordinario de casación, interpuesto en su hora, impulsa el proceso hacia una nueva fase que, con las instancias, conforma unidad inescindible pues solo con la sentencia en firme se opera la cosa juzgada. Es el recurso un momento más del proceso dentro del cual el Juez que advierta una de las causales de nulidad previstas en los numerales de los artículos 210 y 211, debe declararla de inmediato y ordenar que se reponga el procedimiento. Con cuanta mayor razón si son de aquellas que la jurisprudencia ha venido elaborando, sistemáticamente, con base en los artículos 26 y 28 de la Carta Política y que dicen relación al debido proceso.

Por ello no sobra insistir en la diferencia cierta que se da entre la nulidad como causal de casación y la nulidad como vicio del proceso.

La primera exige del proponente ajustarse rigurosamente a la técnica del recurso extraordinario. Y corre a su cargo el invocarla con precisión y demostrarla en la exacta magnitud de sus pretensiones.

Como vicio fundamental del procedimiento, vale decir de carácter insubsanable, solo requiere para su reconocimiento judicial el haber sido advertida por el juzgador, oportunamente, es decir, antes que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Su advertencia por el Juez obliga a su pronunciamiento, no importa si el recurrente, que debe alegarla con el rigor técnico que la disciplina del recurso extraordinario hace perentorio, no logra su cometido, la invoca con fundamento en una causal distinta, o ignora paladinamente al sustentar la demanda la causal de nulidad que ciertamente afecta la sentencia. El Juez debe decretarla inexorablemente. Lo contrario sería tanto como sostener que las nulidades en el recurso extraordinario de casación, lo son, exclusivamente, si en forma expresa las alega el recurrente. Pero que su ignorancia por el censor subsana el procedimiento.

El haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad ha sido estatuido como causal de casación, sin perjuicio de la obligación judicial de hacer pronunciamiento de nulidad en el instante en que lo advierta. Lo mismo en las instancias que en el recurso extraordinario. En éste, como en las instancias pueden las partes reclamar válidamente su pronunciamiento, previa su demostración. No después, porque la cosa juzgada, salvo el recurso de revisión, al poner fin al proceso, hace presumir la validez de lo actuado.

El artículo 581 que prescribe la taxatividad de las causales de casación, hay que entenderlo en armonía con el artículo 212 del mismo estatuto procesal, que ordena al juzgador decretar las nulidades establecidas en los artículos 210 y 211, en cualquier momento del proceso que las advierta y con el artículo 26 de la Carta Política que cautela las formas propias del juicio, mandamiento de orden superior al que están subordinados los artículos anteriores, que de él reciben su mejor inteligencia.

Si ello es así, carece de razón el argumento, según el cual las nulidades en el recurso extraordinario de casación deben ser siempre expresamente alegadas por el actor, sin que puedan decretarse directamente por el Juez, como lo preceptúa el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal.

Carece de fundamento dicho razonamiento, también, porque el artículo 212 citado, no hizo exclusión de los jueces en sede de casación. Ni distinguió entre jueces de las instancias y jueces del recurso extraordinario. Y, además, porque el constituyente elevó a la categoría de nulidad constitucional en el artículo 26 de la Carta la inobservancia de las formas propias del juicio, como sería dictar sentencia, a sabiendas, en juicio viciado de nulidad.

Quien como Juez llegare a pensar que la taxatividad de las causales establecidas por el artículo 581 en concordancia con el 580 del Código de Procedimiento Penal es incompatible con los mandamientos del artículo 212, salvará el escollo si repara en lo dicho y en que la supremacía de los preceptos constitucionales exige la suspensión por el Juez de los ordenamientos de tipo legal que con ellos aparecen en franca oposición en un caso concreto (artículo 215 de la Carta Política).

Dicho lo anterior, en el caso sometido al examen de la Corte por el procesado recurrente se tiene:

El actor ha presentado, como se dijo, cuatro cargos al amparo de la causal cuarta, o sea por haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad. Independientemente del buen suceso o del posible fracaso que pudiere obtener el recurrente del estudio por la Corte de los cargos, en la forma como por él han sido propuestos a su consideración, al examinar la sentencia acusada, para comprobar las presuntas nulidades señaladas, la Sala observa que la veridicción de los vocales que integraron el Consejo Verbal de Guerra, convocado para juzgar a los procesados, recayó sobre unos cuestionarios inexistentes, o reales solo en apariencia.

La inexistencia de los cuestionarios implica la inexistencia de un acto procesal de magnitud y entraña vicio de actividad judicial de consecuencias ineluctables, al punto que el esquema rector del debido proceso contenido en el artículo 26 de la Constitución sufre menoscabo irreparable, sin excluir el derecho de defensa, la primera y más preciosa garantía que el Estado de Derecho ofrece a los asociados, como tributo a la dignidad de la persona humana.

El recurso que ahora se resuelve es parificable con el que decidió la Corte el seis de noviembre último, de que se hace mención en los apartes primeros de esta decisión. El recurrente acierta, igualmente, en señalar la causal cuarta de casación, pero la Sala encuentra que los motivos por él invocados para lograr la invalidación de la sentencia censurada, son de menor relieve que los muy transcedentes que sirven de fundamento a las conclusiones de esta providencia, y que se hacen evidentes con caracteres ostensibles de nu-

lidad absoluta, que no requiere demostración, y que la Corte debe decretar favorablemente a las pretensiones de la demanda, ordenando se reponga el procedimiento.

Si es verdad que por la naturaleza de este recurso extraordinario, la competencia le viene a la Corte limitada por las pretensiones del recurrente y de conformidad con el artículo 581 en armonía con el 580 del Código de Procedimiento Penal, no puede tomar en consideración, al estudiar la demanda, causales distintas de las que expresamente han sido alegadas por el actor, no es menos evidente que ello por ningún motivo la releva de su obligación inexcusable de hacer pronunciamiento para declarar las nulidades que con el carácter de insubsanables advierta en el proceso, pues sobre lo absolutamente nulo no cabe fundar raciocinio jurídico ninguno con valor consistente.

Por donde se concluye que las prescripciones contenidas en los artículos 212, 213, 580 y 581 del Código de Procedimiento Penal no son excluyentes sino, por el contrario, complementarias, unas con otras.

Podría objetarse a lo anterior que la sentencia dictada sobre un juicio viciado de nulidad debe mantenerse con la plenitud de sus efectos sin importar que ese vicio sea irreparable por medios diversos a la reposición del procedimiento, por encontrar sustento en las prescripciones de los artículo 115 del Código de Procedimiento Penal y 26 y 28 de la Carta.

Al respecto se contesta. La cosa juzgada de que trata el artículo 115 citado, carece de efectos concluyentes, mientras la sentencia de que deriva no deviene ejecutoriada. Y que el principio de favorabilidad que se contiene en los artículos 26 y 28 del Código Institucional, solo puede reclamarse en presencia de un proceso legalmente válido, pues en el mismo artículo 26 se estatuyen las garantías del debido proceso, presupuesto fundamental del principio de favorabilidad, que, en ningún caso, puede invocarse con el pretexto de que los procesados absueltos no recurrieron de la sentencia, ya que contra la Constitución no existen derechos adquiridos. Y sería contrario a los más elementales dictados de la lógica jurídica sostener que un hecho vicia fundamentalmente un proceso, y beneficia a los procesados recurrentes cuyas demandas alcanzaron la declaratoria de nulidad absoluta y manifiesta, y que ese mismo hecho, dentro del proceso, cuya sentencia no ha causado ejecutoria, sirva para sustentar la cosa juzgada y para validarlo en favor de los procesados absueltos no recurrentes. Una afirmación como la anterior sería insostenible frente al principio lógico de contradicción, según el cual las cosas no pueden "ser y no ser" al mismo tiempo.

Si la cosa juzgada no puede edificarse sino sobre la ejecutoria de la sentencia, la sola preclusión del término legal para accionar el recurso extraordinario, no excusa a la Corte de hacer la declaración de las nulidades que se le insinúan al realizar el estudio de una cualquiera de las causales de casación propuestas a su examen, por el procesado recurrente.

Pero si el principio de favorabilidad no es medio para remediar las nulidades, no es menos valedero que, con fundamento en él deben extenderse los beneficios de la nulidad, declarada judicialmente, a los procesados condenados no recurrentes, justamente porque sus condenaciones han sido pronunciadas, lo mismo que las absoluciones de los procesados no recurrentes, en un mismo proceso, viciado de nulidad absoluta, y el hecho que la originó es común a todos ellos.

No debe revocarse a duda que el haber omitido el Juez de primera instancia la presentación de los cuestionarios, en la forma legal, a los vocales del Consejo Verbal de Guerra, constituye inobservancia grave de las formas propias del juicio y violación expresa del artículo 26 de la Constitución Política —de suyo nulidad supralegal de carácter insubsanable— de aquellas que al tenor de los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con los artículos 212 y 213 del mismo estatuto, pueden ser alegadas por las partes en las instancias o en el recurso extraordinario de casación y que advertidas por los jueces deben decretarse y causan la nulidad de la actuación a partir del momento mismo de su ocurrencia, desde el cual ha de reponerse el procedimiento.

De donde se concluye que una es la facultad de las partes y la oportunidad para denunciar y pedir se decreten las nulidades procesales con causa en el artículo 26 del Código Institucional y en los artículos 210 y 211 del C. de P. P. y otra la obligación de los jueces —también en sede de casación— para proceder a decretar las nulidades alegadas por las partes, o directamente advertidas por ellos.

Por este orden de ideas se tiene que al examinar el fallo pronunciado en este proceso contra Alberto Mendoza Bermúdez, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, Heriberto Mendoza Bermúdez, Tulio Eladio García, y Carlos Julio Taborda Sáenz por el delito de homicidio, los cuestionarios sometidos al jurado integrado por el señor Capitán Alfonso Gómez Angarita, Teniente Víe-

tor Manuel Vega Sabogal y Teniente Eduardo Chaves Ramírez, ninguno de ellos lleva la firma del Juez de instancia, hecho que se impone al observador en forma ostensible, por modo que su evidencia no requiere demostración. Dicho en otras palabras, la repuesta afirmativa pronunciada por los vocales sobre la supuesta responsabilidad de los procesados recurrentes, y de los no recurrentes, recayó sobre un cuestionario inexistente, con violación inexcusable del artículo 26 de la Constitución Política y del artículo 214 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor: "Cuando la ley exija expresamente para la validez de un determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y éstas no se observaren, se considerará, sin necesidad de resolución especial, que tal acto no se ha verificado".

Si los cuestionarios son base fundamental de los procesos tramitados por la vía de los Consejos Verbales de Guerra, ya que sin ellos es imposible proferir sentencia, al haberse pronunciado los vocales afirmativamente, sobre la responsabilidad de los sindicados, con vista en la apariencia de unos cuestionarios a los que para serlo faltaban las firmas del Presidente del Consejo, y aun la fecha de su elaboración, débese, en buena lógica, afirmar su inexistencia jurídica y la consiguiente violación de las normas anotadas, en cuanto obligan la observancia de las formas propias de cada juicio.

Del examen atento del expediente se comprueba en forma incuestionable cómo es manifiesto, con evidencia que no requiere demostración que los cuestionarios sometidos a la decisión de los vocales en el Consejo Verbal de Guerra que juzgó a Alberto Mendoza Bermúdez, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, Heriberto Mendoza Bermúdez, Tulio Eladio García y Carlos Julio Taborda Sáenz, carecieron de las firmas del Presidente, de su asesor y del Secretario (artículo 563 del Código de Justicia Penal Militar).

El artículo anterior obliga realizar el escrutinio de las respuestas de los vocales tan pronto como se producen y consignar el resultado en copia de los cuestionarios que debe llevar la firma del Presidente, del Asesor y del Secretario, y no es menos real que una cosa es el escrutinio de las respuestas y su obligada forma jurídica, y otra —muy distinta— los cuestionarios mismos y su peculiar forma legal.

Los cuestionarios contienen la imputación del hecho o hechos penalmente reprochables, sus modalidades y la pregunta por la responsabilidad del sindicado. Son, pues, el núcleo sobre el cual versa el debate oral en los Consejos Verbales de Guerra o en los Consejos Ordinarios de la misma naturaleza. Como tales deben ostentar la plenitud de sus formalidades, entre las cuales se destaca ser documento auténtico, es decir, que haga fe, firmado por los funcionarios competentes que para el caso son el Presidente del Consejo, el Asesor y su Secretario. Sin sus firmas, nadie puede asegurar que los cuestionarios fueron redactados por el Presidente del Consejo ni sometidos a la consideración de los vocales, regularmente. Es más. Sin el rigor inexcusable de sus requisitos formales, los cuestionarios no lo son, ni siquiera en apariencia. O lo que es lo mismo, no existen jurídicamente. Y sobre ellos no cabe, con validez ningún pronunciamiento.

La Corte ha dicho que las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución tienden especialmente a proteger el derecho de defensa. Y es suya la consecuencia de que, en todo caso, debe el impugnador demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por el procesado recurrente.

Débese recordar entonces, que el recurso extraordinario de casación ha sido instituido primordialmente para preservar el contenido de la ley y darle alcance y sentido ajustados al derecho objetivo, al través de la unificación de la jurisprudencia, y también para desagraviar a las partes de los perjuicios posibles que les hubiere irrogado la sentencia.

Si tales son los objetivos del recurso extraordinario de casación y entre ellos cobra significación especial la guarda de la ley, en sí misma considerada, independientemente del interés que en los resultados del recurso acusen las partes, el derecho de defensa implícito en las garantías fundamentales que, en su conjunto preserva el artículo 26 de la Carta Política, no obliga al recurrente a demostrar en forma concreta el perjuicio sufrido por él personalmente, ni la magnitud de sus consecuencias, puesto que el derecho se viola sustancialmente, cuando se quebrantan las formas propias del juicio. La Constitución las prescribe y preserva como garantías fundamentales de los derechos ciudadanos cuyo perjuicio cierto consiste, sin más, en la violación de aquéllas. El debido proceso es derecho público y sus garantías son del mismo carácter.

Su violación agravia el orden público instituido y entraña vicio de nulidad, subsanable solamente por la reposición del proceso con la observancia plena de sus formalidades legítimas.

En el caso de autos puede afirmarse, sin equívocos, que la respuesta de los vocales integrantes del Consejo Verbal de Guerra que juzgó a Alberto Mendoza Bermúdez, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, Heriberto Mendoza Bermúdez, Rafael Gutiérrez Llanos, Carlos Julio Taborda Sáenz y Tulio Eladio García no es pronunciamiento válido, pues recayó sobre unos cuestiona-

rios aparentes, sin real existencia jurídica, a los que hacía falta su autenticidad, por carecer de la firma del Presidente del Consejo, o sea de quien era competente para formularlos, y de las firmas del Asesor y del Secretario que da fe.

El escrutinio que obliga verificar el artículo 569 del Código Penal Militar, es acontecimiento posterior a la redacción de los cuestionarios y lo que en él se hace constar con la firma del Presidente del Consejo Verbal de Guerra o del Consejo Ordinario, no es su autenticidad, sino la de las respuestas recaídas sobre los mismos. Pero éstas pueden darse sobre cuestionarios aparentes, elaborados sin las formalidades legales, como en el caso que se examina, y la respuesta de los vocales abonada con la firma del Presidente del Consejo, de su Asesor y de su Secretario, no puede remediar la inexistencia de aquéllos.

Siendo esto así, los cargos vienen llamados a prosperar.

La Corte ha sostenido en anteriores ocasiones, reiteradamente, que el Consejo de Guerra Verbal es un acto jurídico complejo, pero único, cuyos momentos sucesivos pueden tener ocasión en tiempos y espacios diferentes, sin perder su obligada unidad.

Y así la nulidad sustancial que vicie uno cualquiera de los actos componentes de la acción, afecta por idéntico modo la integridad del procedimiento.

Esto se dice, además, porque en el negocio que se examina, la nulidad no recae sobre el acto de la convocatoria del Consejo, ni en la índole de los vocales que pronunciaron el veredicto, por unanimidad, sobre unos cuestionarios aparentes.

Más aún. En este caso específico se advierte que por haberse levantado el estado de sitio, por virtud del Decreto 2725 de 29 de diciembre de 1973, conoció en la segunda instancia el Tribunal Superior de Cali, a donde habrá de remitirse el expediente, previa declaración de nulidad de todo lo actuado en este proceso, con excepción de la prueba recogida en las averiguaciones, con la orden de continuar el procedimiento por los jueces ordinarios competentes.

En razón de la prosperidad de los cargos primero, segundo, tercero y cuarto, formulados al amparo de la causal cuarta y que la Corte ha estudiado en su conjunto, no es necesario examinar las censuras restantes.

Como el procesado Carlos Julio Taborda Sáenz fue condenado en ausencia y su caso es el mismo de los procesados recurrentes, pues se encuentra con ellos, en igualdad de circunstancias, para los efectos de la prosperidad de la demanda y la nulidad de la sentencia le es igualmente favorable.

Dicho lo anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario y ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, del auto por medio del cual se remitió el proceso al Auditor Principal de Guerra de la Tercera Brigada, con el fin de que emitiera concepto sobre el mérito de las averiguaciones previas "para la convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal". En su lugar, el Juez Superior a quien corresponda conocer de este negocio deberá reponer el procedimiento y continuar la tramitación en relación con los sindicados Alberto Mendoza Bermúdez, Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, Carlos Julio Taborda Sáenz, Heriberto Mendoza Bermúdez, Rafael Gutiérrez Llanos y Tulio Eladio García, por serles común el hecho que origina la nulidad del proceso.

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal de origen.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ACUMULACION DE PROCESOS

Se puede acumular una causa por un delito de responsabilidad (con fuero), con otra de infracción común, para dictar una sola sentencia ya que cuando el Código de Procedimiento Penal disciplina el instituto de las acumulaciones sólo fija una causal de exclusión, la del artículo 100, cuando establece que no habrá acumulación en caso de que en uno de los juicios ya se haya dictado sentencia de primera instancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 52 de 2 de diciembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Vistos:

El extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez, en providencia de doce de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, resideneió en juicio criminal a Facundo Angarita Jiménez, para responder del delito de "concusión", presuntamente cometido cuando se desempeñaba, en el mes de diciembre de 1966 como Juez Civil Municipal de Bolívar (Santander) (folios 131 y siguientes).

Posteriormente, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Vélez, en auto de trece de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, le formuló a Angarita Jiménez, el cargo de "estafa", en proceso iniciado por denuncia de Jorge Suárez Santoyo (folios 52 y siguientes).

En razón de los informes recibidos (folios 222, 223, 264), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez, en resolución de doce de julio de mil novecientos sesenta y nueve, decretó la acumulación de las dos mencionadas causas (folios 265 y siguientes).

Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en fallo de diez y nueve de mayo del año en curso, terminó por absolver a Facundo Angarita Jiménez, en cuanto al delito de "estafa", y, declarar prescrita la acción penal en lo atinente a la "concusión" (folios 151 y siguientes).

Se surte, ahora, la consulta de este último pronunciamiento.

Concepto de la Procuraduría.

Después de relacionar el origen de estas averiguaciones y señalar la índole de las providencias fundamentales proferidas en las mismas, aspecto igualmente detallado en párrafos anteriores, presenta este comentario y petición: "...el fuero establecido para el juzgamiento de las dignidades eclesiásticas, jueces y funcionarios 'por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas', de que habla el ordinal 2º, artículo 33 del C. de P. P., es personal y restrictivo.

"En el presente caso a una causa por un delito de responsabilidad se acumuló otra por una infracción común y en la sentencia que puso fin a los procesos acumulados se declaró la prescripción por el delito de concusión.

"La competencia por razón de la conexidad o por la acumulación de procesos (artículos 39 y 40 del C. de P. P.), no se extiende al caso en estudio, pues precisamente, el inciso segundo de la norma primeramente citada hace la salvedad de que cuando 'alguna o algunas de las personas justiciables estuvieren sometidas a fuero especial, conocerá del proceso con respecto a éstas exclusivamente la autoridad encargada de tal fuero".

"Podrá argüirse, como lo hizo el Tribunal Superior de Vélez, que la acumulación era procedente por economía procesal y por motivos de conveniencia y garantía para el mismo procesado

que, en el supuesto de ser condenado por los delitos por los cuales fue llamado a responder en juicio, se le aplicaría una sola sanción y no dos. Pero, se replica, en este evento prevalecen las normas sobre competencia que son de orden público y no las del interés particular del acusado.

"La conexidad y la acumulación se ordenan mientras no se afecten las normas sobre competencia (si un Juez comete prevaricato y homicidio, ¿podría el Tribunal Superior juzgarlo sin intervención del jurado o convocarlo? La respuesta es obviamente negativa en ambas hipótesis).

"La separación de los procesos se impone cuando se afecten las normas superiores del juzgamiento o cuando '...el Juez de mayor jerarquía...' falla definitivamente el asunto de su competencia.

"En el caso en estudio se dieron precisamente esas dos situaciones jurídicas que obligaban la separación de los procesos: la primera, porque a un asunto de fuero se acumuló uno ordinario y la segunda, porque al presentarse la prescripción de la concusión, el Tribunal Superior de San Gil perdió competencia para decidir la estafa.

En consecuencia, como aquel motivo fue el primero en el tiempo, habrá de solicitarse la declaratoria de nulidad de la actuación a partir del auto *del 12 de julio de 1969* para que el Tribunal Superior de San Gil se pronuncie en relación con la extinción de la acción penal por la concusión —en auto y no en sentencia— y envíe el proceso por estafa al Juzgado Municipal de Vélez, por competencia (Ley 17 de 1975, artículo 5º)".

Consideraciones de la Corte.

1. El criterio expuesto por el Ministerio Público y que implicaría la declaratoria de nulidad por carencia de competencia, no puede prosperar. Para tomarse determinación distinta bien puede recurrirse a la cita de las mismas disposiciones que señala la Procuraduría, aunque dándole diferente inteligencia:

a) Cuando el Código de Procedimiento Penal disciplina el instituto de las acumulaciones solo fija una causal de exclusión. La trae en el artículo 100: "Improcedencia. *No habrá lugar a la acumulación en el caso de que en uno de los juicios ya se haya dictado sentencia de primera instancia". No menciona en parte alguna, la hipótesis de procesos sometidos a tramitación ordinaria y a régimen de fuero. El artículo 39 de la misma obra, termina por confirmar esta tesis;*

b) El artículo 39 del C. de P. P., en su inciso primero, soluciona el problema de procesos conexos o acumulados, con o sin intervención del jurado de conciencia, ampliando la actuación de éste. Claro que prescindiendo de situaciones de fuero.

Igualmente se refiere al Juez unipersonal o colegiado de mayor jerarquía para atribuir a éste el conocimiento de delitos sometidos a diversas competencias. Aquí sí están comprendidos casos de fuero. En efecto, si se trata de proceso ordinario y proceso con fuero especial, este último será el Juez de mayor jerarquía. Si todos los procesos están bajo la disciplina foral, conocerá quien, en este orden, represente mayor categoría jurisdiccional o constitucional. Si iguales, opera entonces el artículo 40, inciso 2º.

El inciso 2º del comentado artículo 39, se refiere al concurso de justiciables, alguno o algunos sometidos a fuero especial. En este caso, por razón del singular efecto del fuero, son excluidos del mismo aquellos sujetos a quienes no cobija. Pero la disposición no atiende, como lo insinúa el Ministerio Público, a la hipótesis de proceso que carezca de fuero y que resulte conexo o acumulable a uno que sí lo tiene. En este caso, precisamente el sub examine, prevalece la finalidad de la acumulación, máxime cuando al referirse a ella el C. de Procedimiento Penal, no formula la excepción, y el artículo 39, que se refiere tanto a aquélla como a la conexidad, tampoco la indica, ocupándose apenas de la exclusión de justiciables sin fuero cuando concurren con sujetos que sí lo tienen.

2. El llamamiento a juicio por el delito de "concusión", se formuló atendiendo lo preceptuado en el artículo 156 del C. Penal, el mismo que fija una sanción de uno a seis años de prisión.

La actividad delictuosa de Angarita Jiménez, en este campo, se cumplió el 19 de diciembre de 1966 (ver 10 vuelto, 13 y 15, referentes a designación, posesión y certificación de actividad oficial para la fecha del ilícito). Y el correspondiente auto de proceder se ejecutorió el 10 de septiembre de 1968 (folios 185 vuelto y 198). De esta última fecha a la de la sentencia de primera instancia, sin ejecutoriarse (mayo 19 de 1975, folio 151), ha transcurrido un tiempo superior al fijado como máximo término de sanción. Procede, entonces, la aplicación de los artículos 105 y 107 del C. Penal, en armonía con el artículo 163 del C. de P. P.

Así lo ha declarado el a quo y así se confirmará por la Corte.

3. Los hechos que originaron el proceso por el supuesto delito de "estafa", se sintetizan así: José de Jesús Castillo y Alfonso Castillo, dos vendedores ambulantes de lotería en la población de Vélez, entregaron a Jorge Suárez Santoyo los cheques que aparecen de folios 1 a 10, girados por Facundo Angarita Jiménez, pero en chequera perteneciente a Héctor E. Russi, Juez Primero Municipal de la citada localidad, con quien trabajaba el procesado.

Vinieron los correspondientes cobros, tanto a Angarita como a Russi, sin obtener Suárez respuesta positiva a esta gestión. Decidió, entonces presentarlos al Banco Popular de Barbosa (S.), comunicándosele que la firma del girador no correspondía a la registrada para esa cuenta corriente, o sea la número 191017.

Aspecto probatorio.

Los citados Castillo y Castillo Quiroga (folios 20 y vuelto), pretenden convencer de la directa entrega a ellos, por parte de Angarita, de los aludidos cheques para cubrir el valor de algunas fracciones de lotería y la devolución de un poco de dinero en efectivo. Era costumbre, entre ellos, verificar estas transacciones pero, regularmente, no los cobraban sino que esperaban el cambio por el propio procesado. En este caso no se logró este resultado y decidieron pasarlos a quien les proveía de lotería, vale decir, el señor Jorge Suárez Santoyo.

Angarita Jiménez, en su indagatoria de folios 35 vuelto y 38, niega rotundamente esta versión. Reconoce que él sí acostumbraba ese trato con los loteros, pero en cuenta propia. Estos cheques los giró por causa y a personas bien distintas. En el mes de mayo de 1966, perdió en juego de cartas todo el dinero que portaba. El licor y el afán de recuperarlo, le llevaron a girar esos cheques que, por equivocación, lo hizo en la cuenta de su patrón, el doctor Russi, ya que tenían los papeles en un mismo escritorio.

Algunos de los participantes en esa tenida de cartas reconocieron en esencia las circunstancias invocadas por Angarita. Así pueden citarse a Rodolfo Barrera (folio 46 vuelto), Segundo Sáchica (folio 47), Isidoro Cepeda (folio 48) y José de Jesús Díaz (folio 48 vuelto). Igualmente el mencionado doctor Russi (folio 15), quien supo de la utilización de su chequera por información inicial de un abogado (parece que el doctor Motta, que no pudo hacer efectivo uno de esos títulos valores) y luego por noticia del propio Angarita.

Breve apreciación de la conducta de Angarita.

El a quo ha insistido, para proferir el fallo absolutorio, en que "por ninguna parte aparece demostrado que el sindicado, dolosamente, hubiera empleado maniobras fraudulentas o engañosas para obtener un provecho ilícito. Simplemente se sabe, que por el estado de embriaguez en que se encontraba cuando giró los cheques a sus compañeros de juego confundió su chequera con la de su superior en esa época, doctor Russi, y por lo tanto, el supuesto engaño intencional no aparece por parte alguna" (folio 161).

La tipificación del delito de "estafa" ciertamente depende de la versión suministrada por el denunciante. Pero si se rechaza y se admite, por el contrario, la explicación suministrada por Angarita, indudablemente que no puede darse una opinión responsabilizadora. Más bien se deduciría una falta de lealtad en quienes recibieron inicialmente esos cheques y, obedeciendo a extraños o inconfesados motivos, los hicieron llegar a otras personas, las mismas que ocultaron el origen y especiales modalidades de esos instrumentos negociables.

Un escrutinio imparcial de estas probanzas permite concluir en favor de las afirmaciones de Angarita Jiménez, esto es, aceptar que incurrió en lamentable yerro al tomar la chequera de Russi, en vez de la suya y hacer circular esos cheques en una mesa de juego, dominado todo ello por una desmedida ingestión de licor.

En relación a esto se anota:

Suárez Santoyo nunca había recibido ni en forma directa ni indirecta, cheques provenientes de Angarita Jiménez.

Los loteros solo en esta equívoca situación llevaron los cheques a Suárez.

Estos títulos-valores indican unas fechas que no pueden referirse a periódicas entregas de lotería o cambio de dinero, sino a acción simultánea y única que, por su cuantía y la reducida capacidad económica de los citados loteros, no podía corresponder a una transacción como la que éstos insinúan.

La versión de Suárez Santoyo y los Castillo, no deja de ser incierta, reticente y vaga, destacando un fondo de reserva y desfiguración muy perceptibles.

Según la versión del doctor Russi, uno de estos cheques circuló primero en otras manos, muy distintas a las de Suárez o los Castillo.

Gilberto Olarte (folio 46), relata que Angarita requirió a Castillo (llamado el bizco o el tuerto) sobre el particular y escuchó de éste "que a él se los habían dado en pago de una lotería y...

que como él conocía la firma de Angarita, por eso los había recibido; Angarita le pegó una vaciada y le dijo que por qué había recibido esos cheques y los había entregado en la Agencia, ya que esos cheques él los había perdido jugando".

Finalmente, el largo tiempo transcurrido entre el giro de tales títulos-valores y su presentación para el cobro y correspondiente denuncia, revelan aspectos inquietantes que afectan la veracidad de la denuncia.

Entonces, si Angarita Jiménez no los entregó a los referidos loteros ni se causaron en una negociación que se realizara por fraudulenta maniobra y malicioso ánimo de engañar y causar daño, no es dable atribuir un delito de "estafa" al procesado. Si equivocadamente los giró en chequera que no le correspondía, para activar una reunión en que se jugaban cartas, y luego comunicó esta circunstancia a quienes los recibieran en tales condiciones, la caracterización delictiva que ha querido adjudicarse a su comportamiento decrece notablemente, tanto que no se concilia con un afán de represión penal.

Está bien fundada la providencia de absolución y necesariamente se aprobará.

Decisión.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, apartándose del concepto de la Procuraduría, CONFIRMA el fallo motivo de consulta, indicado y en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO. FALSEDAD INTELECTUAL. CONCURSO DE DELITOS. CUERPO DE DELITO DE LOS DISTINTOS DELITOS

La falsedad llamada por la doctrina intelectual, consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos, en un documento público o privado, violando la obligación de consignar en él lo verdadero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, diciembre dos de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 52.

(Magistrado ponente, doctor Luis Enrique Romero Soto).

Vistos:

Cerrada como está la investigación en el presente proceso que a virtud de denuncia presentada por el Procurador Delegado para el Ministerio Público, se inició contra el entonces Contralor General de la República, doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, procede la Sala a calificar el mérito del sumario.

Hechos y actuación procesal.

1. En oficio de fecha 21 de febrero de 1975, el funcionario mencionado en primer término, se dirigió a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, manifestándoles lo que a continuación se transcribe, en lo pertinente:

"El señor Carlos Alberto Campuzano Cruz fue designado Auditor de la Cámara de Representantes el 1º de mayo de 1972 y ejerció el cargo hasta el 30 de mayo de 1973 (legajo 1, folio 32). Durante los trece meses de este desempeño obtuvo reconocimiento y pago de viáticos en forma permanente (legajo 1, folios 1 a 28 y 29-30), sin que, en ningún momento, hubiese ejecutado las actividades propias que lo hicieran merecedor legal de tales asignaciones; antes bien, obra en los infolios prueba de que no se trasladó nunca en misión oficial a varias de las ciudades en donde presuntamente debió cumplir comisiones (legajo 2, folios 1 a 98).

"De acuerdo con certificación expedida por la División de Auditorías de la Contraloría General de la República (legajo 1, folio 34), no existen constancias de cumplimiento de las comisiones otorgadas al Auditor de la Cámara de Representantes, Carlos Alberto Campuzano Cruz, quien, por lo demás, en declaración jurada, manifiesta que las suyas eran comisiones especiales del Despacho del Contralor General y que, por tanto, a éste en forma verbal rindió siempre sus informes (legajo 1, folio 206).

"Sin embargo, el doctor Antonio Ortega Vargas, ex-Jefe de la División de Auditorías Fiscales, para la época que nos ocupa, manifestó bajo la gravedad del juramento que apenas constató lo que estaba sucediendo con el Auditor Campuzano, a quien se le pagaban viáticos sin que cumpliera con las comisiones, puso en conocimiento del doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez su opinión de que a más de irregular, la conducta así configurada era delictuosa (legajo 1, fl. 38).

"Carlos Alberto Campuzano Cruz asegura haber cumplido con las comisiones correspondientes a los pagos percibidos; y para explicar la tramitación de la correspondencia de la Auditoría de la Cámara de Representantes de manera regular, afirma que de donde estuviese se trasladaba a Bogotá todos los viernes por la noche (legajo 1, folio 204).

"Con todo, practicadas las averiguaciones en Cartagena, Cali, Bucaramanga, San Andrés (Isla), se comprobó que, a pesar de las aseveraciones hechas, Carlos Alberto Campuzano Cruz no estuvo en esas ciudades en desarrollo de visita oficial alguna durante el lapso comprendido entre el 1º de mayo de 1972 y el 30 de mayo de 1973,

en que fue Auditor ante la Cámara de Representantes (legajo 2, folios 1 a 98).

"Por otra parte, se adjuntan fotocopiados los libros de bancos relativos al período tratado para demostrar que es materialmente imposible firmar tal número de cheques, como los que allí constan, únicamente en una noche de viernes (legajo 3 todo). A lo anterior se agregan las copias que se pudieron conseguir de la correspondencia tramitada; estableciéndose que entre firmas de cheques y elaboración de oficios, a partir de las fechas de los unos y los otros, el Auditor Carlos Alberto Campuzano Cruz estuvo ocupado en su despacho de la Cámara de Representantes casi todos los días de cada mes durante los trece meses de su permanencia allí (legajo 1, folios 45 a 87 y 95 a 180; legajo 4, folios 1 a 105 y folios 1 a 38). Se elaboraron dos cuadros (legajo 1, folios 209 y 210), para objetivizar esta situación. En el primero se observan las fechas de los meses en que el Auditor tramitó oficios, contratos, actas de baja; y en el segundo las fechas en que se firmaron cheques.

"Todo lo anterior permite inferir que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, Contralor General de la República, reconoció y ordenó pagar a favor de Carlos Alberto Campuzano Cruz viáticos permanentes del 1º de mayo de 1972 a 30 de mayo de 1973 a sabiendas de que el beneficiario de sus determinaciones no cumplía con los deberes respectivos señalados por la ley".

2. A la denuncia se acompañaron diversos documentos que serán mencionados más adelante.

Entre ellos se encuentran copias fotostáticas de resoluciones emánadas de la Contraloría General de la República por medio de las cuales se confirieron comisiones al Auditor VII de la Cámara de Representantes, señor Carlos Alberto Campuzano Cruz para cumplir en ciudades diversas a la capital de la República.

Esas copias, lo mismo que las demás que se citan adelante, fueron producidas también durante la investigación, con su respectiva nota de autenticidad.

Las resoluciones comisorias que se mencionan son tres, a saber:

Resolución número 04918 de octubre 9 de 1972, por la cual se comisiona al citado funcionario para que vaya a Cúcuta entre el 1º y el 30 de septiembre de ese año "y cumpla instrucciones impartidas por el Despacho del Contralor General". Está firmada por el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez y el Secretario General de la Contraloría (folio 143, cuaderno número 2 de la Corte).

Resolución número 06401 de diciembre 21 de 1972, por la cual se comisiona a Campuzano Cruz para que, entre el 1º y el 30 de diciembre de tal año, "se traslade a Barranquilla y cumpla instrucciones impartidas por el Despacho del Contralor General". La firma éste y el Secretario General (folio 150 ibídem).

Resolución número 02437 de mayo 25 de 1973, en la que se comisiona a Campuzano Cruz para que, entre el 1º de mayo y el 30 del mismo mes del año en mención "se traslade a la ciudad de Cali y cumpla instrucciones impartidas por el Despacho del Contralor General", quien la firma junto con su Secretario (folio 160, ibídem).

En esas resoluciones se fija al comisionado la suma de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) diarios de viáticos, más los gastos de transporte.

No aparecen más resoluciones comisorias, pero sí obran en el expediente las que se detallan a continuación y por las cuales se ordena pagar a Carlos Alberto Campuzano Cruz la suma que en cada una de ellas se menciona, en calidad de viáticos por comisiones impartidas:

Resolución número 02570 de junio 19 de 1972, por la cual se ordena pagar a la persona mencionada la suma de $ 7.500.00 por concepto de 30 días de viáticos, comprendidos entre el 1º y el 30 de mayo de dicho año. Firma esta resolución Jaime Robayo Rodríguez, como Contralor General, encargado, y el Secretario General de la Contraloría (folio 135, ibídem).

Resolución número 03113 de julio 10 de 1972, por medio de la cual se ordena pagar a Campuzano Cruz la suma de $ 7.500.00 por concepto de 30 días de viáticos comprendidos entre el 1º y el 30 de junio del mismo año, en cumplimiento de la comisión que le confirió el Despacho del Contralor General a la ciudad de Barranquilla. Firma el doctor Julio E. Escallón O. y el Secretario General (folio 137).

Resolución número 03697 de agosto 4 de 1972, por la cual se ordena pagar a Campuzano suma igual a las ya mencionadas, por concepto de viáticos por treinta días, comprendidos entre el 1º y el 30 de julio de ese año en cumplimiento de comisión conferida por el Despacho del Contralor a la ciudad de Santa Marta. Firman el doctor Escallón y el Secretario General (folio 139 ibídem).

Resolución número 04087 de agosto 31 de 1972, en que se paga igual suma por comisión a la ciudad de Medellín, desempeñada por Campuzano entre los días 1º y 30 de agosto de ese año. También la firman el doctor Escallón y su Secretario (folio 141, id. id.).

Resolución número 04918 de octubre 9 de 1972, en que se reconoce suma igual a las anteriores, por comisión de Campuzano a Cúcuta, entre el 1º y el 30 de septiembre del mismo año, impartida por el Despacho del Contralor, quien firma la resolución (folio 143).

Aparece respecto a esta comisión una constancia del Jefe de División de Auditorías Fiscales, doctor Antonio Ortega Vargas, en que se dice que la cumplió a cabalidad (folio 145 id.).

Resolución número 03699 de diciembre 21 de 1972, en que se reconoce la misma cantidad por comisión "conferida por el Despacho del Contralor General", como en las anteriores, pero esta vez a Cartagena, por el tiempo comprendido entre el 1º y el 30 de octubre de ese año. También la firman el Contralor y su Secretario (folio 146).

Resolución número 06400 de la misma fecha, que la anterior, por la cual se reconoce suma igual a Campuzano por concepto de comisión conferida por el Despacho del Contralor General a Santa Marta, entre el 1º y el 30 de noviembre del mismo año. Iguales firmas que las anteriores (folio 148 id.).

Resolución número 01844 de abril 26 de 1973, en que se reconoce la misma suma a Campuzano por cumplimiento de comisión impartida por el Despacho del Contralor General para que fuera a Barranquilla durante el tiempo comprendido entre el 1º y el 30 de enero de dicho año. También la firman éste y su Secretario General (folio 152).

Resolución número 01845 de abril 26 de 1973, por suma igual a las mencionadas, pero esta vez por comisión impartida a Campuzano para ir a Cartagena entre el 1º y el 28 de febrero del año en mención. Iguales firmas (folio 154).

Resolución número 01846 de abril 26 de 1973, reconociendo la suma mencionada por comisión impartida a Campuzano para que fuera a Santa Marta entre el 1º y el 30 de marzo del año citado. Firman el doctor Escallón y el Secretario General de la Contraloría (folio 156).

Resolución número 02438 de mayo 25 de 1973, en que reconoce y ordena pagar la suma en mención por haber cumplido Campuzano la comisión que el Despacho del Contralor le confiriera para ir a Bucaramanga, entre el 1º y el 30 de abril de ese año. Iguales firmas que las anteriores (folio 158).

No aparece resolución que ordenara el pago de viáticos a Campuzano por la comisión que se le confirió para ir a Cali entre el 1º y el 30 de mayo de 1973, ni se menciona en la constancia que Josué Gómez Rojas expidió (folio 163), de que había sido cumplida.

Tampoco aparece resolución en que se ordenara el pago de la comisión conferida a Campuzano por Resolución número 02639 de junio 5 de 1973, ya mencionada, por la cual se le ordena practicar, entre el 8 de junio y el 30 de julio de ese año una visita a la Auditoría Fiscal de la Universidad del Valle, pero sí obra en los autos (folio 164), la cuenta por medio de la cual sobró la suma de $ 7.500.00 en calidad de viáticos.

Aparecen también en los autos a folios 136, 138, 140, 142, 144, 147, 149, 151, 153, 155, 157, 159, 161 y 164 del cuaderno que se viene citando, copias de los comprobantes de pago presentados por Campuzano para que se le hiciera el ordenado por cada una de las resoluciones que se dejan mencionadas. Cinco de ellos, los correspondientes a las 06399, 06400, 06401, 01844, 1845 y 1846, están visadas por el Contralor Escallón Ordóñez.

El total de las sumas pagadas en concepto de viáticos por las resoluciones citadas, asciende a ochenta y dos mil quinientos pesos ($ 82.500.00) moneda corriente.

3. A los autos se trajeron en copia auténtica (folios 228, 229, 233 y 234, cuaderno número 2 de la Corte), las Resoluciones números 00643 de 12 de febrero de 1975 y 00845 de 26 de febrero del mismo año, por la primera de las cuales se ordena a Carlos Alberto Campuzano Cruz reintegrar a la Pagaduría de la Contraloría General de la República el valor de los viáticos recibidos y no devengados en los días que señala esa providencia, así: año de 1972: mayo 15 días; junio 4 días: julio 20 días; agosto 20 días; septiembre 15 días; octubre 15 días; noviembre 20 días; diciembre 20 días; año de 1973: enero 15 días; febrero 15 días; marzo 15 días; abril 10 días; mayo 15 días. Por la segunda de las resoluciones mencionadas se decide no acceder a reponer la anterior.

Entre los considerandos de la primera se dice "que el señor Carlos Alberto Campuzano Cruz hizo efectivos los reconocimientos y autorizaciones, cobrando la totalidad de los días que, según él, estuvo en comisión en su condición de Auditor General ante la Cámara de Representantes; que investigada la actuación del señor Carlos Alberto Campuzano Cruz aparece plenamente comprobado que no son objeto de reconocimiento y pago varios de los días, porque el funcionario no se ausentó de la ciudad sede de su cargo".

4. Por orden de la Sala Penal de la Corte, se practicaron inspecciones judiciales en las Auditorías que se mencionan a continuación:

En Cali a las de las entidades descentralizadas, Administración Postal, Ferrocarriles Nacionales, Sena, Icetex, Caminos Vecinales, Comité Departamental de Cafeteros, Idema, Inscredial, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Telecom, Servicios de Salud del Valle, Caja Nacional, Aduana, Incomex, Caprecom, Hospital de San Juan de Dios e Impuestos Nacionales.

En Bucaramanga: Auditoría de Acueducto y Alcantarillado, Aduana Interna, Carreteras Nacionales, ICCA, Comité de Cafeteros, Servisalud, Telecom, Incora, Caprecom, entidades descentralizadas: Ferrocarriles Nacionales, Administración Postal Nacional, Impuestos Nacionales, ICSS, Icetex, Sena y Caja Nacional.

En Cúcuta en las Auditorías de Impuestos Nacionales, Administración Postal Nacional, Entidades Descentralizadas, Comité Departamental de Cafeteros, Incora, Servicio Nacional de Salud del Norte de Santander, Instituto de Crédito Territorial, Telecom, Caja Nacional, Fuerzas Armadas, ICSS, Aduana y Aeronáutica Civil.

En Medellín a las Auditorías de Obras Públicas, Administración Postal Nacional, ICSS, Incora, Caprecom, Impuestos Nacionales, Instituto de Crédito Territorial, Establecimientos Públicos, Telecom, Servicio de Salud de Antioquia, Instituto Colombiano de Construcciones, Ferrocarriles Nacionales, Idema, Comité Departamental de Cafeteros, Caja Nacional, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, ICCA regional número 4, Fuerzas Armadas, Sena y Aduana Interna.

En Santa Marta las Auditorías de Administración de Impuestos Nacionales, Caja Nacional, Instituto de Crédito Territorial y Entidades Descentralizadas.

Cartagena: Auditorías de ICCE, Cajanal y Aduana.

Barranquilla: Auditorías de Administración Postal, Terminal Marítimo, Zona Franca y Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

En ninguna de las Auditorías que se dejan mencionadas se encontró constancia de que Carlos Alberto Campuzano Cruz hubiera efectuado visitas por cuenta de la Contraloría General de la Nación.

5. En cada una de esas ciudades se recibió, bajo juramento, declaración a los empleados coincidiendo los declarantes en que Campuzano Cruz no efectuó visita oficial a esas dependencias. Además, esos deponentes manifiestan que no lo conocen.

6. Se llevó a cabo, igualmente, una inspección judicial a la Secretaría General de la Contraloría con el objeto de constatar si existían copias de las actas de visita a las Auditorías en mención u oficios en que Campuzano diera cuenta de haberlas visitado y con el mismo objeto se revisó, en diligencia semejante, el archivo de esa dependencia sin que en lo que corresponda al período comprendido entre el 1º de mayo de 1972 y el 30 de mayo de 1973 se hubiera encontrado ninguna acta de visita ni ningún informe (folios 137 a 142, cuaderno 1º de la Corte).

7. Se recibieron durante la investigación, a más de las declaraciones a que se refiere el aparte anterior, la de otras personas, entre ellas el doctor Antonio José Ortega Vargas, quien en la época comprendida de 1972 a 1973 desempeñó el cargo de Jefe de la División de Auditorías Fiscales de la Contraloría General de la República. Manifiesta dicho testigo, en lo pertinente, que en fecha que no señala se presentó ante él Carlos Alberto Campuzano Cruz, quien desempeñaba el cargo de Auditor ante la Cámara de Representantes con una resolución de comisión elaborada por él y le solicitó que la tramitara ante el Contralor General, doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez y al preguntarle el declarante la razón por la cual se estaba violando el trámite correspondiente a la elaboración de esa clase de actos, le respondió que se trataba de comisiones especiales otorgadas por el propio Contralor. Se abstuvo de tramitar la que le presentaba Campuzano por considerarla irregular e innecesaria y acudió ante el Contralor a quien, dice, le manifestó su pleno y absoluto desacuerdo con que se estuviera comisionando con ese objeto al referido funcionario, ya que Campuzano le había expresado que esas comisiones se las había otorgado el doctor Escallón Ordóñez para que impidiera la elección de un nuevo Contralor General, y criticó, además, que la comisión fuera para Bogotá donde Campuzano tenía su sede, todo lo cual constituía un flagrante delito por lo que pidió al Contralor que se abstuviera de firmar tales resoluciones, con lo que estuvo de acuerdo este funcionario, quien le manifestó que se abstendría de autorizarlas. Posteriormente supo el testigo, según manifiesta, que contra lo expuesto por el Contralor, se estaba haciendo el trámite para las comisiones en cuestión por otra oficina distinta a la que dirigía el testigo, de lo cual se pudo enterar, agrega más adelante, porque por su despacho pasaban las resoluciones de todas las comisiones que se producían en la Contraloría, por lo cual pudo darse cuenta de que el Contralor le firmaba por intermedio de la Secretaría General. Cree que del problema se enteró en el mes de junio o julio, pero no está absolutamente seguro.

Esther Alvarez de Moreno declara a folio 272 del referido cuaderno diciendo que Campuzano

Cruz salía a veces de la ciudad durante los años de 1972 y 1973 lo que hacía de ordinario los jueves y viernes, diciendo que se iba en comisión, dándose la declarante cuenta de que alguna vez viajó a San Andrés, de donde trajo mercancías. Por comentarios, supo también que fue varias veces a Cali. Agrega que regresaba de esas salidas a la semana siguiente, de ordinario los lunes o martes. No recuerda dicha declarante, quien desempeñaba el cargo de mecanógrafa de la Auditoría VII ante la Cámara de Representantes, que Campuzano hubiera faltado ocho días seguidos. Agrega que cuando éste se ausentaba quedaba a cargo de la Auditoría Manuel Ignacio Martínez Pineda, en carácter de Subauditor. Termina diciendo que muchas veces coincidían ambos, el Auditor y el Subauditor en la oficina y que entonces se repartían el trabajo de firmar los cheques.

Manuel Ignacio Martínez Pineda, citado por la anterior declarante, manifiesta (folio 275 ibídem), que en el año de 1972 estuvo desempeñando el cargo de Subauditor de la Cámara de Representantes hasta el mes de octubre de 1973 en que pasó al de Auditor de la misma entidad, que desempeñó por tres meses, siendo sus funciones suplir las faltas temporales o accidentales del Auditor, además de las que le señalaba el Jefe de la División de Personal de la Contraloría. En desempeño de esas funciones trabajaba de lunes a viernes en la Cámara y una de las cosas que hacía era firmar los cheques de los Representantes y del personal de esa entidad, lo cual podía hacer por tener registrada su firma en los bancos de la ciudad en donde la Cámara tenía sus fondos. Preguntado por las ausencias de Campuzano Cruz, dice que a veces duraban de lunes a viernes, días durante los cuales, según le dijo el propio Campuzano, salía en comisión fuera de la ciudad. En ocasiones, agrega, al llegar a su trabajo un lunes, encontraba una nota manuscrita de Campuzano quien le comunicaba que había estado trabajando sábado y domingo.

Josué Constantino Gómez Rojas declara, a folio 370 y siguientes del cuaderno número 2 de la Corte, que en su calidad de Jefe de la División de Personal de la Contraloría General de la República, entre el 3 de febrero de 1971 y el 1º de abril de 1974 se dio cuenta de que a Carlos Alberto Campuzano, no obstante su carácter de Auditor de la Cámara de Representantes, se le conferían comisiones fuera de la capital, entre ellas a Cali, y a otras ciudades que no recuerda. Agrega que fueron numerosísimas las comisiones que se impartieron a distintos funcionarios de la Contraloría para cumplir instrucciones del Contralor sin que se citara en las respectivas resoluciones las finalidades de las mismas. Se debe, agrega, a que en una institución tan grande como la Contraloría se comisionaba para visitar una determinada dependencia y no pudiéndose practicar esa visita o agotada ella, se ordenaba al visitador que fuera a otra lo cual se le comunicaba al funcionario antes de que regresara, para así economizar viáticos. También se omitía, dice, señalar los fines de la comisión en los casos en que se requería reserva sobre los mismos, por ejemplo, en el de que se presumiera la existencia de desfalcos.

Bolívar Alberto Acosta García expresa (folio 21, cuaderno número 3 de la Corte), que se dio cuenta cuando desempeñaba el cargo de Secretario General de la Contraloría, que el Contralor Escallón Ordóñez impartía comisiones a Carlos Campuzano, empero de tal cosa solo se enteró a partir de febrero de 1974, ya que con anterioridad no pudo percatarse de eso por ser secretario privado de la entidad. Agrega que el pago de viáticos a los comisionados solo se hacía después de que éstos presentaban el correspondiente informe y que el "visto bueno" para el pago de ellos podían ponerlo el Jefe de División, el Contralor General, el Contralor Auxiliar, el Asistente del Contralor o el Secretario General de la Contraloría.

El doctor Héctor David Name Terán, quien ocupó el cargo de Secretario General de la Contraloría desde febrero de 1971 hasta el mismo mes de 1974, según manifiesta, declara a folios 36 y siguientes del cuaderno que se viene mencionando y dice que no es cierto que delante de él comisionara el doctor Escallón Ordóñez a Carlos Campuzano para conversar con los parlamentarios a fin de demorar la elección de Contralor. Agrega que nunca le rindió informe de las comisiones que hubiera desempeñado y que si firmó alguna cuenta de cobro (la de folio 159 del 2º cuaderno), como si le constara tal cosa, fue porque hizo confianza en el funcionario quien le dijo haber dado cumplimiento a la misma.

Ignacio González Olaechea, quien desempeñó el cargo de Jefe de Presupuesto en época que abarca el período a que se viene haciendo referencia (mayo 1º de 1972 a mayo 30 de 1973), preguntado sobre si tuvo conocimiento de las comisiones impartidas a Carlos Alberto Campuzano respondió afirmativamente y que al declarante le correspondía revisar las cuentas de cobro para ver si estaban conforme a las respectivas resoluciones y que hubiera saldo disponible para pagarlas. No supo para qué se comisionaría a dicha persona.

8. Indagado el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez manifestó, en lo pertinente, que a Carlos

Alberto Campuzano Cruz, quien desempeñaba el cargo de Auditor en la Cámara de Representantes lo comisionó "para cumplir citas de inspección en algunas Auditorías en diferentes lugares del país, quedando encargado en su ausencia el Subauditor de la respectiva Auditoría". De las comisiones dice que unas veces eran conferidas directamente por el Contralor General y en otras por el Auxiliar, quien era entonces el doctor Jaime Robayo, de acuerdo con las reglamentaciones de la entidad. En ocasiones se ordenaban verbalmente, agrega, y otras por escrito y en este caso se hacían por oficio o por resolución. En cuanto a los informes podían ser rendidos verbalmente o por escrito. En todos los casos debía darse un "cumplido" que unas veces era expresado por el Contralor Auxiliar, otras por el Jefe de Personal o el Jefe de la División de Auditorías Fiscales o aun por el propio Contralor. "Debo aclarar al honorable Magistrado, agrega, que para el Contralor General es muy difícil constatar de manera permanente la forma como los funcionarios comisionados cumplen su misión, pues es físicamente imposible dado el número crecido de funcionarios que se movilizan en comisiones, bien de oficio o a solicitud de las autoridades o de los ciudadanos. Corresponde a los Jefes inmediatos de cada comisionado establecer el exacto cumplimiento de estas comisiones. En el caso del señor Campuzano comencé a tener informaciones del incumplimiento en algunas de las comisiones que se le encomendaron. Fue el mismo Jefe de la División en ese entonces el doctor Antonio Ortega, quien me dio una información simplemente verbal sobre posible incumplimiento de algunas de estas comisiones. Como no hubo información escrita y el funcionario en mención no me ofrecía toda la credibilidad por razones internas, comencé a hacer algunas averiguaciones que llevaron a tener seria presunción de estas fallas y fue entonces cuando en enero diez del presente año produje un memorando para el Jefe de Personal a fin de adelantar una investigación administrativa sobre estos hechos...". Agrega que como consecuencia de esa investigación en la que se comprobó plenamente que Campuzano había dejado de cumplir algunas comisiones se le impusieron las sanciones correspondientes ordenándose, por Resolución Nº 00643 de 12 de febrero de 1975 el reintegro de los viáticos que recibió sin haber cumplido las comisiones correspondientes. Interrogado en la misma diligencia por qué siendo Campuzano Auditor de la Cámara de Representantes se le había designado en forma sucesiva para cumplir comisiones fuera de Bogotá, respondió que era costumbre de la Contraloría aprovechar la experiencia de determinados funcionarios para pasar visitas a Auditorías y que las comisiones eran a distintas ciudades "porque de no ser así tendrían el carácter de permanentes". Agrega que mientras Campuzano cumplía tales comisiones no podía ejercer las funciones de Auditor ante la Cámara. Más adelante expresa, ante la afirmación de que no aparecen constancias en ninguna de las Auditorías visitadas por el investigador de que allí hubiera estado Campuzano, que tanto él como los inmediatos superiores de dicha persona fueron engañados y que esa fue la razón por la cual se impusieron al comisionado las sanciones administrativas que deja mencionadas. Sobre los informes que debía rendir Campuzano dice que algunas veces los presentó ante el propio Contralor y otras ante el Jefe de División. Y en lo que hace al hecho de haber firmado personalmente algunas de las cuentas de cobro presentadas por Campuzano, dice que el Contralor tenía facultad legal para hacerlo y que era una simple formalidad para el cobro de los mismos (folios 320 a 326 cuaderno número 2 de la Corte).

9. También fue sometido a indagatoria Carlos Alberto Campuzano, quien en el curso de dicha diligencia manifestó que fue designado Auditor de la Cámara de Representantes por el doctor Escallón en el año de 1972 y que como en esos días (no señala cuáles), se trataba de elegir Contralor "el doctor Escallón me escogió a mí, expresa el indagado, para que coordinara los Representantes y algunos Senadores influyentes para formar un bloque y que se eligiera por parte de la Cámara el Contralor titular para él permanecer en el cargo donde había sido designado por decreto de la Presidencia de la República. El doctor Escallón me llamaba a su despacho. El me decía 'vaya entrevístese con tales parlamentarios para lograr que ellos respaldaran su nombre". Agrega que tuvo oportunidad de entrevistarse con la mayoría de ellos y que cuando no venían a Bogotá, iba el exponente a las ciudades donde residían y que como se presentaran problemas con el cobro de las cuentas de viáticos por sus ausencias, el Contralor designó, a solicitud del indagado, un Subauditor que fue Manuel Ignacio Martínez Pineda. Interrogado sobre las ciudades que hubiera visitado en esas comisiones menciona las de Palmira, Tuluá, Caicedonia, Sevilla, Buga, Popayán, Puerto Tejada, Pereira. Cita, además, las personas con quienes dice haberse entrevistado en dichos lugares, entre ellas los doctores Carlos H. Morales, en Buga; Raúl Orejuela Bueno, en Palmira; al doctor Camilo Mejía Duque, en Pereira. Expone más adelante que en la resolución respectiva el Contralor po-

nía la capital del territorio que debía visitar. En algunas comisiones, la orden le era impartida verbalmente por el propio Contralor y era éste quien también dictaba la resolución ordenando el pago de los viáticos. Agrega que aprovechaba esas comisiones para visitar algunas Auditorías, entre las cuales cita la de la Administración de Impuestos de Palmira y también otras en Buga, Palmira y Tuluá. Así mismo estuvo en Cartagena, Barranquilla y San Andrés en donde se habían presentado, dice, problemas entre empleados de las Auditorías y parlamentarios de tales regiones. Entre las Auditorías que menciona haber visitado están las de Aduanas de Barranquilla y San Andrés y la de Hacienda de esta última ciudad. Sobre la rendición de los informes correspondientes, expresa que lo hizo directamente y en forma verbal ante el propio Contralor, porque así habían convenido. Por último, da el nombre de varios otros parlamentarios con quienes manifiesta haber hablado (folios 334 a 343, cuaderno número 2 de la Corte).

10. Se llevó a cabo una diligencia de careo entre el doctor Escallón Ordóñez y Carlos Alberto Campuzano Cruz (folios 457 a 475 del cuaderno número 2 de la Corte) en la cual el segundo reitera que las comisiones conferidas a él por el propio Contralor tenían como objeto que se entrevistara con parlamentarios a fin de conseguir respaldo para que aquél continuara en su cargo. Presentó en esta oportunidad una lista de ciento veinte (120) congresistas que dice firmaron ese respaldo (folios 459 a 461 id.). Y añadió que en la consecución de esas firmas colaboró eficazmente el Subauditor, Ignacio Martínez Pineda.

Por su parte el doctor Escallón negó rotundamente haber impartido comisiones a Campuzano Cruz para el fin de buscar respaldo con los parlamentarios a su elección como Contralor. "Rechazo de plano, dice, el cargo que me hace el señor Campuzano de haberlo comisionado para que adelantara gestiones ante los honorables Representantes a fin de lograr mi elección o impedir la de otro ciudadano colombiano, este rechazo se basa en que el Contralor General de la República para permanecer en el cargo o lograr una reelección, mantiene de manera directa sus relaciones con los Representantes. Ni el Contralor ni los Representantes utilizan esta clase de intermediarios para esta clase de relaciones". Y agrega más adelante: "Al señor Campuzano le conferí algunas comisiones por reiterada solicitud suya para que de conformidad con resoluciones de la Contraloría pasara revista a algunas Auditorías, observara su funcionamiento y diera instrucciones sobre la materia. Este sistema es legalmente usual en la Contraloría desde su fundación hasta la fecha". Expresa que algún tiempo después tuvo conocimiento de que Campuzano no había cumplido tales comisiones y entonces ordenó una investigación administrativa.

Es de advertir que en esta diligencia el doctor Escallón Ordóñez se negó a contestar las preguntas que le hizo el Agente Especial del Ministerio Público designado por la Procuraduría General de la Nación, manifestando, como fundamento de su actitud, que lo hacía en defensa de sus intereses jurídicos porque la entidad mencionada, según dice el exponente, le había venido formulando acusaciones que consideraba infundadas y, en algunos casos, calumniosas (folio 472).

En la declaración rendida por Campuzano el Procurador Delegado para el Ministerio Público en las diligencias administrativas adelantadas por éste, y que se ordenó tener como pruebas en el presente proceso por haber sido acompañadas a la denuncia, según se ha dejado dicho, el declarante manifestó que el Contralor lo había comisionado para practicar visitas a las Auditorías de la Contraloría en varias ciudades del territorio colombiano pero que los días viernes venía a Bogotá y visaba las nóminas y los cheques de los parlamentarios y funcionarios de la Cámara de Representantes, así como también la correspondencia que había sido preparada con antelación a su llegada. Agrega que los informes los rendía verbalmente al Contralor "ya que se trataba de asuntos delicados como problemas en las Auditorías". Dice, además, que el Subauditor que se le nombró tenía registrada su firma en los bancos y que por eso firmaba cheques. Y termina expresando, ante una pregunta del investigador sobre las actas de las visitas que practicaba, que una copia de ellas quedaba en la Auditoría visitada cuando se trataba de visitas fiscales, pero que si eran de inspección no quedaba ninguna constancia escrita y se finalizaban con el informe verbal que se rendía al Contralor (folios 203 a 207 del legajo número 1).

11. Se recibieron certificaciones juradas de los Representantes doctores Carlos H. Morales y Raúl Orejuela y del Senador Camilo Mejía Duque, con quienes Campuzano dijo haber hablado para que le dieran respaldo al Contralor a fin de que no fuera reemplazado en este cargo.

Los tres contestaron en sentido negativo, es decir, que no han tenido conversaciones con Campuzano sobre ese particular. Y el Senador Mejía Duque agrega que no recuerda conocer a éste

(folios 51, 56 y 64 del cuaderno número 3 de la Corte, respectivamente).

12. En los documentos anexados por la Procuraduría a su denuncia y que la Corte ordenó tener como pruebas, obran (folios 45 a 87), fotocopias de las nóminas de la Auditoría de la Cámara de Representantes correspondientes a los meses de mayo de 1972 a mayo de 1973 en las cuales aparece Carlos Campuzano cobrando un sueldo de $ 6.000.00. También aparecen las de las actas de cotizaciones y solicitudes de la Junta de Compras de la dicha entidad, firmadas por el mismo Campuzano en su calidad de Auditor. Finalmente, se agregaron copias de los oficios que éste firmara en la referida calidad.

Del trabajo llevado a cabo por Campuzano entre esas fechas hizo la Procuraduría un cuadro que, igualmente, se ordenó tener como prueba y del cual aparece (folio 209 y 210, legajo número 1), que en el mes de mayo de 1972 firmó cheques fechados en siete días diferentes a saber: 2, 5, 15, 17, 23, 24 y 31. En junio del mismo año firmó cheques en los días 1, 2, 12, 13, 15, 16, 20 y 26 y, además, firmó un acta de baja el día 30. En julio firmó contratos, fechados a 13 (tres contratos) y el 14 (un contrato). Además, firmó cheques fechados el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 13, 14, 17, 19, 21, 25, 26, 27. En agosto firmó un contrato el 18 y cheques fechados a 1, 2, 3, 10, 11, 16, 17, 21, 22, 24 y 30. En septiembre firmó actas de baja fechadas en los días 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24 y 25 y cheques fechados en los días 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26. 27 y 30. En octubre firmó actas de baja fechas a 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 13 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25 y cheques fechados 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 13, 17, 18, 19, 23, 24 y 30. En noviembre firmó contratos en los días 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22. En el mismo mes firmó cheques en los días 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 16, 24, 26 y 28 y en diciembre firmó contratos el 6 y el 18 y cheques en los días 1, 2, 5, 13, 15, 16, 18, 19, 28 y 31. En 1973 firmó oficios en los días 11, 12, 17, 18, 19, 30 y 31 y cheques en los días 10, 12, 15, 16, 20, 22, 24 y 25. En febrero firmó oficios en los días 1, 7, 14, 16, 19, 20, 21, 23 y 27 y cheques en los días 1, 5, 9, 12, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 23, 27 y 28. En marzo firmó oficios fechados a 2, 8, 14, 16, 19, 20, 21, 23 y 27. Y cheques con fechas de 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 28, 29 y 30. En abril oficios fechados a 2, 9, 13, 25, 26 y 27. Y cheques con fechas 2, 3, 4, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 24, 25, 27 y 30. En mayo oficios fechados a 2, 17, 23, 25 y 26. Y cheques fechados a 4, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 23, 24, 25, 26, 28 y 30.

13. El doctor Julio Enrique Escallón fue designado Contralor General de la República, en interinidad, por el Presidente de la República en Decreto número 028 de enero 18 de 1971 y tomó posesión de ese cargo el 22 de enero de dicho año (folios 310 y 217 del cuaderno número 1 de la Corte).

Por su parte Carlos Alberto Campuzano fue designado como Auditor VII en la Cámara de Representantes por medio de Resolución número 01804 de mayo 3 de 1972 (folio 189, cuaderno número 1 de la Corte).

14. A los autos se agregó copia de la Resolución orgánica número 02261 de 24 de marzo de 1972. El artículo 1º de dicha resolución dice: "Toda comisión o las prórrogas de la misma que deba cumplir el personal de la Contraloría General de la República, fuera de su sede habitual, será conferida por el Contralor General por medio de resolución ordinaria u oficio comisorio, mediante solicitud motivada del respectivo Jefe de Oficina o División".

El artículo 17 de la misma dice, en lo pertinente:

"Artículo 17. Cuando a un funcionario le sea concedida una comisión oficial dentro del territorio nacional, fuera de su sede habitual de trabajo y en cumplimiento de lo previsto en esta resolución, se le podrá autorizar viáticos en proporción a su asignación mensual y al lugar donde deba desempeñarse, con arreglo a las siguientes escalas:

"....

"....

"a) Asignaciones mayores de $ 5.500, $ 250.00 diarios;

"....

"c) Cuando se autorice una comisión de duración superior a treinta (30) días, las escalas se reducirán así:

"....

"Asignaciones mayores de $ 5.500.00, $ 200.00 diarios".

El artículo 18 dice:

"Artículo 18. Para efectos del literal c) del artículo 17 de esta Resolución, se considerarán como continuadas o prorrogadas las comisiones que se ordenen con un lapso menor de ocho (8) días entre una y otro" (folios 235 a 239, cuaderno número 2 de la Corte).

Concepto de la Procuraduría.

El Ministerio Público, por conducto del Procurador Primero Delegado Penal, solicita que se llame a juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos.

En extensa y pormenorizada vista fiscal, el Procurador Delegado, luego de analizar detalladamente las pruebas que obran en el proceso, muchas de las cuales transcribe, manifiesta que con base en esos elementos de juicio acusa al doctor Escallón Ordóñez como responsable de los mencionados ilícitos porque considera demostrado que éste comisionó a Carlos Alberto Campuzano para que solicitara y obtuviera el compromiso de los miembros del Parlamento colombiano, especialmente de los Representantes a la Cámara, a fin de que lo mantuviese en la posición de Contralor General de la República; si fuera el caso de proceder a nueva elección, lo designaran a él en tal cargo. Y si hubiera peligro para su reelección, se impidiera que la Cámara hiciera la designación.

Agrega que tales comisiones se impartían en forma verbal y sin que previamente se expidiera resolución u oficio detallando las funciones que debía cumplir el comisionado, duración de las mismas, ciudades que debía visitar, y despachos por revisar. Es decir omitiéndose los ordenamientos de reglamentación interna de la Contraloría General de la República expedidos por el mismo sindicado, doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez. El señor Carlos Alberto Campuzano, continúa diciendo el Ministerio Público, no rindió informe escrito sobre ninguna de las comisiones, contraviniendo así lo ordenado en la resolución orgánica y cuando al Contralor se le puso de presente por el Jefe de la División de Auditorías Fiscales de la Contraloría que las comisiones conferidas a Campuzano constituían flagrante delito, continuó, sin embargo, impartiéndolas. Y a fin de evitar que el Jefe de la División citado volviera a vetar las cuentas de Campuzano, se gestionaron por otras oficinas de esa misma entidad.

Más adelante asevera la Procuraduría que el sumario demuestra cómo ninguna de las comisiones oficialmente encomendadas a Campuzano fueron cumplidas por éste ya que no estuvo en las Auditorías a las cuales era enviado, según las afirmaciones del Contralor Escallón Ordóñez.

Así mismo considera el Ministerio Público que todas las comisiones en cuestión tuvieron su origen en el Despacho de éste "quien en forma personal y directa, le daba las instrucciones pertinentes sobre lo que debía realizarse en sus permanentes viajes a diferentes ciudades sin que por lo tanto, sea cierto que fuera del Contralor General otros funcionarios, y específicamente el Contralor Auxiliar, doctor Jaime Robayo, hubiera enviado a Campuzano en comisión alguna".

No acepta la Procuraduría como cierta la explicación que el doctor Escallón Ordóñez da de haber sido engañado por Campuzano sobre el cumplimiento de las comisiones, e invoca en contra de ella el dicho del doctor Antonio Ortega, según el cual, informó al Contralor de la falsa conducta de Campuzano, lo que fue desoído por Escallón.

Con base en las anteriores premisas la Procuraduría considera que el doctor Escallón Ordóñez cometió los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado por apropiación indebida de bienes del Estado, en forma continuada, por haber sido ejecución de un mismo designio criminoso y, además, en concurso material de infracciones.

Alegación del apoderado del sindicado.

El representante del doctor Escallón Ordóñez solicita que se sobresea definitivamente en favor de su poderdante por considerar que éste obró en las circunstancias descritas por el numeral segundo del artículo 23 del Código Penal, a saber, "con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho no provenientes de negligencia".

Como fundamento de su pedimento aduce que dada la cantidad de empleados al servicio de la Contraloría General de la República no le era posible al Contralor darse cuenta de lo que cada uno de ellos hacía, en especial porque muchos de los actos de sus subalternos se cumplían lejos de la órbita del inculpado y si bien podía ordenar su ejecución no le era dable controlarla.

Esto, dice, fue lo que ocurrió con las comisiones impartidas a Campuzano para que visitara, inspeccionara y aleccionara las Auditorías Delegadas. La ejecución de esta orden no podía, añade el apoderado, depender ya del Contralor Escallón Ordóñez.

Y si bien el comisionado cumplía solo parcialmente lo que se le encargaba, reportaba "con la mayor frescura" el resultado de sus visitas, y presentaba sus cuentas de cobro engañando así no solo a los funcionarios subalternos sino al propio Contralor a quien informaba verbalmente y que era, precisamente, "quien estaba en menores posibilidades de controlarlo, debido a sus múltiples ocupaciones".

Señala que cuando el doctor Escallón tuvo las primeras noticias relacionadas con el incumplimiento de Campuzano Cruz, ordenó una investigación a nivel administrativo y que como los resultados de la misma las confirmara le ordenó devolver los viáticos y luego declaró insubsistente su nombramiento.

Se detiene en las acusaciones que Campuzano formuló al Contralor en el sentido de que éste le encargó adelantar una campaña de respaldo al primero para su reelección por la Cámara de Representantes, aseverando que no necesitaba aquél para ese empeño ya que, de haber tenido ese propósito, habría acudido a persona "de real influencia e importancia en la Cámara".

Agrega que el engaño en que Campuzano envolvió al Contralor alcanzó también a otros funcionarios de la Contraloría como al Secretario General y al Secretario Privado de ese Departamento Administrativo y también a los doctores Antonio Ortega Vargas, Héctor Name Terán y Josué Gómez Rojas, quienes, afirmaron, en siete de las resoluciones de pago de viáticos, el cumplimiento de las comisiones respectivas, con lo cual indujeron también en error al doctor Escallón haciéndole creer que Campuzano llevaba a cabo las labores que se le encomendaban.

Y termina expresando que por las razones expuestas reitera su petición de que se sobresea definitivamente en favor de su representado porque cuando éste ordenó las comisiones y el pago de los viáticos actuó en la creencia razonable de que estaba obrando conforme a la ley. "Hubo error, dice, sobre aspectos esenciales fácticos: no provinieron de negligencia, por el contrario, era imposible dudar, que si el Secretario General, si el Jefe de Campuzano Cruz expedían constancias de que las comisiones se cumplían, ello no fuera así".

Consideraciones de la Corte.

1. Esta Sala es competente para juzgar en el presente caso al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez tanto por la naturaleza de los delitos investigados, que son de aquellos denominados en la doctrina "de oficio" o de "responsabilidad oficial", como por la calidad funcional del imputado quien, según las pruebas que obran en el proceso, era, a la época de los hechos, Contralor General de la República, esto es, Jefe de un Departamento Administrativo.

No tiene, en cambio, competencia para resolver la situación jurídica de Carlos Alberto Campuzano por no poseer la calidad oficial mencionada ni ninguna otra que lo haga justiciable por esta Sala.

2. En cuanto al cuerpo de los delitos investigados, a saber: falsedad en documentos públicos y peculado, considera la Corte que se halla establecido.

a) Falsedad documental. No cabe duda de que Carlos Alberto Campuzano no llevó a cabo visitas de inspección ni fiscales en las Auditorías de San Andrés, Cartagena, Barranquilla, Santa Marta, Cúcuta, Bucaramanga, Medellín y Cali a que se refieren las resoluciones de pago que se dejaron mencionadas en la primera parte de esta providencia.

Así lo demuestran las inspecciones judiciales practicadas en las dependencias de la Contraloría en esas ciudades y las declaraciones de los funcionarios que prestaban en ellas sus servicios, al igual que las verificadas a la Secretaría General de la Contraloría y al archivo de la misma dependencia, de todas las cuales resulta que ni en las Auditorías ni en la Contraloría hay constancia alguna de esas visitas y que el personal de aquéllas no conoce al señor Campuzano Cruz.

La afirmación que éste hace de que se trataba de examinar problemas delicados, a veces de carácter político, que requerían la mayor discreción, cae por su base si se considera que aun en ese caso se necesitaría la presencia física del comisionado en la oficina visitada, lo cual está demostrado no tuvo lugar.

Agréguese a ello la ambigüedad en el señalamiento de las comisiones, cuyo objeto no se especifica en ninguna de las resoluciones ya que prácticamente en ellas, el doctor Escallón Ordóñez se limitó a decir que se ordenaba dicho pago "en cumplimiento de la comisión que le confirió el Despacho del Contralor a la ciudad de...", sin mencionar siquiera la oficina o las oficinas que debía visitar ni la clase de visita que debía llevar a cabo.

Todo esto contribuye a demostrar que las resoluciones de pago ameritadas contienen la afirmación de un hecho falso de importancia jurídica, en cuanto sirvió para que a Campuzano Cruz se le pagaran cada vez $ 7.500.00.

No cabe duda de que las resoluciones en cita son documentos públicos ya que fueron elaborados por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades legales.

De otro lado, esos documentos están dotados de evidente eficacia jurídica; no solo son un medio de prueba del hecho en cada uno de ellos, afirmado sino que también sirvieron de instrumento para obtener el pago de la suma en cada uno de ellos consignada. Es decir, afirman un hecho que dio nacimiento a un derecho.

La clase de falsedad que los afecta es la llamada por la doctrina "ideológica" o intelectual que consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos, en un documento público o privado violando la obligación de consignar en él lo verdadero.

Eso fue lo que ocurrió en el caso de autos al decirse en las resoluciones de pago que se ordenaba éste por cumplimiento de la respectiva comisión, lo que no era verdad.

Autor de las manifestaciones contenidas en cada uno de esos documentos fue, sin duda, el entonces sindicado, Julio Enrique Escallón Ordóñez, que era quien estaba ordenando el pago.

b) Peculado. También se halla establecido en el proceso el cuerpo de los delitos de peculado cometidos al apropiarse un funcionario público encargado de administrar bienes del Estado de dineros que pertenecían a éste, lo cual se hizo en provecho de un tercero.

Esa apropiación indebida se presenta por doble aspecto: en primer lugar a Campuzano no le hubiera correspondido, en caso de haber salido en forma legítima, a cumplir comisiones, sino doscientos pesos ($ 200.00) diarios ya que según la resolución orgánica de la Contraloría, citada atrás, se consideran prorrogadas las comisiones entre las cuales median menos de ocho (8) días, que era lo que ocurría con las conferidas a Campuzano, caso en el cual los viáticos no podían pasar de la suma mencionada, en lugar de la cual se le fijaron doscientos cincuenta pesos ($ 250) diarios. En segundo lugar, cualquier suma que se le hubiera fijado, representaba una apropiación indebida ya que esas comisiones no se cumplieron.

En reciente doctrina esta Sala expresó lo que sigue sobre los elementos del delito de peculado:

"a) Un sujeto activo calificado. Como bien sabido es, el peculado es un delito propio, calificado o exclusivo, por cuanto su autor solo puede ser, por definición típica, un empleado o funcionario público, o un empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado. Se trata de una calificación jurídica que en el caso sub examine *está plenamente demostrada, pues el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez era para la época de ejecución de los hechos investigados, Contralor General de la República, tal como se dijo anteriormente;*

" .....

"b) Que el sujeto activo, por razón de sus funciones, esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar caudales u otros bienes. Como bien se ve, se trata de un tipo legal que especifica varias circunstancias modales como razón o fundamento de la tenencia de los bienes. Resulta inútil y superfluo tratar de establecer diferencias capitales entre los diversos verbos que adopta el precepto penal, porque todas las actividades que ellos describen encajan perfectamente dentro del infinitivo 'administrar', pues por tal se entiende una serie de acciones que consisten, entre otras, precisamente en cuidar, pagar, recaudar, organizar, etc. Dentro de este orden de ideas, el Contralor, por razón de sus funciones, tiene la facultad de administrar los dineros asignados a la Contraloría General de la República en el Presupuesto Nacional para cada vigencia fiscal. Es decir, tiene la disponibilidad mediata o inmediata de los caudales que debe administrar. Es que lo relevante para el Derecho Penal en relación con el delito de peculado no es que el sujeto activo sea 'empleado de manejo' u 'ordenador', en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir (recaudar) y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o empleado público tenga la disponibilidad material o jurídica, *o la posesión de la misma (tenencia), en sentido jurídico-penal, vale decir, entendida simplemente como 'posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro, sea en virtud de una situación de hecho, bien a consecuencia de la función jurídica desarrollada por el agente en el ámbito de la Administración', como lo define Antolisei (Manuale di Diritto Penale, vol.* II, *pág. 606). Así la posesión debe entenderse* nomine alieno, *es decir, como titular de una función administrativa, se concibe como un* poder autónomo *sobre los bienes, sin sujeción a otra potestad, para disponer de ellos, bien sea materialmente, como ocurre en muchos casos, o por medio de uno o varios actos administrativos creadores de una situación jurídica que concrete la apropiación de los caudales. Hay, entonces, una* facultad de custodia, *mediata o inmediata, que puede perfectamente desarrollarse a través de actividades reglamentarias. Así escribe también Bernal Pinzón, quien afirma que: 'Contrariamente a cuanto se piensa por nuestros Magistrados y Jueces, no es necesario que los 'caudales u otros bienes', que constituyen —como se ha dicho y repetido— el objeto material del peculado, los tenga el funcionario con una tenencia material o directa, sino que puede existir en relación con tales bienes la llamada disponibilidad jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que por virtud*

de la ley tiene el funcionario público... Así, por ejemplo, un Ministro, un Gobernador, el Presidente de la República, etc., pueden ser sujetos activos de peculado, en relación con los bienes que forman el patrimonio de sus respectivas dependencias o entidades sin que sea necesario exigir que ellos tengan la administración material de las cosas; basta con que puedan disponer legalmente de ellas'. (Delitos contra la Administración Pública, página 23)".

"

.....

"c) Que el empleado o funcionario público se apropie de los bienes o caudales. El verbo rector tiene una importancia capital en la estructura del tipo legal, porque define claramente la conducta o comportamiento del sujeto activo. En el peculado como en el abuso de confianza los bienes se hallan en poder del agente en virtud de una situación jurídica clara y consolidada. Pero, mientras en el primero esa 'posesión' se tiene por razón de una relación funcional que dimana de la Administración Pública, en el segundo la tenencia se funda en cualquier título no traslativo del dominio que excluye toda vinculación con los órganos de la Administración estatal. Pero en ambos la conducta es la misma, pues consiste en 'apropiarse' de los bienes que se hallan bajo su custodia. El acto de apropiación se cumple, en muchos casos, mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente constatable, actividad que se traduce en la inter versio possessionis, *y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño. Así, para Antolisei, 'apropiarse' de una cosa significa comportarse en relación con ella* uti dominus, *es decir, ejercitar sobre ella actos de dominio incompatibles con el título que justifica su posesión (ob. cit., página 608)".*

"

.....

"d) El objeto jurídico. El peculado es una infracción contra la Administración Pública y en su estructura típica se establece claramente que los caudales u otros bienes que están bajo el cuidado de un empleado o funcionario público, no tienen que ser de propiedad del Estado, pudiendo perfectamente pertenecer a cualquier ciudadano. Aunque en veces se lesiona con el hecho punible el interés fiscal del Estado, el daño desde el punto de vista del tipo consiste en la infidelidad del empleado con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la Administración y para con la comunidad social. Resulta, pues, completamente inexacta la afirmación de la defensa en el sentido de que si el Contralor no obtuvo provecho personal alguno, la imputación se cae por su base. La norma incriminadora tutela fundamentalmente el interés de la Administración Pública en sus manifestaciones de lealtad, fidelidad, eficacia, prestigio, etc. Antolisei sostiene que 'objeto de la incriminación es no solo la tutela del interés estatal a la probidad y corrección de los funcionarios públicos, sino también la defensa de los bienes de la Administración Pública' (ob. cit., página 604). En el mismo sentido expresa Soler que '...la expresión Administración Pública no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del Derecho Administrativo, sino con mucha mayor amplitud... De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la 'administración', para referirse al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los Organos del Estado, en todas las Ramas de sus tres Poderes. Ese es el bien jurídico protegido' (ob. cit., página 99)".

3. Por lo que hace al elemento subjetivo de los hechos ilícitos que se dejan mencionados, se tiene:

a) La falsedad en documentos públicos es un delito esencialmente doloso cuyo aspecto psicológico está conformado por el conocimiento, en primer término, de que se está alterando la verdad en un documento de esa naturaleza y en segundo lugar por el de que esa alteración de la verdad produce efectos jurídicos, en cuanto cambia una situación probatoria para hacer nacer un derecho que antes no existía, o para modificar o extinguir uno existente. Además, requiere el propósito de causar un daño, consistente en el cambio de dicha situación, o, al menos, la aceptación de éste así se persiga en forma simultánea un provecho para el agente o para un tercero. La conciencia de ese daño puede resultar directamente de los fines del agente cuando procede "animus ledendi", o de las circunstancias mismas del hecho y de la personalidad del sujeto activo cuando éste por virtud de ellas, no ignoraba que podía producirse el perjuicio.

Ese ánimo de perjudicar una situación probatoria, es más fácil de establecer, según Carrara, cuando el daño se ha producido, como ocurre en el presente caso.

No cabe duda de que en él se dan los módulos psicológicos señalados.

En efecto: el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez tenía conocimiento de que Campuzano Cruz no había desempeñado las comisiones que le estaba reconociendo por medio de los actos

administrativos en que se ordenaba pagarle los viáticos a ellas correspondientes.

Y lo sabía porque desde un comienzo lo había puesto el doctor Antonio José Ortega Vargas al tanto de ello cuando Campuzano fue a que le visara una resolución en que se le comisionaba, según expresa aquél, para Bogotá.

El resultado de esa información no fue el de que cesaran las comisiones, sino, como lo anota la Procuraduría, que el doctor Escallón que, según dice él mismo y su apoderado no podía atender personalmente lo relacionado con los miles de empleados de la Contraloría, impartiera verbalmente las comisiones a Campuzano marginando desde ese momento al doctor Ortega Vargas, y se encargara él mismo de firmar las resoluciones en que se ordenaban los pagos correspondientes, tareas que ciertamente habría podido delegar, en vista de sus muchas ocupaciones, en otro funcionario. Y no se limitó a eso sino que oía los informes verbales que le rendía Campuzano a quien no se los pidió nunca por escrito, pues ninguno aparece en el archivo de la Contraloría ni en los de las Auditorías visitadas, relevándolo así, en forma inexplicable, de la obligación que el propio inculpado había impuesto a sus subalternos en la ameritada Resolución orgánica de la Contraloría, todo lo cual contribuye a demostrar el ánimo doloso con que obraba.

Y no resta culpabilidad a tales actos que Campuzano hubiera salido a desempeñar comisiones de carácter político perfectamente ajenas al rodaje de la Contraloría o que hubiera permanecido en Bogotá, limitándose a presentarse periódicamente a las oficinas de la misma para que le expidieran la orden de pago. En ambos casos aparecen claramente la conciencia y la intención de afirmar un hecho falso, constituido, en el primero, por la aseveración de que había estado visitando Auditorías, lo que no era cierto, y en el segundo, por la de que había salido de la ciudad, lo que tampoco lo era.

No dándose una tercera hipótesis, porque la de error esencial de hecho, que se examinará en seguida, no tiene fundamento, poco importa que lo ocurrido fuera, se repite, que Campuzano salió en misión política o se quedó en Bogotá para que le pagaran viáticos como si hubiera salido.

Y se dice que el error de hecho alegado tanto por el doctor Escallón Ordóñez como por su apoderado, no tiene asidero en los autos, en primer lugar por lo ya dicho de que aquél estaba perfectamente enterado, desde un principio, que Campuzano Cruz no cumplía las comisiones, pese a lo cual siguió impartiendo su aprobación.

Y, en segundo lugar, porque no es prueba de lo contrario, como lo pretende el representante judicial del doctor Escallón en su alegato de fondo, que se hubiera ordenado una investigación administrativa que culminó en la orden de restituir los viáticos no devengados, y finalmente, en la destitución de dicho funcionario, porque esa fue una actuación tardía, muy posterior al informe del doctor Ortega Vargas y aun a la llevada a cabo por la Procuraduría General de la Nación en la que se basó la denuncia que dio origen al presente proceso.

En consecuencia, no resulta cierta la afirmación del inculpado y de su apoderado de que aquél ordenó se investigara la conducta de Campuzano tan pronto tuvo sospecha de las irregularidades anotadas.

De todo lo anterior mana rectamente y en forma incuestionable que el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez procedió dolosamente al reconocer a Carlos Alberto Campuzano Cruz viáticos que sabía no le debían ser cancelados y que tal dolo es el propio de la falsedad documental.

b) También puede considerarse plenamente establecido el elemento subjetivo propio del peculado y que consiste en este caso en el conocimiento de que se está disponiendo en favor de un tercero de bienes cuya administración se tiene por disposición de la ley.

No podía ignorar el inculpado que al firmar las resoluciones que disponían el pago de viáticos no justificados, estaba procediendo contra derecho, esto es, con violación del orden jurídico general y del específico que reglamenta los deberes de los funcionarios públicos, entre ellos el Contralor General de la República y disponiendo en provecho ajeno de dineros que estaba encargado de administrar.

También existe la plenitud del elemento psicológico propio de este delito en la conducta consistente en fijar viáticos superiores a los que correspondían dado el hecho atrás anotado de que por ser menor de ocho días el lapso que separaba unas comisiones de otras, no se podían fijar doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) de viáticos sino solo doscientos pesos ($ 200.00), disposición ésta dictada por el propio Contralor y que fundadamente se puede suponer era de su pleno conocimiento.

4. Finalmente, se debe observar que los comportamientos descritos están unidos por el nexo del concurso material y que, además, se ajustan a la figura del delito continuado (artículos 33 y 32, respectivamente, del Código Penal).

En efecto, las falsedades documentales desempeñan en este caso el papel de delitos medio en relación con los de peculado.

Mediante aquéllas el doctor Escallón Ordóñez dispuso de dineros del Estado, sacándolos del dominio del mismo, por medio de un acto de verdadera apropiación, como se deja dicho.

Los dos comportamientos están, en consecuencia, unidos por una relación de causalidad y comoquiera que cada uno de ellos configura un delito autónomo, se presenta entonces la relación concursal de que se ha hecho mérito.

Por otra parte, aparece que esas conductas delictivas obedecieron a la ejecución de un mismo designio criminoso. En cada caso se da la violación de la misma norma penal sustancial y la uniformidad de los comportamientos así como la ausencia de motivos que diferenciaran cada uno de ellos de los otros, llevan a la conclusión de que todos obedecen al mismo propósito de favorecer a Campuzano Cruz.

5. Conclusión. De lo anterior aparece que existen fundamentos para llamar a juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez por los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado, el primero de ellos en la modalidad descrita por el ordinal 4º del artículo 231 del Código Penal, por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos en las resoluciones por medio de las cuales reconoció viáticos a Carlos Alberto Campuzano Cruz y que se dejan señaladas en los apartes anteriores de esta providencia.

Y el segundo, o sea el de peculado, en la modalidad que tipifica el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951, por haberse apropiado de la suma de setenta y cinco mil pesos ($ 75.000.00) moneda corriente, de propiedad del Estado, dinero que, en razón de sus funciones, tenía el deber de administrar, apropiación que hizo en provecho del señor Carlos Alberto Campuzano Cruz.

6. Detención provisional. Como se dan de autos los presupuestos para ordenar la privación provisional de la libertad, así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Empero como según la proferida por esta misma Sala el 3 de noviembre del año en curso, dentro de otro proceso seguido contra el doctor Escallón Ordóñez por el mismo género de delitos, se le suspendió al procesado la detención a virtud de grave enfermedad, se acatará en este tal decisión, en la forma y condiciones allí previstas.

7. El doctor Julio Enrique Escallón es de la siguiente filiación: hijo de Benigno y Dolores, nacido en Iscuandé (Nariño), de cincuenta y tres años de edad, casado, de profesión abogado economista, residente en Bogotá.

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

Resuelve:

Primero. ABRIR CAUSA CRIMINAL contra el doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, de las condiciones civiles anotadas, por el delito de FALSEDAD EN DOCUMENTOS de que trata el Capítulo III del Título 6º del Libro II del Código Penal y por el delito de PECULADO a que se refieren el Capítulo 1º del Título III del Libro II del mismo ordenamiento, y el Decreto 1858 de 1951, delitos cometidos en concurso material y en forma continuada.

Segundo. Se decreta la detención preventiva del enjuiciado. Empero esa medida se suspende por el tiempo y en las condiciones señaladas en la mencionada providencia de 3 de noviembre del año en curso, dictada por esta Sala y a que se refiere la parte motiva de la presente.

Tercero. Al enjuiciado se le harán las prevenciones legales.

Cuarto. SE ABSTIENE la Sala, por incompetencia, de calificar el mérito del sumario en lo relativo al señor Carlos Alberto Campuzano Cruz y reitera la orden de compulsar copias del proceso en cuanto a este inculpado se refiere y pasarlas al Juez competente.

Quinto. Así mismo se dispone sacar copia de lo pertinente para averiguar si son ilícitas las actuaciones de los doctores Jaime Robayo Rodríguez, Héctor Name Terán, Antonio Ortega Vargas y las demás personas que aparecen firmando las resoluciones comisorias, las que ordenan el pago de viáticos, las cuentas de cobro y los certificados de cumplimiento de las comisiones impartidas a Carlos Alberto Campuzano Cruz y pasarlas al Juez competente para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Rama Judicial de Justicia

CASACION TECNICA

Para que puedan ser estudiadas las causales planteadas en la respectiva demanda, no es suficiente que el recurrente cite o enuncie las disposiciones que se estimen violadas, sino que es necesario e indispensable expresar en forma concreta, los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal o causales invocadas, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio y resolver si es procedente o no el motivo alegado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá. dos de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 52.

(Magistrado ponente, doctor Jesús Bernal Pinzón).

Vistos:

Cumplidos los trámites de ley, procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el catorce (14) de mayo pasado, por medio de la cual revocó la del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad que absolvió al ciudadano canadiense Albert Laurence Bamford, sindicado por el delito de tráfico de estupefacientes, y en su lugar, lo condenó a la pena principal de tres años y un mes de presidio y al pago de la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000) a favor del Tesoro Nacional.

Hechos.

El ciudadano canadiense Albert Laurence Bamford fue capturado en el aeropuerto de la ciudad de Medellín el día 19 de diciembre de 1973, cuando se disponía a tomar un avión que lo conduciría a los Estados Unidos de Norte América. La captura del ciudadano extranjero obedeció a que se encontraron en su poder siete bolsas plásticas que contenían libra y media de cocaína aproximadamente.

El treinta y uno del citado mes le fue dictado auto de detención por la referida infracción penal, y cuando se hallaba detenido en la cárcel del Distrito de Medellín se encontró en su poder, por parte de uno de los guardianes del establecimiento carcelario, la cantidad de treinta y una papeletas de marihuana. Por este segundo hecho el Juzgado del conocimiento dictó en su favor auto de sobreseimiento definitivo decisión que fue revocada por el Tribunal.

Los dos procesos fueron acumulados y culminaron con la sentencia objeto de este fallo.

La demanda de casación.

Al amparo de la causal primera de las consagradas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal el defensor de oficio del condenado formula dos cargos contra la sentencia así:

"Primer proceso: Unico cargo. Violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea. La norma violada o que censuro, lo es el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal que alego como *error de derecho* como primero, y los artículo 264, 481, de la misma obra en concordancia con el Decreto 855 de 1973 y 1188 de 1974 que alego como errores *de hecho,* como segundo".

El censor desarrolla sus personales puntos de vista afirmando que en cuanto al error de derecho en que incurrió el fallador de segunda instancia "hace directamente relación al *cuerpo del delito*", y para fundamentar el cargo, hace una transcripción del artículo 310 C. P. P., y afirma que en el caso de autos "se ha dado como demostrado el cuerpo del delito por interpretación errónea indirecta de la ley substancial",

puesto que el Tribunal dio plena validez y tomó como plena prueba de la infracción la confesión del sindicado, sin que se hubiera demostrado a plenitud el cuerpo del delito imputado lo cual constituye, en su sentir, "precisamente la interpretación errónea (al) dar como verídica la confesión como tal ante la ley y a la vez integrarla como indicio para comprobar el cuerpo del delito...".

Luego de examinar algunos de los apartes de la providencia recurrida, los relativos al examen probatorio hecho por el *ad quem*, concluye afirmando que el Tribunal "dejó de apreciar... por apreciación errónea, según se desprende sin salirnos de la norma atacada como violada, que no existía confesión, que la misma al entenderse como tal no podía dar o ser fuente a la vez de configuración del cuerpo del delito".

Más adelante, y dentro del mismo cargo, afirma, que considera como "error de hecho dentro de la violación indirecta por apreciación errónea (el) interpretar la confesión del encartado conforme lo dice el artículo 264 del C. de Procedimiento Penal donde habla de un hecho material, para confundir este aspecto y darle presunción de veracidad a la misma...: etc.".

Las consideraciones que en seguida plantea el censor a la demanda, son de una obscuridad tal que es imposible comprender sus alcances.

En relación con el segundo proceso formula, como se anotó, un único cargo así:

"Violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea. La norma violada es la contemplada en el artículo 216 del C. de Procedimiento Penal *in dubio* (sic) *pro reo*, por error esencial *de hecho*".

Desarrolla el cargo en los siguientes términos que se transcriben en su totalidad, ante la imposibilidad de sintetizarlos:

"De (sic) dice por el Tribunal al referirse al guardián Jalturín Tovar, haciendo alusión al testigo Dídimo Figueroa que conforma (sic) lo manifestado por el encartado en su confesión cualificada "puesto que ni siquiera el guardián lo cita como posible observador del procedimiento". Ello es erróneo por cuanto si se lee detenidamente la declaración del mismo guardián vemos que al preguntar al Juez instructor de dicho proceso qué personas presenciaron el decomiso, contestó como se observa a folios 10 de dicho proceso "habían varios internos allí, pero no se anotaron sus nombres".

En los apartes que se han transcrito, el demandante dice que se ha demostrado la existencia de un error de hecho "por falta de apreciación de una prueba que existe, o sea que el guardián no tomó los nombres de los otros pero al contrario de la apreciación del Tribunal sí hubo testigos, o sea que no es sospechoso el declarante, pues realmente pudo ver".

Respuesta del Procurador.

El Ministerio Público formula observaciones de fondo a la demanda, y con fundamento en ellas solicita a la Corte no casar la sentencia que ha sido objeto del recurso. A las consideraciones del Procurador se referirá la Sala inmediatamente.

Se considera.

En numerosas oportunidades ha expresado esta Sala y en relación con la técnica de la casación, que para que puedan ser estudiadas las causales planteadas en la respectiva demanda, no es suficiente que el recurrente cite o enuncie las disposiciones que se estiman violadas, sino que es necesario e indispensable expresar en forma concreta, los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal o causales invocadas, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio, y resolver si es procedente o no el motivo alegado. Es decir, que no basta con enunciar la causal alegada en la respectiva demanda de casación, sino que es necesario demostrarla, o sea, determinar en forma clara y precisa sus fundamentos y las disposiciones que se afirma violó el fallador de instancia.

Y, lo anterior es consecuencia lógica de la circunstancia de que la sentencia del Tribunal que es objeto de la demanda de casación, llega a la Corte amparada por una presunción de acierto, de suerte que corresponderá, en todo caso, al censor en la crítica que formule a la sentencia, demostrar las fallas de que adolece y su relevancia jurídica preponderante en la decisión que objeta. Porque, cuando la demanda es incompleta o tiene fallas de técnica —como en el caso presente— la Sala no puede ocupar el lugar del demandante para suplir su pensamiento, y llenar los vacíos y defectos de la demanda haciendo el estudio de los motivos que en la sentencia recurrida tengan el carácter de perjudiciales para el procesado.

Las anteriores reflexiones las recoge el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al formular en concepto que antecede, entre

otras las siguientes consideraciones que la Sala comparte en su integridad:

"El actor no se ajusta a las pautas señaladas en los artículos 576 y 580, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, y 374 y 368, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, ya que indistintamente se refiere a los motivos de violación directa e indirecta de la norma de derecho sustancial y confunde la interpretación errónea de esta última con el error de derecho en la estimación de la prueba; además, las disposiciones legales que señala como infringidas son de naturaleza adjetiva e instrumental. Y como si fuera poco, también confunde el concepto de error de hecho manifiesto en los autos con el de error de derecho".

Y, en relación con el segundo proceso, dice el colaborador Fiscal que "el actor acusa la sentencia también por violación indirecta de la ley sustancial por apreciación errónea y si bien acierta en el carácter sustantivo de la norma, el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, nuevamente incurre en fallas en materia de técnica de casación, pues ni siquiera señala las normas reguladoras de la prueba y el concepto de la violación tampoco se encuentra ajustado a la lógica jurídica. Además, es obvio que la norma sustantiva no se infringe por apreciación errónea sino por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea" (artículo 580, número 1º C. P. C.).

Son suficientes las razones que proceden, para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHE el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PERSONEROS MUNICIPALES

Gozan de fuero cuando obran en su carácter de agentes del Ministerio Público (artículo 142 de la Constitución Nacional, artículo 1º de la Ley 25 de 1974, en concordancia con el artículo 33, ordinal 2º del Código de Procedimiento Penal) y no como funcionarios administrativos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 52 de 2 de diciembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en fallo de diez y siete de septiembre del año en curso, sometido a consulta, absuelve a Luis Horacio Quintero Valencia del cargo de "peculado", presunto delito cometido cuando actuaba como Personero Municipal de Cajamarca (folios 166 y siguientes).

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, encuentra procedente la resolución del a quo y recomienda su integral confirmación.

Los hechos se refieren a las cuentas de Justo Pastor H. y Joaquín Emilio Gómez (folios 130 a 133 y 223), quienes nunca trabajaron para el Municipio, ni recibieron ese dinero, ni las firmaron, pero que se ordenaron por el Alcalde, con el visto bueno del Personero, a quien por esto se le dedujo en el auto de proceder, el cargo de cómplice no necesario en el delito de peculado.

Por razón de su función, esto es, Ministerio Público, se ha dado aplicación al artículo 33, ordinal 2º, del C. de P. P.

No se trata, ahora, de advertir los elementos típicos de la cuestionada infracción ni los aspectos probatorios que al respecto obran, ni menos si prosperan las manifestaciones de buena fe emitidas por el procesado Quintero Valencia (el Alcalde aprovechó su recargo de trabajo y su falta de oportunidad para verificar cuentas y trabajos y firmó sin tener exacto conocimiento de los hechos), pues se advierte una causal de anulación, vale decir, la falta de competencia, artículo 210, ordinal 1º del C. de P. P.

En efecto, la Corte ha señalado que "como el inciso 1º del artículo 142 de la Constitución dice que 'el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la ley', es decir, que dejó al legislador la facultad de señalar personas distintas a las mencionadas en esta norma, y el artículo 1º de la Ley 25 de 1974, designó como tales a los personeros municipales, la competencia de los Tribunales para conocer de las conductas presuntamente delictuosas que se les atribuyen, es incuestionable (proceso contra Silvio Torres Pineda, Personero Municipal de Supía, auto de 10 de julio de 1975, M. ponente, José María Velasco Guerrero), máxime cuando el citado canon constitucional les asigna 'la misma categoría.... *privilegios... que los* Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo...', ...", *aspecto éste que tuvo en cuenta la Corte en auto de 23 de enero de 1953 (M. ponente Luis Gutiérrez Jiménez, G. J., números 2124 y 2125, tomo* LXXIV).

Pero la cuestión no se circunscribe a saber si un Personero Municipal, por razón del fuero que le ampara, debe ser juzgado por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El asunto de mayor importancia radica en precisar hasta qué punto llega el mismo, en consideración a las infracciones en que incurran. El mencionado artículo 33, ordinal 2º del C. de P. P., alude a los "...delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas". Bastaría, aparentemente, que se tratase de delito de responsabilidad, esto es, el cometido como funcionario público (Personero Municipal), para deducir la eficacia

de la situación foral comentada. Pero no es esto lo que ha querido el legislador y menos el constituyente.

Nótese que el artículo 142 de la Carta, pertenece al Título XIV, *denominado "Del Ministerio Público" y como su encabezamiento alude al Ministerio Público, llegando a tanto en esta importante singularización que, en el inciso final, la extensión de categorías, remuneraciones, privilegios y prestaciones del Ministerio Público la hace depender de la calidad y condiciones de los Magistrados y Jueces ante quienes se ejerce esta específica función.*

Esto quiere decir, que la razón de ser de este fuero, así como su alcance, no es consecuencia propia del carácter de Personero Municipal (con atribuciones tan disímiles como que antes de la Ley 28 de 1974, artículo 3º, le constituía en representante del respectivo municipio) sino de la de su actividad como Ministerio Público, que surge, precisamente, cuando interviene ante los Juzgados Municipales y de Circuito.

Este fuero, conviene señalarlo, decae cada vez más en virtud de la creciente organización del Ministerio Público en los Juzgados de Circuito, artículo 106 del C. de P. P. y D. 550 de 1970, Ley 25 de 1974.

Entonces, las infracciones que se contemplan en este fuero, corresponden a delitos de responsabilidad como Ministerio Público y no como Personeros Municipales, interesando a este respecto esa calidad constitucional y no este nivel administrativo. Lo cual indica que esta especial competencia de juzgamiento debe interpretarse restrictivamente, con apego a su finalidad y a sus presupuestos condicionantes, tesis que la doctrina y la jurisprudencia mantienen en una severa línea de aplicación. De no ser así, resultaría absurdo considerar a los Personeros Municipales con más amplio fuero que los Jueces Municipales o de Circuito, quienes, conforme al texto de la Carta, constituyen el límite de esta situación procesal. Para los primeros la tutela de la función alcanzaría aspectos administrativos y jurisdiccionales, restringiéndose, para los segundos, a esta última actividad. Además, la exclusión de funcionarios de igual rango (Alcaldes Municipales), que ejercen atributos administrativos de índole similar, señala a las claras que la razón del fuero no estriba en la calidad única de Personero Municipal, que sí en la de Ministerio Público ante los Jueces Municipales y de Circuito.

En el caso sub júdice se observa que el supuesto peculado se originó en conducta neta y exclusivamente administrativa. De ahí la incompetencia del Tribunal y de la Corte para conocer de este proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, apartándose del concepto de la Procuraduría, SE ABSTIENE de revisar la sentencia ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza, y ORDENA, que por el Tribunal Superior de Ibagué se remita este proceso a los Jueces Penales de Circuito (R.) para que se proceda de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PERSONEROS MUNICIPALES

Cuándo gozan de fuero para ser juzgados por el Tribunal Superior y cuándo no gozan de ese fuero y son juzgados por la justicia ordinaria. Interpretación del artículo 33, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

Aprobado: Acta número 53 de 11 de diciembre de 1975.

(Magistrado ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en auto de ocho de octubre del año próximo pasado, declaró prescrita la acción penal en este proceso adelantado contra Plutarco Martínez Barrera, por los supuestos delitos de "peculado y falsedad en documentos", cometidos en ejercicio de su cargo de Personero Municipal de Tunja.

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal encuentra ajustada a derecho esta decisión.

Hechos.

El Municipio de Tunja celebró varios contratos con el reconocido estafador Robert Karl Cijriel Rolus, para la realización de algunas obras públicas, entre ellas la construcción de una central para buses. Rolus autorizó a Carlos Francisco Ramírez para recibir como dación en pago, un lote de terreno ubicado en el barrio San Lorenzo de la mencionada ciudad, el mismo que entregó el Personero Martínez Barrera por escritura número 1526 de 6 de noviembre de 1964, pasada en la Notaría Primera de Tunja.

"El denunciante refiere que el delito de *peculado* consistente en haber actuado el ex-Personero Plutarco Martínez en contra de lo establecido en el Código de Régimen Político y Municipal, y en el Código Fiscal de Boyacá, ya que el Personero para poder enajenar los bienes raíces debe estar expresamente autorizado por acuerdo del Concejo Municipal, por medio de licitación pública, mediante la aprobación del contrato por la Junta de Gobierno Municipal, la aprobación de la Gobernación y el Concejo Municipal.

"El delito de FALSEDAD *lo concreta el denunciante, refiriendo que el doctor Plutarco Martínez para darle visos de legalidad a su acto doloso, afirma en la escritura de venta del inmueble, que obra autorizado por el Concejo Municipal según Acuerdo número 4 de 1964, lo que es totalmente falso".*

Como se ve, la actividad delictuosa atribuida al procesado Martínez Barrera, tiene un origen y desarrollo neta y exclusivamente administrativo, sin involucrar en la misma su carácter de Ministerio Público ante los Jueces Municipales y de Circuito. Esto indica, entonces, que el fuero a que alude el artículo 33, ordinal 2º, del C. de P. P., no tiene aplicación.

En reciente pronunciamiento esta corporación precisó el alcance de este fuero y fue así como dijo: . . ."en efecto la Corte ha señalado que 'como el inciso 1º del artículo 142 de la Constitución dice que 'el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito y por los demás Fiscales que designe la ley', es decir que dejó al legislador la facultad de señalar personas distintas a las mencionadas en esta norma, y el artículo 1º de la Ley 25 de 1974, designó como tales a los personeros municipales, la competencia de los Tribunales para conocer de las conductas presuntamente delictuosas que se les atribuyen, es incuestionable' (proceso contra

Silvio Torres Pineda, Personero Municipal de Supía, auto de 10 de julio de 1975, M. ponente, José María Velasco Guerrero), máxime cuando el citado canon constitucional les asigna 'la misma categoría... *privilegios... que los* Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo'..., *aspecto éste que tuvo en cuenta la Corte en auto de 23 de enero 1953" (M. ponente, Luis Gutiérrez Jiménez, G. J., números 2124 y 2125, t.* LXXIV*).*

"Pero la cuestión no se circunscribe a saber si un Personero Municipal, por razón del fuero que le ampara, debe ser juzgado por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. El asunto de mayor importancia radica en precisar hasta qué punto llega el mismo, en consideración a las infracciones en que incurran. El mencionado artículo 33, ordinal 2º del C. de P. P., alude a los '...delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas'. Bastaría, aparentemente, que se tratase de delito de responsabilidad, esto es, el cometido como funcionario público (Personero Municipal), para deducir la eficacia de la situación foral comentada. Pero no es esto lo que ha querido el legislador y menos el constituyente.

"Nótese que el artículo 142 de la Carta, pertenece al Título XIV*, denominado 'Del Ministerio Público' y cómo su encabezamiento alude a Ministerio Público, llegando a tanto en esta importante singularización que, en el inciso final, la extensión de categorías, remuneraciones, privilegios y prestaciones del Ministerio Público la hace depender de la calidad y condiciones de los Magistrados y Jueces ante quienes se ejerce esta específica función.*

"Esto quiere decir, que la razón de ser de este fuero, así como su alcance, no es consecuencia propia del carácter de Personero Municipal (con atribuciones tan disímiles como que antes de la Ley 28 de 1974, artículo 3º, le constituía en representante del respectivo Municipio), sino de la de su actividad como Ministerio Público, que surge, precisamente, cuando interviene ante los Juzgados Municipales y de Circuito.

"Este fuero, conviene señalarlo, decae cada vez más en virtud de la creciente organización del Ministerio Público en los Juzgados de Circuito, artículo 106 del C. de P. P., y D. 550 de 1970, Ley 25 de 1974.

"Entonces, las infracciones que se contemplan en este fuero, corresponden a delitos de responsabilidad como Ministerio Público y no como Personeros Municipales, interesando a este respecto esa calidad constitucional y no este nivel administrativo. Lo cual indica que esta especial competencia de juzgamiento debe interpretarse restrictivamente, con apego a su finalidad y a sus presupuestos condicionantes, tesis que la doctrina y la jurisprudencia mantienen en una severa línea de aplicación. De no ser así, resultaría absurdo considerar a los Personeros Municipales con más amplio fuero que los Jueces Municipales o de Circuito quienes, conforme al texto de la Carta, constituyen el límite de esta situación procesal. Para los primeros la tutela de la función alcanzaría aspectos administrativos y jurisdiccionales, restringiéndose para los segundos, a esta última actividad. Además, la exclusión de funcionarios de igual rango (Alcaldes Municipales), que ejercen atributos administrativos de índole similar, señala a las claras que la razón del fuero no estriba en la calidad única de Personero Municipal, que sí en la de Ministerio Público ante los Jueces Municipales y de Circuito". (Proceso contra Luis Horacio Quintero Valencia. M. ponente, doctor Gustavo Gómez Velásquez, diciembre 4 de 1975).

Carece de competencia el Tribunal y la Corte para conocer de este proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal, apartándose del concepto de la Procuraduría, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de revisar el auto ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza, y, ORDENA que por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, se remita este proceso a los Jueces Superiores de Tunja (R.), para que se proceda de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Mario Alario D' Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Jesús Bernal Pinzón, Federico Estrada Vélez, Gustavo Gómez Velásquez, Alvaro Luna Gómez, Luis Enrique Romero Soto, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INDICE SEGUNDA PARTE

PENAL

CAREOS. NULIDAD. *La práctica de un careo no es de obligatorio cumplimiento por parte del funcionario, pues tal diligencia y con base en las pruebas que se han practicado, queda a prudente juicio del funcionario y por tanto no constituye nulidad, la no práctica de tal diligencia.*—Por sentencia de fecha 23 de enero de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la del Tribunal Superior de Cúcuta de 5 de marzo de 1974, que condenó a Francisco Rojas Becerra a la pena principal de 8 años y 6 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 5

DERECHO DE DEFENSA. VIOLACION DEL ARTICULO 26 DE LA C. NACIONAL. *La forma como se ejerce el derecho de defensa en las diversas etapas del proceso, es compleja y depende de una multiplicidad de factores que no siempre concurren en todos los procesos, ni son apreciados de idéntica manera por todos los abogados. Sostener que el derecho de defensa consagrado en la Constitución se violó por la sola circunstancia de no haber logrado las pretensiones de las partes a pesar de la actividad desplegada para imponerlos, es peligroso criterio que socava las bases jurídicas del juzgamiento y deja desprotegida a la sociedad.* Por sentencia de fecha 23 de enero de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de los procesados Salomón Figueroa Díaz y María del Carmen Vargas Bonilla, contra la sentencia de 25 de enero de 1974 del Tribunal Superior de San Gil que los condenó a 10 años de presidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 9

FALSEDAD. *El dolo en la falsedad requiere el conocimiento por parte del sujeto activo en la inexactitud del escrito y por lo tanto es la voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero con peligro de derechos ajenos.*—La Corte, en providencia de 23 de enero de 1975, CONFIRMA la de fecha 25 de septiembre de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual sobresee definitivamente en favor del doctor Víctor Julio Cárdenas Gallo, en su carácter de Juez Veintisiete Penal Municipal de Bogotá, acusado del delito de falsedad. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 14

NULIDAD. *Causal 1ª de casación en juicios con jurado. La Corte ha señalado como constitutivo de nulidad constitucional, la absoluta falta de asistencia jurídica del procesado. La contraevidencia del veredicto, es cuestión que el legislador deja a las instancias.*—Por sentencia de 31 de enero de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Noel Vaquiro Lozano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó a la pena de 15 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 16

ERROR DE HECHO. *El error de hecho solo se configura afirmando la absoluta inexistencia de un medio probatorio para establecerlo, cuando el hecho es admitido por el Tribunal; pero cuando lo alegado es inidoneidad legal de la prueba para establecerlo, el error no es de hecho sino de derecho, eventualidad en que se atiende más al valor legal de la prueba que a su fuerza de convicción admitida por el Tribunal.*—La Corte, por sentencia de 2 de febrero de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por Jaime Velásquez Duque, contra la de fecha 13 de mayo de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó, junto con Jorge Robayo M., a las penas de 36 y 24 meses de prisión, respectivamente, como responsables del delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto 19

JURADOS DE CONCIENCIA. *No hay nulidad por falta de sorteo parcial, cuando un jurado manifiesta sus impedimentos o cuando no se notifica el auto que señala día y hora para la práctica de la audiencia y ésta se lleva a cabo con 3 de los sorteados y notificados.*—La Corte, por sentencia de 6 de febrero de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de fecha 6 de abril de 1974 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que condenó a Héctor Julio Waldrón, a la pena de 8 años de presidio como responsable del delito de ho-

micidio. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo 22

MANDATO. DESISTIMIENTO. *El mandato es esencialmente revocable al tenor de lo dispuesto por los artículos 2189 y 2191 del C. C. El desistimiento es de orden legal al tenor de los artículos 342 y 344 del C. de P. C.*—Por providencia de fecha 6 de febrero de 1975, la Corte SE ABSTIENE de abrir investigación contra los doctores Jaime Colonia Sanclemente, Carlos Calero Perea y Raúl Victoria Perea en relación con los hecho denunciados por el doctor Carlos Saúl Goyeneche Otero. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón 25

NULIDAD. *La falta de asistencia del Agente del Ministerio Público a la audiencia, en los juicios en que interviene el jurado de conciencia, no constituye nulidad.*—Por sentencia de fecha 13 de febrero de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 8 de noviembre de 1973, mediante la cual el Tribunal Superior de Pasto condenó a Luis Alberto Vargas Muñoz a la pena de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta. 31

REVISION. *Las declaraciones recibidas fuera del proceso y que se adjuntan al escrito suplicatorio de la revisión de un juicio penal, tienen que ser ratificadas o producidas de nuevo dentro del término del artículo 573 del C. de P. P., para que se cumpla el principio normativo de la contradicción.*—La Corte, por sentencia de 13 de febrero de 1975, NIEGA el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de julio de 1973, del Tribunal Superior de Aduanas que condenó a Jaime Barrera Otero, a la pena de 18 meses de prisión. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 34

PARTE CIVIL. *La naturaleza de la intervención de la parte civil, está claramente señalada por el artículo 24 del C. P., según el cual la acción civil en el proceso penal tiene como objeto el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal.*—Mediante sentencia de febrero 13 de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por la parte civil dentro del proceso penal que se siguió contra Adolfo de Jesús Serrano, en el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que lo condenó a la pena de colonia agrícola, con fecha 11 de mayo de 1974. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto. 36

APELACION. *Aplicación de la Reformatio in pejus. Precisión y alcance de la figura cuando media la obligatoriedad de la consulta y se ha interpuesto el recurso de apelación.*—La Corte, por sentencia de 13 de febrero de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Alirio de Jesús Gutiérrez Giraldo, contra la sentencia de 7 de mayo de 1974, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó al procesado a la pena de 10 años, 10 meses y 20 días de presidio, por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez 40

COMPETENCIA. *El juzgamiento de la responsabilidad administrativa propia de las faltas disciplinarias del Contralor General de la República, corresponde al Procurador General de la Nación y a su Procurador Delegado para la vigilancia administrativa, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 25 de 1974.*—La Corte, por providencia de fecha 1º de marzo de 1975, NIEGA la colisión de competencia solicitada por el apoderado del Contralor General de la República para conocer de las faltas disciplinarias atribuidas a dicho funcionario. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero... 46

COLISION DE COMPETENCIAS FRENTE A UN "MERO ASUNTO CRIMINAL" SIN EXISTIR PROCESO. La Corte, por auto 1º de marzo de 1975, DIRIME la colisión de competencia negativa presentada entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira y el Juzgado Sexto Penal de Medellín en favor del primero de los nombrados, por el presunto delito de abuso de confianza cometido por Carlos Giraldo Giraldo. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero..... 48

PECULADO. *Sujeto activo del delito. Lo que importa para la tipificación del ilícito no es la forma o manera como la persona se haya vinculado a la entidad pública o a la institución en que tenga parte el Estado.*—La Corte, por sentencia de 3 de marzo de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 7 de febrero de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual condenó a Alirio de Jesús Bernal Forero, por el delito de peculado a la pena de 4 años de presidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 50

CASACION. OBJETO. *La casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces. Busca también unificar la jurisprudencia nacional y corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes por virtud de resoluciones judiciales. Pero su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado. El recurso extraordinario de casación, es un juicio técnico-jurídico, de puro derecho sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando), sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo) y excepcionalmente sobre las bases probatorias que sirven de sustentación para dictar la sentencia acusada.*—Por sentencia del 3

de marzo de 1975 la Corte DESECHA el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Medellín de fecha 11 de diciembre de 1973, en la cual se condenó a Juan de Dios Ocampo Usma, Ramiro de Jesús Zuluaga Barrientos, Luis Alberto Ceferino Vallejo, Hernando Herrera Rueda y Luis Alfonso Carmona Mejía a diversas penas de prisión. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 54

CASACION. *Requisitos o presupuestos obligatorios de la demanda de casación.*—La Corte, por sentencia de fecha 3 de marzo de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 30 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Julián Uribe Berrío a la pena principal de 21 años y cuatro meses de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez... 65

CONSEJOS DE GUERRA VERBALES. *En los procesos que se siguen con la intervención de Consejos de Guerra Verbales, no existe propiamente un auto de proceder y en consecuencia no puede pedirse que las resoluciones se ajusten a los rigurosos requerimientos que tanto para el fondo como para la forma de un auto de vocación a juicio establecen las disposiciones del C. de P. P. Las providencias que conforme al artículo 427 del C. de J. P. M. se deben notificar son los autos interlocutorios y las sentencias. Pero no aparece de esta última norma ni de otra alguna que deban serlo las resoluciones.* Por sentencia del 20 de marzo de 1975 la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 8 de junio de 1974 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo que condenó a Héctor Vela Ramírez a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto 68

NULIDAD. *Cuando los cuestionarios sometidos a los Vocales del Consejo de Guerra Verbal no llevan las firmas del Presidente de dicho Consejo, ni la del Asesor Jurídico y su Secretario, se incurre en nulidad.*—Por sentencia de fecha 21 de marzo de 1975 la Corte CASA la sentencia de fecha 2 de abril de 1974 del Tribunal Superior Militar por medio de la cual condenó a Gerardo Ariza Ariza y Waldina Mejía Jiménez a las penas principales de 32 meses de presidio como responsables del delito de peculado y en su lugar dispone reponer el procedimiento a partir, inclusive, de la resolución de convocatoria del Consejo Verbal de Guerra, cuando los cuestionarios sometidos a los vocales no llevan las firmas del Presidente de dicho Consejo, ni del asesor jurídico ni de su Secretario, se incurre en nulidad. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón 72

APELACION. *Notificación por conducta concluyente. El auto que concede o deniega el recurso de apelación es interlocutorio, puesto que plantea una situación procesal para las partes, distinta del simple impulso de la actuación característica de los autos de sustanciación. La notificación por conducta concluyente prevista en el artículo 320 del C. de P. C., aplicable al P. Penal en virtud de lo establecido en el artículo 8º del C. de P. P.*—La Corte, por sentencia del 21 de marzo de 1974, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 1974 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que condenó a José o Nariño Espitia Rodríguez a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo 78

PECULADO. ELEMENTOS DEL DELITO. PECULADO Y MALVERSACION. SU DIFERENCIA. *El primero se da cuando la ofensa del delito cae sobre bienes propios de la Administración Pública y la segunda, cuando los bienes no pertenecen a la Administración Pública, pero en relación con los cuales se cumple la misma dependencia funcional, como el peculado propio. En nuestro derecho no existe ninguna diferencia entre peculado y malversación. Razones de esta circunstancia. Peculado y abuso de confianza, diferencias, lo mismo que con la apropiación indebida.*—La Corte, por sentencia de 4 de abril de 1975, CONFIRMA la de fecha 25 de noviembre de 1974 del Tribunal Superior de Neiva, por la cual condenó a Santiago Manchola Andrade a la pena principal de 32 meses de presidio como responsable del delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 81

REVISION. *Características peculiares de la revisión. Puede decirse que la revisión es una acción excepcional y extraordinaria que tiende a destruir los efectos de la cosa juzgada para la instauración de un nuevo juicio sobre un hecho que ya había sido fallado con base en pruebas manifiestamente inexactas.*—La Corte, por sentencia de 5 de abril de 1975, NIEGA la revisión del proceso seguido contra Jesús Alirio Campos Bonilla, por el delito de homicidio, proceso que conoció el Juzgado Superior de Chaparral y el Tribunal Superior de Ibagué, que lo condenado a 8 años de presidio por el delito ya expresado. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 88

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA C. N. *El artículo 26 de la Carta Política no es una simple declaración romántica sin consecuencias prácticas. Cuando el defensor es infiel a sus deberes profesionales y permanece impertérrito, inerte y silencioso frente a la desesperada pretensión del imputado para que se le oiga en las diversas fases del proceso, es*

evidente que se están quebrantando las bases del juzgamiento, que se vulnera el derecho de defensa y se quebranta con ello el artículo 26 de la Constitución.—Por sentencia de 5 de abril de 1975, la Corte CASA la de 24 de abril de 1974 proferida por el Tribunal Superior de Neiva contra Benjamín Ortiz Coronado y otros y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 20 de noviembre de 1963, para que se reponga la actuación. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 92

CAUSAL 1ª DE CASACION. INCISO 2º *En los juicios que se tramitan con intervención del jurado, no es posible casar la sentencia con base en la causal 1ª, inciso 2º*—La Corte, por sentencia de 10 de abril de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de junio de 1974, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Florentino Vargas Sánchez a la pena principal de 8 años de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 96

VIGENCIA DE LA LEY 21 DE 1973 EN ARMONIA CON EL DECRETO 1988 DE 1971. La Corte, por sentencia de 11 de abril de 1975, NO CASA la del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 26 de septiembre de 1973, que condenó a Antonio María López Palacio, Francisco Luis López Torres, Ildefonso Cardona Betancur, Luis Eduardo Jaramillo Río, Gustavo de Jesús Correa Arango y Marco Emilio Vásquez Vásquez a las penas de 5 años y 2 meses a los tres primeros y a 5 años y 4 meses a los tres últimos, como responsables de los delitos de robo y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 99

REVISION. CAUSAL 3ª. *Esta se presenta cuando alguno está cumpliendo condena y se demuestra que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo.* Por medio de sentencia de 15 de abril de 1975 la Corte NIEGA el recurso de revisión interpuesto por Helí Salas Vesga contra la sentencia de 30 de junio de 1965 del Tribunal Superior de San Gil que lo condenó a la pena principal de 15 años y 4 meses de presidio. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez 105

PODER. SUSTITUCION. REQUISITOS. *El defensor de oficio no puede sustituir el poder que le ha conferido el Juez.*—Por auto de 24 de abril de 1975, la Corte NIEGA el recurso de reposición interpuesto por el doctor Luis Zafra contra el auto de 20 de marzo del mismo año, por medio del cual se le negó el poder que le confirió el abogado de oficio del procesado Jesús María Pedraza Moreno, para sustentar el recurso de casación. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 116

NORMA MAS BENIGNA AL PROCESADO. *Al tenor del artículo 6º de la Ley 157 de 1887 y 7º del C. de P. P., la favorabilidad de la norma más benigna en el tránsito de legislación, debe solicitarla el procesado a los jueces del conocimiento.*—La Corte, por sentencia de 24 de abril de 1975, CASA la sentencia de 5 de julio del mismo año, del Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual condenó a Alejandro Valencia Flórez a la pena de 104 meses de presidio por los delitos de robo y lesiones personales, y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó abrir a pruebas el juicio. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero 118

NULIDADES. *1. Ha sido doctrina de la Corte, al analizar el contenido del artículo 26 de la C. N., que cuando se alega su violación para hacer emanar de ella la existencia de una nulidad de naturaleza excepcional, es obligación ineludible del censor, especificar de manera precisa y concreta la modalidad del quebranto, ubicándolo necesariamente en una de las 4 garantías que consagra la referida norma constitucional, sin que, por lo mismo, sea aceptable hacer el enunciado de la violación para que la Corte, en el fallo, realice la labor de ubicar nítidamente el quebranto de la garantía constitucional que origina la nulidad alegada. 2. La falta de las firmas por parte de algunos de los intervinientes en la audiencia pública, del acta respectiva, no constituye nulidad.*—Por sentencia de 24 de abril de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados E. Chaverra Sucerquía y Ramiro Gracia Rentería contra la sentencia de 1º de abril de 1974, proferida por el Tribunal Superior de Tunja que los condenó, junto con otros, a las penas de 23 años de presidio como responsables de los delitos de homicidio y abuso de confianza. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón 123

IRA E INTENSO DOLOR. *Circunstancias para que se dé el atenuante previsto en el artículo 28 del C. P. No es la ira ni el intenso dolor lo que aminora el delito, sino la causa de esas perturbaciones psíquicas, que ha de ser una grave e injusta provocación.*—Por sentencia de 30 de abril de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José Antonio Villarreal Tique contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, de fecha 11 de julio de 1974, que lo condenó a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 132

REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 576 DEL C. DE P. P. La Corte, por sentencia de 30 de abril de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Pablo Emilio Dueñas Barrera,

contra la sentencia de 9 de noviembre de 1973 del Tribunal Superior de San Gil, que lo condenó a la pena principal de 15 años de presidio como responsable de la muerte de Pascual León. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 136

PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD. CONCURSO. ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LAS INFRACCIONES. SUS CONCEPTOS. Mediante sentencia de mayo 2 de 1975, la Corte CONFIRMA la de 5 de agosto de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que condenó a Alfonso Suárez Pineda a la pena principal de 1 año de prisión como responsable de los delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto 138

REVISION. *El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como la casación es un raciocinio jurídico.* Por providencia de 7 de mayo de 1975, la Corte NIEGA el recurso de revisión interpuesto contra el juicio seguido a Luis Francisco Pineda Pineda ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Superior de la misma ciudad, por el delito de concusión. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 150

NULIDAD CONSTITUCIONAL POR INFRACCION A LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. *Requisitos del auto de proceder, su contenido en la parte resolutiva. En ella no se puede calificar el delito en especie, sino genéricamente. Por ejemplo: El homicidio es el género y sus especies son asesinato, culposo, concausal, ultraintencional, piadoso, etc.* La Corte, por sentencia de 9 de mayo de 1975, INVALIDA la de 15 de febrero de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Montería que condenó a los procesados Carlos Espitia Romero y Francisco Lenis Arroyave a la pena principal de 24 años de presidio como responsables del delito de homicidio y en su lugar DECLARA nulo lo actuado a partir de la providencia de 25 de mayo de 1971, inclusive, por medio de la cual calificó el mérito de la investigación. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 156

CAUSAL 1ª DE CASACION. En los juicios en que interviene el jurado no es pertinente la causal de casación de que se ocupa el inciso 2º del ordinal 1º del artículo 580 del C. de P. P. Por sentencia de 19 de mayo de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Arcenio López Rubiano contra la sentencia de 31 de mayo de 1974, del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó a la pena de 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 160

VEREDICTO CONTRADICTORIO. SU DEFINICION. La Corte, por sentencia de 22 de mayo de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por Gilberto Gómez Valdés contra la de 18 de julio de 1974 del Tribunal Superior de Manizales por la cual se condenó al recurrente a la pena de 15 años y 6 meses como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 162

COPARTICIPACION CRIMINAL. *1. Autor, coautor y partícipe. Autor intelectual, instigador y cómplice. 2. Autonomía legal del jurado. La Corte recoge su doctrina sostenida en esta materia y retorna a la vigente hasta antes de 1961.* La Corte, por sentencia de mayo 22 de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la procesada Nohora Díaz v de Duarte, contra la sentencia de 26 de septiembre de 1974 por medio de la cual la condenó a la pena de 16 años y 6 meses de prisión como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 164

REFORMATIO IN PEJUS. *No es aplicable en los procesos que tienen el grado de consulta y hoy por mandato de la Ley 17 de 1975, en su artículo 3º, tampoco tiene operancia en ninguna clase de sentencias.* La Corte, por sentencia de 22 de mayo de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por Rafael Ignacio Alzate Correa contra la de fecha 22 de junio último proferida por el Tribunal Superior de Medellín que lo condenó a la pena principal de 15 años y 3 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 172

PECULADO. *Interés o bien jurídico tutelado. Es un delito contra la Administración Pública.* La Corte, por sentencia de 22 de mayo de 1975 CONDENO a Guillermo Cabrera Zambrano a la pena principal de 2 años y 8 meses de presidio, como responsable del delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 176

EMBRIAGUEZ AGUDA E INTOXICACION PRODUCIDA POR EL ALCOHOL. *El sujeto que delinque en estado de embriaguez aguda y voluntaria, ni se coloca dentro de los casos previstos en el artículo 29 del C. P., ni queda eximido de responsabilidad, porque la ley no le concede a esa modalidad semejantes efectos, solo que entonces es aplicable el ordinal 5º del artículo 38.* Mediante sentencia de 2 de junio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Emigdio García Díaz contra la del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de fecha 18 de junio de 1974 que lo condenó a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 181

REVISION. *La inviolabilidad de la cosa juzgada en materia penal únicamente ofrece la excepción de que se tenga de presente la injusticia emanada de un yerro judicial, que haya desconocido la inocencia o falta de responsabilidad de quien fue condenado.* La Corte, por sentencia de 2 de junio de 1975 NIEGA la revisión del proceso seguido en el Juzgado Segundo Superior y en el Tribunal Superior de Villavicencio contra Ignacio Avila Rodríguez por los delitos de homicidio, robo e incendio, en los cuales se le impuso la pena principal de 24 años de presidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 185

SUMARIO. *La falta de abogado en el sumario, no constituye nulidad.* La Corte por sentencia de 5 de junio de 1975 NO CASA la dictada con fecha 3 de octubre de 1974, del Tribunal Superior de Neiva que condenó a la recurrente Eloísa Torres Calderón de Cruz a la pena principal de 16 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 187

CAREO. *El careo no es un medio probatorio, sino una confrontación entre testigos o entre éstos e imputado, que es útil como elemento para evaluar la prueba testifical y hace parte, por consiguiente, del vasto complejo de factores que sirven para desarrollar la crítica del testimonio.* La Corte, por sentencia de 5 de junio de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José Domingo Castañeda Hernández contra la de fecha 8 de junio de 1974, del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó a la pena principal de 19 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio agravado y robo. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez 190

VEREDICTO CONTRADICTORIO. *Es posible calificar de contradictorio un veredicto cuando éste pugna con el principio de contradicción, vale decir, cuando sus términos implican afirmación y negación de la misma cosa simultáneamente y por el mismo aspecto.—Incongruencia entre el fallo y los cargos formulados en el auto de proceder.* Por sentencia de 5 de junio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 11 de enero de 1974 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó al recurrente Efrén Vega Sánchez a la pena principal de 11 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 195

JURADOS DE CONCIENCIA. *Los jurados se sortean para cada asunto y en un mismo proceso. La notificación personal de la fecha y la hora en que deba realizarse la audiencia, es solamente obligatoria cuando el acusado se encuentra detenido, pero no cuando está gozando de libertad provisional o es declarado reo ausente.* La Corte, por sentencia de 5 de junio de 1975, NO CASA la de 30 de mayo de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Buga que condenó a los recurrentes Germán y Helí Salazar Alvarez a las penas de 24 y 20 años de presidio como responsables de los delitos de homicidio y fuga de presos. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero 199

ERRADA CALIFICACION JURIDICA DE LA INFRACCION. ASESINATO Y ROBO. CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. *El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de llamamiento a juicio, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les ha dado una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se encausan por robo y las pruebas acreditan hurto, o cuando se abre juicio por violencia carnal con relación a los hechos constitutivos de corrupción de menores.*—La Corte, por sentencia de 5 de junio de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Antonio María Morantes García, José Gabino Romero Laguado y Manuel Becerra Quintero contra la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta de 16 de agosto de 1974 que los condenó a las penas principales de 18 y 6 meses de presidio como responsables de los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo 205

PREVARICATO. ABUSO DE AUTORIDAD. DESPOJO. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCION. La Corte, por medio de providencia de fecha 5 de junio de 1975 ORDENA CESAR todo procedimiento penal en favor del Mayor General Henry García Bohórquez por los delitos de prevaricato, abuso de autoridad y despojo que le fueron imputados. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 211

INDICIOS. *El indicio a diferencia de otros elementos probatorios, la discrecionalidad del juzgador decide su valor.* Por sentencia de 5 de junio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Julio Enrique Navarro Troncoso, contra la de 29 de mayo de 1973, del Tribunal Superior de Montería que lo condenó, junto con otros, a la pena principal de 4 años de presidio como coautor de los delitos de falsedad en documentos privados y negociables. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez 218

NULIDAD DEL ORDINAL 3º DEL ARTICULO 211 DEL C. DE P. P. *Solo se presenta cuando en el sorteo se produce una equivocación tal, que no puede saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado.* La Corte, por sentencia de 16 de junio de 1975 NO INVALIDA la de fecha 29 de agosto de

1974 dictada por el Tribunal Superior de Tunja que condenó al recurrente en casación José Reyes Sánchez a la pena principal de 96 meses de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta..... 222

SENTENCIA. *Causas acumuladas. Su fundamento y razón de ser. Las sentencias son únicas e indivisibles, pero no hay que perder de vista que este postulado no puede tener eficacia para todos los efectos jurídicos. Interés de la parte civil para recurrir en casación.* En providencia de 19 de junio de 1975 la Corte DECLARA ADMISIBLE el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 24 de febrero del presente año que absolvió a Pablo Emilio Zapata Rodríguez, por el delito de estafa (tentativa) en causas acumuladas. Magistrado ponente: Federico Estrada Vélez..... 226

CUESTIONARIOS EN LOS CONSEJOS DE GUERRA. *Nulidad por falta de firma del Presidente del Consejo y su Secretario. La Corte ratifica y amplía las doctrinas contenidas en los fallos de 12 de julio de 1974 y 21 de marzo del presente año.* La Corte, por sentencia de 19 de junio de 1975 CASA la sentencia de 1º de agosto de 1974 del Tribunal Superior Militar que condenó entre otros al recurrente Luis Eduardo López Alvarez por el delito de homicidio, y en su lugar dispone que se reponga el procedimiento a partir de la resolución por medio de la cual se convocó el Consejo de Guerra Verbal, inclusive. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto 228

REVISION. *Causal 5ª de revisión. No existe diferencia sensible entre "hechos nuevos" y "pruebas no conocidas al tiempo de los debates" para efectos de la revisión.* La Corte, por sentencia de fecha 19 de junio de 1975 NIEGA la revisión del juicio seguido contra Aristóbulo Rocha Bustos, por el delito de homicidio, en el que se le condenó a la pena de 19 años de presidio mediante sentencias de 11 de octubre de 1972 y 22 de enero del año siguiente dictadas por el Juzgado Quinto Superior y Tribunal Superior de Bogotá, respectivamente. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez..... 234

NULIDAD CONSTITUCIONAL. *La nulidad constitucional es de carácter absoluto y afecta todo el proceso y favorece a todos los procesados. Cuestionarios inexistentes en los Consejos Verbales de Guerra.* La Corte, por sentencia de 23 de junio de 1975, CASA la de fecha 23 de septiembre de 1974 del Tribunal Superior Militar que condenó al recurrente Jairo Silva Rodríguez, junto con otros, a la pena principal de 2 años de prisión y en su lugar DECRETA la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, inclusive y ordena reponer el procedimiento. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez 242

CLAUSULA 1ª DE CASACION. *Violación directa y violación indirecta.* Por sentencia de 26 de junio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de agosto de 1974 del Tribunal Superior de Barranquilla que condenó al recurrente Enrique Carlos Llinás Orozco a la pena principal de 6 años y 8 meses de presidio, como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo 246

FALSEDAD INOCUA. *A la ley no es dable, sin incurrir en despotismo, reprimir como delictuosos los actos humanos inocuos, vale decir, los que no son susceptibles de hacer un daño efectivo o siquiera hipotético.* La Corte, por providencia de 3 de julio de 1973, CONFIRMA el auto de 10 de abril último dictado por el Tribunal del Distrito Judical de Villavicencio por el cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Luis Pallares Alvarez en su condición de Juez Segundo Civil de esta ciudad, por los delitos de falsedad en documentos. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo 250

COMPENTENCIA DE LOS JUECES A PREVENCION, CONFORME AL ARTICULO 42 DEL C. DE P. P. La Corte, por sentencia de fecha 3 de julio de 1975, NO CASA la del 4 de octubre de 1974 del Tribunal Superior de Cali que condenó al recurrente José Vicente Bautista Jiménez a la pena de 2 años de prisión como responsable del delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero..... 252

SENTENCIA. *Consonancia entre el auto de proceder, el cuestionario, el veredicto del jurado y la sentencia, en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.* Por sentencia de 4 de julio de 1975, la Corte NO INVALIDA la dictada por el Tribunal Superior de Buga, con fecha 11 de octubre de 1974 que condenó al recurrente Luis Guillermo Gómez Bolívar, a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 256

PENAS. *Reducción por trabajo y estudio. El Decreto 1923, reglamentario de la Ley 32 de 1971, dispuso que las solicitudes para conseguir las correspondientes rebajas, deberán dirigirse al Juez de 1ª instancia acompañando los requisitos a que se refieren los artículos 8º y 9º de la disposición últimamente citada.* La Corte, por sentencia de 4 de julio de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los acusados Heriberto Chaparro León y Jorge Eliécer Peláez Esquivel contra la de 10 de mayo de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que

condenó a los recurrentes a la pena principal de 5 años de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 259

PARTE CIVIL. *Para que pueda tener acogida la demanda de constitución de parte civil, es preciso que el perjuicio causado con el delito, del que deriva el interés jurídico para obrar o legitimación en causa, aparezca como algo cierto o probable al tiempo de la presentación de aquélla, bien porque resulte del hecho ilícito en sí, lo que acontece cuando es el propio sujeto pasivo de la infracción el que demanda, ora porque se aduzcan elementos de juicio que acreditan el daño sufrido por el accionista.* Mediante sentencia de 4 de julio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la de fecha 5 de junio de 1974, del Tribunal Superior de Bucarmanga que absolvió a Vicente Ríos Peña y otros, del delito de falso testimonio. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 267

JURADOS DE CONCIENCIA. *Los jueces de conciencia aprecian libremente las pruebas según su íntimo o moral conocimiento, y con su veredicto precluye la controversia sobre las mismas.* Por sentencia de 10 de julio de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Alvaro Martínez Poveda, contra la de 21 de septiembre de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al recurrente a la pena principal de 8 años de presidio por el delito de homicidio simplemente voluntario. Magistrado ponente: Alvaro Luna Gómez 269

APLICACION DEL ARTICULO 163 DEL C. DE P. P. *Su tramitación debe hacerse de inmediato ya que no está condicionada necesariamente a la efectividad del resultado.* La Corte, por auto de fecha 10 de julio de 1975, DECLARA NULO lo actuado a partir del auto de 22 de octubre de 1974, inclusive y ORDENA retrotraer el procedimiento dentro del proceso que se sigue contra Guillermo León León en el Tribunal de Tunja, por el delito de peculado. Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez..... 273

AUTO DE PROCEDER. *La ambigüedad o imprecisión en el auto de proceder tiene relievancia jurídica y lesiona el derecho de defensa cuando la confusión en los cargos en él formulados no permite conocer con claridad y exactitud qué delito se le atribuye al sindicado y cuáles las circunstancias en que lo cometió.* La Corte por sentencia de 10 de julio de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por la defensora de oficio del procesado Marco Tulio Morales Otálvaro, contra la sentencia de 24 de marzo de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a su defendido a la pena principal de 5 años y 2 meses de presidio como responsable del delito de robo. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta 275

NULIDAD DEL ARTICULO 26 DE LA C. N. *a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento. b) Legalidad de la jurisdicción. c) Observancia plena de las formas propias del juicio, y d) Aplicación de la ley favorable, aunque posterior al acto imputado. Pruebas conducentes, facultad de los Jueces y Magistrados para calificar la conducencia de las pruebas.* La Corte, por sentencia de 11 de julio de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Joaquín López López contra la del Tribunal Superior Militar de 23 de septiembre de 1974 que lo condenó a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 279

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR Y MAYOR PELIGROSIDAD. *Su aplicación es de resorte privativo de los jueces de conocimiento.* Por sentencia de 21 de julio de 1975, la Corte NO CASA la de 24 de septiembre de 1974, proferida por el Tribunal Superior de Tunja que condenó al recurrente Tomás López Gualteros a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero..... 284

CONFLICTOS DE NORMAS QUE SE PRESENTAN CON OCASION DE LA SUCESION DE LEYES PENALES. *Son dos los presupuestos a tomarse en consideración para la solución de los posibles conflictos que se presentan con ocasión de la sucesión de leyes penales.* La Corte, por sentencia de 21 de julio de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Gustavo Rincón Ortiz y Eduardo Escobar Rodríguez contra la de 26 de julio de 1974 que los condenó a la pena principal de 5 años y un mes de presidio como responsables del delito de robo. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 287

DOCUMENTOS PUBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS. *Los documentos elaborados por trabajadores oficiales son de carácter privado. Los documentos elaborados con intervención de funcionarios públicos en razón de sus funciones y trabajadores oficiales, son documentos públicos.* Mediante sentencia de fecha 22 de julio de 1975, la Corte CASA la de 29 de agosto de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Armenia que absolvió a Hernán Mejía Calderón de los cargos de falsedad documental y peculado y en su lugar se condena al mismo procesado a la pena principal de 4 años de presidio como responsable de los delitos anotados. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 293

INTERROGATORIO AL PROCESADO EN LA AUDIENCIA PUBLICA. *La falta de interrogatorio al procesado en la audiencia pública, no es causal de nulidad.* La Corte, por sentencia de 24 de julio de 1975 CASA PARCIALMENTE la sentencia de noviembre 6 de 1974 del Tribunal Superior de Ibagué que condenó al recurrente Julio Antonio Sánchez Galvis, a la pena principal de 12 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y homicidio imperfecto, y en su lugar dispone imponer al recurrente las accesorias de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena principal, pérdida de la patria potestad si la tuviere y publicación especial de la sentencia. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 304

GRADUACION DE LAS PENAS. CONCURSO DE DELITOS. Por sentencia de 24 de julio de 1975, la Corte CONFIRMA la de fecha 21 de noviembre de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Luis Darío Rico Ramos a la pena de 4 años de prisión como responsable de los delitos de peculado, concusión y prevaricato, con la modificación de que la pena principal será la de 2 años y 8 meses de prisión. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez... 308

ESTAFA. HURTO. *Sus diferencias. Elementos estructurales de estas dos infracciones en nuestro derecho positivo.* La Corte, por sentencia de 30 de julio de 1975, NO CASA la de fecha 14 de marzo de 1974 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó a los procesados Azarías Restrepo Arias y Antonio Gómez a la pena principal de 40 meses de prisión como responsables del delito de hurto. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta.... 310

RECUSACION POR MORA. *Cuándo la mora es justificada y cuándo no.* La Corte, por auto de 31 de julio de 1975, no encuentra fundada la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Eduardo Millán Millán para conocer del negocio contra Pablo Alfonso Melo y otros, por el delito de tráfico de estupefacientes. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez... 314

ANOMALIA PSIQUICA. *Cuándo debe el sindicado ser examinado por peritos médicos para establecer si se halla en las circunstancias del artículo 29 del C. P., o en estado de embriaguez, intoxicación aguda o inconsciencia.* Por sentencia de 31 de julio de 1975, la Corte DESECHA la demanda de casación interpuesta contra la sentencia de 17 de septiembre de 1974, dictada por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo que condenó al recurrente Hernán Bohórquez Tualli a la pena principal de 17 años de presidio por los delitos de homicidio, robo y daño en cosa ajena. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 316

PECULADO Y ABUSO DE CONFIANZA. *Semejanzas y diferencias. Sustracción y apropiación sin que intervenga la violencia o el engaño.* La Corte, por sentencia de 6 de agosto de 1975, CASA la de 5 de junio de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Montería dentro del proceso seguido contra Edilberto Manuel Kergulen Argumedo y Arnoldo Vergara Figueredo como responsables de los delitos de falsedad y peculado, y en su lugar DECRETA la nulidad de la actuación a partir del auto de 23 de abril de 1974, inclusive, providencia que calificó el mérito del sumario. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 318

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. *No obsta que el jurado niegue las características de asesinato en el hecho que se juzga para que el juez de derecho pueda deducir circunstancias de mayor peligrosidad.* Mediante sentencia de 6 de agosto de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Rosemberg Cepeda Herreño y el Fiscal Primero del Tribunal, contra la sentencia de 28 de noviembre de 1974 del Tribunal Superior de Villavicencio que condenó al procesado a la pena principal de 10 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 324

DEMANDA DE CASACION. *Requisitos. Fallas técnicas en su elaboración, en la formulación y fundamentación de los cargos.* La Corte, por sentencia de 14 de agosto de 1975, NO INVALIDA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 20 de septiembre de 1974 que condenó a Benjamín Villamizar Rondón a la pena principal de 37 meses de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 328

NOTIFICACIONES. *La notificación personal del auto que ordena correr traslado al "recurrente" para que formule la demanda de casación, se debe hacer al procesado detenido cuando es él quien recurre personalmente o por medio de su defensor o de apoderado especial, pero en ningún caso a su Procurador Judicial.* Por auto de 14 de agosto de 1975, la Corte NIEGA la solicitud del abogado Tomás Segundo Martínez y declara desierto el recurso de casación interpuesto, por no haberse formulado la demanda en la oportunidad legal. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 331

CONCUSION. *Los elementos constitutivos del delito son: a) Un acto que implique constreñir o inducir a alguien a dar o prometer, al agente o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad; y b) Que esto se lleve a cabo mediante abuso de cargo o las funciones públicas que desempeñe el culpable.* Por sentencia de 14 de agosto de 1975, la Corte MODIFICA la de 15 de mayo último, del Tribunal Su-

perior de Neiva que condenó a Rogelio García Perdomo, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de San Vicente de Caguán (Caquetá), a la pena principal de 7 meses de prisión como responsable de los delitos de concusión y abuso de autoridad, y en su lugar lo condena a un mes de arresto como responsable del delito de detención arbitraria. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo.. 333

DICTAMEN PERICIAL MEDICO LEGAL Y ELECTRO-ENCEFALOGRAMA. *Cuándo se requiere para determinar las circunstancias del artículo 29 del C. P. y cuándo la no práctica de dichos exámenes quebrantan las formas propias del juicio y se incurre, por consiguiente, en nulidad constitucional.* La Corte, por sentencia de 14 de agosto de 1975, NO INVALIDA la de fecha 12 de noviembre de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Valledupar que condenó a Luz Cenith Rincón Ballesteros a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 338

DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR. *La competencia, para conocer de estos delitos, según el artículo 663 del C. de P. P., la tienen los jueces municipales de la residencia del titular del derecho, al momento de cometerse la infracción. El delito denominado de inasistencia familiar y que contempla la Ley 75 de 1968, es de carácter permanente, omisivo y de peligro.* La Corte, por auto de 21 de agosto de 1975, DIRIME el conflicto de competencias entre el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Rosa de Cabal y el Primero Penal Municipal de Calarcá, en el sentido de señalar que la denuncia a que se refieren las diligencias, corresponde al Juzgado Primero Penal Municipal de Calarcá. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 342

DELITO DE RESPONSABILIDAD. *Son aquellos que se llevan a cabo en ejercicio de las funciones o por razón de ellas, y cuando son cometidos por los jueces, su juzgamiento corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial en primera instancia.* La Corte, por providencia de 21 de agosto de 1975 DECLARA NULO lo actuado dentro del proceso seguido contra el doctor Juan Aníbal Royero Jiménez, ex Juez Municipal de Mompós, a partir del auto cabeza de proceso inclusive, y en su lugar dispone que por el Tribunal Superior de Cartagena se remitan al Juez Penal del Circuito correspondiente, las diligencias, a fin de que se examine si es el caso de abrir investigación penal por los hechos denunciados. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 345

FALSEDAD Y ESTAFA. *Elementos estructurales de estas dos infracciones en nuestro derecho positivo. Diferencias. Momento en que surge el engaño.* La Corte, por sentencia de 21 de agosto de 1975, CASA la de 31 de octubre de 1974 del Tribunal Superior de Cali, por medio de la cual se condenó a Vladimir Viatela Ramos, a la pena principal de 31 meses de presidio como responsable de los delitos de falsedad y abuso de confianza, y en su lugar DECRETA la nulidad de lo actuado a partir del auto del 5 de enero de 1974 inclusive, por medio del cual calificó el mérito del sumario. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 347

ERROR DE DERECHO. ERROR DE HECHO. *Sus diferencias. Cómo deben alegarse para que prospere en casación.* Por sentencia de 21 de agosto de 1975, la Corte NO CASA la de 16 de octubre de 1974 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla que condenó a Eduardo Ibáñez Nieto, a la pena principal de 2 años de prisión como responsable del delito de falsedad. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero..... 352

SECUESTRO DE MERCANCIAS Y ELEMENTOS DENTRO DEL DELITO DE CONTRABANDO. *La figura del secuestro de las mercancías consideradas como de contrabando a que se refiere la ley penal aduanera (artículo 71, Decreto 955 de 1971) coincide fundamentalmente con la contemplada en el C. P. ordinario (artículo 308) sobre decomiso, 350 relativo al secuestro de los efectos e instrumentos del delito, y en cuanto a la entrega de las cosas secuestradas, la situación coincide con las previsiones del procedimiento ordinario (artículos 727 y 728).* FALSEDAD. *Elemento subjetivo del delito.* La Corte, por auto de 22 de agosto de 1975, REVOCA el de fecha 2 de mayo del presente año del Tribunal Superior de Barranquilla que sobreseyó en forma temporal y por segunda vez al doctor Oscar Monsalve Mora, y en su lugar se le llama a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos públicos y ORDENA su detención preventiva. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón 358

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. *Para determinar la existencia del concurso material de delitos y diferenciarlo del concurso ideal, no se debe tener en cuenta solamente la unidad o pluralidad de actos, sino también la naturaleza de los intereses jurídicos violados.* Por sentencia de 28 de agosto de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga, de 9 de agosto de 1974 que condenó a Marco Tulio Neira Loaiza (a. Chepe), y a Raúl Zuleta, a la pena principal de 11 años de presidio cada uno, a Evelio Grajales, Humberto Ceballos Muñoz (a. Beto), Nelson Morales y Joaquín Moreno Valencia, a 9 años y 3 meses de presidio, por los delitos de secuestro y robo. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 367

REVISION. *Debe conocer un juez distinto. A desvirtuar la presunción de verdad protectora de la cosa juzgada, reparando el error judicial, tiende el el recurso extraordinario de revisión, mejor y más técnicamente entendido como una acción de específicos contornos.* Por sentencia de 11 de septiembre de 1975, la Corte NIEGA el recurso de revisión del proceso que se adelanta en el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá y en el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial contra Víctor Manuel Vergara Lara y lo condenaron en sentencias ejecutoriadas a la pena de 14 meses de prisión. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta..... 372

TERMINOS DE LA INVESTIGACION. NOTIFICACIONES. *Consecuencias jurídicas que surgen de la falta de cumplimiento de los términos procesales de la investigación. La falta de notificación personal al defensor, de las providencias, no acarrea nulidad.* La Corte, por sentencia de 12 de septiembre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Gonzalo Lasso Díaz contra la sentencia de 12 de diciembre de 1974 que lo condenó a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 377

PODERES. *Ante quién deben presentarse cuando hay auto de detención vigente. No basta, con el simple acto formal, sin contenido ni significación alguna, de presentar personalmente el memorial-poder ante el funcionario que conoce del proceso, para continuar sustrayéndose a los efectos de las decisiones judiciales. Lo que quiere la ley es, precisamente, todo lo contrario. Es decir, que el procesado contra quien se ha dictado auto de detención, para ejercer la defensa técnica o formal en la persona que quiera designar, debe, de todas maneras, someterse a la resolución cautelar.* Por auto de 12 de septiembre de 1975, la Corte INVALIDA los autos de 20 de marzo y 24 de abril del mismo año, en cuanto reconocieron al doctor Luis Zafra como apoderado de los procesados Luis Alejandro Bustos Soto y Rafael García Figueroa, para sustentar el recurso de casación y el auto de 10 de julio, en la parte que declara formalmente ajustada a derecho la demanda de casación formulada por el doctor Luis Zafra y DECLARA desierto el recurso de casación y se condena en costas. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D' Filippo..... 382

DETENCION ARBITRARIA. *Para que se configure este delito debe existir dolo, no basta la negligencia ni la culpa.* La Corte, por auto de 17 de septiembre de 1975, REVOCA la providencia de 17 de abril de 1972 del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual se llamó a juicio al doctor Alejandro Rincón Grazziani, Juez Primero Penal Municipal de Fusagasugá por el delito de detención arbitraria, y en su lugar lo sobreseee definitivamente. Magistrado ponente. doctor Humberto Barrera Domínguez..... 386

PERJUICIOS CAUSADOS CON LA INFRACCION. *Daño público y daño privado. El daño privado puede ser material y moral. Los elementos que componen uno y otro.* La Corte, por sentencia de 25 de septiembre de 1975, INVALIDA PARCIALMENTE la de 27 de noviembre de 1974 dictada por el Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Angel María Gutiérrez a la pena principal de 32 meses de presidio como responsable del delito de peculado y en su lugar lo condena al pago en abstracto, de los perjuicios causados con la infracción. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta..... 388

PECULADO. FALSEDAD. CONCURSO DE DELITOS Y CRONICIDAD. *Por mandato del artículo 59 de la Constitución Nacional, "la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley".* La Corte, por auto de fecha 2 de octubre de 1975 llama a juicio al doctor Julio Enrique Escallón Ordóñez, ex Contralor de la República, por los delitos de peculado y falsedad, en concurso. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 391

CONSONANCIA ENTRE LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER Y LA SENTENCIA. *La falta de consonancia entre los cargos formulados en el auto de proceder y la sentencia, no puede referirse a las circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad relacionadas con el delito o los delitos porque se llama a juicio, porque de manera expresa manda el último inciso del artículo 483 del C. de P. P. que la parte resolutiva, esto es, la que marca el ámbito del juicio y enmarca el de la sentencia, no se ocupe de las circunstancias que especifiquen el cargo o cargos sino que se citan los delitos sin determinar dentro del género del mismo las circunstancias a que pertenecen.* La Corte, por sentencia de 9 de octubre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Fabio Montoya Escobar contra la de 29 de agosto de 1974 del Tribunal Superior de Villavicencio que lo condenó a la pena principal de 9 años de presidio como responsable del delito de falsedad y estafa. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 410

FALTA DE NOTIFICACION DE AUTOS EN EL PROCESO PENAL. *La falta de notificación al defensor, del auto que ordenó la encarcelación preventiva del sindicado y del que señaló fecha para iniciar la audiencia pública, como también el que dispuso la fecha para la continuación de la misma, no constituye nulidad.* Mediante sentencia de 9 de octubre de 1975, la Corte DESECHA el recurso

de casación interpuesto contra la de 22 de abril de 1974 del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Luis Miguel Chala Acosta, a la pena principal de 15 años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 414

CIRCULACION DE MONEDA FALSA QUE NO TENGA CURSO LEGAL EN COLOMBIA. *La moneda falsa como el documento falso, no reciben protección del Estado y cuando se sanciona su uso no se hace por protegerlos sino por tutelar a la sociedad, frente al daño o peligro que representan para la fe pública, en especial para el tráfico monetario, cuando se trata de moneda, y el jurídico cuando se trata de documentos.* La Corte, por auto de fecha 10 de octubre de 1975, CONFIRMO el sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Medellín en favor de Manuel Antonio Gómez Rodríguez, ex Juez Penal Municipal de Turbo, por estimar que los hechos de que se le acusa, no constituyen delito alguno. Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta..... 417

NOTIFICACIONES. *El hecho de no dejar constancia en la respectiva notificación personal de la lectura de la providencia que se notifica, no ha sido elevada al rango de nulidad legal, ni menos de nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta.* La Corte, por sentencia de fecha 10 de octubre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Rojas Rozo, contra la sentencia de 20 de febrero pasado del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 421

ERROR EN LA DENOMINACION GENERICA DEL DELITO. *El error en la denominación genérica del delito se refiere a una falla en el "nomen juris" que el juzgador da a los hechos y tiene lugar cuando los califica con el nombre que corresponda a otro género delictuoso, vr. gr., cuando llama hurto a lo que es robo o lesiones personales a un homicidio frustrado.* La Corte, por sentencia de fecha 17 de octubre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 17 de enero del año en curso del Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Angélica Ante Gambino, a la pena principal de 15 años de presidio como responsable del delito de homicidio en la persona de su hija de dos días de nacida. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 424

VEREDICTO - INEXISTENTE - NULO E IRREGULAR. *Una cosa es que el cuestionario sometido al juri, por los términos en que está redactado sea completamente ininteligible, caso en el cual el veredicto emitido es totalmente inexistente, o que su contenido sea equívoco o ambiguo, en el sentido de que pueda interpretarse de varias maneras, evento para el cual surge la sanción de nulidad constitucional, y otra muy diversa en su esencia y en sus consecuencias, la simple irregularidad en la elaboración del mencionado cuestionario.* Por sentencia de 17 de octubre de 1975, la Corte NO INVALIDA la de 31 de enero del mismo año, dictada por el Tribunal Superior de Riohacha, que condenó a Luis Alfonso Luquez Carrillo a la pena principal de 8 años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 429

PREVARICATO. *Este delito requiere para su estructuración típica un dolo específico.* Por auto de 17 de octubre de 1975, la Corte se ABSTIENE de abrir investigación penal contra el Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, doctor Guillermo Sánchez Pernett, por los hechos denunciados por José Pérez Muñoz, que le imputó al citado Magistrado los posibles delitos de prevaricato y abuso de autoridad. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 433

EL DOLO DE IMPETU, PROPIO DEL ESTADO DE IRA, ES INCOMPATIBLE CON LA PREMEDITACION. LA RIÑA Y LA PROVOCACION NO SON UNA MISMA COSA. La Corte, por sentencia de 18 de octubre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de febrero último, dictada por el Tribunal Superior de Tunja que condenó a Carlos Morales Villanueva a la pena principal de 16 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 435

ERROR RELATIVO A LA EPOCA EN QUE SE COMETIO LA INFRACCION PORQUE SE LLAMA A JUICIO. *Es la época y no la fecha a la cual se refiere el numeral 5º del artículo 210 del C. de P. P.* Por sentencia de 18 de octubre de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 22 de enero del mismo año del Tribunal Superior de Manizales que condenó a José Conrado Murillo Osorio a la pena principal de 4 años de presidio como responsable del delito de "almacenamiento de marihuana". Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez..... 439

COMPETENCIA POR RAZON DE LA CONEXIDAD Y ACUMULACION. *Tanto la competencia por conexidad como la competencia en general para conocer de un negocio, la adquiere el juez una vez que estén cumplidos los requisitos que la determinan, o sea la persona, la naturaleza del delito y el territorio en que se realiza.* La Corte, por sentencia de 23 de octubre de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 30

de enero del año en curso, del Distrito Judicial de Medellín, por medio de la cual condenó a Marciano Elorza Córdoba a la pena principal de 112 meses de presidio como responsable del delito de robo agravado. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo..... 442

SUCESION DE LEYES PENALES. *Se presenta solamente cuando entre una y otra ley existe diversidad de tratamiento sin que se presente la hipótesis de nueva incriminación o de abolición precedente.* La Corte, por sentencia de 23 de octubre de 1975, NO CASA la sentencia de 5 de marzo del mismo año del Tribunal Superior de Neiva que condenó a los recurrentes Rosendo Lozano Cardozo, Jorge Eliécer Torres Peña y Evelio Ortigoza a las penas principales de 84 meses de presidio como responsables del delito de secuestro. Magistrado ponente: doctor Federico Estrada Vélez..... 450

CASACION. *La causal 1ª de casación es, sin duda alguna, la que ha gozado de un detenido y reiterado estudio por parte de la Corte... "como son protuberantes los fallos en lo atinente a la técnica del recurso".* La Corte, por sentencia de 6 de noviembre de 1975 DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José Edgard Pulido Cardozo, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira que lo condenó a 15 meses y 20 días de prisión como responsable del delito de abuso de confianza y que fue fechada el día 16 de marzo del mismo año. Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 454

NULIDADES. *Se ha dicho que la circunstancia de que el demandante, en el recurso de casación, se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori debe procederse así.* Por sentencia de 13 de noviembre de 1975, la Corte CASA la del Tribunal Superior de Montería de 10 de abril último y que condenó a Mario Tejada Cárdenas a la pena principal de 6 años de presidio, como responsable de los delitos de falsedad y peculado, y en su lugar INVALIDA la actuación procesal a partir, inclusive, del auto que declaró cerrada la investigación y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen para que éste lo remita a la Justicia Penal Militar. Magistrado ponente: doctor Mario Alario D'Filippo..... 456

VEREDICTO. SU INTERPRETACION. *Cuando el jurado contesta: "Sí es responsable pero con el atenuante de la ira de las injurias sufridas" y por la defensa se pide la aplicación de la ira o el intenso dolor causado por grave e injusta provocación, así debe entenderse el veredicto y en consecuencia el fallador debe aplicar el artículo 28 del C. P.* La Corte, por sentencia de 14 de noviembre de 1975 CASA parcialmente la dictada por el Tribunal Superior de Pasto, con fecha 30 de enero del año en curso que condenó a Francisco de la Cruz Delgado a la pena principal de 8 años de presidio y en su lugar lo condena a la pena de 32 meses, como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente: Mario Alario D'Filippo..... 459

ABUSO DE AUTORIDAD. *El abuso de autoridad requiere un actuar doloso, pero no culposo, para su estructuración.* La Corte, por sentencia de 20 de noviembre de 1975, REVOCA la dictada el 15 de noviembre de 1974, por el Tribunal Superior de Bogotá, contra Carlos Eduardo Ramírez Rivera, Juez Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco, que lo condenó a la pérdida del empleo y multa de $ 10.00 por el delito de abuso de autoridad, y en su lugar lo absuelve del cargo. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez..... 464

NULIDAD Y FALSEDAD. *El auto de proceder, en cuanto al auto de cargo de falsedad documental, indicó los instrumentos negociables sobre los cuales se había operado la inmutación de la verdad y fijó la intencionalidad de ésta, su aptitud para producir los fines buscados.* Por sentencia de 20 de noviembre de 1975, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de noviembre de 1974 del Tribunal Superior de Ibagué que condenó a Silvio Zapata Mera, a la pena de 4 años, 4 meses de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez..... 469

NULIDADES. CUANDO Y COMO DEBEN DECRETARSE. *Se ha dicho que la circunstancia de que el demandante se haya equivocado en la invocación de la causal conducente, no ha de estimarse como razón suficiente para no analizar la demanda, siempre que ella misma brinde la oportunidad para hacerlo, a fortiori debe procederse así y acoger la impugnación cuando el error, no en la invocación de la causal, sino en el motivo o motivos en que ésta se fundamenta y cuando la demanda da lugar a que, al simple examen del juzgador se ponga de manifiesto, con realidad fulgurante, una nulidad absoluta de carácter insubsanable, como ocurre en el caso sub júdice.* La Corte, por sentencia de 27 de noviembre de 1975, CASA la de diciembre 17 de 1974 del Tribunal Superior de Cali que impuso a los procesados Alberto Mendoza Bermúdez y Gabriel Antonio Gutiérrez Llanos, las penas principales de 28 y 25 años de presidio, respectivamente, por los delitos de asesinato, robo agravado y tentativa de extorción, y en su lugar ORDENA reponer el procedimiento a partir, inclusive, del auto por medio del cual se remitió el proceso al Auditor principal de Guerra de la Ter-

cera Brigada con el fin de que emitiera concepto sobre el mérito de las averiguaciones previas "para la convocatoria del Consejo de Guerra Verbal". El Juez Superior a quien corresponda deberá continuar la tramitación correspondiente. Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero.... 473

ACUMULACION DE PROCESOS. *Se puede acumular una causa por un delito de responsabilidad (con fuero), con otra de infracción común, para dictar una sola sentencia ya que cuando el C. de P. P. disciplina el instituto de las acumulaciones solo fija una causal de exclusión, la del artículo 100, cuando establece que no habrá acumulación en caso de que en uno de los juicios ya se haya dictado sentencia de primera instancia.* Por medio de fallo de 2 de diciembre de 1975, la Corte CONFIRMA la providencia de 19 de mayo del mismo año, del Tribunal Superior de San Gil que absolvió a Facundo Angarita Jiménez, por el delito de estafa, y declaró la prescripción de la acción penal en cuanto al delito de concusión en los casos acumulados que se seguían en su contra. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez..... 483

PECULADO. FALSEDAD INTELECTUAL. CONCURSO DE DELITOS. CUERPO DE DELITO DE LOS DISTINTOS DELITOS. *La falsedad llamada por la doctrina intelectual consiste en hacer aseveraciones contrarias a la verdad y productoras de efectos jurídicos, en un documento público o privado, violando la obligación de consignar en él lo verdadero.* La Corte, mediante auto de fecha 2 de diciembre de 1975 RESUELVE abrir causa criminal contra el doctor Julio Escallón Ordóñez por los delitos de falsedad y peculado, conforme a lo dispuesto por los Capítulos II y I, de los Títulos VI y III del Libro II del C. P. y el Decreto 1958 de 1951, cometidos en concurso material, y toma otras determinaciones. Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Romero Soto..... 487

CASACION TECNICA. *Para que puedan ser estudiadas las causales planteadas en la respectiva demanda, no es suficiente que el recurrente cite o enuncie las disposiciones que se estimen violadas, sino que es necesario e indispensable expresar en forma concreta, los motivos, las razones o fundamentos de orden técnico y legal en que se apoya la causal o causales invocadas, para que la Corte tenga base suficiente sobre la cual hacer el estudio y resolver si es procedente o no el motivo alegado.* La Corte, por sentencia de 2 de diciembre de 1975, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la de 14 de mayo de 1974 del Tribunal Superior de Medellín, que condenó al ciudadano canadiense Albert Laurence Bamford, a la pena principal de 3 años y un mes de presidio como responsable del delito de "tráfico de estupefacientes". Magistrado ponente: doctor Jesús Bernal Pinzón..... 501

PERSONEROS MUNICIPALES. *Gozan de fuero cuando obran en su carácter de Agentes del Ministerio Público (artículo 142 de la Constitución Nacional, artículo 1º de la Ley 25 de 1974, en concordancia con el artículo 33, ordinal 2º del C. de P. P.) y no como funcionarios administrativos.* Por medio de providencia de 4 de diciembre de 1975, la Corte SE ABSTIENE de revisar la sentencia de 17 de septiembre del mismo año, del Tribunal Superior de Ibagué que absolvió a Luis Horacio Quintero Valencia del cargo de peculado, cometido como Personero Municipal de Cajamarca, y en su lugar ORDENA que por el Tribunal de origen se envíe el negocio a los Jueces Penales del Circuito (Reparto) para los fines indicados en la providencia. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez.. 504

PERSONEROS MUNICIPALES. *Cuándo gozan de fuero para ser juzgados por el Tribunal Superior y cuándo no gozan de ese fuero y son juzgados por la justicia ordinaria. Interpretación del artículo 33, Num. 2 del C. de P. P.* La Corte, por providencia de 12 de diciembre de 1975, SE ABSTIENE de revisar el auto de 8 de octubre de 1974 por medio del cual declaró prescrita la acción penal en el proceso contra Plutarco Martínez Barrera por los delitos de peculado y falsedad cuando ejerció el cargo de Personero Municipal de Tunja, y en su lugar ORDENA que por el Tribunal Superior se remita el proceso a los Jueces Superiores para que se proceda a la parte motiva de la providencia. Magistrado ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez..... 506